

Sentencia SU081/20

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL-Aspectos sustanciales

RECURSO DE REVISION-Objeto

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA-Alcance y obligatoriedad de la interpretación prejudicial

La prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA-La interpretación prejudicial en el ámbito de la justicia arbitral y las consecuencias que se producen por su incumplimiento

La justicia arbitral se encuentra compelida al deber de acudir ante el TJCA, en los casos en los que se deba aplicar o se controviertan disposiciones que integran el ordenamiento jurídico del derecho supranacional. Esto significa que, es a este juez, sin que importe su origen, a quien le asiste la obligación determinar si cabe recurrir ante el citado tribunal, verificando para ello que se cumplan con los requisitos que se fijan en la Decisión 472 de 1999, siempre que el arbitraje sea en derecho. El Tribunal omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, relativas al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en torno a la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

ACCION DE TUTELA DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION CONTRA SENTENCIA DE RECURSO DE ANULACION Y LAUDO ARBITRAL-Improcedencia por incumplir requisito de subsidiariedad

El examen de subsidiariedad debe, primero, centrarse en el agotamiento de los medios de defensa que ofrece el trámite arbitral propiamente dicho y, luego, cuando haya lugar a ello, en las restringidas posibilidades que brindan los recursos de anulación y de revisión, en donde resulta clave determinar si se trata de reproches in procedendo o in judicando. En efecto, si la irregularidad no coincide con alguna de las causales establecidas por la ley para acudir a los recursos de anulación y de revisión, como ocurre generalmente con los reproches de sustanciales o también llamados in judicando, no puede exigirse el agotamiento previo de un recurso que resulta ineficaz, lo que torna procedente recurrir a la acción de

tutela, siempre que se hayan agotado con los medios de defensa propios del trámite arbitral.

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Improcedencia por cuanto no se trasgredió la disposición en la que se impone el deber de agotar la interpretación prejudicial obligatoria

Referencia: Expediente T-4.224.881

Asunto: Acción de tutela instaurada por la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado y otro

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, en trámite de la acción de amparo constitucional instaurada por la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado por RCN TELEVISIÓN S.A.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. HECHOS RELEVANTES

1.1.1. Del contrato de concesión para la prestación del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional

El 26 de diciembre de 1997, RCN TELEVISIÓN S.A. (en adelante RCN TV) suscribió el contrato de concesión No. 140 con la Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV). Este acuerdo de voluntades se suscribió con el objeto de autorizar la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada denominado N1, para la prestación del servicio público de televisión a nivel nacional, a través de frecuencias asignadas por la CNTV, en el marco del Plan de Utilización de Frecuencias (en adelante PUF).

Por virtud del contrato, RCN TV asumió el rol de programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas, respecto de las cuales se acordó el cobro de una tarifa por su adjudicación y uso, siguiendo para el efecto lo previsto en la Resolución No. 429 del 18 de septiembre de 1997. En particular, en la cláusula novena del contrato de concesión se estableció que:

“Cláusula 9.- Valor de las frecuencias de pago. La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida. // Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para

el Canal Nacional de Operación Privada N1 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias.”

Por su parte, en la Resolución en cita se dispuso:

“Artículo 1. Establecer las siguientes tarifas anuales para las frecuencias asignadas a cada uno de los Canales Nacionales de Operación Privada (N1-N2) en el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión y de las cuales harán uso los operadores privados del servicio público de televisión, así:

Cifras en pesos de 1998

---

CANAL N1

Total. Frec. VHF

Valor Unitario Frec. VHF\*

Subtotal

Total. Frec. UHF

Valor Unitario

Subtotal

Total

747

\$1,241,830

\$927,647,010

326

\$1,117,647

\$364,352,922

\$1,291,999,932

Total. Frec. VHF

Valor Unitario Frec. VHF\*

Subtotal

Total. Frec. UHF

Valor Unitario

Frec. UHF

Subtotal

Total

677

\$1,241,830

\$840,718,910

396

\$1,117,647

\$442,588,212

\$1,283,307,122

Parágrafo. <Adicionado por el artículo 1 de la Resolución 488 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> El pago de las tarifas establecidas en el presente artículo se causará a partir de la fecha de inicio de la operación del canal.

Artículo 2. Las tarifas de que trata el artículo anterior serán reajustadas anualmente durante el término de ejecución de los contratos de concesión, por parte de la Comisión Nacional de Televisión.

El reajuste de las tarifas no podrá ser inferior al índice de precios al consumidor que certifique el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, anualmente.

Parágrafo. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Resolución 488 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> El reajuste de las tarifas por concepto de uso de las frecuencias descritas en el artículo anterior, se realizará al vencimiento de cada año de ejecución, contado a partir del inicio de la operación del canal.

Artículo 3. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 636 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Los Concesionarios de Canales Nacionales de Operación Privada pagarán anualmente la Comisión Nacional de Televisión, la suma liquidada a 31 de diciembre de cada año. Dicha suma deberá ser cancelada antes del 15 de enero del año siguiente al periodo causado.

Parágrafo. Al momento de la liquidación del contrato respectivo, los concesionarios de Canales Nacionales de Operación Privada deberán encontrarse a paz y salvo por este concepto.

Artículo 4. Sin perjuicio de las acciones contractuales que se deriven por el no pago oportuno de los derechos previstos en esta resolución, los concesionarios de Canales Nacionales de

Operación Privada deberán reconocer a favor de la Comisión Nacional de Televisión, los intereses por mora liquidados al doble del interés corriente, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

Artículo 5. La presente resolución rige a partir de su expedición.”

Según se advierte en la demanda, la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A. (en adelante CARACOL TV), suscribió a su vez con la CNTV el contrato de concesión No. 136 de 1997, con el mismo objeto y compromisos ya descritos, pero respecto del canal identificado como N2.

#### 1.1.2. El origen de la controversia

El 19 de diciembre de 2008, el apoderado de RCN TV presentó una solicitud de convocatoria de tribunal arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá DC, con el fin de hacer efectiva la cláusula compromisoria pactada entre las partes, al considerar que, en esencia, se pagó un mayor valor por concepto de las frecuencias asignadas, en virtud de lo previsto en la cláusula novena del contrato de concesión No. 140 de 1997. En este orden de ideas, como pretensiones específicas se solicitó el reintegro de los excedentes cancelados hasta ese momento, así como reconocimiento de unos gastos extraordinarios en los que habría tenido que incurrir la empresa, en el marco de la ejecución del contrato, para garantizar la prestación efectiva del servicio, a partir de la instalación de antenas receptoras. Una solicitud en el mismo sentido, según se relata en la demanda de tutela, fue radicada por CARACOL TV, respecto del contrato de concesión No. 136 de 1997.

#### 1.1.3. El Tribunal de Arbitramento, consideraciones y decisión arbitral

El Tribunal invocado por RCN TV se instaló el 18 de febrero de 2010 y profirió el laudo el 5 de abril de 2011. En esta providencia, se condenó a la CNTV a restituir a favor de la empresa convocante la suma de \$ 13.980.027.490 millones de pesos, por concepto del mayor valor cancelado, en virtud de la cláusula novena del contrato de concesión No. 140 de 1997, siendo negadas las demás pretensiones que fueron formuladas.

A continuación, se procederá con el resumen de los argumentos expuestos por las partes en el proceso, así como por los árbitros para resolver el caso. Para ello, cabe señalar que el laudo abordó las problemáticas planteadas conforme a las solicitudes que se realizaron, por lo que el estudio se enfocó en (i) en el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias; (ii) en los perjuicios y/o mayores costos extraordinarios por la instalación de antenas receptoras de televisión; y (iii) en la condena a costas e intereses. Este mismo esquema es el que se utilizará en la síntesis que se expondrá enseguida, sin perjuicio de resaltar algunos aspectos puntuales que fueron examinados por el Tribunal al momento de adoptar su decisión.

##### 1.1.3.1. De los argumentos de la parte convocante del proceso arbitral (RCN TV)

En el escrito presentado ante el Tribunal, y respecto de la controversia vinculada con el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias, RCN TV señaló que, si bien la CNTV era la autoridad competente para fijar dicho cobro, según lo previsto en los artículos 16 y 48 de la Ley 182 de 1995, su causación solo se generaba por la adjudicación y uso de las frecuencias,

sin que sea posible limitar su reconocimiento únicamente al primer concepto, como, a su juicio, lo venía realizando la citada autoridad. En efecto, para RCN TV, la interpretación de la cláusula novena del contrato 140 de 1997 debía realizarse conforme a los citados parámetros legales, y a lo que allí expresamente se establece, esto es, que el cobro se genera por “la adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal”.

En este orden de ideas, la mencionada empresa de televisión advirtió que “la CNTV ha cobrado a los concesionarios, por concepto de tarifas de frecuencias, todas aquellas frecuencias que aparecen en la Resolución 429 de 1997”, cuando el número de las ahí contenidas “no son: (i) ni las realmente asignadas a cada uno de los concesionarios, (ii) ni las efectivamente utilizadas por el concesionario.”

Precisamente, en línea con lo anterior, RCN TV afirmó que la CNTV vulneró la ley y lo dispuesto en el contrato, al cobrar al concesionario un mayor valor por concepto de la asignación de las frecuencias, pues dicho concepto se ha obtenido de “(...) multiplicar el número de municipios que existen en Colombia (1073) por el valor asignado a cada frecuencia en la Resolución 429 de 1997”, de suerte que: “1. Ha venido cobrando varias veces por una misma frecuencia asignada; 2. Cobra por frecuencias asignadas pero que no utiliza el operador; [y] 3. Cobra por frecuencias asignadas al concesionario, pero que se encuentran en municipios de menos de 20.000 habitantes”.

En su criterio, para los prestadores del servicio de televisión nacional, abierto y de carácter privado, en realidad se asignaron 60 frecuencias, en “(...) estricto sentido 36 de ellas están asignadas a RCN y 41 a CARACOL, para que con ellas cubran las diferentes secciones [fijadas] en el Plan de Asignación de Frecuencias”. De esta manera, la empresa convocante sostuvo que: “En esas condiciones sería razonable estimar que el mayor valor cobrado por la CNTV corresponde a que [dicha autoridad] cobra sobre 1073 frecuencias para RCN y sobre 1073 para CARACOL, cuando en realidad debería cobrar sobre 36 frecuencias para RCN y 41 para CARACOL respectivamente, las cuales son, en estricto sentido, las realmente asignadas a cada uno de ellos. En estos términos, la CNTV estaría cobrando 1037 frecuencias de más a CARACOL y 1032 frecuencias de más a RCN”.

En lo tocante al segundo grupo de pretensiones, referente a los mayores costos por la instalación de antenas receptoras de televisión, RCN TV argumentó que al iniciar la ejecución del contrato se derivaron para los concesionarios gastos extraordinarios por \$ 7.338.000.000 millones de pesos, ante la necesidad de hacer adecuaciones de infraestructura, con el fin de garantizar que los usuarios del servicio de televisión pudieran recibir las frecuencias asignadas por la CNTV. Para justificar lo anterior, se alegó que cuando se inició la ejecución del contrato, se identificó que, en varios puntos del país, los televidentes no recibían la señal, pues las antenas instaladas hasta ese momento no eran aptas para captar la transmisión de los nuevos operadores privados.

Por último, frente a la condena en costas e intereses, la entidad convocante expuso que, de obtener un fallo favorable, los gastos del proceso debían quedar a cargo de la CNTV, entidad que igualmente tenía que asumir el pago de intereses moratorios, hasta cuando se cancelen los valores a los que sea obligado por el laudo.

1.1.3.2. De los argumentos de la parte convocada del proceso arbitral (CNTV)

La autoridad en mención se opuso a todas las solicitudes formuladas por la parte convocante, por las razones que pasan a exponerse:

(i) En relación con la primera pretensión expuesta, relativa al cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias, la CNTV manifestó que ellas solo pueden ser objeto de un proceso arbitral, en lo atinente a los conflictos derivados por la ejecución o interpretación del contrato de concesión 140 de 1997, excluyendo cualquier examen sobre la validez de los actos administrativos relacionados con la materia (como ocurre con la Resolución No. 429 de 1997), que fueron expedidos de manera previa a la presentación de la oferta y que sirvieron de soportes para el acuerdo de voluntades. A continuación, explicó que la autoridad encargada de administrar el espectro electromagnético es el hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre cuyas funciones se encuentra la de segmentar ese bien y atribuir bandas de frecuencias a los diferentes servicios de telecomunicaciones, tal como ocurre con la televisión.

Dicha tarea se desarrolla a través de la adjudicación de una frecuencia, lo cual supone su inclusión en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, adoptado por el Decreto 555 de 1998. Este corresponde a “un instrumento ordenador del espectro de frecuencias radioeléctricas a nivel nacional, el cual coadyuva (...) en la gestión, administración y control del uso adecuado [del mismo]”. A partir de esta herramienta, se llevó a cabo el “Reordenamiento del Espectro Radioeléctrico”, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 182 de 1995.

Una vez se atribuyen por el Ministerio las bandas de frecuencias para prestar el servicio de televisión, le corresponde a la CNTV proceder a su entrega o asignación a los operadores de dicho servicio, ya sea para canales nacionales privados o públicos, regionales, locales, con o sin ánimo de lucro. De donde resulta que, “los actos administrativos de asignación de frecuencias constituyen el ejercicio de [una] competencia pública [que le asiste a la citada autoridad], que es conocido como Plan de Utilización de Frecuencias (PUF), alrededor del cual también giran los asuntos del resorte de la CNTV en relación con la fijación y cobro de derechos, tasas y tarifas por concepto de otorgamiento y explotación de concesiones para la operación del servicio de televisión y por concepto de las Bandas de Frecuencias correspondientes a cada operador”.

Para la CNTV, desde la expedición del Acuerdo 021 de 1997, el sistema de asignación de Bandas de Frecuencias se organizó a partir del sistema político-administrativo del Estado, esto es, por departamentos y municipios, lo que lleva a concluir “(...) que a cada una de las poblaciones del país le corresponde una Banda de Frecuencias (canal), que consta en el denominado Registro de Asignación de Frecuencias que contiene el PUF”. De esta manera, para la entidad convocada, no cabe duda de que “el total de las frecuencias asignadas a cada uno de los canales de operación privada (N1 y N2) en el PUF corresponde al total de municipios susceptibles de cobertura”, con lo cual el cobro que se ha venido realizando a los canales, entre ellos, RCN TV, se adecua al marco normativo aplicable.

(ii) Sobre la segunda de las pretensiones formuladas, la CNTV alegó que cualquier gasto en que hubiese incurrido por RCN TV para la ejecución del contrato “no se configura como gasto adicional, pues el concesionario debía diseñar su plan de inversión con base en la asignación

de Frecuencias que era [lo] suficientemente conocida a la fecha de la presentación de la oferta.”

(iii) Finalmente, en cuanto a la condena en costas e intereses, la entidad convocada manifestó que, en tanto no se predica un incumplimiento de los deberes y funciones de la CNTV, no cabe imputarle una condena ni el pago de los intereses moratorios a los que se refiere la empresa de televisión.

#### 1.1.3.3. Intervención del Ministerio Público en el proceso arbitral

En la primera parte de su intervención, la Vista Fiscal aceptó la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la controversia planteada. En seguida, abordó el examen de las dos principales pretensiones que fueron expuestas y concluyó que las mismas no estaban llamadas a prosperar, con fundamento en el conjunto de razones que a continuación se expresan.

En primer lugar, en lo que atañe al cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias, el Ministerio Público señaló que el PUF (adoptado a partir del Acuerdo 021 de 1997) y su régimen tarifario (fijado en la Resolución 429 de 1997) responden a una adjudicación por unidad territorial, lo cual tiene como sustento técnico la tridimensionalidad del espectro electromagnético.

Ello implica, a su juicio, que “la asignación [envuelve el] uso de la frecuencia, toda vez que el concepto de uso se refiere al tiempo en que un segmento del espectro (...) en un espacio geográfico determinado se deniega a otros operadores potenciales[,] [de suerte que la adjudicación] constituye reserva (...) de la frecuencia con exclusividad, independientemente de que se emita o no la señal de televisión a través de la misma (...)”. En este sentido, “permitir (...) la disponibilidad de segmentos del espectro electromagnético, denegando su uso a otros potenciales operadores, sin que ello reporte beneficio económico al patrimonio público, claramente configuraría un detrimento patrimonial para el Estado”. Por lo demás, en criterio del Ministerio Público, el argumento expresado por la sociedad convocante respecto a que no se debería cobrar por el uso de frecuencias en los municipios de menos de 20.000 habitantes es improcedente, toda vez que “(...) lo que le concedió el Estado al concesionario fue la prestación del servicio de televisión en todo el territorio nacional, de donde se infiere que la obligación de prestarlo en los municipios de más de 20.000 habitantes como resultado del mejoramiento del Plan Básico de Expansión, constituye el MÍNIMO de cobertura exigido, sin que ello implique que le esté vedado o prohibido (...) [suministrar] el servicio en municipios que tuvieran una población inferior (...)”.

En segundo y último lugar, la Vista Fiscal se refirió a los sobrecostos en los que al parecer incurrió RCN TV en la ejecución del contrato. Al respecto, sostuvo que los gastos en las antenas hacían parte de los riesgos propios del negocio, los cuales debían ser asumidos por el concesionario, sin contraprestación alguna a cargo del Estado.

#### 1.1.3.4. Consideraciones generales del Tribunal de Arbitramento

Inicialmente, el Tribunal procedió a delimitar el alcance de su pronunciamiento, en el sentido de aclarar que “(...) ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda apunta a obtener

[una decisión] sobre la validez o vigencia de los actos administrativos contentivos de la regulación del servicio de televisión; [al igual que] tampoco se encamina[n] (...) [a] cuestionar o desmentir el contenido de la normativa que constituyó la fuente de la contratación que se estudia, y mucho menos la nulidad de las actuaciones desplegadas (...) [por] la [autoridad demandada] o [por] ente regulador alguno. La controversia de las partes gira precisamente en torno a la interpretación que del marco normativo del servicio de televisión y de las estipulaciones contractuales realiza cada una de ellas, de modo diverso y distinto, en punto a la causación del cobro de las frecuencias asignadas al servicio público de televisión, cuya prestación constituye el objeto mismo del contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997." A la cual se agrega el debate sobre los supuestos sobrecostos en que tuvo que incurrir RCN TV.

Luego de referir a las reglas generales sobre el servicio de televisión y de fijar el alcance del contrato de concesión como título que autoriza su prestación a cargo de particulares, el Tribunal de Arbitramento se detuvo a explicar el deber correlativo que surge para el Estado de habilitar la disponibilidad en el uso del espectro, aunado a la obligación del concesionario de realizar un pago por dicho concepto. Textualmente, se dijo que:

"En punto a la concesión del servicio público de televisión, en la modalidad que se estudia, se tiene que, a diferencia de lo que sucede con la concesión de espacios de televisión, el Estado contrata la prestación del servicio en su nombre, en todo el territorio nacional, y como todo ente estatal contratante debe poner a disposición de su contratista los elementos que, siéndoles propios, resulten necesarios o indispensables para el cumplimiento de las obligaciones que le impone. Es esta obligación estatal la que se tipifica como disponibilidad de los bienes necesarios para la prestación del servicio público cuya prestación es otorgada al particular mediante el instituto de la concesión, esto es, la disponibilidad del espectro electromagnético requerido para la prestación del servicio, sin perjuicio del cobro de las tarifas que por la utilización de [dicho] bien se causan a favor del Estado, como una contraprestación distinta a aquella que debe sufragar el concesionario por el derecho que el contrato le otorga a prestar el servicio, que se concreta en el 'pago por la concesión'. (...)

Es así, que (...) el título contractual habilita al concesionario para acceder al espectro requerido para la prestación del servicio, sin perjuicio del pago de las tarifas que por su uso efectivo se impongan por el ente competente (CNTV) para este efecto. En este caso, el objeto principal de la relación jurídica que surge entre el concesionario y el concedente es la prestación del servicio público, en nombre del Estado, y el acceso a la explotación del espectro radioeléctrico constituye un elemento determinante para el cumplimiento del contrato, y exclusivamente circunscrita al mismo. De esta manera, el Estado concedente tendrá la obligación -derivada de la ley y del contrato- de garantizar al concesionario del servicio público cuya prestación otorga, el acceso y disponibilidad del espectro, permitiéndole, la utilización del mismo, en cuanto sea necesario para la prestación del servicio objeto del contrato, puesto que sólo con ese fin le fue otorgada. En la concesión del servicio público, interesa a las partes de manera principal su prestación, que es el móvil o causa determinante de la contratación; a la concesión concurre el contratista movido por el beneficio económico derivado de la actividad del servicio objeto del contrato, y no de la explotación del bien público que se requiera para lograr ese propósito".

### 1.1.3.5. Consideraciones sobre el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias

Para empezar, se precisó que la labor del Tribunal sobre este punto consistía en la interpretación de los actos administrativos que gobiernan la materia, esto es, el Plan de Utilización de Frecuencias y la Resolución 429 de 1997, siguiendo lo previsto en la cláusula novena del contrato de concesión, en tanto que, para las partes del conflicto, no cabía discusión alguna frente a la exigibilidad de dicho mandato.

A partir del dictamen pericial solicitado por los árbitros, se definió lo que se entendería por atribución, asignación y uso de frecuencias en el marco de este proceso. Los conceptos asumidos fueron los siguientes:

**ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS:** [Es] la función en cabeza de la autoridad competente –en este caso la CNTV– para, dentro de las bandas de frecuencias atribuidas al servicio público a su cargo, proceder a la asignación (adjudicación) ordenada de las frecuencias a los canales a través de los cuales habrá de prestarse el servicio. (...)

**USO DE FRECUENCIAS:** [Es] la utilización de la frecuencia asignada a los canales dispuestos para la prestación del servicio, por el operador del mismo para la prestación efectiva del servicio. En los términos de contrato de concesión No.140 de 1997, se entiende por uso efectivo de las frecuencias asignadas al canal N1, la utilización de la frecuencia (canal) “desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal. Es decir, desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación. Como se trata de un sistema de comunicaciones hay elementos básicos: un emisor (la estación transmisora), el medio de transmisión potenciales, ubicados dentro del área de cobertura.” // De esta manera, el Tribunal comparte la apreciación del perito técnico cuando al atender el requerimiento de aclaración al dictamen de la parte convocante en el sentido de precisar si “se está ‘utilizando’ una frecuencia cuando un municipio está siendo cubierto por una señal”, respondió, en apreciación que comparte el Tribunal: // “Cuando un municipio está siendo cubierto por una estación, se está ‘utilizando’ en ese municipio la frecuencia (canal) emitida desde la estación, entendida como el medio de transmisión para la propagación de la señal.”

Como consecuencia de los conceptos previamente reseñados, el Tribunal aclaró que no cabía una asimilación entre las nociones de “asignación” y “utilización o uso” de la frecuencia, por lo que dicha consideración se tendría en cuenta en el examen de la controversia planteada. La línea argumentativa del laudo siguió el siguiente esquema:

(i) Aclaró que el contrato de concesión No. 140 de 1997 autoriza la prestación del servicio de televisión en todo el territorio nacional, por lo que los mínimos referidos en el pliego de condiciones, no limitan el alcance que el concesionario puede darle a la señal.

(ii) En todo caso, el contrato se sujetó a un plan básico de expansión cuya área de cubrimiento fue “municipios de más de 20.000 habitantes y 14 otros municipios de menos de 20.000 habitantes”. Sin embargo, tal circunstancia no genera un problema de desbordamiento en la cobertura, bajo el entendido de que el área de prestación del servicio es el territorio nacional. Al respecto, siguiendo lo señalado por el perito técnico, se expuso que: “La cobertura de municipios de menos de 20.000 habitantes no constituye un

desbordamiento. Si la concesión es para cobertura en el territorio nacional, incluidos los de menos de 20.000 habitantes, sea porque están dentro de la cobertura de estaciones que se instalan para cumplir la obligación de cubrir municipios de más de 20.000 habitantes o porque han sido acordados entre la CNTV y los concesionarios, está haciendo uso de frecuencias (canales) asignadas en virtud de la concesión”. Bajo este contexto, el Tribunal precisó que, para efectos de pronunciarse sobre el cobro de las tarifas, tendría en cuenta la utilización por el concesionario de las frecuencias asignadas por la CNTV al Canal N1 “para dar cobertura de servicio a los municipios de más de 20.000 habitantes y [a] (...) aquellos de menor población a los que llegue la señal con la potencia establecida contractualmente, de conformidad con lo probado en el proceso”.

(iii) En seguida, expuso que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (en adelante MinTIC) es el encargado de adoptar el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia, competencia que se cumplió en lo que atañe a la televisión a través de la Resolución 1274 de 1997, norma que se encontraba vigente al momento de la apertura del proceso de licitación, la cual debió ser tomada en cuenta por la CNTV para la elaboración del PUF. Por ende, la misma se integra al contrato de concesión con RCN TV, en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

(iv) A continuación, resaltó que para la época en que se formalizó la licitación pública que llevó a la suscripción del contrato de concesión No. 140 de 1997, no estaba vigente el Acuerdo 003 de 2009, que incorporó el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia en vigor, para el momento en que se suscitó la controversia. Para llegar a dicha conclusión, se tuvo en cuenta la fecha de expedición y vigencia de citado acto administrativo. Para el Tribunal de Arbitramento, la referencia al citado documento adquiriría especial relevancia, pues en él se incluía la definición de factor de utilización del espectro, lo que conducía a determinar si existía para el período en que se firmó el contrato un concepto similar en la Resolución 1274 de 1997, o si debía acudirse a una categorización distinta “para establecer el criterio de cobro de la tarifa que deb[ía] pagar [RCN TV], por la utilización del espectro radioeléctrico en la prestación del servicio de televisión, aspecto que constitu[ía] la controversia puntual [del] proceso”.

Para dar respuesta al citado interrogante, y sobre la base del peritaje rendido, se afirmó que la definición técnica de factor de utilización del espectro “no estaba contenida en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (Resolución 1274 de 1997)”, por lo que debía realizarse una categorización puntual de ese concepto para el caso bajo examen, entendiendo que lo señalado en el Acuerdo 003 de 2009 no es aplicable, necesariamente, en otros casos. A partir de lo expuesto, se expuso que: “la aplicación [del citado] concepto indica que[,] desde el punto de vista de [la] administración del espectro[,] se está haciendo uso de una frecuencia (canal) para televisión radiada abierta a partir [la asignación] de esa frecuencia (canal) a un operador de este servicio, (...), [al tiempo que], [d]esde el punto de vista del usuario se podría decir que el uso de la frecuencia para televisión radiada abierta en un municipio (cabecera municipal) o zona de un municipio (para los casos en los cuales el PUF asigna a un mismo municipio más de una frecuencia o canal por razones geográficas o de topología) se cumple cuando con señales de esa frecuencia (canal) se cubre al área geográfica para la cual se ha hecho la asignación, es decir[,] cuando en esa zona se reciben señales de esa frecuencia (canal) con intensidad de campo mayor o igual a los valores

mínimos definidos en el Plan de Utilización de Frecuencias (PUF)”. Esta posición se reiteró al referir a las respuestas dadas por perito a las preguntas hechas por la empresa convocante, al manifestar que: “(...) se considera cubierta una localidad con la señal de determinada frecuencia (canal) de televisión, cuando la señal de esa frecuencia (Canal) se recibe con un nivel de intensidad de campo igual o superior al mínimo establecido por la CNTV”.

(v) A partir de la explicación previamente realizada, el Tribunal entró a analizar el contenido normativo de la Resolución 094 del 9 de abril de 1997, el Acuerdo 021 del 16 de junio de 1997, la Resolución 429 del 18 de septiembre de 1997 y el Acuerdo 003 de 2009, proferidos por la CNTV, al estimar que son actos administrativos que impactan en el examen del asunto objeto de estudio.

- En primer lugar, frente a la Resolución 094 del 9 de abril de 1997, se destacó que en ella se fija la estructura básica para la prestación del servicio de televisión en las frecuencias VHF y UHF, resaltando que las mismas (canales) tendrían un cubrimiento de carácter territorial. Nada se señaló allí sobre la definición del factor de utilización del espectro.

- En segundo lugar, respecto del Acuerdo 021 de 1997, referente al Plan de Utilización de Frecuencias para los canales nacionales, se hizo alusión a la advertencia que incluye dicho acto, en el sentido de que se pueden presentar variaciones en la asignación de frecuencias por municipios, “en la medida que los estudios técnicos determinen sitios que puedan cubrir simultáneamente varias poblaciones, optimizando el espectro radioeléctrico atribuido al servicio de televisión”. Para el Tribunal, la citada regla implica que el cubrimiento territorial no es un concepto estático, ya que depende de la utilización de las frecuencias asignadas para cubrir una determinada área. Por ello, “[p]retender que la organización territorial del PUF es el criterio para el cobro de la totalidad de las frecuencias que asigna [la CNTV] a los canales, [conforme] a las tarifas dispuestas para la prestación del servicio en la totalidad de los municipios del país, es hacer decir [al Acuerdo 021 de 1997] (...) lo que él nunca previó”. Al respecto, el Tribunal sostuvo que:

“[S]i bien la ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS realizada en el PUF tiene como propósito identificar las áreas geográficas de cubrimiento por el concesionario, a través de las frecuencias destinadas a tal fin, ello solo obedece, como dan cuenta los considerandos del mismo antes explicados en este lado, a un ordenamiento racional del servicio, con el fin de evitar la utilización o uso por los operadores de frecuencias asignadas a canales distintos a los que le fueran concedidos. // Por las razones expuestas, no encuentra el Tribunal que el criterio invocado por la convocada para el cobro por ‘uso’ de la totalidad de las frecuencias asignadas a los canales sea la organización territorial o por áreas geográficas de cubrimiento determinadas en el PUF. [Dicha] organización territorial del PUF, a los efectos del cobro, sirve de referente para verificar el uso de la frecuencia por el operador en el área predeterminada en ese acto administrativo; pero mal pudiera servir de criterio para el cobro de las frecuencias que si bien han sido asignadas a los canales para el cubrimiento de determinadas áreas geográficas no estén siendo efectivamente utilizadas por el concesionario, por no encontrarse prestando el servicio en dichas áreas”.

- En tercer lugar, en cuanto a la Resolución 429 de 1997, resaltó que la CNTV no utiliza un referente distinto al valor unitario por frecuencia para determinar el monto del cobro de la

tarifa por su uso, “sin relación alguna al espacio geográfico”, por lo que el Tribunal no podría adicionar un esquema diferente. En este sentido, afirmó que en el artículo primero del citado acto administrativo se exige el supuesto necesario del uso de las frecuencias adjudicadas, al ordenar que: “[La CNTV establece] las siguientes tarifas anuales para las frecuencias asignadas a cada uno de los Canales Nacionales de Operación Privada (N1-N2) en el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión y de las cuales harán uso los operadores privados del servicio público de televisión (...)”, de suerte que “la única interpretación posible del texto de la norma bajo análisis, es que el cobro de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 deberá hacerse por las [frecuencias] efectivamente utilizadas por los concesionarios.”

Según se expone en el laudo, a partir del contrato de concesión 140 de 1997, se entiende por uso efectivo: “la utilización de la frecuencia (canal) ‘desde la estación y en toda la trayectoria de propagación de la señal. Es decir[,] desde la estación que la emite hasta los receptores, o sea en toda la zona de cobertura de la estación.’[.]”. Al aplicar dicho concepto al caso concreto, y siguiendo la prueba pericial y contable practicada en el proceso, el Tribunal sostuvo que “el concesionario utiliza, en los términos antes establecidos, 771 frecuencias en la prestación del servicio de televisión y[,] en consecuencia, debe, a la luz de la ley, los reglamentos y el contrato, pagar los valores correspondientes, según su fijación en la Resolución 429/97”.

- En cuarto lugar, en lo que atañe al Acuerdo 003 de 2009, sobre la base de lo dicho con anterioridad, en el sentido de que su vigencia es posterior a los hechos materia de controversia, alude a que su rigor normativo también le otorga un carácter dinámico al uso de las frecuencias, cuando en el anexo sobre las consideraciones técnicas establece que: “(...) la asignación de frecuencias por municipios podrá tener variaciones en la medida en que los estudios técnicos determinen sitios que puedan cubrir simultáneamente varias poblaciones y/o permitan optimizar el espectro radioeléctrico atribuido al servicio (...)”.

- En quinto lugar, en lo que corresponde a los pliegos de condiciones de la Licitación No. 003 de 1997, advirtió que en dichos documentos no se incluyó ningún otro factor distinto que pudiera variar el hecho que origina el cobro por el uso de las frecuencias, en la forma en que se expuso al explicar el alcance de la Resolución 429 de 1997.

(vi) Conforme al análisis previamente realizado, el Tribunal concluyó que RCN se encontraba obligado al pago de 771 frecuencias que utilizó para la prestación del servicio, cuya liquidación, siguiendo los valores dispuestos en la citada Resolución 429 de 1997, arrojaba la suma \$13.980.027.490 millones de pesos. Según se afirma expresamente en el laudo, tal era el monto “que ha debido pagar el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A., a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN por la utilización o uso de las frecuencias asignadas al Canal N1”. (Folio 69 del cuaderno 1).

(vii) A continuación, se refirió a la solicitud de la empresa convocante de condenar a intereses moratorios por el mayor valor pagado, respecto de lo cual el Tribunal decidió no acceder a dicha pretensión, al señalar que “la obligación de restituir [las] sumas carecía de la certidumbre necesaria para predicar un incumplimiento en cabeza de la CNTV[,] que pueda ser sancionable (...) mediante el pago de intereses moratorios”. (Folio 73 del cuaderno 1).

Tal conclusión se reafirmó al sostener que: “En el caso [bajo examen], no es dable el

reconocimiento de intereses moratorios sobre el mayor valor pagado por la sociedad convocante, pues éste no cumple los requisitos de certeza y liquidez sino a partir de la firmeza del presente laudo, pues antes de tal momento no existía una obligación cierta y cuantificable en cabeza de la CNTV de reintegrar los valores pagados en exceso, por lo que no puede prodigarse un incumplimiento indemnizable a través del pago de intereses moratorios”.

#### 1.1.3.6. Consideraciones sobre los perjuicios y/o mayores costos por la instalación de antenas receptoras de televisión

Luego de referir al principio de la buena fe como parte de los supuestos que rigen la contratación estatal, el Tribunal señaló que el objeto del contrato fijaba claramente que la prestación del servicio de televisión se debía realizar en las frecuencias asignadas, de acuerdo con el PUF previsto en el Acuerdo 021 de 1997, las cuales ya eran públicas al momento de surtirse el proceso licitatorio. De ahí que, si los proponentes -luego concesionarios- conocían las frecuencias en las que se debía transmitir la señal de televisión para el cumplimiento del contrato, también tenían que haber conocido “los requerimientos técnicos de las antenas receptoras de que debían disponer los televidentes”, dado su carácter de expertos en la materia. Ello reforzado con la circunstancia de que la causa del contrato no es la explotación del espectro electromagnético en sí misma, sino la satisfacción del interés general a través de la prestación del servicio de televisión.

Por lo demás, con la presentación de la propuesta, RCN TV manifestó conocer y entender los términos y condiciones del pliego, sus anexos y formatos, así como las normas que regulaban la materia, por lo que los costos en que dicha compañía incurrió a efectos de dotar a los televidentes con antenas aptas para recibir la señal no constituyen gastos extraordinarios, pues ellos se erigen como un egreso que hace parte de la operación de la concesión, de carácter totalmente previsible, o lo que es lo mismo, como “una circunstancia [que] hace parte de aquellas que configuraron la ecuación contractual al momento de la celebración del contrato”. Para justificar esta conclusión se cita lo dispuesto en el pliego de condiciones, así como el documento de aclaración respecto de su contenido. Bajo este contexto y por las razones expuestas, el Tribunal no accedió al otorgamiento de la pretensión solicitada.

#### 1.1.3.7. Otros pronunciamientos del Tribunal de Arbitramento

En seguida, el Tribunal se detiene en el examen de las excepciones planteadas por la parte convocada, esto es, la CNTV. En particular, se aprecia lo siguiente:

(i) De la presunción de legalidad de los actos administrativos y de la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el particular. Al respecto, se sostiene en el laudo que esta excepción debe prosperar, en la medida en que no es función de esa instancia pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos. Con todo, reitera que sí le asiste la atribución para interpretar el marco normativo vigente aplicable a la cuestión objeto de estudio, incluyendo el PUF y la Resolución No. 429 de 1997.

(ii) El concesionario no puede ir en contra de sus propios actos ni alegar su propia culpa para pretender una restitución de pagos por frecuencias ni de supuestos gastos extraordinarios por antenas. Para el Tribunal se debe aceptar esta excepción de manera parcial en lo que

respecta a las exigencias de pago por la adquisición de antenas por parte de RCN. En lo demás la niega.

(iii) Caducidad y prescripción de las pretensiones de RCN TV, por tratarse de eventos que tuvieron lugar al inicio de la ejecución del contrato estatal. A juicio del Tribunal, esta pretensión es improcedente, pues el origen de la controversia es un negocio que se había venido ejecutando desde 1997 y cuya liquidación no ha ocurrido.

#### 1.1.3.8. Consideraciones sobre la condena en costas

Sobre el particular, expuso que: “El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989 y a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, [y] en consideración a que han prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda y que se reconocerá parcialmente fundamento a una de las excepciones (...), se abstiene de condenar en costas en el presente trámite”.

#### 1.1.3.9. Parte resolutive del laudo y solicitudes de aclaración, corrección y complementación

Con ocasión del examen realizado y de la posición asumida por el Tribunal de Arbitramento, se destaca lo resuelto en los numerales séptimo y octavo de la parte resolutive del laudo, conforme a los cuales se declaró que se pagó un mayor valor por la asignación y uso de las frecuencias, y se dispuso la restitución de la suma de \$ 13.980.027.490 a favor de RCN TV. Textualmente, se decretó lo siguiente:

“Séptimo.- Declarar que RCN TELEVISIÓN S.A. ha pagado a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión No. 140 de 26 de diciembre de 1997.

Octavo.- Condenar a la COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN a que restituya a RCN TELEVISIÓN S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión 140 de 26 de diciembre de 1997, por la suma de TRECE MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$ 13.980.027.490), correspondientes al capital y su actualización a la fecha de este laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.”

Por último, las solicitudes de aclaración, complementación y corrección hechas por las dos partes del proceso arbitral y por el Ministerio Público se declararon improcedentes por parte del Tribunal de Arbitramento.

#### 1.1.4. Sobre el recurso de anulación

En el término legal, la CNTV interpuso recurso de anulación en contra del mencionado laudo arbitral ante el Consejo de Estado. Ese Tribunal –a través de la Subsección A, de la Sección Tercera- se pronunció en sentencia del 17 de noviembre de 2011, declarando infundado el recurso, al considerar que no prosperaba ninguna de las causales invocadas.

Como se advierte en los antecedentes de la citada providencia, la CNTV alegó como base del recurso las causales consagradas en los numerales 6 a 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Sin embargo, en la sustentación, solo se refiere a las tres primeras. En seguida, se

exponen los argumentos planteados por la citada entidad pública, con apoyo en el resumen realizado por la máxima instancia de lo contencioso administrativo:

- Causal 1: Haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Para la entidad recurrente la condena impuesta en su contra se fundamentó en una errada interpretación del concepto asignación y uso de frecuencias, lo que dio lugar al desconocimiento de la cláusula compromisoria que exigía que el laudo debía ser proferido en derecho, “toda vez que la decisión desconoció la normativa que definió [dicho concepto, así como] también el contenido del dictamen pericial en la forma como debía medirse el uso de la frecuencia”.

Puntualmente, a juicio de la CNTV, las normas legales y el concepto rendido dentro del proceso asumieron que el uso de las frecuencias corresponde al “(...) tiempo denegado a otros usuarios (...), toda vez que asignada una frecuencia o canal a un operador, el Estado se encontraba en la obligación de impedir que terceros lo utilizaran y no de la manera errada como decidió el Tribunal, al considerar el uso de una frecuencia a partir de las señales efectivamente transmitidas”.

- Causal 2: Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

Esta causal se configuró, en opinión de la CNTV, por las siguientes razones: (i) porque se ordenó la restitución de un mayor valor sobre la asignación y uso de las frecuencias, desconociendo que la experticia técnica indicó que ese concepto se sujeta al “tiempo denegado a otros usuarios”, como lo señala la Resolución 129 de 2010 que define el concepto de Factor de Utilización del Espectro como el “producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales (...)”. Y, además, (ii) porque a pesar de que el Tribunal de Arbitramento aceptó su incompetencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos relacionados con la controversia, en realidad, sí lo hizo, al ordenar la restitución de unos supuestos mayores valores cobrados a RCN TV.

- Causal 3: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

Para justificar la procedencia de esta causal, se insistió en que el laudo se pronunció sobre la legalidad de los actos administrativos y que, además, dispuso sobre asuntos no transigibles, en los términos que a continuación se exponen:

“[C]on las razones esgrimidas por el Tribunal de Arbitramento para ordenar a la Comisión Nacional de Televisión la devolución a RCN Televisión del mayor valor cobrado por concepto de frecuencias o canales, se desconoció el contenido claro y expreso de los actos administrativos que regulan dicho cobro: la Resolución 429 de 1997, el Plan Unificado de Frecuencias y la Resolución 129 de 2010, emanada del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en cuanto estas normas jurídicas determinan que el uso

de una frecuencia ocurre desde el momento de su asignación a algún operador y no, como se sostuvo en el laudo '(...) por las efectivamente utilizadas por los concesionarios' (...)

Sostuvo, [además], que el Tribunal de Arbitramento, al pronunciarse en ese sentido, lo hizo sobre aspectos no transigibles, pues, de conformidad con lo expresado por una sentencia de esta Corporación citada en el escrito contentivo del recurso de anulación '(...) las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio (...)', a partir de lo cual la convocada concluyó que toda decisión arbitral que desconozca, directa o indirectamente, el contenido de un acto administrativo, incurre en causal de nulidad por pronunciarse sobre aspectos que el ordenamiento jurídico no le permite, como efectivamente sucedió en el laudo recurrido".

#### 1.1.5. De la decisión del Consejo de Estado sobre el recurso de anulación

Luego de exponer unas consideraciones generales sobre los vicios que cabe endilgar de un laudo de arbitramento (in procedendo e in iudicando), y de referir a la taxatividad de las causales de anulación contempladas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció de forma específica sobre cada una de las irregularidades que fueron planteadas por la CNTV, en sentencia del 17 de noviembre de 2011, en los siguientes términos:

- Causal 1: Haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Para comenzar, la citada autoridad judicial señala que esta causal se configura cuando las decisiones de los tribunales de arbitramento se adoptan con total prescindencia de las reglas de derecho, sin efectuar razonamiento jurídico alguno y soportadas únicamente en el criterio de justicia inmerso en el juzgador o en su íntima convicción. En el caso bajo examen, se excluye que el laudo haya sido proferido en conciencia, pues se soportó en el examen del régimen jurídico aplicable al servicio público de televisión y tuvo en cuenta el contrato de concesión, los pliegos de condiciones, la Resolución No. 429 de 1997 y el Acuerdo 003 de 2009. Por lo demás, el hecho de que la decisión se haya apartado de lo conceptuado en el dictamen pericial, no significa que el laudo haya dejado de ser en derecho, toda vez que dicho medio probatorio se apreció en conjunto con las demás pruebas aportadas y recaudadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por lo demás, para el Consejo de Estado, si bien el Tribunal de Arbitramento se apartó del criterio de "tiempo denegado a otros usuarios", como elemento a tener en cuenta para el cobro de la tarifa por el uso de las frecuencias asignadas, lo hizo de forma razonada, al considerar que el mismo no se encontraba vigente para la época en la cual se celebró el contrato de concesión. A ello agregó que el citado criterio también resultaba inaplicable, "toda vez que la competencia para determinar la tarifa por la asignación y por el uso de las frecuencias, de conformidad con lo establecido en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, correspondía a la Comisión Nacional de Televisión y no al Ministerio de Tecnologías de la

Información y la Comunicación”.

- Causal 2: Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

Al igual que ocurrió con el numeral anterior, el Consejo de Estado comenzó su explicación refiriéndose a los requisitos de procedencia de esta causal, para lo cual aclaró que la misma se somete a la demostración de errores aritméticos o de disposiciones contradictorias, respecto de supuestos del laudo que hubieren sido alegados ante el tribunal de arbitramento. En cuanto a la primera, señaló que su ocurrencia se somete a una simple y elemental equivocación al efectuar una operación aritmética o matemática; mientras que, conforme a la segunda, lo que se advierte son yerros materiales en la exposición de las ideas o en la construcción de las fórmulas que sustentan la decisión adoptada. Sin embargo, en ambas se requiere que la contradicción trascienda a la parte resolutive y que, con posterioridad a la expedición del laudo y como requisito de procedibilidad, se haya solicitado su corrección ante el propio juez arbitral.

Con base en este último argumento, el Consejo de Estado negó la procedencia de la causal, al advertir que, en el memorial presentado ante el Tribunal dirigido a obtener la aclaración, complementación y corrección del laudo, la CNTV no planteó ninguna de las solicitudes que ahora formula, por lo que no cumplió con la carga procesal de agotar el citado de requisito de procedibilidad.

- Causal 3: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

Para el máximo tribunal de la justicia contencioso-administrativa, esta causal se configura en las siguientes hipótesis: (i) cuando el laudo recae sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos no transigibles, de acuerdo con la Constitución o la ley; (ii) cuando el laudo se pronuncia en relación con asuntos que no fueron contemplados como objeto de decisión en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso); y (iii) cuando el laudo incluye decisiones sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, se extralimita respecto de las pretensiones y excepciones alegadas, por lo que no resulta armónico con los extremos del proceso.

A continuación, recuerda la que sería la postura dominante respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, sosteniendo que este mecanismo de heterocomposición no procede frente a juicios de legalidad de actos administrativos que comporten el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte de las entidades estatales -a las cuales hace referencia el artículo 14 de la Ley 80 de 1993-, “limitación que no se presenta en relación con los demás actos administrativos contractuales, los cuales sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros”.

Con sujeción a lo anterior, el Consejo de Estado negó la procedencia de la causal con fundamento en dos argumentos. En primer lugar, señaló que los actos administrativos a los cuales hizo referencia la CNTV (Resolución 429 de 1997, Acuerdo 003 de 2009 y Resolución

129 de 2010) nada tienen que ver con el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, por lo que cabía que el Tribunal se pronunciara respecto de ellos. Y, en segundo lugar, sostuvo que, en todo caso, el laudo “no efectuó análisis alguno de legalidad (...), toda vez que realizó una labor de interpretación del contrato celebrado, a la luz del pliego de condiciones y del contenido de los actos administrativos por medio de los cuales se determinaban las tarifas correspondientes al [uso y asignación] de las frecuencias de televisión”.

Finalmente, expuso que no cabía realizar pronunciamiento alguno en relación con lo decidido por el Tribunal respecto del contenido de tales actos, “(...) por cuanto ello implicaría revisar el fondo de la decisión, lo cual se encuentra por fuera del alcance del recurso de anulación impetrado, comoquiera que se trataba de actos administrativos diferentes de aquellos expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales sí podían ser sometidas al estudio, al examen, al conocimiento y a las decisiones de los árbitros”.

Al concluir que todas las causales propuestas eran improcedentes, el Consejo de Estado resolvió declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por la CNTV en contra del laudo del 5 de abril de 2011, condenándola en costas.

## 1.2. LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU TRÁMITE

### 1.2.1. La demanda de amparo constitucional

El día 23 de octubre de 2012, a través de apoderado judicial, la Autoridad Nacional de Televisión (en adelante ANTV) presentó acción de tutela en defensa de sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011 a favor de RCN TV y de la providencia del 17 de noviembre del año en cita del Consejo de Estado, en la que se negó la procedencia del recurso de anulación.

De acuerdo con el escrito de tutela, dichas decisiones judiciales incurrieron en un defecto sustancial en los términos en que se explicará más adelante y, por consiguiente, se solicitó dejarlas sin efecto.

1.2.2.1. La demanda inicia con una explicación referente al cumplimiento del principio de inmediatez, con ocasión del tránsito entre la CNTV y la ANTV, dispuesto a partir del Acto Legislativo 02 de 2011. Sobre el particular, se indicó que esta última autoridad fue creada por la Ley 1507 de 2012, en reemplazo de la primera de las entidades en mención, cuya liquidación se ordenó en el artículo 20 de la ley en cita.

La ANTV comenzó a funcionar el 10 de abril de 2012, con la integración de tres de los cinco miembros de la Junta Nacional de Televisión. No obstante, su pleno funcionamiento se logró hasta el 17 de julio de ese año, fecha en la que la entidad pudo asumir el ejercicio integral de sus funciones y, adicional a ello, integró totalmente su Comité Estratégico, el cual “consideró necesario agotar todas las herramientas jurídicas suministradas por el legislador para lograr la protección del patrimonio público de la Nación”, en su opinión, “gravemente vulnerado” a través de los fallos judiciales que se cuestionan por vía de tutela.

Sobre la base de lo ocurrido, la ANTV señala que el principio de inmediatez debe ser analizado de manera objetiva, atendiendo a las circunstancias en que es posible el ejercicio de la acción, teniendo en cuenta lo delicado de los asuntos y la dificultad administrativa, técnica y jurídica en que puede encontrarse una entidad.

De esta manera, a su juicio, "(...) la tutela se [interpuso] (...) en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. El recurso de anulación fue decidido el 17 de noviembre de 2011, notificado el 24 del mismo mes y año mediante edicto. [Así] (...), se cumple con la inmediatez dado que lo que siguió al finalizar el año 2011, fue la decisión de extinguir a la CNTV, lo cual concluyó el 10 de abril de 2012". En virtud de lo anterior, los trámites relacionados con la decisión de proteger los derechos de la entidad que recién asumía sus funciones y la dificultad del tema, llevan a que el actuar de la ANTV fuese en tiempo, dentro de la realidad expuesta (23 de octubre de 2012).

1.2.2.2. Por otra parte, y en línea con lo anterior, la ANTV manifestó que la finalidad del presente recurso de amparo es la de lograr la protección del patrimonio público, el cual resultó gravemente afectado por medio de los fallos que son objeto de controversia. En este punto, recordó que la CNTV también suscribió, en los mismos términos, un contrato de concesión con CARACOL TV. Este negocio jurídico fue igualmente objeto de demanda ante la justicia arbitral, la cual, a través de laudo del 5 de abril de 2011, condenó a la CNTV y ordenó pagar al citado concesionario la suma de \$ 13.607.823.120 millones de pesos. Los argumentos expuestos para justificar la condena fueron idénticos a los señalados en el presente caso, al tratarse de un tribunal compuesto por los mismos árbitros.

1.2.3. Irregularidades invocadas frente al laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación

1.2.3.1. En cuanto al laudo arbitral se expusieron los siguientes defectos:

Defecto sustantivo

Justificación

Por falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, por virtud del cual el Tribunal de Arbitramento tenía el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones, por tratarse de un asunto o tema objeto de controversia, a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o TJCA.

A juicio de la ANTV, los tribunales de arbitramento tienen la obligación de consultar previamente al TJCA, "la aplicación de las normas que obligan a [dicha] comunidad, dentro de las cuales se encuentra la relacionada con las telecomunicaciones".

Esta postura se asumió por el Consejo de Estado, en la sentencia del 9 de agosto de 2012, en el caso ETB-COMCEL, al declarar la nulidad del recurso de anulación que había sido proferido en dicha causa, en observancia a una decisión TJCA.

Defecto sustantivo

Justificación

Por falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del laudo.

Sostiene el actor que el Tribunal de Arbitramento admite como obligatorias la cláusula novena del contrato 140 de 1997 y la Resolución 429 del año en cita, para efectos de establecer el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias.

Sobre esa base y luego de referir al esquema de liquidación de dichas tarifas, acoge el Tribunal de Arbitramento, de forma errónea, el criterio de frecuencias efectivamente utilizadas, con miras a establecer el monto de la obligación a cargo del concesionario. En este sentido, concluye que:

“[E]l monto que ha debido pagar el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A. a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN por la utilización o uso de las frecuencias asignadas al Canal N1, de conformidad con los valores establecidos por la Resolución 429 de 1997 es \$ 13.980.027.490, de conformidad con el criterio de cobertura efectiva, antes explicado (...)”.

Para la ANTV, es claro que del texto transcrito “no se deduce otra obligación distinta a que RCN TELEVISIÓN debe pagar el valor [reseñado] (...) y no, por el contrario, que la Comisión Nacional de Televisión (...) debe pagar al Canal RCN TELEVISIÓN [esa] (...) suma de dinero”.

A lo anterior agrega que no se explica de donde surgen las cifras que se deben pagar por el uso de las frecuencias VHF y UHF; y peor aún no se especifica “(...) cuál era el valor que había recibido la Comisión Nacional de Televisión y por qué concepto, y cuál era el que efectivamente debía recibir (...)”. Al final, la condena representa una cifra al aire, sin un soporte que se ajuste a la Resolución 429 de 1997.

Defecto sustantivo

Justificación

Por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, con sujeción al criterio de cobertura efectiva, contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo.

En criterio de la entidad demandante, a partir de las normas en cita, se infiere que los pagos a cargo del concesionario, por la asignación y uso de las frecuencias en los diferentes lugares del territorio nacional, se sujetan a la disponibilidad de la señal y no a su utilización específica, por el costo de oportunidad que ellas envuelven.

Así lo resalta la ANTV, a partir de la transcripción de la Resolución 129 de 2010, en la que se dispone que: “(...) la medida de utilización del espectro (...), se define como el producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo

denegado a otros usuarios potenciales”.

Para complementar este argumento, sostiene que el Estado tiene la obligación de vigilar que “en las frecuencias que se adjudicaron a RCN TELEVISIÓN y a CARACOL TELEVISIÓN no cursen otras señales (...), situación que (...) permite inferir claramente que[,] al no tener acceso a estas frecuencias, ni terceras personas ni el Estado mismo, da lugar a que el concesionario deba pagar por el uso de éstas”.

Así las cosas, el criterio que se adoptó en el laudo, “(...) lleva a la inaplicación de la cláusula 9ª del contrato y de la Resolución 429 de 1997. Con tal interpretación se podría afirmar que si los concesionarios sólo pagan las frecuencias que utilizan, se incurriría en un detrimento patrimonial, pues podrían no utilizar ninguna, toda vez que las frecuencias se encuentran disponibles para la explotación exclusiva de los concesionarios y no se autoriza a otras personas, ni lo puede hacer el mismo Estado, por la relación contractual existente entre la CNTV y RCN (...) y CARACOL”.

En conclusión, afirma que el laudo contradice no solo la voluntad de las partes expresada en el contrato, sino también el régimen jurídico que se debía aplicar en virtud de los actos administrativos que soportaban el cobro de las frecuencias, por lo que esa decisión se profirió “prácticamente en equidad y no en derecho”.

1.2.3.2. En lo que corresponde a la sentencia del 17 de noviembre de 2011, a través de la cual el Consejo de Estado resolvió el recurso de anulación, se alegó el siguiente defecto:

Defecto sustantivo

Justificación

Por falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, por virtud del cual el Consejo de Estado tenía el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones, por tratarse de un asunto o tema objeto de controversia, a cargo del TJCA.

La ANTV señala que, ante la omisión del Tribunal de Arbitramento, le correspondía al Consejo de Estado, al momento de resolver el recurso de anulación, requerir la interpretación prejudicial del TJCA, tal como ocurrió en el caso gemelo de CARACOL TV, en el cual dicha obligación fue ordenada por Auto del 5 de abril de 2011, proferido por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

1.2.4. Supuestos invocados en la demanda para acreditar los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

El siguiente cuadro ilustra, de forma esquemática, los principales argumentos expuestos para justificar la procedencia de la acción de tutela:

Supuesto

Argumento

La acción de tutela procede contra laudos arbitrales, cuando a través de ellos se desconocen los derechos fundamentales de las partes

En este punto, la ANTV sostiene que la Corte ha convalidado la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: (i) el agotamiento previo de los recursos previstos en la ley para cuestionar la decisión arbitral; y (ii) la configuración de un defecto que se traduzca en una violación del debido proceso.

Estos requisitos se cumplen en el caso bajo examen, pues se incurrió en tres defectos sustantivos y se promovió el recurso de anulación, sin obtener la protección de los derechos de la CNTV.

La cuestión que se discute tiene una clara relevancia constitucional

Ello ocurre, por una parte, porque de por medio se encuentra la prestación de un servicio público, y por la otra, porque se están dejando de aplicar la Resolución 429 de 1997 de la CNTV y la Decisión 472 de 1999 de la CAN.

En el asunto se agotaron los medios de defensa judicial al alcance de la parte afectada

Sobre el particular, se señala que la CNTV interpuso el recurso de anulación contra el laudo, con el fin de lograr la corrección de la decisión. No obstante, éste fue decidido sin obtener el amparo de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. En sus palabras, no queda otro mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela.

El defecto debe identificarse de forma razonable y, de haber sido posible, haberlo alegado en las instancias pertinentes

Sobre el particular, se alega que: “el recurso de anulación se dirigió a demostrar que el Tribunal no profirió el laudo con [sujeción] con fundamento en la Resolución 429 de 1997, tomó una decisión en conciencia, ausente de las normas que regulaban el proceso e hizo una interpretación [errónea] de la cláusula 9ª del contrato sobre el pago a cargo de los concesionarios.

Adicionalmente, el (...) Consejo de Estado y la Corte Constitucional han dicho que los tribunales de arbitramento tienen que dar aplicación al artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, lo cual no ocurrió en el presente laudo, causando una vía de hecho por defecto sustantivo”.

#### 1.2.5. Contestación de las entidades demandadas y terceros con interés

##### 1.2.5.1. Contestación de RCN TV

En escrito allegado el 31 de enero de 2013, el apoderado judicial de RCN TV se opuso a la acción de tutela interpuesta por la ANTV y, en consecuencia, solicitó denegar la pretensión formulada. Los argumentos expuestos se basan en la premisa de que la solicitud de la accionante es que se vuelva a estudiar de fondo la controversia, supuesto que desborda el

objeto del recurso de amparo, como mecanismo extraordinario de defensa judicial.

En todo caso, realiza varios pronunciamientos específicos sobre la tutela y las razones expuestas por la ANTV, los cuales se agrupan en los siguientes puntos:

(i) La ANTV carece de legitimación en la causa por activa: Para justificar esta oposición, se afirma que el artículo 20 de la Ley 1507 de 2012 dispone que el régimen de liquidación de la CNTV corresponde al previsto en el Decreto Ley 254 de 2000, en cuyo artículo 6 se señala que el liquidador tendrá como funciones, entre otras, la de “[a]ctuar como representante legal de la entidad en liquidación”. Por consiguiente, a su juicio, “(...) el único legitimado para formular la acción de tutela en contra de las decisiones judiciales del 5 de abril de 2011 y/o 17 de noviembre de 2011, es la Comisión Nacional de Televisión, [o en su defecto], la Comisión Nacional de Televisión -en liquidación, y NO la Autoridad Nacional de Televisión, ya que la ley no [la] facultó para ello”.

(ii) La demanda de tutela no satisface el principio de inmediatez: Sobre el particular, se sostiene que, aún si se considera que la ANTV actúa como un ente que reemplaza o sucede a la CNTV, dicho acto se produce de forma instantánea y en el estado en el que se encuentren sus acciones y derechos, los cuales ni se suspenden, ni se extinguen, ni se modifican, por el cambio de titular. Ello se traduce en que el tiempo de aproximadamente diez meses para acudir en acción de tutela, lo que confirma es que su interposición se realizó de forma inoportuna y extemporánea. Incluso, el recurso de amparo pudo haber sido interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, sin que ello ocurriera, a pesar de que estuvo vinculada en todo momento a la presente controversia.

(iii) La controversia sometida a decisión no exige interpretación prejudicial por el TJCA: Al respecto, se expresa que la regulación andina excluye de forma explícita al servicio de televisión como parte del régimen común, por lo que el defecto sustantivo que se invoca carece de soporte normativo. En este sentido, se reproduce el artículo 3 de la Decisión 462 de 1999, en el que se dispone que: “La presente Decisión abarca los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión”. A lo anterior se agrega que el artículo 22 del mismo régimen normativo, indica que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la contraprestación derivada de tales conceptos, están sujetos a lo que se disponga en las normas internas de cada uno de los países miembros.

De suerte que, contrario a lo que se sostiene en la demanda, “la controversia conocida y resuelta por el Tribunal de Arbitramento a través de laudo del 5 de abril de 2011, y de cuyo recurso de anulación conoció la Sección Tercera del Consejo de Estado, se rige en su integridad por normas colombianas, tal y como en efecto sucedió”.

(iv) No se desconoció lo previsto en la Resolución 429 de 1997, tanto por el laudo arbitral, como por la sentencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación: En este punto, en primer lugar, se señala que el Tribunal de Arbitramento en ningún momento varió o modificó los actos administrativos que sirvieron de soporte a la decisión, pues siempre se partió de la base de fallar conforme a su presunción de legalidad. Y, en segundo lugar, de forma concreta, se resalta que la Resolución 429 de 1997 fue analizada ampliamente y que, como resultado de dicho proceso, fue que se concluyó que RCN TV había pagado a la CNTV,

un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula novena del contrato de concesión No. 140 del año en cita.

(v) La Resolución 129 de 2010 es inaplicable en el caso bajo examen: Para RCN TV, este acto administrativo se expidió por fuera de los años objeto de controversia y de ejecución del contrato, como lo advierte el propio Tribunal en el laudo que es objeto de demanda.

#### 1.2.5.2. Contestación del Tribunal de Arbitramento

El pronunciamiento sobre la demanda objeto de estudio fue realizado por el exárbitro del Tribunal, Felipe Negret Mosquera. En escrito del 31 de enero de 2013 expresó su oposición a las pretensiones de la CNTV, conforme a las razones que a continuación se resumen:

(i) La ANTV carece de legitimación en la causa por activa: Sobre la base de los mismos argumentos ya reseñados y expuestos por RCN TV, el exárbitro sostiene que “[n]inguna legitimación le asiste a la ANTV, pues a la fecha todavía existe como persona jurídica la Comisión Nacional de Televisión en liquidación y esa entidad a la que le corresponde el cumplimiento de las condenas impuestas por el Tribunal de Arbitramento”.

Por lo demás, si bien los artículos 21 y 22 de la Ley 1507 de 2012, previeron la cesión de la posición contractual, judicial y administrativa de la CNTV con ocasión de su liquidación, lo hicieron respecto de los procesos en “curso”, hipótesis que no resulta procedente en el caso bajo examen. Textualmente, se dijo que:

“(…) los anteriores artículos de la Ley 1507 no tienen la virtud de transferir a la ANTV la legitimación para ejercer la acción de tutela contra el laudo arbitral de 5 de abril de 2011 y la sentencia del Consejo de Estado del 17 de noviembre de 2011, pues es claro que la sustitución a la Comisión Nacional de Televisión operó respecto de los procesos en ‘curso’, como bien lo anota el mencionado artículo 21, siendo diáfano que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1507 -10 de enero de 2012-, tanto el trámite arbitral como el de recurso de anulación ante el Consejo de Estado, habían culminado su trámite. // Y no por el hecho [de] que se haya creado una persona jurídica distinta para el cumplimiento de las funciones que correspondían a la Comisión Nacional de Televisión, se presenta una automática legitimación para promover la acción de tutela en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales que hipotéticamente solo pudieron ser conculcados a la Comisión Nacional de Televisión. Vale la pena resaltar que a la fecha de presentación [de la] presente acción de tutela, la [CNTV en liquidación] (...) es una persona jurídica existente, con una capacidad legal y contractual restringida en virtud de su proceso liquidatorio, pero con la legitimación suficiente para pretender la protección de sus derechos fundamentales si los considerare vulnerados”.

(ii) La demanda de tutela no satisface el principio de inmediatez: Para el exárbitro, el plazo transcurrido entre el momento en que fueron proferidas las decisiones cuestionadas (5 de abril y 17 de noviembre de 2011) y aquél en que se procedió con el ejercicio de la acción de tutela no resulta razonable, ni acorde con el desarrollo jurisprudencial sobre la materia. Por lo demás, a su juicio, no cabe tomar como referente de análisis la fecha de entrada en funcionamiento de la ANTV, ya que se trata de un hecho irrelevante que no se relaciona con los actos que supuestamente vulneran los derechos invocados, máxime cuando la CNTV

todavía cumple funciones, “(...) pues la sola iniciación del proceso de liquidación no extingue su personalidad jurídica y no le impide reclamar sus derechos en juicio”, tal como se mencionó con anterioridad.

(iii) La demanda incumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela: Al respecto, se destaca que la entidad accionante tuvo a su alcance el recurso de anulación contra el laudo arbitral, “sobre el cual probó suerte la Comisión Nacional de Televisión, sin éxito”. Por lo demás, entre las causales invocadas para su prosperidad, jamás se aludió al supuesto vicio originado en la falta de solicitud de la interpretación prejudicial de las normas comunitarias ante el TJCA. En su criterio, la CNTV tuvo la oportunidad de ventilar este aparente vicio ante el juez natural de la causa y no lo hizo, por lo que la acción de tutela no puede convertirse, sin desconocer su naturaleza residual, “(...) en un recurso principal para obtener pronunciamientos judiciales más expeditos, [y en una nueva] (...) oportunidad para subsanar las posibles omisiones en que pudo incurrir la [CNTV] al momento de presentar y sustentar el recurso de anulación, en el que dejó por fuera las materias que ahora piensa introducir al debate por la vía de tutela”.

(iv) La controversia sometida a decisión no exige interpretación prejudicial por el TJCA: Sobre el particular, en primer lugar, el exárbitro puso de presente que la controversia entre RCN TV y la CNTV no versó sobre una norma de la comunidad andina, pues el litigio propuesto fue eminentemente contractual. En segundo lugar, sostuvo que el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 solo exige la interpretación prejudicial como obligatoria, cuando el fallo no admita recursos en el derecho interno. En el caso de la justicia arbitral, “al existir el recurso de anulación del laudo[,] es posible concluir que[,] aún si se estuviera en aplicación o controversia de una disposición del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, la solicitud de interpretación es optativa y de ninguna manera requisito sine qua non para proferir sentencia”. Y, en tercer lugar, manifestó que “si el Consejo de Estado hubiera considerado que en la decisión que resolvió el recurso de anulación (...) se estaba controvirtiendo o aplicando normativa de la comunidad andina hubiera en efecto [suspendido] el proceso y [solicitado] la interpretación del Tribunal [de Justicia de la Comunidad Andina], [circunstancia que no ocurrió] (...) por la única razón que no lo consideró procedente”.

#### 1.2.5.3. Contestación del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

El magistrado ponente de la sentencia del 17 de noviembre de 2011, presentó escrito de contestación frente a las pretensiones de la acción de tutela. Así las cosas, en un documento allegado el 11 de febrero de 2013, señaló que también se oponía a lo planteado por la ANTV, al considerar que el amparo no resulta procedente y que, además, el Consejo de Estado no vulneró los derechos fundamentales de la entidad estatal demandante. Siguiendo el mismo esquema propuesto con anterioridad, se exteriorizarán cada uno de los argumentos enunciados para negar la prosperidad de las solicitudes formuladas:

Al revisar las explicaciones dadas por la ANTV para excusar la mora en que se incurrió, se sostiene que, en primer lugar, el tiempo transcurrido entre la liquidación de la CNTV y el funcionamiento de la nueva entidad, no enerva los efectos del incumplimiento principio de inmediatez. Ello es así, por una parte, porque la CNTV no cesó de inmediato en el ejercicio de

sus funciones, se trató de un proceso gradual, por lo que no cabe señalar que existió una “desatención funcional” que haya afectado la defensa de la institucionalidad. Y, por la otra, porque ya en el mes de abril de 2012 la ANTV se encontraba operando, de suerte que no es justificable que la demanda se haya interpuesto prácticamente a fin de ese año.

En segundo lugar, en lo que respecta al argumento del alto grado de complejidad del tema a debatirse en sede de tutela, se considera que el mismo no resulta procedente por la subjetividad y arbitrariedad que envuelve, toda vez que, de ser aplicado a las controversias relativas a laudos arbitrales, en el fondo se aceptaría que ellas “no estarían sometidas a la regla de procedencia que encarna el principio de inmediatez”.

(ii) La demanda incumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela: Al respecto, se señala que los vicios que se invocan en el amparo constitucional no fueron planteados en la oportunidad procesal debida, esto es, en el recurso de anulación, pues allí lo que se alegó fue: (a) haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; (b) contener la parte resolutive de la decisión arbitral errores aritméticos o disposiciones contradictorias; y (c) haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. De esta manera, y de cara al carácter subsidiario de la acción de tutela, debe considerarse que este mecanismo no puede ser usado para reabrir debates clausurados en debida forma y, menos, respecto de irregularidades o defectos que no se expusieron oportunamente ante los jueces ordinarios.

(iii) No cabe aplicar como precedente la decisión adoptada en el caso de CARACOL TV, en lo que atañe a la suspensión y requerimiento de la interpretación prejudicial al TJCA: En este punto, se explica que la ANTV mencionó una providencia emitida por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, en el caso de CARACOL TV, en la cual decidió “CONSULTAR al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la interpretación de las normas que debía aplicarse”, sin que se ofrecieran datos que permitiesen contextualizar tal determinación, a efectos de estructurarla como precedente. Por el contrario, su invocación se realiza de forma imprecisa, para pretender justificar de ella la ocurrencia del defecto sustantivo que se alega.

En este contexto, señala que la providencia reseñada se dictó el 25 de abril de 2012, fecha para la cual los presupuestos fácticos y jurídicos del recurso de anulación eran distintos a los que regularon la expedición de la sentencia en el caso bajo examen, esto es, el 17 de noviembre de 2011. El cambio se produjo por el hecho de que el Consejo de Estado fue notificado “(...) el 2 de marzo de 2012, de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...) el 26 de agosto de 2011 y que tiene auto aclaratorio de noviembre 15 del mismo año dictada [en el] proceso identificado con el No. 03-AI-2010 donde fueron anulados tres fallos adoptados por la Sección Tercera, dentro de los expedientes identificados con los números de radicación 10001-03-26-000-2007-00008-00 (33.643), 11001-03-26-000-2007-00009-00 (33.644) y 11001-03-26-000-2007-00010-01 (33.645), al [indicar] la existencia de una causal de nulidad[,] al no haberse efectuado la consulta previa exigida por las normas de la Comunidad Andina”.

Este cambio se ratificó por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de agosto de 2012, en la cual dio cumplimiento a lo ordenado por

el TJCA. Solo a partir de dicho momento se consideró que la falta de interpretación prejudicial constituía una causal autónoma para invalidar el trámite del recurso de anulación y lo incorporó como un criterio a seguir en los casos que se decidieran a futuro.

Por consiguiente, visto el contexto temporal previamente explicado, se sostiene que la decisión proferida el 17 de noviembre de 2011, y que ahora se cuestiona, obedeció al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales que se aplicaban para aquella fecha, distinto a lo sucedido en el caso de CARACOL TV, pues para esa época, 25 de abril de 2012, ya se tenía conocimiento de la postura del TJCA, la cual fue conocida por el Consejo de Estado, como previamente se dijo, el 2 de marzo del año en cita. De ahí que, en sus propias palabras, se concluye que:

“Frente a tales contextos temporales y bajo el entendido que las exigencias pautadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son posteriores a la fecha en la cual se dictó la sentencia atacada, no puede invocarse ni el citado auto, ni la sentencia que cumplió lo ordenado por el referido organismo internacional, como precedentes que vincularan el contenido de la sentencia cuestionada e impusieran al juez, a petición de parte u oficiosamente adoptar los trámites para realizar la consulta previa, pues tal no era el estado de la decisión al momento de su adopción y, por ello, no se está frente a una causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, sino, por el contrario, frente a un razonar que debe ser entendido como expresión del ejercicio de la autonomía de la función judicial, sin que pueda considerarse como constitutiva de causal de procedencia de tutela contra decisión judicial, por todo lo cual solicito se deniegue el amparo incoado”.

#### 1.2.5.4. Cuadro explicativo que reúne las oposiciones formuladas

Oposición

Argumentos

La ANTV carece de legitimación en la causa por activa

(i) La CNTV era la entidad habilitada por el régimen legal vigente para ejercer la acción de tutela, a través de su liquidador, para el momento en que se interpuso el recurso de amparo. (Ley 1507 de 2012, art. 20 y Decreto Ley 254 de 2000, art. 6).

(ii) La ley no facultó a la ANTV para sustituir en este caso la posición judicial de la CNTV, pues la habilitación tan solo se produjo respecto de los procesos en “curso”. (Ley 1507 de 2012, arts. 21 y 22).

La demanda no satisface el principio de inmediatez

(i) Si se considera que la ANTV actuó como un ente que reemplazó o sucedió a la CNTV, dicho acto se produjo de forma instantánea y en el estado en que se encontraban sus acciones y derechos, los cuales ni se suspendieron, ni se extinguieron, ni se modificaron, por el cambio de titular. En este sentido, se afirma que no cabe señalar que existió un período de “desatención funcional”, que haya afectado las atribuciones de defensa de la institucionalidad.

(ii) El recurso de amparo pudo haberse interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, la cual estuvo vinculada en todo momento a la controversia.

(iii) El alto grado de complejidad de un tema a debatirse en sede de tutela, no es un criterio que pueda ser invocado para justificar el retardo en el uso de la acción, no solo por la subjetividad y arbitrariedad que envuelve, sino porque de ser aplicado a las controversias relativas a laudos arbitrales, en el fondo se aceptaría que ellas no estarían sometidas a la regla de procedencia que encarna el principio de inmediatez.

La demanda incumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela

(i) La ANTV interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral y obtuvo una decisión desfavorable a sus intereses.

(ii) La ANTV jamás invocó el supuesto vicio surgido de la falta de interpretación prejudicial de las normas comunitarias, ni ante el tribunal de arbitramento, ni ante el Consejo de Estado, por lo que la acción de tutela no puede usarse para subsanar las omisiones en que se incurrió.

(iii) La ANTV no puede acudir a la acción para reabrir debates clausurados en debida forma, y menos aún, respecto de defectos que no se expusieron ante los jueces ordinarios.

La controversia sometida a decisión no exige interpretación prejudicial por el TJCA

(i) La regulación de la CA excluye de forma expresa al servicio de televisión como parte del régimen común (Decisión 462 de 1999, art. 3).

(ii) La regulación de la CA señala que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la contraprestación derivada de tales conceptos, están sujetos a lo que se disponga en las normas internas de cada uno de los países miembros (Decisión 462 de 1999, art. 22).

(iii) La interpretación prejudicial solo se exige de forma obligatoria cuando se aplica una norma de la CA y siempre que la decisión no admita recursos. Tales requisitos no concurren respecto del laudo, ya que el litigio fue eminentemente contractual y respecto de lo decidido se interpuso el recurso de anulación.

(iv) El requisito de la interpretación prejudicial como supuesto para invalidar un laudo solo se consolidó a partir del 2 de marzo de 2012, fecha en la cual se notificó tal alcance por el TJCA. Así las cosas, el fallo adoptado en este caso el 17 de noviembre de 2011, se produjo sobre los criterios vigentes para la época.

El laudo arbitral y la sentencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación no desconocieron

lo previsto en la Resolución 429 de 1997

(i) El laudo arbitral en ningún momento varió o modificó los actos administrativos que

sirvieron de soporte a la decisión, pues siempre se partió de la base de fallar conforme a su presunción de legalidad.

(ii) La Resolución 429 de 1997 fue analizada ampliamente y, como resultado de ese proceso, fue que se concluyó que RCN TV había pagado a la CNTV, un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula novena del contrato de concesión número 140 del año en cita.

La Resolución 129 de 2010 es inaplicable en el caso bajo examen

La Resolución 129 de 2010 se expidió por fuera de los años objeto de controversia y de ejecución del contrato, como lo explicó el Tribunal en el laudo arbitral.

#### 1.2.6. Sentencias objeto de revisión

##### 1.2.6.1. Primera instancia

En sentencia del 18 de febrero de 2013, la Sección Cuarta del Consejo de Estado decidió declarar improcedente la acción de tutela presentada por la ANTV. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

(ii) En cuanto al requisito de inmediatez, advierte que la demanda de tutela se interpuso casi once meses después de surtida la notificación. No obstante, estima que caben tres de las cuatro razones expuestas para justificar la demora en que se incurrió por la ANTV, a saber: (a) la iniciación del proceso de liquidación de la CNTV; (b) la organización y elección de los miembros de la Junta Nacional de Televisión; y (c) la conformación del Comité Estratégico de la ANTV, lo cual ocurrió hasta el 17 de julio de 2012. Textualmente, expuso que:

“Para la Sala, son aceptables las tres primeras razones, pues la liquidación de una entidad implica la ejecución de una serie de actos que impiden el desempeño normal de sus competencias, más aún, como en este caso, que es necesario hacer un empalme con las diferentes entidades entre las que se distribuyeron las funciones que la CNTV tenía a su cargo. A su turno, es comprensible también que en la fecha en que la ANTV inició formalmente sus labores no fuera posible promover inmediatamente las demandas judiciales, entre ellas, la acción de tutela de la referencia, pues era [indispensable] que los miembros de la entidad se reunieran precisamente para acordar las medidas necesarias para cumplir a cabalidad las funciones que se le asignaron. // Por lo indicado, se precisa que[,] (...) para la Sala[,] son válidas las razones que la [entidad] demandante expone para justificar la inactividad, por lo cual se da por cumplido el requisito de inmediatez.”

Tan solo concluyó que no cabía el argumento referente a la complejidad del tema, el cual consideró inaceptable, “(...) si se parte del hecho de que todos los casos tienen un grado de dificultad desde el punto de vista argumentativo, pues es primordial que las demandas de tutela contengan los fundamentos jurídicos y fácticos que demuestren que los derechos fundamentales que se pretenden proteger en efecto se vulneraron con la actuación de la entidad o autoridad demandada”.

(iii) En cuanto al principio de subsidiariedad. Al respecto, la autoridad que obró como juez de primera instancia se pronunció en el sentido de admitir la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, con dos importantes reflexiones sobre la materia.

En primer lugar, considera que el recurso de amparo procede como mecanismo principal de defensa judicial, cuando las inconformidades que se planteen frente al laudo no sean susceptibles de controversia a través de los medios ordinarios previstos para su control o impugnación, como ocurre, por ejemplo, con el recurso de anulación. De resto, el ejercicio de la acción se somete a la regla general consistente en otorgar un amparo transitorio, siempre que se acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En segundo lugar, la verificación de la ocurrencia de los requisitos generales y específicos para que proceda la acción deben ser más exigentes, o si se quiere, rigurosos, en el caso de los laudos arbitrales, pues, de lo contrario, “el juez de tutela se convertiría en el permanente revisor de la actividad judicial de los árbitros, circunstancia que no solo no se compadece con el carácter especial del arbitramento, sino que desconocería el carácter excepcional de la acción de tutela y pondría en riesgo la seguridad jurídica, valor fundante de todo sistema judicial, incluido el que protagoniza el arbitramento”.

Al pronunciarse sobre el caso concreto, se señala que dos de los defectos invocados, esto es, (a) la falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del laudo y (b) la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, con sujeción al criterio de cobertura efectiva, contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo, fueron alegados por la CNTV en el recurso de anulación, por lo que a través de la acción de tutela no cabe revivir “(...) una discusión que ya fue sometida a conocimiento del juez competente, esto es, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2011, declaró infundado el recurso (...) interpuesto por la CNTV porque ninguna de las causales invocadas prosperó.” En este sentido, se considera que el carácter subsidiario o residual del recurso de amparo, impide su uso como mecanismo alternativo de defensa judicial ante decisiones adversas a los intereses del accionante.

Por su parte, (c) en cuanto a la falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, referente a la interpretación prejudicial ante el TJCA, se descarta su procedencia por cuatro motivos: Primero, porque en la demanda no se indica cuáles son las normas que debían consultarse ante el citado Tribunal. Segundo, porque no se menciona disposición alguna del derecho comunitario que refiera al servicio de televisión, como parte del régimen común andino. Tercero, porque la supuesta obligación de agotar la interpretación prejudicial nunca se reclamó ante las instancias pertinentes y solo vino a ser sustentada en sede de tutela. Y, cuarto, porque la ANTV tuvo a su alcance la acción de incumplimiento que pudo invocar ante el TJCA, con miras a que dicho organismo le impusiera al Estado el deber de agotar el trámite reclamado. Estos mismos argumentos se extienden respecto de la sentencia del 17 de noviembre de 2011 que resolvió el recurso de anulación, en la que tan solo se cuestionó la falta de aplicación del citado artículo 33 de la Decisión 472 de 1999.

#### 1.2.6.2. Impugnación por parte de la ANTV

En escrito del 9 de mayo de 2013, el apoderado de la ANTV presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. En el mismo se reiteraron los argumentos de la demanda sobre la afectación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, dada la falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 por parte del Tribunal de Arbitramento y por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Como puntos específicos de análisis respecto de la providencia cuestionada, se expuso lo siguiente:

(i) Se agrega como derecho fundamento vulnerado el derecho a la igualdad, con el argumento de que la interpretación prejudicial sí se llevó a cabo en el caso de CARACOL TV (auto del 25 de abril de 2012) y en la controversia ETB-COMCEL (sentencia del 9 de agosto de 2012). Particularmente, se insiste en esta última providencia, pues en ella se dejó sin efecto la resolución de un recurso de anulación y se declaró la nulidad del laudo arbitral, con ocasión de la no aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999.

En este orden de ideas, se manifestó que: "(...) la jurisprudencia del Consejo de Estado ya había declarado la necesidad de acatar previamente el mandato comunitario que exige la consulta al Tribunal Andino de Justicia (...), razón por la cual, el mismo procedimiento debió cumplirse con el laudo de RCN Televisión, pues de lo contrario se desconoce el precedente judicial y se afecta el principio de igualdad".

(ii) Se invoca que la interpretación prejudicial debió realizarse de oficio, al cuestionar la declaratoria de improcedencia por la falta de alegación de las normas comunitarias que fueron inadvertidas. En este sentido, se expone que el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, señala que el procedimiento de consulta previa debe "hacerse de oficio" o a petición de parte, "por lo cual se cae de su peso el soporte con el cual se pretende dejar de lado la protección del derecho fundamental del debido proceso de la ANTV".

(iii) Se cuestiona la invocación de la acción de incumplimiento como razón para considerar que se inobservó el principio de subsidiariedad, por cuanto la acción de tutela es un mecanismo residual dentro de la jurisdicción ordinaria, en donde el único medio de defensa judicial que tenía a su alcance la CNTV fue el recurso de anulación, con lo cual se agotó las exigencias de ley. Para la autoridad demandante, "[p]edir que se acuda a un juez extranjero para proteger los derechos fundamentales de las personas, es no solo descabellado, sino que sería desconocer la operancia de la justicia en Colombia".

#### 1.2.6.3. Respuesta a la impugnación por RCN TV

El 30 de mayo de 2013, el apoderado de RCN TV presentó un escrito de oposición a la impugnación promovida por la ANTV, en el cual solicitó que se confirme la decisión de primera instancia. El documento se puede dividir en dos partes. En la primera se reiteran las mismas razones de improcedencia expuestas en la oposición al recurso de amparo, por virtud de las cuales se estima que no se cumplen los requisitos de legitimación en la causa por activa e inmediatez.

En la segunda, por el contrario, se exponen los motivos para cuestionar las razones esgrimidas en el recurso de apelación, dirigidos a desestimar la supuesta violación del derecho a la igualdad, para lo cual se indica, por una parte, que el caso de la ETB-COMCEL no es aplicable al asunto objeto de estudio, pues él versa sobre una disputa en relación con el

servicio de telecomunicaciones y no de televisión, como ocurre en el sub-judice. En este orden de ideas, resalta que la normatividad andina exceptúa este último servicio del régimen común (Decisión 462 de 1999, art. 3), lo cual se refuerza con la exclusión del cobro de frecuencias, materia sometida al derecho interno (Decisión 462 de 1999, art. 22). Y, por la otra, que el auto que se invoca proferido en el caso de CARACOL TV no se encuentra en firme, ya que sobre él está pendiente “que se resuelva un recurso de súplica[,] en donde se está poniendo de presente, [como previamente se dijo] (...) que la normatividad andina expresamente excluye el servicio de televisión y, además, que la regulación de frecuencias es un asunto exclusivo del país”.

#### 1.2.6.4. Segunda instancia

En sentencia del 20 de noviembre de 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no se acreditaron los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

Para fundamentar su decisión, en primer lugar, se analizó la falta de existencia de un plazo razonable para presentar la solicitud de amparo constitucional. Sobre esto se observó que habían transcurrido más de 11 meses desde que se profirió la última providencia judicial en el proceso objeto de controversia, los cuales no se justifican a partir de los argumentos dados por la ANTV en la demanda. En concreto, se afirma que la CNTV gozaba de plenas facultades para hacer uso de los medios judiciales correspondientes antes de que se expidiera la Ley 1507 de 2012, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Acto Legislativo 02 de 2011, conforme al cual: “Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente”.

En segundo lugar, se señaló el desconocimiento del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, por cuanto la ANTV tiene la posibilidad de recurrir a la acción de incumplimiento ante la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como medio idóneo para solicitar que se examine la supuesta omisión de requerir la interpretación prejudicial en el trámite arbitral adelantado entre RCN TV y la CNTV.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 2.1. Selección, insistencias presentadas y competencia de la Sala Plena

2.1.1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución. Cabe aclarar que el expediente T-4.224.881 fue seleccionado por la Sala de Selección Número Tres, mediante Auto del 18 de marzo de 2014, previas insistencias los magistrados María Victoria Calle, Correa, Alberto Rojas Ríos y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

2.1.2. En las insistencias formuladas por los mencionados magistrados, se expresó la

importancia del presente asunto dada su relevancia constitucional, pues se exterioriza una discusión en torno a la posible afectación de derechos fundamentales, como resultado de un aparente desconocimiento de las normas de la Comunidad Andina en materia de interpretación prejudicial en el sector de las telecomunicaciones. En este sentido, se alude a que dichas disposiciones son parte del ordenamiento jurídico interno, y que su eventual incumplimiento podría dar lugar a la ocurrencia de un defecto sustantivo.

De manera puntual, el magistrado Rojas indicó la necesidad de que la jurisprudencia constitucional se pronuncie sobre la obligación de las autoridades nacionales de consultar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina previo al fallo de fondo. Por otro lado, la magistrada Calle resaltó que frente a este caso era necesario identificar si las decisiones de instancia se apartaron de la Sentencia T-058 de 2009, en relación con las vías de hecho en laudos arbitrales. Finalmente, el magistrado Mendoza agregó como razones para su eventual revisión, el examen sobre la observancia del requisito de inmediatez y la posible afectación del patrimonio público que se puede generar en este asunto.

2.1.3. Si bien el caso fue inicialmente asignado a la Sala Tercera de Revisión, durante el curso del proceso la competencia fue asumida por la Sala Plena de esta Corporación el 12 de junio de 2014 y, en consecuencia, se suspendieron los términos del proceso hasta que se adopte una decisión de fondo.

## 2.2. Escritos radicados por la ANTV, RCN TV y CARACOL TV en sede de revisión

### 2.2.1. Escrito de la ANTV

En oficio del 8 de abril de 2014, la ANTV puso en conocimiento de la Corte una serie de hechos sobrevinientes que considera ratifican la violación al debido proceso. Al respecto, recuerda que se expidieron dos laudos arbitrales sobre el mismo asunto (el de RCN TV y el de Caracol TV) y que ambos, a partir de la condena impuesta, fueron objeto de recurso de anulación ante el Consejo de Estado.

Destaca que en este proceso se controvierte únicamente la decisión adoptada en el caso de RCN TV, tanto en lo que corresponde al laudo como al recurso de anulación, pues para la época en que se interpuso la tutela seguía en trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el control de legalidad a lo resuelto en la controversia originada con Caracol TV.

Es en este escenario en el que se inscribe el oficio de la ANTV, en el que se señala que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado que desestimó la anulación en el caso de RCN TV y que, por tal motivo, dio lugar a la presente tutela, decidió anular el pasado 20 de febrero de 2014 el laudo de Caracol TV contra la CNTV, por haberse pronunciado el Tribunal de Arbitramento sobre asuntos ajenos a su competencia, no susceptibles de transacción, como lo es el valor por el cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias.

En particular, transcribe los siguientes apartes del fallo en mención:

“(…) Y observa la Sala, sin dificultad, que en cuanto la obligación de pagar las tarifas por el uso y asignación de las frecuencias, objeto de la controversia, es impuesta por una ley en la

que está interesado el orden público, se trata de un asunto no transigible.

En los términos de los artículos 76 y 77 constitucionales, el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la intervención, gestión y control del Estado.

La Ley 182 de 1995, que reguló la intervención del Estado en el espectro electromagnético, (...) (iv) dispuso que la Comisión Nacional de Televisión gestione e intervenga en el espectro electromagnético, en nombre del Estado, sin autorizarla para transigir sobre la obligación de que se trata. (...)

De suerte que la cláusula compromisoria no habilitó al Tribunal para conocer de litigios que comprometan el pago de la tarifa, pues resulta claro que no se trata de una prestación convencional, en cuanto ubicada al margen de la autonomía de la voluntad. (...)

La Resolución 429 de 1997 y los acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009 fueron expedidos por la Comisión Nacional de Televisión para fijar las tarifas por la asignación, el uso y adoptar el plan de utilización de las frecuencias, en ejercicio del mandato de intervención del Estado en el espectro electromagnético y en el servicio de televisión a su cargo, de que tratan las disposiciones de los artículos 76, 77, 334 constitucionales, la Ley 182 de 1995 y al margen de la relación contractual que vincula a las partes en el litigio arbitral.

En ese orden, no les resultaba posible a los árbitros pronunciarse sobre la validez y efectos de esos actos administrativos, en tanto no comprendidos en la categoría de los contractuales en los que se admite la arbitrabilidad, de conformidad con los criterios ya expuestos. (...)

Siendo así, la Sala concluye, sin hesitación, que no le resultaba posible al tribunal decidir sobre los pagos efectuados por la convocante y concluir su exceso, por haberse aplicado un criterio que, a juicio de la convocante, no se compagina con la causa legal, porque para el efecto debió pronunciarse o afectar la presunción de legalidad del acto, por cuya virtud no le quedaba sino concluir que los actos administrativos expedidos para fijar la tarifa y adoptar el plan de utilización de frecuencias, se sujetan en un todo a la causa dispuesta en la ley para el cobro. (...)

Advierte la Sala que el tipo de condicionamiento al que el tribunal sometió la interpretación y aplicación de la Resolución 429 de 1997 produce, materialmente, efectos similares a los de las decisiones de legalidad condicionada que le corresponde decidir al juez de lo contencioso administrativo (...)."

Con base en los argumentos expuestos, según afirma la ANTV, el Consejo de Estado decidió anular íntegramente los numerales sexto y séptimo de la parte resolutive del laudo proferido en el caso de Caracol TV, cuyo contenido guarda plena similitud con los numerales séptimo y octavo del laudo adoptado en el caso de RCN TV, los cuales fueron transcritos en el acápite 1.1.3.9 de esta providencia. Tal proximidad se constata en los siguientes términos:

Sentencia del 20 de febrero de 2014 del Consejo de Estado, en el caso CNTV vs Caracol TV

Parte resolutive del laudo arbitral del 5 de abril de 2011, en el caso CNTV vs

## RCN TV

Decisión del Consejo de Estado, según la parte resolutive: "(...) SE ANULA íntegramente las decisiones contenidas en los puntos sexto y séptimo del laudo bajo estudio, que disponen:

Estas decisiones se encuentran sometidas a examen en la presente acción de tutela.

Sexto.- Declarar que Caracol Televisión S.A. ha pagado a la Comisión Nacional de Televisión un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997.

Séptimo.- Condenar a la Comisión Nacional de Televisión a que restituya a Caracol Televisión S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del Contrato de Concesión 136 de 22 de diciembre de 1997, por la suma de trece mil seiscientos siete millones ochocientos veintitrés mil ciento veinte pesos M/CTE. (\$13.607.823.120), correspondiente a capital y su actualización a la fecha de este laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecución de este laudo.

Séptimo.- Declarar que RCN Televisión S.A. ha pagado a la Comisión Nacional de Televisión un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión 140 de 26 de diciembre de 1997.

Octavo.- Condenar a la Comisión Nacional de Televisión a que restituya a RCN Televisión S.A. el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9ª del contrato de concesión 140 de 26 de diciembre de 1997, por la suma de trece mil novecientos ochenta millones veintisiete mil cuatrocientos noventa pesos M/CTE (\$ 13.980.027.490), correspondientes al capital y su actualización a la fecha de este laudo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

A partir de lo expuesto, la ANTV concluye que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo le otorgó un trato diferenciado e injustificado al laudo de RCN TV, que atenta claramente contra el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia. Para la entidad demandante, la decisión que se cuestiona "(...) no tiene razón constitucional ni legal para mantener su poder vinculante, pues como lo explicó el Consejo de Estado, se expidió afectando normas no transigibles que solo pueden ser debatidas ante la Jurisdicción Contenciosa y (...) con él se está afectando el orden público".

### 2.2.2. Escrito de RCN TV

2.2.2.2. Así, en lo que corresponde a la inmediatez, afirma que la acción de tutela se interpuso el 23 de octubre de 2012 y que la notificación de la providencia que resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral se produjo a través de edicto desfijado el 28 de noviembre de 2011, por lo que transcurrió un total de 10 meses y 25 días, término que resulta excesivo y que altera la noción finalista del amparo constitucional, más aún cuando se trata de controvertir un fallo judicial que se encuentra amparado por los principios de

autonomía e independencia judicial, seguridad y certeza jurídica.

En el caso bajo examen, a juicio de RCN TV, "(...) el planteamiento de la ANTV para justificar su inactividad resulta artificioso y no puede ser considerado por la Corte Constitucional como un motivo válido de la inacción administrativa, toda vez que en realidad no hubo un interregno entre la cesión de funciones de la CNTV y la asunción de dichas competencias por parte de la ANTV, ni la sucesión de estas autoridades supuso en ningún momento ausencia o vacío de autoridad de televisión ni interrupción del servicio público a su cargo, ni mucho menos suspensión de las competencias del Estado en dicha materia, sino que, por el contrario, (...) siempre hubo continuidad del Estado en el ejercicio de las competencias y funciones propias de la autoridad de televisión y (...) en el cumplimiento de las potestades a su cargo".

En concreto, luego de citar lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2011 y lo señalado en los artículos 20 y 21 de la Ley 1507 de 2012, RCN TV destacó que, si bien a través del acto de reforma a la Constitución del 21 de junio de 2011, se modificó la estructura administrativa en el manejo de la televisión, de forma expresa se dispuso que la CNTV continuaría ejerciendo las funciones que le habían sido atribuidas por la legislación vigente, hasta tanto se expidieran las leyes pertinentes que definieran el nuevo esquema de organización estatal. Tal circunstancia aconteció el 10 de enero de 2012 con la Ley 1507, la cual no supuso la cesación en las funciones a cargo de la CNTV, porque en el referido artículo 20 se señaló expresamente que solo a partir del momento en que quedara conformada la Junta Nacional de Televisión, se iniciaría el proceso de liquidación del ente cuya supresión se ordenaba y se asumirían las funciones y competencias por los nuevos organismos que hayan sido creados.

Por consiguiente, "(...) la Comisión Nacional de Televisión solamente cesó en el ejercicio de sus [atribuciones] en el momento en que se conformó la Junta Nacional de Televisión, lo cual tuvo lugar el 10 de abril de 2012, fecha a partir de la cual las funciones fueron asumidas, sin solución de continuidad, por la Autoridad Nacional de Televisión". Esto significa que, a juicio del tercero con interés, no existió vacío alguno de autoridad en el ejercicio de las funciones en materia de televisión, lo cual es congruente con el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos, que impide considerar que, por cuenta de un proceso de reestructuración del Estado, se suscite un fenómeno de falta de arbitrio estatal en el desarrollo de las atribuciones de control y dirección, pues ello supondría una ruptura del modelo constitucional que impone el deber de velar por su ejecución de manera eficiente y oportuna, al mismo tiempo que lesionaría los principios de la administración pública de eficiencia, eficacia y economía.

Al existir entonces un esquema de actuación interrumpido por parte del Estado, en criterio de RCN TV, no son válidas ni pertinentes las razones que se esgrimen para justificar la inactividad por un plazo de 11 meses aproximadamente, ya que, de aceptarse la tesis expuesta por la ANTV, se desconocerían "(...) el principio de continuidad funcional de la Administración y de continuidad en la prestación de los servicios públicos".

Por último, en este punto destaca que la supuesta mayor complejidad de la materia tampoco es un argumento que permita dar prosperidad a la acción, ya que las discusiones profundas tienen el escenario natural del proceso ordinario, en este caso, el trámite arbitral y la

instancia de anulación, siendo la tutela un recurso de defensa excepcional cuyos reparos deben ser evidentes y manifiestos, máxime si se considera que su procedimiento se rige por el principio de informalidad y que no requiere ejercer el derecho de postulación.

2.2.2.3. En lo que atañe al requisito de subsidiariedad, señala que la acusación por contrariar el esquema de cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, si bien fue un tema debatido en el escenario judicial ordinario, no cabe que la Corte se pronuncie de fondo, toda vez que, como se explicó en el acápite anterior, el accionante incumplió con el requisito de inmediatez. No obstante lo anterior, respecto del defecto que se alega por la supuesta falta de la interpretación prejudicial del TJCA, se incumple de forma evidente con el deber de haber sido alegado previamente en la instancia pertinente, en atención a que nunca fue planteado ante el Tribunal de Arbitramento, ni frente a la Sección Tercera del Consejo de Estado. De aquí que, a juicio de RCN TV, no cabe que se instrumentalice la acción de tutela “para reparar la incuria del actor y otorgarle una nueva instancia para proponer argumentos que omitió exponer a los jueces que conocieron de la controversia”.

2.2.2.4. En cuanto a las razones de fondo, frente al citado defecto sustantivo por la falta de interpretación prejudicial del TJCA, por una parte, señala que el alegato realizado no precisa cuáles son las normas comunitarias que tendrían incidencia en el debate relativo al pago de las tarifas por la asignación de frecuencias, por lo que no existe precisión en el cargo que permita un escenario de discusión constitucional. Y, por la otra, menciona que el servicio de televisión está expresamente excluido de las materias objeto de competencia de la Comunidad Andina, en los términos dispuestos por el artículo 3 de la Decisión 462 de 1999. Lo anterior se refuerza con el artículo 22 del citado estatuto normativo, en el que se establece que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la prestación que se debe pagar por su utilización, se sujetan a las disposiciones del derecho interno de los países miembros, lo cual excluye la supuesta necesaria intervención del TJCA.

2.2.2.5. Finalmente, en cuanto al defecto sustantivo vinculado con la utilización del criterio de cobertura efectiva, sustentando en la interpretación y aplicación errónea de la Resolución 429 de 1997, RCN TV sostiene que el examen que se llevó a cabo por el Tribunal de Arbitramento fue integral y sistemático, sin que se advierta una lectura irrazonable del ordenamiento jurídico, como supuesto extraordinario que permitiría la intervención del juez constitucional.

### 2.2.3. Escrito de Caracol TV

2.2.3.1. En oficio del 6 de febrero de 2018, Caracol TV señala que el Consejo de Estado al pronunciarse sobre dos casos idénticos adoptó decisiones distintas, en contravía del derecho a la igualdad y generando una grave afectación a dicha compañía. En concreto, destaca que luego de obtener los resultados adversos en la justicia arbitral, la CNTV impetró los correspondientes recursos de anulación ante el mencionado Tribunal, a partir de argumentos que sustentaban las mismas causales. De esta manera, “(...) la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, (...) resolviendo el recurso presentado respecto del laudo favorable a RCN TELEVISIÓN, lo declaró infundado mediante sentencia del 17 de noviembre de 2011, sin embargo, posteriormente (...) la Subsección B de la misma Sección de la [citada] Corporación, declaró fundado el recurso de anulación impetrado ante el laudo favorable a

CARACOL TELEVISIÓN, mediante providencia del 20 de febrero de 2014”.

2.2.3.2. La diferencia radica en el examen que se hizo a la causal de anulación prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, referente a recaer el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

En el caso de RCN TV, como se expuso previamente en el acápite 1.1.5 de este fallo, se descartó su procedencia, en primer lugar, porque los actos que fueron invocados por la CNTV (Resolución 429 de 1997, Acuerdo 003 de 2009 y Resolución 129 de 2010) no comprenden el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, por lo que era posible que el Tribunal se pronunciara respecto de ellos. Y, en segundo lugar, porque el laudo “(...) no efectuó análisis alguno de legalidad (...), toda vez que realizó una labor de interpretación del contrato celebrado, a la luz del pliego de condiciones y del contenido de los actos administrativos por medio de los cuales se determinaban las tarifas correspondientes al [uso y asignación] de las frecuencias de televisión”.

Por su parte, en el caso de Caracol TV, en la decisión del 20 de febrero de 2014, el Consejo de Estado abordó el análisis de la controversia en los siguientes términos: (i) el deber de pagar las tarifas por el uso y asignación de las frecuencias es una obligación que se deriva de la ley; (ii) su origen deviene de los artículos 75 y 77 de la Constitución y corresponde al desarrollo de la potestad regulatoria que se otorgó a la CNTV, precisamente, en la Ley 182 de 1995; (iii) por tal circunstancia en su consagración se encuentra de por medio el orden público, pues es una expresión de la intervención del Estado en el servicio televisivo (CP art. 75, 334 y 365), aunado a que su objeto lo constituye un bien público inalienable e imprescriptible. Por lo anterior, es claro que (iv) la tarifa constituye un acto unilateral de la administración, de origen legal, por lo que no es posible entenderla como una obligación de orden contractual, susceptible de ser transigible. Tal diferencia se consagra de forma expresa en la cláusula novena del contrato 136 de 1997, según el cual:

“Cláusula 9.- Valor de las frecuencias de pago. La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida. // Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N2 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias.”

Para el Consejo de Estado, esta disposición convencional, (v) “en cuanto se limita a remitir el acto administrativo que regula la materia, no muda la naturaleza no transable de la obligación impuesta por la ley de orden público, no podría hacerlo. De donde la sola circunstancia de haberse traído al texto contractual no la sujeta a la voluntad de las partes ni transmuta su naturaleza imperativa y ajena al contrato. De suerte que la cláusula compromisoria no habilitó al Tribunal [de Arbitramento] para conocer de litigios que comprometan el pago de la tarifa, pues resulta claro que no se trata de una prestación convencional, en cuanto [está] ubicada al margen de la autonomía de la voluntad”.

A lo anterior se agregó por el citado órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (vi) que la Resolución 429 de 1997 y los Acuerdos 021 de 1997 y 003 de 2009, que refieren a las tarifas por la asignación y uso de frecuencias, constituyen actos al

margen de la relación contractual, por lo que “no le resultaba posible a los árbitros pronunciarse sobre [su] validez y efectos (...), en tanto [no están] comprendidos en la categoría de [actos] contractuales en los que se admite la arbitrabilidad”. A pesar de lo anterior, el Tribunal se pronunció sobre su legalidad, al punto que afectó materialmente lo dispuesto en dichos actos, en especial, en la Resolución 429 de 1997.

Precisamente, (vii) a pesar de que en el laudo se afirma que no se realiza ningún pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos relacionados con la controversia, lo cierto es que tal pronunciamiento se realiza condicionado a las razones expuestas en la parte motiva de dicha decisión, esto es, “(...) a que la única interpretación posible es la de que el pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias asignadas a los canales N1 y N2 (RCN TV y Caracol TV), debe hacerse ‘por las efectivamente utilizadas por los concesionarios’ (...)” Esto significa que el Tribunal modificó lo regulado en la Resolución 429 de 1997, en contravía de su presunción de legalidad, pues concluyó que lo allí dispuesto, a partir de su condicionamiento, constituye un exceso en el cobro de las tasas a pagar por los concesionarios de televisión, con la consecuencia de que dispuso el reembolso del valor de una obligación legal, tasada por el órgano competente (la CNTV), “de naturaleza no negociable o transigible”.

En conclusión, para el Consejo de Estado, “(...) las controversias sometidas al Tribunal de Arbitramento versa[ban] sobre una obligación ajena al poder dispositivo; [por lo que] no resulta[ba] posible decidir las pretensiones y las excepciones sin pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo expedido al margen del contrato 136 de 1997, para regular la tarifa cuyo pago [dio lugar al litigio arbitral]; (...) [de ahí que se encontrara] (...) fundada la causal invocada por la recurrente, en cuanto el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros. (...)”.

2.2.3.3. Para Caracol TV, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación propuesto en su caso, se apartó de lo señalado por la Subsección A, sin “hacer un análisis riguroso de las razones que fundamentaban las eventuales diferencias (...), pues simplemente concluyó que [cada caso era distinto] (...), [sin advertir que], de la comparación tanto de los cargos, de las consideraciones, así como de las conclusiones[,] (...) el análisis judicial [que se realizó] fue el mismo[,] por lo que la decisión no podía ser diferente en cada uno de ellos”.

De ahí que, a juicio de la citada compañía, “(...) existió un desconocimiento del precedente judicial sentado por la propia Sección del Consejo de Estado, violando de esta manera el derecho fundamental a la igualdad, al debido proceso y, de contera, el principio de confianza legítima”. Por lo anterior, como pretensión específica, solicita que “(...) en caso de que el laudo arbitral favorable a RCN TELEVISIÓN resulte incólume en la providencia que resuelva la revisión, tal y como aconteció en la primera y segunda instancia del proceso de tutela, se extiendan los efectos de esta providencia (efectos inter comunis), a la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado [del] 20 de febrero de 2014, la cual resolvió el recurso de anulación invocado por la CNTV sobre el laudo favorable a Caracol TV”.

2.3. Elementos de prueba

- Copia del Laudo Arbitral proferido el 5 de abril de 2011 en el caso de RCN TV contra la CNTV, en el cual, como ya se expuso, (i) se declaró que el citado operador del servicio de televisión pagó un mayor valor por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9 del contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre 1997, referente al deber de cancelar el cobro de las tarifas por la adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal N1. Por lo demás, como consecuencia de dicha declaración, (ii) se condenó a la CNTV a restituir a RCN TV el valor correspondiente a \$13.980.027.490, representativos del capital y de la actualización de la condena a la fecha del laudo.

- Copia del fallo del 17 de noviembre de 2011 proferido por la Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado, en el marco del recurso de anulación promovido por la CNTV en contra del laudo arbitral del 5 de abril de 2011. En esta providencia, como ya se explicó, se declaró infundado dicho mecanismo de impugnación, al considerar que no prosperaba ninguna de las tres causales invocadas por la entidad, a saber: (i) haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho; (ii) contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente; y (iii) haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

- Copia del auto proferido el 25 de abril de 2012 por la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, miembro de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el marco del proceso promovido en virtud del recurso de anulación presentado por la CNTV, en contra del laudo arbitral iniciado por Caracol TV. En esta providencia se decidió suspender el trámite del citado recurso hasta que se cumpliera con el proceso de consulta ante el TJCA, en relación con el deber de adelantar la interpretación prejudicial del asunto objeto de discusión. Puntualmente, en la decisión en comento se expuso que:

“(…) conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, a través de la cual se codificó el protocolo modificado al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la misma comunidad (Protocolo de Cochabamba), aprobado mediante la Ley 457 de 1998, en los procesos en los cuales debe aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y cuya ‘(...) sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal’. // En consecuencia, conforme al criterio de interpretación prejudicial acogido por el Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en tanto el asunto eventualmente, comporta normas comunes en materia de telecomunicaciones que pueden resultar enfrentadas con la reglamentación interna y su correspondiente interpretación en materia de asignación de frecuencias, utilización y tarifas para la operación y explotación de los canales privados de televisión en el territorio nacional, y como quiera que, la interpretación prejudicial se requiere al momento de decidir el recurso interpuesto, corresponde entonces suspender el proceso hasta tanto se surta el trámite de la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que resuelva sobre la interpretación judicial según lo previsto en el artículo 32 de la norma en cita. (...)”.

- Copia de la Resolución 429 del 18 de septiembre de 1997, “por la cual se fijan las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias para los Canales Nacionales de Operación Privada”.

El contenido de este acto administrativo fue transcrito en el acápite 1.1.1 de esta providencia, cuya importancia en el presente juicio se encuentra en haber fijado el monto de las tarifas anuales por la asignación de frecuencias para los canales N1 y N2, para cuya expedición se invoca el ejercicio de atribuciones legales y, en especial, las previstas en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

- Copia del contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, firmado entre RCN TV y CNTV. En virtud de la documentación allegada, este negocio jurídico fue modificado por nueve otrosíes. En el expediente se encuentra copia de los números 8 y 9. Entre los aspectos que se señalan en el contrato, por su relación con el presente caso y teniendo en cuenta el contenido de los otrosíes, se destacan los siguientes:

## ASUNTO

## CLÁUSULA

### ALCANCE DE LA REGULACIÓN

#### Considerandos

#### Considerandos

Se invocan, entre otros, como antecedentes del contrato: (i) la Resolución No. 094 del 9 de abril de 1997, a través de la cual se adoptó el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para la Televisión; (ii) el Acuerdo No. 021 del 16 de junio de 1997, por el cual se fijó los planes de utilización de frecuencias para los servicios de televisión; y (iii) la Resolución No. 429 del 18 de septiembre de 1997, por la que se adoptó las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias para los Canales Nacionales de Operación Privada.

#### Objeto del contrato

#### Cláusula 1

Se entrega en concesión la operación y explotación del canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional N1, por parte de la CNTV a favor de RCN TV. En el párrafo tercero se dispone, por una parte, que “[e]l concesionario tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal asignado” por lo que “será programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas”. Por lo demás, en el párrafo segundo, se precisa que el servicio de televisión objeto de concesión se “prestará en las frecuencias asignadas para el Canal Nacional de Televisión de Operación Privada N1, de acuerdo con el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión que defina la COMISIÓN”. Para la época de suscripción del contrato se trataba del Acuerdo No. 021 del 16 de junio de 1997.

#### Valor y forma de pago de la concesión

#### Cláusulas 7 y 8

## Valor de las frecuencias y forma de pago

### Cláusula 9

En esta disposición, como ya se ha mencionado en esta providencia, se dispuso que la concesión daría lugar al cobro por la adjudicación y uso de las frecuencias, según las tarifas señaladas en la Resolución 429 de 1997 de la CNTV, con una periodicidad de un año.

De modo expreso en la cláusula 9 se dispone que: "Cláusula 9. Valor de las frecuencias y forma de pago. La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución No. 0429 de 18 de septiembre de 1997 de la COMISIÓN y será cancelada por EL CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida. // Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N1 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias."

## Obligaciones del concesionario

### Cláusula 15

Entre el conjunto amplio de obligaciones a cargo del concesionario se constata la siguiente: "1.- Pagar el valor de la concesión y las tarifas, tasas, derechos y contribuciones que se señalan en el pliego de condiciones y la minuta del contrato. (...)".

## Obligaciones de la CNTV

### Cláusula 16

A cargo de la CNTV se dispone la obligación de "(...) autorizar la operación y explotación por parte del CONCESIONARIO del espectro electromagnético, en las frecuencias que han sido adjudicadas, de [acuerdo] con el título y el Plan de uso de las Frecuencias aplicables al servicio".

## Cláusula compromisoria

### Cláusula 40

Textualmente, la norma en cita consagra que: "Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; b. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá; c. El tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad".

- Copia de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina, referente a las normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina. Como se ha destacado previamente en esta

providencia, son dos las disposiciones que han sido invocadas en esta controversia. Por una parte, el artículo 3, en el que se dice que: “La presente Decisión abarca los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión”. Y, por la otra, el artículo 22, en el que se indica que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la contraprestación derivada de tales conceptos, están sujetos a lo que se disponga en las normas internas de cada uno de los países miembros.

#### 2.4. Esquema para el estudio y la resolución del caso planteado

Con miras a resolver el asunto bajo examen, este Tribunal seguirá el siguiente esquema: En primer lugar, reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con énfasis en las cargas que se imponen frente a decisiones adoptadas por órganos judiciales de cierre y por tribunales de arbitramento. En segundo lugar, hará referencia a la doctrina constitucional sobre el defecto sustantivo, en la medida en que las irregularidades que se invocan frente al laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación, se concretan en dicha causal de procedencia.

En tercer lugar, examinará (i) las reglas que fijan el ámbito de acción del recurso de anulación respecto de laudos arbitrales; (ii) la prosperidad del recurso extraordinario de revisión; (iii) el alcance y obligatoriedad de la interpretación prejudicial a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA); y (iv) la procedencia de la acción de incumplimiento frente a dicho órgano de la CAN.

En cuarto lugar, y frente al caso concreto, la Corte abordará el examen sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con especial detenimiento en las oposiciones formuladas en relación con la legitimación en la causa por activa, el principio de inmediatez y el requisito de subsidiariedad del amparo constitucional.

Por último, y tan solo en el evento en que las irregularidades propuestas por la ANTV superen el examen de procedencia mencionado con anterioridad, se procederá con el planteamiento del problema jurídico y se asumirá la revisión sustancial de los defectos invocados.

#### 2.5. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

##### 2.5.1. Planteamiento general

2.5.1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de defensa judicial, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los casos previstos en la Constitución y en la ley.

Tal como se estableció en la Sentencia C-543 de 1992, por regla general, la acción de tutela es improcedente cuando se pretenden cuestionar providencias judiciales, en respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial y a la garantía procesal de la cosa juzgada. Al respecto, en el fallo en cita se sostuvo que:

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho”.

2.5.1.2. Sin embargo, en dicha oportunidad, también se estableció que, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, “no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales”. Por ello, si bien se entendió que en principio el amparo constitucional no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente es viable su uso como mecanismo subsidiario de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se produzca la violación o amenaza de un derecho.

Se trata entonces de un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales la tornan incompatible con los mandatos previstos en el Texto Superior. Por esta razón, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez”, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho que dieron origen a un litigio, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales tanto ordinarios como extraordinarios, para controvertir las decisiones que estimen arbitrarias o que sean incompatibles con la Carta. No obstante, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual, como ya se dijo, se habilita el uso del amparo tutelar.

2.5.1.3. En desarrollo de lo expuesto, la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia C-590 de 2005 estableció un conjunto sistematizado de requisitos de naturaleza sustancial y procedimental que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos afectados por una providencia judicial. Dichos requisitos fueron divididos en dos categorías, aquellos generales que se refieren a la procedibilidad de la acción de tutela, y aquellos específicos que se relacionan con la tipificación de las situaciones que conducen a la vulneración de los derechos fundamentales, especialmente del derecho al debido proceso.

2.5.1.4. Los requisitos de carácter general, según se infiere de lo expuesto, se refieren a las exigencias que impactan en la viabilidad procesal de la acción de tutela contra providencias

judiciales y cuya acreditación es esencial para que el asunto pueda ser conocido de fondo por el juez constitucional. Por dicha razón, en la jurisprudencia de la Corte, se ha concluido de manera reiterada que su incumplimiento implica que el amparo deba ser declarado improcedente.

En efecto, la verificación de los requisitos generales se convierte en un paso analítico obligatorio, pues en el evento en que no concurran en la causa, la consecuencia que se produce es la de descartar el examen de los defectos o irregularidades que hayan invocadas por el accionante. En este orden de ideas, tales exigencias manifiestan la dinámica descrita vinculada con la protección de la seguridad jurídica y la autonomía de los jueces, ya que la acción de amparo no es un medio alternativo, adicional o complementario para resolver conflictos jurídicos.

Puntualmente, estas exigencias implican: (i) que el asunto sometido a estudio por parte del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela, salvo que se advierta la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable; (iii) que la solicitud de amparo tutelar cumpla con el requisito de inmediatez, acorde con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de las prerrogativas iusfundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible y; (vi) que el fallo impugnado no se trate de una acción de tutela, ni de una decisión de constitucionalidad abstracta que haya sido proferida por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado.

2.5.1.6. Por consiguiente, es claro que la procedencia excepcional de la acción de tutela para debatir providencias judiciales se circunscribe a aquellos casos en los que logre comprobarse que la actuación del funcionario fue manifiestamente contraria al orden jurídico, sobre la base de la verificación de los requisitos generales y de la constatación de alguno de los defectos o irregularidades que se traducen en la violación de los derechos fundamentales de los accionantes, en especial, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Esta circunstancia, sin duda alguna, constituye, en realidad, una desfiguración de la actividad judicial que termina por minar la autoridad confiada al juez para administrar justicia y que, consecuentemente, debe ser declarada, a fin de salvaguardar los fines que justifican la existencia del Estado social de derecho, en concreto, el previsto en el artículo 2 de la Carta, referente a “garantizar la efectividad” de los “derechos consagrados en la Constitución”.

2.5.1.7. Si bien por regla general la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se somete a las exigencias ya expuestas, cabe agregar que, en este caso, es necesario referir a dos aspectos particulares que deben ser objeto de estudio, por una parte, el requisito adicional que se ha identificado en los casos en que se promueve el recurso de amparo contra órganos judiciales de cierre, consistente en la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención de juez constitucional; y por la otra, las cargas que se imponen en el examen de viabilidad de la acción respecto de laudos arbitrales, en donde la verificación de los requisitos generales y específicos demanda una mayor rigurosidad, por el carácter especial de la justicia arbitral fundada en el principio de voluntariedad o libre habilitación, como mecanismo autónomo de heterocomposición de las

partes de un conflicto.

## 2.5.2. Del recurso de amparo contra providencias de órganos de cierre

2.5.2.1. Aun cuando se ha dicho que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica determinar cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone llevar a cabo un determinado grado de abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de subregla, a los textos previstos en la Constitución y la ley, un significado coherente, concreto y útil.

No obstante, ante la multiplicidad de operadores y de jueces que pueden llegar a un entendimiento distinto de las normas jurídicas, tanto por su ambigüedad y vaguedad, como por los problemas derivados de la necesidad de lograr su armonización en un caso concreto, es imperioso que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificación jurisprudencial, la cual se encuentra prevista en los artículos 86, 235, 237 y 241 del Texto Superior, para brindar a la sociedad un “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad” y garantizar que las decisiones que se adopten por la administración de justicia, y general por todas las autoridades públicas, “se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico”.

En este sentido, la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y en el examen de validez constitucional de las normas con fuerza de ley como de las reformas a la Carta (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235).

2.5.2.2. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha admitido la importancia de esta función, como una vía para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad. En efecto, si bien la función judicial parte de la base la autonomía de los jueces, también se exige una predictibilidad razonable en sus fallos, particularmente con miras a realizar el mandato de igualdad de trato y los principios de buena fe y confianza legítima. Por ello, en la Sentencia C-104 de 1993, al plantear el interrogante de cómo alcanzar la referida unidad del ordenamiento jurídico, se señaló que:

“La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia. // En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. // Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de

mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.”

De esta manera, y como resultado de la labor de unificación, se ha considerado que el valor de las decisiones de los órganos judiciales de cierre ha asumido una fuerza obligatoria a manera de precedente, por virtud de la cual los fallos judiciales anteriores se erigen en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes. Textualmente, en la Sentencia C-816 de 2011, la Corte explicó que:

“La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.”

Según este Tribunal, la fuerza vinculante de la doctrina elaborada por los órganos de cierre proviene, fundamentalmente, (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato; (ii) del principio de la buena fe entendido como la confianza legítima en el respeto del propio acto de las autoridades; y (iii) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, concebida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos. A lo anterior, cabe agregar (iv) el impacto que tiene en materia judicial el principio unitario de organización del Estado (CP art. 1), en un marco de desconcentración funcional congruente con la estructura jerárquica de la administración de justicia (CP arts. 228 y ss.); y (v) el sentido que tiene el mandato de sometimiento de los jueces al imperio de la ley, en los términos del artículo 230 del Texto Superior, como una expresión más amplia que incluye la sujeción al “ordenamiento jurídico”, lo que conduce –entre otras– al deber de seguir y acatar los precedentes de los órganos de cierre, no solo por las razones ya expuestas vinculadas con la igualdad, la buena fe y la seguridad jurídica, sino también por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad.

2.5.2.3. De esta manera, la función de unificación de jurisprudencia le otorga una fuerza vinculante especial a las decisiones que se adoptan por los órganos de cierre, motivada por la necesidad de preservar los derechos, principios y la estructura jerárquica de la administración de justicia, en los términos señalados en el párrafo anterior. Por ello, la posibilidad que tienen los jueces de inferior jerarquía dentro de una jurisdicción para apartarse de las subreglas expuestas por las altas cortes es eminentemente excepcional.

Precisamente, en las Sentencia C-634 de 2011 y T-661 de 2017, se explicó que cuando un juez de inferior jerarquía pretende apartarse de un precedente (en este caso de naturaleza vertical) establecido por una alta Corte, (i) no solo debe hacer explícitas las razones por las cuales se abstiene de seguir la jurisprudencia en vigor, sobre la materia objeto de escrutinio judicial; (ii) sino que también debe demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece amplía de mejor manera el contenido de los derechos y principios constitucionales objeto de protección. Este último punto supone una carga adicional de argumentación, (iii) pues no

bastan razones de suficiencia, sino que se impone revelar los motivos por los cuales, incluso, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la buena fe, las razones que se exteriorizan para no seguir un precedente son más poderosas, respecto de la obligación primigenia de preservar una misma lectura. Si tal requisito no se cumple, no cabe que una autoridad judicial se aparte de la línea reiterada fijada por su superior jerárquico, ya que una decisión en tal sentido carecería de un soporte básico de razonabilidad.

2.5.2.4. Con todo, cabe aclarar que la fuerza vinculante especial que tienen las decisiones que se adoptan por las altas cortes, si bien se vincula de manera preferente con el ejercicio de la función de unificación jurisprudencial, también se explica en el rol constitucional que cumplen tales autoridades como órganos de cierre dentro de la estructura jerárquica de la Rama Judicial. Ello implica que su labor de interpretación y aplicación del derecho no permite que los jueces de inferior jerarquía actúen libremente según su saber y entender, pues es claro que el peso de sus decisiones, a partir del lugar que ocupan, debe irradiar la lectura uniforme y consistente del ordenamiento jurídico en cada una de las distintas jurisdicciones.

Así las cosas, el mayor peso que se otorga a las decisiones de las altas cortes deviene del principio unitario que se proyecta en la administración de justicia, al admitir que, más allá de la desconcentración funcional por la que existen jueces de distintas categorías, la interpretación que se haga por la cabeza de la respectiva jurisdicción, es una suerte de antecedente o precedente que guía la labor futura de aplicación del derecho. A ello se añade la regla o mandato de la universalidad, que implica que los jueces no deben fundar sus decisiones en razones coyunturales, sino, entre otras, en los principios generales derivados del análisis de casos anteriores, en donde se impone la lectura de los órganos de cierre, al asumir el papel de unificar o delinear la aplicación uniforme y general del orden jurídico.

Aunado a lo anterior, se encuentra el tipo de juez que toma la decisión, pues las altas cortes se caracterizan por ser órganos colegiados, en los que los fallos se acogen mediante el sistema de mayoría, previa discusión amplia, profunda y pausada de los distintos temas objeto de conocimiento, en cuyo debate, por lo general, se advierten posiciones encontradas y pluralidad de argumentos que, bajo la lógica de la especialidad jurídica, buscan que la postura que se asuma sea la más acertada y acorde con las reglas de derecho que aplican en cada jurisdicción, para trascender al órgano que la adopta y repercutir en todas las instancias judiciales previas. Este proceso de construcción implica que estas decisiones gozan de una razonabilidad jurídica que les es inherente, soportada en los principios de autonomía e independencia judicial, no solo cuando en su labor deben interpretar ley y el reglamento, sino también la Constitución.

Finalmente, las competencias de las autoridades que actúan como órganos de cierre se activan, en principio, por medio de los recursos extraordinarios, cuya lógica, en la mayoría de los casos, se encuentra en restablecer el imperio del derecho y en unificar jurisprudencia frente a causales específicas que permitan la intervención de las cabezas de cada jurisdicción. Precisamente, mientras los recursos ordinarios se justifican como medio de contradicción frente a toda decisión que resulta lesiva respecto de quien los promueve, autorizando el reexamen sobre la cuestión debatida; los recursos extraordinarios se fundan en causas puntuales y con miras -por lo general- a realizar una función de control sobre los jueces inferiores, por lo que, en caso de resultar procedentes, abrogan la sentencia recurrida

para ser reemplazada por otra.

Por lo demás, la coherencia interna que se deriva de la existencia de decisiones uniformes por parte de las altas cortes, implica que los jueces de inferior jerarquía deben respetar los precedentes que existan en una dimensión vertical, lo que disminuye el margen de error y permite concentrar los esfuerzos de los órganos de cierre en casos puntuales que den impulso a la labor de consolidación de la jurisprudencia. Así, en la mayoría de los casos, el recurso extraordinario no se concibe como una nueva vía de discusión de una causa jurídica, sino como una herramienta puntual para decantar criterios y plasmar líneas de interpretación que perduren en el tiempo, sobre la base precisamente de la lógica que guía la labor del juez colegiado.

2.5.2.5. El papel que cumplen las altas cortes al unificar jurisprudencia y el rol que desempeñan como órganos de cierre dentro de cada jurisdicción, se han convertido en el soporte que justifica la existencia de un requisito adicional de procedencia, en los casos en que se interponen acciones de tutela contra sus fallos judiciales. En efecto, si dichos órganos fijan la forma como se debe interpretar el derecho, a través de construcciones jurídicas que gozan de una razonabilidad jurídica interna, con miras a repercutir en todas las instancias judiciales previas que integran una jurisdicción, por razones de seguridad jurídica y certeza del derecho, no cabe duda de que la procedencia del amparo debe ser restrictiva, pues los principios de autonomía e independencia judicial excluyen la intervención del juez de tutela para cuestionar el resultado de dicha labor, incluso cuando a través de ella se interpretan los mandatos de la Carta, salvo que, como lo ha expuesto este Tribunal, la misma riña “de manera abierta con la Constitución y sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia de la Corte al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad”. Esta línea ha sido adoptada de manera reiterada, entre otras, en las Sentencias SU-917 de 2010, SU-050 de 2017, SU-573 de 2017 y SU-050 de 2018.

Precisamente, en el primero de los fallos en mención, la Corte expuso que:

“(…) la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riña de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión.”

Este requisito adicional ha sido identificado en la jurisprudencia de la Corte, en términos de requerir la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional, lo que supone, en esencia, que la irregularidad se traduzca (i) en una abierta contradicción con la Carta o (ii) con la jurisprudencia de este Tribunal, tanto en materia de control abstracto de constitucionalidad, como en la definición del alcance y

límites de los derechos fundamentales. Nótese como, en el primer supuesto, se ampara el principio de supremacía constitucional (CP art. 4); mientras que, en el segundo, no solo se protege el citado mandato, sino también la cosa juzgada constitucional (CP art. 243), la función de unificación jurisprudencial que se cumple por esta Corte; y su condición de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (Ley 270 de 1996, art. 11).

Por lo demás, se insiste en que se trata de un requisito distinto y adicional a las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como se ha señalado de forma reiterada por la Corte en los fallos previamente mencionados. Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-573 de 2017, este Tribunal manifestó que: "(...) para determinar la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial proferida por una Alta Corporación, la jurisprudencia constitucional ha delimitado tres requisitos: (i) el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) el cumplimiento de uno de los requisitos especiales de procedencia; y (iii) la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional."

En todos los precedentes señalados este tribunal ha insistido en la verificación de la entidad de la anomalía. En este contexto, en la Sentencia SU-917 de 2010, la abierta contradicción se constató respecto del deber de publicidad de los actos administrativos (CP art. 209), a partir de los precedentes reiterados de la Corte sobre el deber de motivar la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Luego, en la Sentencia SU-050 de 2017, se verificó una negación del derecho al debido proceso (CP art. 29), al desatender el precedente sobre la prohibición de revocar actos administrativos de contenido particular y concreto, sin consentimiento del titular. Mas adelante, en la Sentencia SU-573 de 2017, la disconformidad se observó en relación con el debido proceso (CP art. 29), el acceso a la administración de justicia (CP art. 229) y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (CP art. 228), pues la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un exceso ritual manifiesto, con ocasión del examen de la vocación sucesoral de un heredero, en desarrollo de un proceso de petición de herencia. Finalmente, en la Sentencia SU-050 de 2018, se verificó de nuevo una contradicción manifiesta respecto de los mismos derechos amparados en el caso anterior, por la ocurrencia otra vez de un exceso ritual manifiesto, pero, en esta ocasión, por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, al definir una controversia vinculada con el proceso de elección de un funcionario público.

El carácter especial de este requisito impide su asimilación con el resto de exigencias que se estipulan para la procedencia de la acción de tutela, en primer lugar, porque las causales generales y específicas son comunes a todas las sentencias judiciales que se controvierten por vía del recurso de amparo, y en ellas no se verifica la mayor entidad y peso que tienen las decisiones que se adoptan por los órganos de cierre de cada jurisdicción, respecto de las cuales uno de los deberes especiales y reforzados que tiene el juez constitucional, incluido este Tribunal, es el de preservar el marco de actuación de cada órgano constituido, cuando la materia objeto de definición admite varias lecturas o interpretaciones válidas y todas ellas son acordes con la Constitución.

En segundo lugar, porque el control por vía de amparo frente a las sentencias opera como un juicio de validez, por lo que, cuando se trata de altas cortes, no basta con invocar un derecho

o principio constitucional objeto de estudio para que prospere la tutela, es necesario ahondar en las razones que demuestren la existencia de un actuar arbitrario, irrazonable o claramente lesivo de los mandatos de la Constitución o de la jurisprudencia de este Tribunal –en materia de control abstracto o de definición del alcance de los derechos fundamentales– para poder impactar en el marco de autonomía e independencia que tienen las autoridades encargadas de actuar como órganos de cierre, en la definición del alcance de las disposiciones sometidas a su conocimiento, pues ellas, por esa vía, igualmente fijan la lectura de la Carta y forman precedentes vinculantes en su jurisdicción.

Y, en tercer lugar, porque este requisito actúa como límite en las atribuciones del juez de tutela, ya que mantiene el equilibrio entre la procedencia del control de constitucionalidad y el papel que cumplen las máximas autoridades de cada jurisdicción, por lo que se exige una exposición clara, específica y directa sobre la entidad de la anomalía y la necesidad de intervención del juez constitucional, que, en la práctica, legitime la procedencia del amparo frente a la razonabilidad interna que acompaña la labor que cumplen los órganos de cierre.

2.5.2.6. En conclusión, en el examen de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales proferidas por las altas cortes es forzoso acreditar la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional, por el rol que cumplen dichos órganos en el sistema jurídico, por la necesidad de preservar el equilibrio constitucional entre autoridades constituidas y por el respeto que demandan los principios de autonomía e independencia judicial. Estas consideraciones serán retomadas en el examen del caso concreto, pues, entre otras, en esta oportunidad se cuestiona al Consejo de Estado, en la Sección Tercera, con ocasión de la sentencia que resolvió el recurso de anulación contra el laudo arbitral del 5 de abril de 2011, que definió la controversia entre RCN TV y la CNTV, respecto del cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias para la prestación del servicio de televisión.

### 2.5.3. De la acción de tutela contra laudos arbitrales

2.5.3.1. La posibilidad de reprochar una decisión arbitral por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia material entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales. Así lo establece el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, al señalar que “[e]l laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”, y lo ha manifestado igualmente esta Corporación, al sostener que los laudos son decisiones eminentemente jurisdiccionales. Al respecto, en la Sentencia T-244 de 2007, la Corte expresó que:

“(…), el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral”.

Como se advierte de lo anterior, la equivalencia material explica que, así como sucede con las sentencias judiciales, bajo ciertas circunstancias, también tiene cabida la acción de tutela

como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de arbitramento. Por esta razón, los cuestionamientos que por vía del recurso de amparo se pueden formular respecto de un laudo están sometidos, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad que la jurisprudencia ha desarrollado en relación con las providencias judiciales, y que, como se ya dijo, se clasifican en dos grupos: (i) los generales que se refieren a la procedencia de la acción; y (ii) los específicos que se relacionan con la tipificación de las situaciones que conducen a la vulneración de los derechos fundamentales.

Sobre el particular, se ha dicho que: “[e]n vista de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, [esta Corporación] ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia (...) de la acción de tutela contra providencias judiciales a las acciones de tutela contra decisiones arbitrales, con atención, por supuesto, a las características propias del proceso arbitral”.

2.5.3.2. En cuanto a este último punto, como lo ha señalado la Corte en otras oportunidades, la posibilidad de recurrir a la justicia arbitral se encuentra prevista en el artículo 116 del Texto Superior, en su último inciso, cuando dispone que: “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Desde el punto de vista constitucional, esto significa que el arbitramento está previsto como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autorizado expresamente por la Carta, mediante el cual las partes de una controversia, previa expresión autónoma de su voluntad, confían la resolución de una disputa a uno o más particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administran justicia.

Este mecanismo supone entonces conferir el ejercicio de la función pública de administrar justicia respecto de un conflicto específico a una persona que no ostenta la condición de juez en las distintas jurisdicciones previstas en la Constitución, quien queda investido de la facultad temporal de resolverlo con carácter definitivo y obligatorio. Los fallos que se adopten se denominan laudos y pueden ser proferidos en derecho o en equidad, en los términos en que determine la ley.

En este orden de ideas, el arbitramento se define a partir de dos elementos básicos constitutivos: (i) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa o controversia, de índole fáctica o jurídica, por lo cual –desde esta perspectiva– los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y (ii) el origen de dicha atribución, aun cuando tenga soporte en la Constitución Política, deviene de un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, por lo que se entiende que su fuente se encuentra vinculada con un principio de voluntariedad o libre habilitación.

Además de las citadas características, la jurisprudencia de esta Corporación también ha distinguido otros dos elementos esenciales que identifican su naturaleza jurídica, a saber: (iii) corresponde a un mecanismo de carácter temporal y (iv) tiene una aplicación de orden excepcional. A continuación, se hará referencia a cada una de las características que identifican al arbitramento y se señalarán los principales efectos que ellas generan.

- En primer lugar, el principio de voluntariedad o libre habilitación es el pilar fundamental sobre el que se edifica el sistema arbitral en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define al arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto en concreto. Desde esta perspectiva, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y, en su lugar, atribuirlo a uno o más particulares autorizados especialmente para ello. Tal acuerdo puede provenir de una cláusula compromisoria o de un compromiso.

La habilitación voluntaria de los árbitros es, por tanto, un requisito imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. Por esta razón, se ha considerado que el arbitramento, además de contribuir a la descongestión, eficacia y celeridad de la administración de justicia, también proporciona a los interesados una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.

La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral. En efecto, por la vía del mutuo acuerdo, las partes de una disputa no solo tienen la capacidad para desplazar a la justicia del Estado, sino que también pueden establecer cuáles controversias someterán al arbitraje, las características del tribunal, la designación de los árbitros e incluso -si así lo permite la ley- el procedimiento arbitral a seguir. La voluntad de las partes es, en definitiva, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en el ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que se adopta por la justicia arbitral. Más aún, si se parte del hecho que, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal.

- En segundo lugar, el arbitramento corresponde a un mecanismo de carácter temporal, ya que al ser las partes en conflicto las que habilitan a los árbitros para resolver una determinada controversia, cuando se resuelve dicha disputa, es claro que desaparece la razón de ser de su habilitación. Por ello, se ha dicho que no es posible que la justicia arbitral desplace de forma permanente y general a la jurisdicción del Estado, pues la primera solo opera para la resolución de un caso específico sometido a conocimiento, por vía del mutuo acuerdo expresado en el pacto arbitral.

- En tercer lugar, pese al origen voluntario de la función que se ejerce por los árbitros, es innegable que su naturaleza es eminentemente jurisdiccional. Al respecto, el artículo 116 del Texto Superior no deja duda sobre dicha naturaleza, al disponer que los árbitros pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Esta característica de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que, mediante el pacto arbitral, las partes sustraen la resolución de un caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituido por el tribunal de arbitramento. De ahí que, esta modalidad de justicia no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una expresión de la renuncia de las partes a que el sistema general les defina una controversia en concreto.

El elemento jurisdiccional del arbitramento repercute en la consolidación de los siguientes aspectos centrales: (i) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada, ya sea que el fallo se haya adoptado en derecho o en equidad, según lo acordado por las partes; (ii) el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (CP art. 229), razón por la cual le asiste la atribución al legislador, sin perjuicio de lo que dispongan las partes, de definir los términos en que se ejercerá dicha función por parte de los árbitros, lo cual incluye –si es del caso– la fijación de las normas propias del juicio arbitral. En este orden de ideas, obsérvese como, conforme con lo previsto en el artículo 116 del Texto Superior, el ámbito de desarrollo de dicha justicia, se sujeta a los términos que determine la ley. Finalmente, (iii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, por lo que allí se deben respetar las garantías básicas del debido proceso.

De esta manera, la Corte ha señalado que una vez se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez, por lo cual el laudo arbitral, en tanto acto jurisdiccional adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales.

- En cuarto lugar, el arbitramento tiene una aplicación de orden excepcional, ya que, como lo establece la Constitución en el artículo 116, su empleo o uso se somete a dos claras exigencias: (i) la existencia de un interés subjetivo sobre el cual las partes pueden habilitar a los árbitros para resolver una controversia; y (ii) la definición legal de las materias sobre las cuales cabe la justicia arbitral, también denominado arbitrabilidad objetiva.

En cuanto al primer punto, nótese como el citado artículo 116 de la Carta, al definir los órganos que integran las distintas jurisdicciones y al ser hacer referencia a la posibilidad que tienen los particulares de administrar justicia como árbitros, consagra la exigencia de que su competencia provenga de la “habilitación” realizada por “las partes”. Esto implica que la controversia tiene que repercutir directamente sobre los sujetos que acuden al arbitraje, limitando la definición del conflicto a un interés meramente subjetivo. Esto significa que, por un lado, la resolución de la disputa no puede tener ningún tipo de efecto por fuera del ámbito exclusivo de las personas que acuden a esta modalidad de justicia (se trata de decisiones inter partes). Y, por el otro, que al tener su origen en una manifestación de voluntad de la cual depende la “habilitación”, para efectos de su obligatoriedad, es preciso que se cumplan con las exigencias propias de toda declaración del consentimiento, esto es, que provenga de una persona capaz, que esté libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita. Por virtud de lo anterior, no resulta posible someter a arbitramento aspectos de interés general, que repercutan en terceros y cuya definición produzca efectos erga omnes, como ocurre con las disputas de orden constitucional o que incluyan asuntos de orden público.

En lo que atañe al segundo punto, se ha señalado que la importancia de la voluntad autónoma de las partes en conflicto dentro del sistema arbitral, no obsta para que el legislador adopte regulaciones generales sobre la materia, puesto que la misma Constitución

dispone, en el inciso final del artículo 116, que los particulares podrán administrar justicia como árbitros “en los términos que determine la ley”. Por lo anterior, si bien las partes pueden acordar el tipo de controversias que someten a dicha modalidad especial de justicia, las áreas o asignaturas sobre las cuales cabe dicha habilitación se encuentran sujetas a lo disponga el legislador. De ahí que, como lo ha señalado la Corte, se admite la existencia de una amplia libertad de configuración normativa en el proceso arbitral. Al respecto, en la Sentencia C-713 de 2008, se expuso que:

“En materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, y concretamente en el arbitraje, el Constituyente otorgó un amplio margen de configuración, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia ‘en los términos que determine la ley’. Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación. Sin embargo, la jurisprudencia (...) también ha advertido que ‘la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternativos de administración de justicia’ (...).”

En la práctica, los asuntos que admiten el arbitramento se concretan en disputas de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, renuncia o negociación por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. No obstante, así como el legislador puede excluir algunas de dichas materias del régimen de habilitación arbitral, también puede ampliarlo a áreas distintas, siempre que, como ya se expuso, la controversia no trascienda el límite del interés subjetivo. Precisamente, en la Sentencia C-014 de 2010, la Corte expuso que:

“El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir qué tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible.

(...) De este análisis se deriva para el caso concreto lo siguiente: en su momento se consideró que la impugnación de decisiones de la asamblea o junta de socios de las sociedades tipificadas en el Código de Comercio debía necesariamente tramitarse ante los jueces, aunque se hubiese pactado cláusula compromisoria, porque dada su importancia se le percibía como un asunto no susceptible de transacción. Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero, además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS.”

La principal diferencia entre dichas figuras y que incide notoriamente en la valoración de

procedibilidad de la acción de amparo es, sin duda, el carácter especial de la justicia arbitral, el cual surge de la voluntad de las partes de que sus conflictos sean resueltos por particulares investidos de forma transitoria de la función de administrar justicia en la condición de árbitros. En efecto, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado, “la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten –cualquiera que ella sea– se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla”. De modo que, acudir a la justicia arbitral “implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto”.

Esta opción de apartarse de la justicia ordinaria, irradia la fuerza vinculante de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente. Tal fuerza vinculante se evidencia, por ejemplo, en la ausencia de un recurso de apelación ante la justicia ordinaria, pues someter el laudo a las instancias propias de la justicia estatal significaría desconocer la voluntad de las partes de acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Así lo señaló esta Corporación en la Sentencia SU-174 de 2007, al sostener:

“[D]ebe aclararse que aunque son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y, por lo mismo, quedan cobijados por la cosa juzgada, los laudos arbitrales no son completamente equiparables en sus características formales y materiales a las sentencias judiciales, principalmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y libre de los árbitros por las partes en conflicto, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación, como sí lo están las decisiones adoptadas por los jueces. Si los laudos fueran apelables ante los jueces, la disputa cuya resolución las partes voluntariamente decidieron confiar a unos particulares habilitados por ellas terminaría siendo desatada precisamente por el sistema estatal de administración de justicia de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía contractual y de la facultad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, querían sustraer esas controversias específicas en virtud de una cláusula compromisoria o de un compromiso. Las vías legales para atacar los laudos son extraordinarias y limitadas, por decisión del legislador en desarrollo de la Constitución: contra ellos únicamente proceden (...) el recurso de anulación (...) [y] (...) el recurso extraordinario de revisión”.

De hecho, como se observa de lo anterior, las vías para controvertir los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas, pues, por un lado, frente a ellos no procede la segunda instancia, y, por el otro, los recursos de anulación y revisión fueron creados por el legislador para controvertir aspectos del procedimiento, y se limitan a unas causales expresamente señaladas en la ley. Tal limitación no opera como una barrera respecto del derecho de defensa, sino como una garantía de la vocación de firmeza del laudo y del respeto a la voluntad de las partes que, con arreglo a la habilitación que otorga el artículo 116 del Texto Superior, han convenido someterse a lo dispuesto por un juez ad hoc. De esta manera, en la citada Sentencia SU-174 de 2007, la Corte expuso que “[t]ales recursos han sido concebidos como mecanismos de control (...) del proce[so] arbitral, [y] no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo”. Por ello, sus

causales son específicas y excepcionales, “si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia”.

El carácter excepcional de los medios impugnativos que se establecen en el ordenamiento jurídico respecto de los laudos arbitrales restringe su análisis, por lo general, a aspectos meramente procesales (vicios in procedendo), con lo cual se respeta la voluntad de las partes que han decidido que su controversia sea resuelta materialmente por la justicia arbitral, por lo que la decisión que se adopta por los árbitros goza de una vocación de firmeza que escapa, en principio, a los reproches de fondo (vicios in iudicando).

En este contexto, la citada vocación de firmeza del laudo no resulta ajena al procedimiento de tutela, y por ello cobra sentido que la evaluación de los requisitos de procedibilidad sea más estricta, pues si la acción de tutela tiene un carácter excepcional frente al reproche iusfundamental de las providencias judiciales, es claro que dicha excepcionalidad se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, los cuales se rigen por el principio de voluntariedad y buscan, precisamente, derogar de forma transitoria a la justicia estatal.

De ahí que, la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que la excepcionalidad acentuada de la acción de tutela para controvertir los laudos arbitrales se explica por (i) la estabilidad jurídica de la decisión arbitral; por “(ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; [por] (iii) el respeto [a] la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) (...) por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y [que] le impide a éste pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto”.

De todo lo dicho, se tiene que, si bien el examen de procedibilidad de la acción de tutela en contra de un laudo arbitral está condicionado por los requisitos establecidos para las providencias judiciales (generales y específicos), estos deben observarse de conformidad con el carácter especial de la justicia arbitral que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad para apartarse de la jurisdicción ordinaria y que explica la vocación de firmeza del laudo. Así las cosas, la procedencia del amparo solo encuentra sentido en la trascendencia de los bienes jurídicos que busca proteger y en que los árbitros, no obstante la autonomía e independencia de la que goza la justicia arbitral, no están exentos de garantizar los derechos fundamentales.

A partir de lo expuesto, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte fijó unos criterios adicionales que condicionan la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, los cuales han sido reiterados de manera uniforme por este Tribunal, a saber:

1.- El juez de tutela deber ser respetuoso del margen de decisión autónoma de los árbitros, por lo que no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento.

2.- La procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado una vulneración directa de los derechos fundamentales.

3.- Las causales específicas de procedibilidad del amparo contra laudos arbitrales deben adecuarse a los elementos que caracterizan al arbitraje.

4.- El carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial intensidad respecto de los laudos arbitrales, ya que el amparo solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para asegurar su legalidad, ya sea a través del agotamiento de los medios de defensa que brinda el proceso arbitral, o mediante los recursos extraordinarios de impugnación, y a pesar de ello persiste la irregularidad que configura la vulneración de un derecho fundamental, a menos que se invoque y se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.

Estos criterios refuerzan la idea de que la naturaleza de la justicia arbitral es un límite para el juez de tutela, quien debe tener como presupuesto la autonomía del tribunal para resolver sobre el fondo del asunto, y la voluntad de las partes de que dicha decisión adoptada en el laudo quede en firme. De esta manera, los criterios mencionados en los numerales 1 y 2, le imponen al juez de tutela el deber de hacer un examen estricto para determinar si la petición hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, y no se orienta a plantear asuntos de fondo, legales o contractuales, que ya han sido resueltos de forma definitiva en el laudo. Lo anterior implica, de modo particular, la necesidad de realizar una atenta valoración del requisito de procedibilidad general que exige la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento del juez de tutela.

Por su parte, el criterio dispuesto en el numeral 3, indica que, cuando se trata de tutelas contra laudos arbitrales, a la hora de examinar los requisitos específicos de procedibilidad establecidos en la Sentencia C-590 de 2005, se deben tener en cuenta las características propias del trámite arbitral. Esto implica que, por ejemplo, los defectos sustantivo, orgánico, procedimental y fáctico se adecuen al tipo de proceso que se adelanta y a la lógica del principio de voluntariedad o libre habilitación, previamente explicado. En línea con lo anterior, cabe señalar que, como lo ha resaltado la Corte, "(...) en el trámite de arbitramento se concede un amplio margen de autonomía al tribunal en aspectos relevantes como la asignación de algunos términos procesales, o, por ejemplo, el margen para determinar el alcance de su propia competencia."

En el asunto sub-judice, se estudiará más adelante en un acápite separado el alcance del defecto material o sustantivo respecto de laudos arbitrales, en la medida en que tal irregularidad es la que se invoca frente al laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, para resolver la controversia existente entre RCN TV y la CNTV; al igual que se explicará su procedencia de manera general respecto otros fallos judiciales, pues igualmente se apela a dicha deficiencia para cuestionar la sentencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación, tal como se explicó en el numeral 1.2.3 de esta providencia.

Finalmente, el criterio mencionado en el punto 4 y que hace referencia a la subsidiariedad, será abordado al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, por la especial relevancia que tiene en el asunto bajo de estudio, pues fue invocado en el conjunto de oposiciones formuladas contra la demanda de amparo, como se advierte en el numeral 1.2.5.4 de la presente sentencia.

2.5.3.4. Con fundamento en las consideraciones previamente expuestas, y entendiendo el carácter eminentemente estricto de la acción de tutela contra laudos arbitrales, se procederá con el estudio de la doctrina constitucional sobre el defecto sustantivo, en la medida en que las irregularidades que se invocan en el caso concreto, tanto en lo que atañe a la decisión arbitral como respecto de la sentencia que resolvió el recurso de anulación, se compendian en dicha causal específica de procedencia.

## 2.6. Del defecto sustantivo o material

### 2.6.1. Del defecto sustantivo o material respecto de providencias judiciales

2.6.1.1. Según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, el defecto sustantivo o material se presenta cuando la decisión que se adopta por un juez, se aparta del marco normativo en el que se debió apoyar para sustentar su fallo, por la ocurrencia de un yerro o falencia en los procesos de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. En efecto, aun cuando es cierto que los jueces en la esfera de sus competencias cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es en ningún caso absoluta, ya que, al tratarse de una atribución reglada, que emana la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los principios y derechos previstos en el Texto Superior.

El defecto sustantivo aparece entonces cuando el fallador desconoce de forma abierta y directa las normas constitucionales, legales o infralegales aplicables para dar solución a una controversia, irregularidad que debe ser de tal entidad, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculícese o lesione la garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, se ha dicho que el margen de actuación del juez de tutela cuando se invoca este defecto es limitado, ya que no le corresponde señalar cuál sería la interpretación correcta o la aplicación más conveniente del ordenamiento jurídico, como si se tratase del juez natural. Por el contrario, su labor se concreta en verificar que esta última autoridad haya actuado al margen de los supuestos normativos aplicables para la definición del caso, comprometiendo, como ya se dijo, los derechos iusfundamentales del accionante y, por contera, el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

La jurisprudencia de la Corte ha identificado los supuestos que permiten la configuración del defecto sustantivo, especificando que el mismo procede en los siguientes casos:

(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico en el fallo adoptado, hipótesis en la cual la decisión cuestionada se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

(ii) Cuando en la aplicación de una norma se exige la interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y que resultan necesarias para la decisión adoptada.

(iii) Cuando se resuelve con base en una disposición que no resulta aplicable al caso concreto, por ejemplo, porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.

(iv) Cuando el fallo incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, al

acreditarse que la resolución del juez se aparta de las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Cuando la aplicación de una norma desconoce una sentencia con efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Cuando se adopta una decisión con fundamento en normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual, aun cuando el contenido normativo del precepto utilizado no haya sido declarado inexecutable, se constata que el mismo es contrario a la constitución.

(vii) Cuando la autoridad judicial se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente, irregularidad que se distingue de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales categorizada como desconocimiento del precedente judicial, el cual se circunscribe al fijado directamente por la Corte Constitucional.

2.6.1.2. Aunado a lo anterior, esta Corporación también ha señalado que una providencia judicial incurre en un defecto sustantivo o material, cuando el juez realiza una interpretación irrazonable de las disposiciones jurídicas aplicables para la resolución del caso. En relación con esta hipótesis debe advertirse que se trata de un supuesto particularmente restringido de procedencia de la acción de tutela, en la medida en que se trata de un campo en el que se manifiesta con mayor intensidad los principios de independencia y autonomía judicial (CP arts. 228 y 230). Por esta razón, la Corte ha considerado que la interpretación que se haga de un texto normativo dentro de los límites de lo objetivo y lo razonable, no constituye una irregularidad que haga procedente el amparo constitucional contra fallos judiciales. En este sentido, en la Sentencia T-1001 de 2001, este Tribunal expuso que:

“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por el operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de una vía de derecho distinta que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho”.

A partir de lo expuesto, no cabe duda de que el solo hecho de adoptar una lectura específica de las normas aplicables a un caso y que ese resultado sea contrario al criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, no puede considerarse como una de las causales que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, pues la labor primigenia de los jueces, al momento de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, es la de otorgarle sentido a las disposiciones que aplican y de limitar los efectos que puedan derivarse de ellas. Por consiguiente, no constituye un defecto sustantivo (i) la contradicción de opiniones respecto de la decisión adoptada; o (ii) la realización de una interpretación que

no sea abiertamente contraria al texto normativo objeto de aplicación.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional igualmente ha sido enfática en sostener que la autonomía funcional del juez tampoco puede convertirse en una patente de corso que permita cualquier tipo de interpretación, pues la independencia judicial no puede eludir el imperio de la ley (CP art. 230), ni desconocer el principio de supremacía de la Constitución (CP art 4). Por ello, la Corte ha señalado que el amparo es procedente respecto de interpretaciones irrazonables, las cuales se configuran en dos supuestos. El primero consistente en otorgarle a una disposición un sentido o alcance que no tiene (interpretación contraevidente o contra legem), afectando de forma injustificada los intereses legítimos de una de las partes. Y, el segundo, que se traduce en la realización de una interpretación que parece admisible frente al texto normativo, pero que en realidad es contrario a los postulados constitucionales o conduce a resultados desproporcionados.

Se trata de supuestos que no son contradictorios entre sí, y que es posible que en algunas circunstancias concurren, de suerte que “que la interpretación contraevidente de la ley (...) comporte, así mismo, la vulneración de ciertos contenidos de la Constitución, que sean relevantes para el caso específico”. Sin embargo, no se exige que coincidan para que sea viable el defecto sustantivo derivado de la interpretación, pues “pueden configurarse por separado, hipótesis en la cual, cada uno genera el anotado defecto (...), sin necesidad de que se configure la otra causal”.

2.6.1.3. En últimas, el defecto sustantivo se causa en situaciones excepcionales en las que, en desconocimiento de los límites de la autonomía e independencia judicial, se incurre por el juez en un actuar arbitrario e irrazonable, tanto por resolver una controversia con base en una norma claramente inaplicable al caso, o por dejar de utilizar la que evidentemente lo es; como por incurrir en una interpretación que contradice lo regulado, desconoce la Constitución o genera resultados desproporcionados.

2.6.2. Del defecto sustantivo o material respecto de laudos arbitrales

2.6.2.1. En esta causal de procedibilidad, el principio de voluntariedad de la justicia arbitral igualmente cumple una función importante, pues, como ya se señaló, en razón del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, se sustrae la controversia del conocimiento de la justicia estatal, lo que obliga a que las hipótesis que dan lugar a la configuración del defecto sustantivo frente a laudos arbitrales, no solo sean objeto de un alcance restrictivo, sino que también su valoración se someta a un juicio riguroso y estricto de procedencia.

Precisamente, en la Sentencia T-466 de 2011, esta Corporación identificó las siguientes hipótesis excepcionales que permiten considerar que un laudo está incurso un defecto sustantivo, a saber:

(i) Cuando los árbitros fundamentan su decisión en una norma claramente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental.

(ii) Cuando el laudo arbitral carece de motivación material o dicha motivación es manifiestamente irrazonable.

(iii) Cuando la interpretación o aplicación que se hace de una norma jurídica en un caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance.

(iv) Cuando la lectura de una disposición se hace sin tener en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

2.6.2.2. Por lo demás, la valoración estricta y rigurosa de este defecto excluye su procedencia respecto del simple desacuerdo con las razones invocadas por el tribunal de arbitramento para decidir, pues ello desconoce directamente el principio de voluntariedad que dirige la justicia arbitral y en virtud del cual las partes se someten a lo resuelto en el laudo de manera definitiva.

En este sentido, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte puntualizó que “[l]as discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente” para dar lugar a la configuración de un defecto sustantivo, pues la exegesis “de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros goza, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias[,] a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal”.

Para concretarse un defecto sustantivo se requiere entonces que haya un claro desconocimiento de una norma que genera una afectación iusfundamental, sin que, para ese efecto, baste con oponer interpretaciones alternativas posibles o con cuestionar el criterio jurídico utilizado en el laudo, circunstancias que se traducirían en una limitación de la esfera de autonomía del juez arbitral. En este sentido, desde la Sentencia SU-058 de 2003, la Corte ha dicho que: “salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer [esa] postura”.

En consecuencia, no cabe de que las posibilidades del amparo constitucional se someten a un detenido análisis de cada caso, de modo que, salvo la presencia de defectos graves y protuberantes que afecten derechos fundamentales, no es posible desconocer la voluntad de las partes de someterse a la autonomía de la justicia arbitral.

2.6.2.3. A continuación, y con miras a resolver el asunto planteado, tal y como se expuso en el acápite 2.4 de esta providencia, la Corte se detendrá (i) en las reglas que fijan el ámbito de acción del recurso de anulación respecto de laudos arbitrales; (ii) en la prosperidad del recurso extraordinario de revisión; (iii) en el examen del alcance y obligatoriedad de la interpretación prejudicial a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y (iv) en la procedencia de la acción de incumplimiento frente a dicho órgano de la CAN.

## 2.7. Ámbito de acción del recurso de anulación respecto de laudos arbitrales

2.7.1. Con ocasión del principio de voluntariedad o libre habilitación y de la renuncia que hacen las partes de un conflicto a la aplicación de la justicia estatal, los medios de impugnación en materia arbitral tienen un alcance limitado o restringido, pues a través de ellos no se permite revisar los aspectos propios de la discusión de fondo, como ocurre tradicionalmente con los recursos ordinarios de apelación o súplica, sino que se limitan a un examen de validación de lo ocurrido, a través de la verificación de las reglas de sustanciación

del juicio y de la comprobación de la competencia del tribunal de arbitramento para decidir. Por tal razón, se trata de recursos extraordinarios cuya alegación se centra en aspectos de carácter formal o de orden procesal, en los que no se incluye la posibilidad de discutir la aplicación correcta del derecho sustancial, al tratarse de una materia asignada por acuerdo de voluntades a la solución de los árbitros.

En este orden de ideas, en la Sentencia SU-174 de 2007, esta Corporación señaló que, a diferencia de los jueces que integran la Rama Judicial, los árbitros carecen de superior jerárquico, por el hecho de que las partes depositan su confianza en ellos para resolver un conflicto, circunstancia que incide en el diseño de los medios procesales establecidos para controlar los laudos, pues no cabe autorizar la revisión del fondo de la controversia, al no existir una segunda instancia, limitando la intervención de la justicia estatal a la validación de que el trámite arbitral se surtió válidamente, en garantía del derecho que tiene toda persona al debido proceso.

Por esta razón, en la Sentencia SU-500 de 2015, la Corte destacó que la resolución de controversias, por medio del arbitraje, implica la “permanencia de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente. Tal facultad de permanencia se evidencia, por ejemplo, en la ausencia del trámite de [apelación] ante la justicia ordinaria, pues someter el laudo a las instancias propias de [dicha] justicia significaría desconocer la misma voluntad de las partes que previeron un [medio] alternativo de solución de conflictos”.

2.7.2. Bajo esta caracterización se regula en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de anulación, el cual se encuentra consagrado hoy en día en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, y anteriormente en el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 (vigente para el momento de ocurrencia de los hechos planteados en la demanda), siendo su objeto revisar que el inicio, desarrollo y finalización del procedimiento arbitral se hubiese tramitado adecuadamente, esto es, que no se hubiese incurrido en una irregularidad de orden procesal. Tal como se infiere de su regulación, el recurso se resume en las notas de ser una actuación judicial excepcional, extraordinaria, restrictiva, formal y sujeta al principio dispositivo.

La excepcionalidad implica que no actúa como una instancia adicional dentro del proceso arbitral, al canalizar su procedencia en causales de carácter formal, que apuntan a validar la sustanciación del juicio y la competencia de los árbitros para decidir. Por ello, como se dispone en el artículo 42 de la Ley 1543 de 2012, “la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

El recurso de anulación es extraordinario, al reconocer que la justicia arbitral es de única instancia, y que su prosperidad solo tiene ocurrencia respecto de laudos debidamente ejecutoriados y que han hecho tránsito a cosa juzgada, lo que supone, por regla general, el cumplimiento del requisito previo de haber agotado todos los medios de defensa que el propio trámite arbitral les confiere a las partes para obtener el amparo de sus derechos, incluida la posibilidad de solicitar la aclaración, corrección o adición del laudo. Se trata

entonces de un recurso que excepciona la aplicación del principio de intangibilidad de las decisiones judiciales, por lo que se torna en una actuación de carácter rogado.

La anulación es adicionalmente restrictiva, pues su procedencia se condiciona a que se invoquen y sustenten las causales que se prevén en la ley para tal efecto. Ello excluye la alegación de motivos de invalidez distintos a los dispuestos por el legislador, o la pretensión de subsumir como parte de un vicio cuestiones de fondo, o la invocación de una revisión in integrum de lo decidido. Así las cosas, quien presenta el recurso es quien asume la carga de explicar cuál es la causal invocada y cuáles son los supuestos para que prospere el vicio, y sobre ellos es que actúa el juez de anulación, al convertirse en límites de su competencia. Al respecto, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte expuso que:

“En este orden, en el ámbito arbitral no existe un recurso de apelación que permita acudir a la justicia estatal en segunda instancia. El ejercicio del recurso de anulación no desencadena como tal una segunda instancia, puesto que –como se dijo– sus causales son restringidas, y las competencias de los jueces que conocen de ellos no son plenas, a diferencia de lo que sucede con los jueces de apelación, cuya única restricción es la de no violar la prohibición de reformatio in pejus. Por el contrario, los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.”

2.7.3. El recurso de anulación es de naturaleza formal, por cuanto su finalidad se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores de orden procesal (vicios in procedendo), que comprometen la validez de sus actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal o por vulnerar las garantías del debido proceso. A través de este recurso, como ya se ha dicho, no cabe refutar el laudo por cuestiones de fondo, es decir, si el tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (vicios in iudicando), ni revivir el debate probatorio, ni plantear una disputa sobre las conclusiones a las cuales se hubiese llegado, con ello se respeta la voluntad de las partes que decidieron que su controversia sea resuelta materialmente por la justicia arbitral, y se ratifica su condición de ser un juicio de única instancia. Esto significa que la decisión que se adopta por el juez de anulación es, precisamente, la de declarar la nulidad del laudo, por contrariar las reglas que fijan su procedimiento, sin que pueda entrar a realizar, como prohibición de carácter general, consideración alguna sobre el fondo o materia del asunto.

En efecto, como se trata de un control estrictamente formal, de llegarse a declarar la invalidez de lo actuado, el efecto que se produciría es el de retrotraer las cosas al estado anterior al de la ocurrencia del vicio, incluso teniendo que someter de nuevo el conflicto a decisión, por ejemplo, planteando una demanda ante el juez estatal, en caso de que se haya decretado la inexistencia del pacto, o iniciando de nuevo los trámites para reconfigurar el tribunal arbitral, cuando el mismo no se hubiese constituido en legal forma. En este orden de ideas, y siguiendo lo expuesto con anterioridad, solo se permite de forma excepcional y por mandato de la ley, que el juez estatal extienda su decisión a cuestiones relacionadas con el mérito de la controversia, con el único propósito de corregir o adicionar el laudo, en el evento en el que prospere alguna de estas dos causales de anulación, cuya interpretación es eminentemente restrictiva, esto es, (i) violar el principio de congruencia o (ii) adoptar decisiones contradictorias o que incurren en errores aritméticos, o por omisión o por cambio

de palabras o alteración de estas. Se trata de dos hipótesis que se deben aplicar con sujeción estricta al principio de legalidad y que buscan que la controversia sea resuelta de forma definitiva, en apego al mandato de celeridad.

2.7.4. Finalmente, el recurso de anulación se sujeta al principio dispositivo, conforme al cual, "(...) es el recurrente quien delimita, con su formulación y sustentación (...), el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas (...) causales que la ley consagra. [E]n consecuencia, no le es dable [al juez de anulación] interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en (...) [e]l correspondiente recurso extraordinario de anulación".

2.7.5. En conclusión, no cabe duda de que el recurso de anulación es un medio impugnativo de naturaleza extraordinaria, pues no permite la configuración de una nueva instancia para revivir el debate planteado ante el tribunal arbitral, pues al juez de anulación le está prohibido, por regla general, pronunciarse sobre el mérito o fondo de la controversia. Su competencia se limita al examen de las causales invocadas y sustentadas por el recurrente, por su carácter excepcional y restrictivo.

Se trata entonces de un medio de impugnación de naturaleza rogada y sujeto al principio dispositivo, en el que se impiden, por regla general, las declaraciones de oficio. Así lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual solo ha admitido el control oficioso del juez de anulación, cuando se impone la necesidad de preservar el orden legal imperativo, en los casos de procedencia de las causales de anulación por caducidad de la acción, falta de competencia y nulidad absoluta. Puntualmente, se ha dicho que:

"(...) la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta".

Sobre la base de lo anterior, la Corte procederá con el estudio de las tres causales de anulación que fueron invocadas en el caso sub-judice por parte de la CNTV, con miras a cuestionar el laudo arbitral proferido 5 de abril de 2011, a saber: (i) "haber fallado [el tribunal de arbitramento] en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo"; (ii) "contener [el laudo en] la parte resolutive errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento"; y (iii) "haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido". Se aclara que estas causales corresponden a la normatividad en vigor para la época, esto es, el Decreto 1818 de 1998, las cuales se replican, con algunas variaciones, en el régimen actualmente vigente.

2.7.6. En cuanto a la primera causal, según la cual el laudo es nulo por haber fallado el tribunal de arbitramento en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en la decisión arbitral, es necesario señalar que su configuración parte de la base de la distinción existente entre el fallo en derecho y el fallo en conciencia.

Al respecto, se entiende que un fallo es en derecho, cuando el juez se apoya en un conjunto de normas sustanciales y en principios que integran el ordenamiento jurídico para adoptar una decisión. En este marco de referencia, la autoridad judicial debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí que, una decisión de esta naturaleza, se sustenta en normas de derecho positivo y, además, en los elementos de juicio allegados al proceso.

Por el contrario, según el Consejo de Estado, un fallo es en conciencia cuando:

“(…) no se lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con lo que la convicción personal y el sentido común indican debe ser la solución recta y justa de la controversia. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”.

Por consiguiente, la causal en estudio se configura bajo el cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, que el tribunal de arbitramento desconozca el deber de fallar en derecho, cuando tal obligación le fue impuesta. Y, en segundo lugar, que, atendiendo a la redacción del laudo, tal circunstancia sea evidente, clara y ostensible, por lo que fácilmente se advierte que el fallo se adoptó en conciencia.

El primer requisito supone que el laudo incurre en un déficit normativo o en un déficit probatorio. El déficit normativo se produce porque la decisión se adopta con exclusión de las normas del derecho positivo, ya sea porque el fallo carece de razonamientos jurídicos, porque se soporta exclusivamente en preceptos derogados, o porque apela a la mera invocación de una norma que carece de total incidencia respecto de las consideraciones de la providencia. Por su parte, el déficit probatorio ocurre cuando se decide con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso.

Aunado a la demostración de cualquiera de estos dos déficits, es preciso, como ya se mencionó, acreditar, como segundo requisito, que el fallo en conciencia emana o surge de forma “manifiesta” en el laudo, lo que obliga a verificar que tal irregularidad sea evidente, clara y ostensible, por lo que no es viable invocar su ocurrencia para reabrir el debate de lo decidido, o para plantear cuestiones de naturaleza in judicando.

2.7.7. En lo que corresponde a la segunda causal, conforme a la cual el laudo es nulo por contener en la parte resolutive errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento, es preciso mencionar que en su redacción se consagran dos supuestos distintos.

Por una parte, se establece la hipótesis de la existencia de errores aritméticos, los cuales consisten en la equivocación que se presenta al efectuar una simple y elemental operación matemática. Así, por ejemplo, cabe “un error de suma, de resta [o] de multiplicación”. Y, por la otra, se dispone la afectación del laudo por la adopción de disposiciones contradictorias, evento que, a su vez, se divide en dos expresiones.

Por regla general, esta figura se constata por la fijación de órdenes en la parte resolutive del

laudo, “que se contraponen o se excluyen entre sí[,] de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución”. Frente a este primer supuesto que permite la procedencia de la citada causal, el máximo tribunal de la Justicia Contencioso Administrativa ha señalado lo siguiente:

“Como se observa, este requisito condiciona la procedencia de la causal a que las alegadas contradicciones hagan imposible ejecutar la decisión contenida en el laudo, debido a que su falta de lógica constituye un obstáculo insalvable para concretar los efectos de la cosa juzgada y para aplicar simultáneamente las decisiones antagónicas. // Para arribar a la conclusión anterior, la Sala ha asimilado esta causal con la tercera de casación, prevista en el art. 368 del CPC., que procede ‘cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago’. (...)”.

No obstante, para la época de la controversia y por jurisprudencia del Consejo de Estado, esta misma causal referente a las disposiciones contradictorias, ya se extendía a la posibilidad excepcional de tener su origen en una incompatibilidad derivada entre la parte resolutive y la parte motiva de la decisión, siempre que la primera resultara ininteligible de no recurrir a la base dada como justificación del fallo. Esta alternativa hoy en día es de consagración legal, pues el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al referir a esta causal, establece su procedencia en los casos en que el laudo contenga “(...) disposiciones contradictorias, (...) siempre que esta circunstancia est[é] comprendid[a] en la parte resolutive o influyan en ella (...)”.

Precisamente, en sentencia del 22 de agosto de 2002, el citado Tribunal expuso que:

“Frente a las contradicciones en que puede incurrir el laudo arbitral, la Sala ha precisado que la incongruencia se predica de disposiciones contradictorias de la parte resolutive y se justifica, en tales casos la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. (...) Ahora bien, si ese incumplimiento se quiere derivar de lo expresado en la parte motiva (...) debe precisarse que la falta de congruencia entre la parte resolutive y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad del laudo, a no ser como lo ha reconocido la Sala, que sea imposible prescindir de la parte motiva para entender la decisión contenida en la resolutive.”

Así las cosas, el concepto disposiciones contradictorias refiere a un error de tipo material, en el que se observa una clara incompatibilidad en lo resuelto dentro del laudo, cuyo efecto implica afectar la operatividad de las órdenes que hayan sido adoptadas, incluso cuando la misma proviene de la parte motiva y su incidencia se refleja directamente en el resolutive. Se trata, en esencia, de una disconformidad demostrada en el laudo, por virtud de la cual la parte resolutive se torna inoperante.

Sin perjuicio de la conceptualización teórica ya realizada, es claro que, además del alcance que identifica a cada una de las causales expuestas, su procedencia se sujeta al cumplimiento sine qua non de dos requisitos. El primero consistente en que tanto el error

aritmético como el error material debe estar contenido en la parte resolutoria del laudo, sin perjuicio -como ya se dijo- de la hipótesis excepcional en el que la incompatibilidad proviene de la parte motiva. Y, el segundo, a través del cual se impone que cualquiera de estas irregularidades se sujeta a la reclamación previa del interesado, a través de los mecanismos que brinda el trámite arbitral para el efecto, en concreto la posibilidad de recurrir a la figura de la aclaración, corrección o adición del fallo, prevista -en su momento- en el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998.

Este último requisito supone, por una parte, que la omisión en la reclamación implica una renuncia tácita a la pretensión de hacer valer posteriormente como causal de anulación el error aritmético o las disposiciones contradictorias; y, por la otra, que el recurso de anulación solo resulta procedente respecto de un vicio alegado y no corregido, sin que pueda avalarse la invocación de deficiencias que no fueron conocidas por el tribunal, por la impericia, descuido o desacierto del recurrente.

2.7.8. Finalmente, en lo que atañe a la tercera causal, según la cual el laudo es nulo por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido, es pertinente aclarar que, en el régimen vigente en el Decreto 1818 de 1998, se entendió que su regulación incluía tres hipótesis distintas de anulación.

La primera destinada a preservar el principio de congruencia, el cual impone a los jueces el deber de proferir sus decisiones en consonancia con los hechos, con las pretensiones esbozadas y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubiesen sido alegadas. Precisamente, en línea con lo expuesto, cabe citar la siguiente interpretación del Consejo de Estado, respecto del actual numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el cual recoge lo previsto en el anterior numeral 8 del artículo 163 del citado Decreto 1818 de 1998:

“[L]a causal del numeral 9 de la Ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas (...)”.

Las otras dos hipótesis de anulación fueron derivadas de la expresión: “haber recaído [el laudo] sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, en donde se incluyeron (i) los casos en que el fallo se pronunciaba sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento (por lo general, asuntos no transigibles), y (ii) cuando el laudo resolvía temas que no fueron contemplados como materias objeto de compromiso en el pacto arbitral. En general, se trataba de las cuestiones en las que el tribunal de arbitramento obraba sin competencia, causales que hoy en día se encuentran incorporadas y deben ser alegadas con sujeción a la regulación prevista en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, referente, precisamente, a la “falta de jurisdicción o competencia”.

Así las cosas, en Sentencia del año 2002, el Consejo de Estado se pronunciaba sobre el particular, en los siguientes términos:

“La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta

causal, se puede descomponer semánticamente así: 'Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse: // O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal, es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros. // O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del acto de compromiso por las partes, es decir estas no se la atribuyeron a los árbitros”.

En conclusión, con el régimen vigente en el Decreto 1818 de 1998, con base en el cual se definió la controversia que es objeto de tutela, esta causal de invalidez no solo incluía la inobservancia del principio de congruencia, sino también los casos en que el tribunal dirimía conflictos por fuera del pacto arbitral o en desconocimiento de las materias excluidas de esta justicia por definición legal.

2.7.9. Por último, cabe recordar que el juez de anulación en tratándose de laudos originados en contratos estatales y en los que intervenga una entidad pública, como ocurre en el caso sub-judice, ha sido siempre el Consejo de Estado, como se advierte de lo previsto en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998 y en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012.

## 2.8. Ámbito de acción del recurso extraordinario de revisión

2.8.1. El recurso extraordinario de revisión ha sido caracterizado como aquel que le permite al recurrente impugnar una decisión judicial amparada por cosa juzgada, cuando aparecen hechos que no fueron conocidos en el desarrollo de un proceso, o pruebas que no fueron incorporadas dentro del mismo, o cuando se verifican graves irregularidades procesales, con el fin de enmendar los errores o ilicitudes cometidas en su expedición, y restituir al afectado en su derecho al debido proceso, a través de la adopción de un fallo que resulte acorde con el ordenamiento jurídico y que, en esencia, realice el valor de la justicia material.

2.8.2. Las notas que identifican a este recurso son las siguientes: (i) sus causales de procedencia, por regla general, corresponden a vicios sobrevinientes, esto es, a irregularidades que no fueron conocidas al momento de adoptar la decisión, razón por la cual se permite exceptuar el principio de intangibilidad propio de los fallos judiciales, con el propósito de corregir una determinación que carece de legitimidad; (ii) se trata de un recurso extraordinario, en la medida en que su objeto no consiste en alegar la existencia de errores in judicando, ni en reabrir el debate probatorio ya surtido, sino, en su lugar, en demostrar la ocurrencia de nuevas circunstancias no susceptibles de ser advertidas en su momento por el fallador, las cuales afectan el concepto de justicia inherente a la decisión adoptada.

Por su naturaleza extraordinaria, (iii) las casuales que permiten su procedencia son de carácter taxativo, límite que resulta razonable, como lo ha dicho la Corte, al entender que se está en presencia de una figura “que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada”. Finalmente, (iv) las hipótesis que determinan la viabilidad procesal del recurso son de interpretación restrictiva, por lo que no cabe su ampliación por fuera de las consagradas de forma directa por la ley.

2.8.3. En el marco del proceso arbitral, tanto el Decreto 1818 de 1998 como la Ley 1563 de 2012 hacen referencia específica al recurso de revisión. En el primero de los regímenes

normativos en mención, se destaca lo consagrado en los artículos 162 y 166, en los que se dispone que:

“Artículo 162. El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...) 5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.”

“Artículo 166. El laudo arbitral y la sentencia del Tribunal Superior en su caso, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por los motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, no podrá alegarse indebida representación o falta de notificación por quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación. // Son competentes para conocer del recurso de revisión contra el laudo arbitral, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar correspondiente a la sede del Tribunal de Arbitramento; y contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Por su parte, hoy en día, en la Ley 1563 de 2012, siguiendo el mismo esquema previsto desde el año 1998, se consagra que:

“Artículo 45. Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.”

2.8.4. Del marco regulatorio previamente transcrito se derivan las siguientes premisas fundamentales del ámbito de acción del recurso de revisión respecto del proceso arbitral, sin importar la naturaleza o la condición de las partes que hacen del parte del litigio, esto es, si son particulares o autoridades públicas. En primer lugar, se prevé la aplicación de las causales y del trámite que rige dicho medio de impugnación, conforme a los términos dispuestos en el Código de Procedimiento Civil (CPC). En segundo lugar, el recurso de revisión puede ser interpuesto contra el laudo o contra la sentencia que resuelva su anulación, lo cual sugiere que se trata de medidas alternativas, autónomas e independientes, sin que exista entre ellas un deber de reclamación previa. En tercer lugar, se fija un requisito específico de procedencia del recurso, consistente en que no cabe promover la revisión, con ocasión de graves irregularidades procesales relativas a la falta de notificación o a la indebida representación, si existió la oportunidad de controvertir tal circunstancia a través del recurso de anulación, tanto en los términos del anterior numeral 3 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, como en el actual numeral 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En cuarto y último lugar, la prosperidad del recurso habilita a la autoridad judicial estatal a adoptar la sentencia que en derecho corresponda, con lo cual se evita la continuación de la injusticia que avala la promoción de este medio impugnativo.

2.8.5. Las causales vigentes para el momento en que se presentó la controversia objeto de conocimiento por parte de este Tribunal, se encuentran previstas en el anterior artículo 380

del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual:

“Artículo 380. Causales. Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueren decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo [140], siempre que no haya saneado la nulidad.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

2.8.6. De las causales transcritas, cabe hacer alusión a la prevista en el numeral 8, esto es, existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recursos, cuya configuración requiere la acreditación de dos requisitos, a saber: (i) que la nulidad provenga de la sentencia (o laudo) y no de actuaciones previas susceptibles de ser corregidas en el desarrollo del propio proceso; y (ii) que la providencia controvertida no sea susceptible de otro recurso, con miras a preservar el carácter extraordinario de la revisión.

Para la época de los hechos objeto de conocimiento en el sub-judice, las causales de nulidad –conforme al Código de Procedimiento Civil– eran las siguientes:

“Artículo 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.

2. Cuando el juez carece de competencia.

3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.
6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.
7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.
9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas de deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.”

Respecto de su aplicación en la expedición de la sentencia, el Consejo de Estado ha expuesto que:

“[V]ale decir que el proceso solamente es nulo, en todo o en parte, por las causas establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, la nulidad que tiene origen en la sentencia puede ocurrir, en conformidad con la disposición referida, cuando se provee sobre aspectos para los que no tiene el juez jurisdicción o competencia (numerales 1 y 2); cuando, sin ninguna otra actuación, se dicta nueva sentencia en proceso terminado normalmente por sentencia firme, o sin más actuación se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual hubiera sido aceptado el desistimiento, aprobada la transacción o declarada la perención del proceso, porque así se revive un proceso legalmente concluido, o cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el previo trámite correspondiente, porque así se pretermite íntegramente la instancia; o cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta, o se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello, en lo concerniente, también se pretermite íntegramente la instancia (numeral 3); o cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida (numeral 5), entre otros eventos.”

2.8.7. En todo caso, es pertinente destacar que el recurso de revisión excluye la oportunidad de reabrir debates ya concluidos y ya resueltos en las instancias pertinentes, por tratarse de un medio impugnativo de carácter extraordinario. En esta medida, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, las circunstancias que sean alegadas en el marco de este recurso deben ser “auténticas novedades procesales”, pues “el hecho o medio probatorio aducido, con base en el cual se invoque (...) [la causal], no [puede haber] formado parte del proceso donde se dictó el fallo (...), [y] (...) [no puede haber sido] evaluad[o] en el pleito en que se dictó la resolución que se revisa, porque en esa hipótesis no se estaría en presencia de [un] acontecimiento nuevo respecto del ya transitado (...).”

En idéntico sentido, en providencia del 24 de mayo de 2017, el citado Tribunal describió el recurso de revisión, en los siguientes términos:

“El recurso de revisión ha sido concebido como un medio de impugnación de naturaleza excepcional, extraordinaria y taxativa, de ahí que su procedencia se concreta a los casos en los que la controversia fue dirimida por medios injustos, los cuales constituyen hechos nuevos y distintos a los que debieron ser expuestos y analizados en las instancias.

(...) Es por eso que en sede de revisión resulta inadmisibile –según lo tiene aceptado la jurisprudencia–, plantear «temas ya litigados y decididos en proceso anterior», ni es la vía regular «para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente», como tampoco un mecanismo al alcance de las litigantes que les permita «mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar» o «encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi» (CSJ SR, 3 Sep. 1996, Rad. 5231; CSJ SR, 8 Jun. 2011, Rad. 2006-00545-00).”

2.8.8. Con base en las consideraciones expuestas y teniendo claro el alcance del recurso de revisión en el proceso arbitral, la Corte continuará con el examen de los otros dos temas propuestos en esta providencia: la interpretación prejudicial a cargo del TJCA y la acción de incumplimiento frente a dicho órgano de la CAN.

2.9. Alcance y obligatoriedad de la interpretación prejudicial a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

2.9.1. Aproximación general al derecho comunitario

2.9.1.1. El proceso de integración entre Estados da lugar a la estructuración de un sistema de relaciones entre los sujetos que allí intervienen, el cual escapa a los rasgos tradicionales del derecho internacional y se ubica en lo que hoy en día se conoce como el derecho comunitario o derecho de la integración. Su origen responde a la necesidad de los Estados de uniformar el manejo de ciertos asuntos que les resultan comunes, especialmente en materia económica, sin descartar otros órdenes como el político o el militar, sobre la base de la creación de un ordenamiento jurídico especial, provisto de unas reglas y principios propios, aplicable a todos los miembros que concurren a la unión, que, si bien tiene su origen en un tratado internacional, lo cierto es que, con ocasión de ese mismo acuerdo, adquiere una nota distintiva para su regulación, por virtud de la cual, para efectos de su expedición, no es necesario recurrir, en cada caso, ni al esquema de negociación tradicional de los tratados internacionales, ni a los procedimientos ordinarios previstos en el derecho interno.

La posibilidad del Estado colombiano de participar en procesos de integración se prevé en los artículos 9 y 227 del Texto Superior. Por virtud de ellas, se ratificó el proceso de integración realizado en el Acuerdo de Cartagena que dio lugar a la creación de la Comunidad Andina de Naciones. Como parte de dicho acuerdo, se decidió que los órganos comunitarios estarían habilitados para formular un sistema normativo “con el vigor y la eficacia requeridos para que aquéll[o]s pudieran regular directamente las cuestiones atinentes a la materia de integración y la conducta de los países comprometidos y de sus habitantes, sin tener que recurrir a los procedimientos ordinarios del derecho interno de cada país.”

La integración normativa se acordó exclusivamente en materias económicas, comerciales, aduaneras, industriales y financieras, y se dispuso, a su vez, la creación de un ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, agrupado por el conjunto de normas dispuestas, hoy en día, en el artículo 1° de la Decisión 472 de 1999. Por su origen, este marco normativo también suele denominarse derecho supranacional.

2.9.1.2. En el ámbito interno, las normas del derecho comunitario se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico de forma directa, con el mismo rigor y valor que las leyes, pero dotadas de preeminencia y de aplicación preferencial. En efecto, en la Sentencia C-1490 de 2000, la Corte precisó que, por ejemplo, en el caso de las decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las mismas no requieren haber sido ratificadas previamente por el Congreso de la República para que su cumplimiento sea obligatorio, pues sus disposiciones son directamente aplicables a nivel interno, sin necesidad de que se sometan al trámite ordinario de incorporación (CP arts. 189, 150.16 y 241.10).

El supuesto que origina tal fenómeno se explica, en que al momento en que se avaló la creación de los organismos que integran el Acuerdo de Cartagena, también se autorizó constitucionalmente la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a dichas autoridades supranacionales, con el propósito de mantener un esquema de unidad entre los Países Miembros, en términos normativos y de justicia, en lo que comporta a las materias objeto de integración. Así, la supranacionalidad busca uniformidad y trato igual entre sus miembros, lo cual solo se puede lograr a través de una organización con poderes suficientes para decidir autónomamente, en el marco de su tratado constitutivo, la regulación y las formas de protección del proceso de unificación, sin tener que recurrir en cada caso a la formalización de tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa o a cualquier otra técnica similar.

Precisamente, así lo ha explicado el Consejo de Estado, al sostener que “[l]a supranacionalidad (...) comporta la transferencia de parte de las competencias estatales reguladoras respecto de determinadas materias, hacia los órganos comunitarios (...) cuyas decisiones y fallos serán aceptados por los Países Miembros. Así, pues, el rasgo de la supranacionalidad equivale a la técnica de distribución de competencias dentro de un sistema de integración por virtud de la cual, si bien es verdad que los Estados miembros continúan siendo los titulares del poder político, también lo es que parte de dicho poder lo ceden parcialmente para determinado propósito a los órganos comunitarios (...).”.

De esta manera, las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, como parte del proceso de integración, responden al tránsito de la competencia

reguladora nacional en cabeza del Congreso de la República hacía los órganos comunitarios, única y específicamente en los asuntos cuya decisión haya sido otorgada por los Países Miembros. En este sentido, la normatividad comunitaria o supranacional ocupa el terreno de la legislación nacional, sin que se requiera pronunciamiento adicional alguno y en las materias asignadas, desplazando de este modo al derecho interno.

En desarrollo de lo expuesto, y para mayor precisión, cabe hacer referencia a las cuatro notas características de la normatividad de la Comunidad Andina, a saber: (i) aplicabilidad inmediata; (ii) eficacia directa; (iii) autonomía y (iv) primacía (esto es, preeminencia y aplicación preferencial).

2.9.1.3. En cuanto a las tres primeras se ha considerado lo siguiente: (1) la aplicabilidad inmediata supone que las decisiones adoptadas por los órganos de la Comunidad Andina obligan a los Países Miembros, desde la fecha en que sean aprobadas, tal y como lo determina el artículo 2 de la Decisión 472 de 1999. Por su parte, (2) la eficacia directa implica que las decisiones o las resoluciones de los Autoridades Andinas se aplican directamente a los Países Miembros, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, como lo determina el artículo 3 del Estatuto Normativo en cita. En virtud de esta característica, tal normatividad "(...) pasa a formar parte del ordenamiento de cada uno de los Países Andinos de forma directa, sin requerir de ningún tipo de instancias intermedias -ni legislativas, ni ejecutivas, ni judiciales-, con lo cual surte el efecto de generar derechos y obligaciones para todos los habitantes de la Comunidad, tanto en sus interrelaciones como particulares, como con los Estados y los órganos [del sistema], en el ámbito de las materias reguladas por el derecho comunitario".

Adicionalmente, la normatividad de la Comunidad Andina se caracteriza por (3) el atributo de la autonomía, por virtud de cual se está en presencia de un sistema jurídico construido sobre los pilares de la coherencia y la unidad, con principios y reglas propios, que lo distinguen de la generalidad de los derechos y obligaciones que surgen de los rasgos tradicionales del derecho internacional. Al respecto, se ha dicho que:

"(...) [E]l ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad -tanto el primario como el derivado- no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales".

2.9.1.4. A las características previamente mencionadas, como ya se dijo, se adiciona (4) la primacía de la normatividad de la Comunidad Andina, la cual se traduce en que las normas de dicho ordenamiento prevalecen y son de aplicación preferencial sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse medidas o actos jurídicos unilaterales de los Estados Miembros. En desarrollo de esta nota distintiva, los Países se obligan a adoptar en el derecho interno las decisiones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que

integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad; a la vez que se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dicho régimen o que de alguna manera obstaculice su aplicación, como lo dispone el artículo 4 de la Decisión 472 de 1999. Incluso, el TJCA ha reiterado que: "(...) en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional".

En la jurisprudencia nacional igualmente se han admitido los atributos de preeminencia y aplicación preferente de la normatividad de la Comunidad Andina. En virtud del primero, se ha entendido que las normas supranacionales se imponen, por razón del rol que cumplen los órganos comunitarios y de la materia asignada, con preferencia sobre la regulación nacional; mientras que, con ocasión del segundo, se ha explicado que, en caso de contradicción entre una norma comunitaria y una del sistema interno, aquella debe hacerse aplicar con primacía respecto de ésta, sin que tal fenómeno dé lugar a la derogación de la norma interna. Sobre la materia, el Consejo de Estado ha dicho que

"[L]a creación del ente comunitario con órganos que tienen competencia normativa propia ha dado origen a un orden jurídico nuevo que genera relaciones de coordinación (...) con respecto a los sistemas jurídicos nacionales, pues los órganos comunitarios profieren normas jurídicas en las materias que el tratado constitutivo les ha reservado para su regulación, mientras que las autoridades de los Países Miembros dictan normas encaminadas a regular las materias que las respectivas Constituciones Políticas reservan a la ley nacional; así pues, estas dos potestades normativas, que recaen sobre las mismas personas, requieren la coordinación de los productos normativos fruto de su ejercicio, pues tanto las fuentes del derecho andino como las del derecho nacional se encuentran acompañadas del rasgo de la autonomía, por manera que la ausencia de coordinación entre ellas puede crear no pocas interferencias y contradicciones.

De la autonomía del derecho andino y de la del derecho interno se deriva el principio según el cual ni el primero puede derogar el segundo, ni viceversa, por manera que ambos sistemas normativos están abocados a coexistir (...).

[Por virtud de lo anterior,] (...) cuando quiera que exista contradicción entre una norma comunitaria y una del sistema interno de alguno de los Estados Miembros, aquélla debe hacerse aplicar con primacía respecto de éstas, lo cual si bien no necesariamente comporta la obligación de derogar la norma interna –cuyos alcances o contenido probablemente sirvan para dirimir otro tipo de casos, sin colisionar con el ordenamiento comunitario–, sí implica la exigencia de inaplicarla –total o parcialmente– o de condicionar su interpretación de modo que el sentido normativo que se le atribuya para el caso concreto resulte respetuoso de la normativa comunitaria. De no proceder así, el Estado Miembro del cual se trate puede ver comprometida su responsabilidad internacional, circunstancia que en primer término se traduce en que resulta pasible de que en su contra se instaure la acción de incumplimiento ante el TJCA."

En otra oportunidad, el mismo Tribunal en cita destacó lo siguiente:

"En virtud de lo anterior, es claro que, en caso de conflicto entre la legislación de la

Comunidad Andina y la interna, se debe aplicar de manera preferente la Norma Comunitaria, toda vez que al tratarse de dos ordenamientos jurídicos diferentes y autónomos la figura de la derogatoria no ocurre y lo que acaece es que la Regulación Comunitaria desplaza a la interna.

En dicha medida el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reiterado que no es admisible bajo ninguna circunstancia que el derecho interno modifique las materias tratadas por el orden jurídico de la Comunidad, por lo que ha resaltado que solo de manera excepcional se le otorga validez a la legislación interna, en aquellos casos en los que tal regulación se refiere a asuntos NO REGLAMENTADOS EN LO ABSOLUTO por la Norma Comunitaria.”

En este orden de ideas, si bien las normas supranacionales ocupan en el sistema jurídico interno el mismo lugar que las leyes, en las materias asignadas a la normatividad andina, como consecuencia del tránsito de la competencia regulatoria de los órganos nacionales a los órganos comunitarios, lo cierto es que, a fin de asegurar su operatividad, el propio derecho supranacional les otorga los atributos de preeminencia y aplicación preferente, los cuales, a partir de lo expuesto, es claro que se limitan a servir como instrumentos para lograr (i) la coordinación entre ambos esquemas normativos y para (ii) definir eventuales escenarios de contradicción, sin que, por ello, pueda considerarse que se está en presencia de normas que gozan de la misma jerarquía de la Constitución, o de un valor superior al de las leyes ordinarias, pues su origen, en todo caso, se encuentra vinculado a un tratado internacional, que, como tal, hace parte de un proceso de integración económica, comercial y aduanera. En este contexto, esta Corporación ha dicho que:

Siendo así, la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional.”

Sobre la base de lo anterior y en lo que corresponde a la teoría del bloque de constitucionalidad, cabe señalar que, como regla general, en las Sentencias C-231 de 1997 y C-256 de 1998, esta Corporación señaló que el derecho comunitario no hace parte de este régimen especial, por cuanto no se acomoda a lo consagrado en el artículo 93 del Texto Superior, ya que las normas que en él se expiden no buscan ni pretenden regular derechos humanos, sino establecer condiciones para impulsar la integración comercial, aduanera, económica, industrial y financiera de los Países Miembros, es decir, consolidar un mercado común.

## 2.9.2. La interpretación prejudicial en el derecho comunitario

2.9.2.1. Es innegable que la normatividad de la Comunidad Andina, por virtud del proceso de

integración, consagra derechos y obligaciones para los habitantes de los Países Miembros, y lo hace bajo la lógica de fijar un esquema normativo uniforme o de igualdad de trato para todos los Estados de la subregión. Dentro de este contexto y con la finalidad de garantizar tal uniformidad en el proceso de aplicación del derecho supranacional, en las disputas que surjan respecto de su contenido y que se deban resolver por los jueces nacionales, se dispuso la creación de un mecanismo especial de carácter judicial, a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, denominado interpretación prejudicial. Con él no solo se busca que los jueces internos tengan certeza sobre el sentido y alcance de las normas comunitarias, como elemento clave de la unión; sino también asegurar que su contenido normativo se aplique, como ya se dijo, de forma inmediata, con eficacia directa y de acuerdo con la primacía que le es propia.

Precisamente, por regla general, el artículo 32 de la Decisión 472 de 1999 radica en el TJCA, la potestad interpretativa del derecho comunitario, al disponer que: “Corresponderá al tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

2.9.2.2. Para ilustrar la forma como opera la interpretación prejudicial, es preciso tener en cuenta que, como se mencionó en el acápite anterior, la normatividad de la Comunidad Andina se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico interno de forma directa, con el mismo rigor y valor que las leyes, pero dotadas de preeminencia y de aplicación preferencial. Como parte entonces del régimen normativo al que se someten los habitantes del Estado colombiano, es posible que, como consecuencia de su aplicación, se presenten controversias, las cuales deben ser resueltas por los jueces nacionales o por las autoridades respectivas que ejerzan la función judicial, en virtud de la observancia del mandato dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 472 de 1999, conforme al cual: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...)”.

No obstante, tal proceso de decisión por parte de las autoridades judiciales nacionales se encuentra sujeto a la obligación, por regla general, de obtener una interpretación prejudicial por parte del TJCA, cuando en la controversia se deba aplicar o se controvierta alguna de las normas que integran el ordenamiento jurídico común. Esta interpretación implica fijar el sentido de las disposiciones que hacen parte del litigio, a través de una sentencia que resulta obligatoria para los jueces internos, con miras a preservar la unidad del derecho supranacional.

De esta explicación se derivan las notas características de la interpretación prejudicial, las cuales son susceptibles de ser agrupadas de la siguiente manera:

(i) La interpretación prejudicial solo opera en esquemas litigiosos, es decir, se trata de un mecanismo que únicamente se puede poner en movimiento cuando existe un pleito adelantado ante un juez interno, en el que se invoca, se alega o se advierte la necesidad de aplicar una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

(ii) La interpretación prejudicial actúa como un dispositivo jurisdiccional, pues corresponde a una especie de incidente procesal, con miras a que el juez interno tenga certeza sobre el

contenido y alcance de las normas comunitarias que debe aplicar, por lo que su naturaleza es ajena a la simple resolución de una consulta, a la fijación de una opinión doctrinaria o la obtención de una prueba judicial. Por esta razón, las interpretaciones del TJCA constan en sentencias que hacen parte de un proceso judicial de carácter no contencioso, toda vez que su origen se encuentra en un diálogo exclusivo entre jueces, en donde no hay demanda ni partes.

(iii) La interpretación prejudicial supone un esquema de distribución de competencias entre jueces. De esta manera, al juez nacional le compete definir el litigio sometido a su conocimiento, señalando el alcance de los derechos en disputa y determinado el valor de las pruebas obtenidas. No obstante, para poder proferir una decisión, por regla general, le es obligatorio recurrir al TJCA, autoridad a la cual le asiste la obligación de precisar el contenido y alcance de las normas comunitarias que deban ser objeto de aplicación por parte de dicho juez nacional, a través de una sentencia que le resulta obligatoria. Se trata de dos esferas de actuación claramente separadas, que no permiten su trasposición, pero que entrañan al unísono la fijación del concepto juez competente.

(iv) La interpretación prejudicial, una vez la misma es proferida por el TJCA, es obligatoria para los jueces nacionales. Sobre el particular, el artículo 35 de la Decisión 472 de 1999 expresamente establece que: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del tribunal”.

(v) La interpretación prejudicial produce efectos en el caso concreto, por lo que no tiene un alcance erga omnes. Esto significa que la obligación de solicitar su práctica se mantiene en todos los casos en que deba aplicarse o se controvierta una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sin importar si dicha materia ya fue objeto de un pronunciamiento anterior por parte del TJCA. Al respecto, la citada autoridad ha dicho que:

“[L]a existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación, (...) [pues] (...) bien podría el tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo.”

(vi) La interpretación prejudicial tiene un alcance general respecto del derecho comunitario, pues se sujetan a este mecanismo todas las normas que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tanto de su derecho primario como secundario.

(vii) Finalmente, la interpretación prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, razón por la cual opera como un incidente procesal. En todo caso, si bien lo deseable es que su práctica tenga ocasión desde el inicio del proceso, ello dependerá, en gran medida, de las alegaciones que se hagan por las partes o de la advertencia que el propio juez haga de oficio.

2.9.2.3. El derecho comunitario dispone los casos en los que la interpretación prejudicial es obligatoria o facultativa, para lo cual el criterio de distinción es la posibilidad de que la sentencia que se expida por el juez interno sea susceptible de recursos. La regulación sobre

el particular se encuentra en el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, en el que se dispone lo siguiente:

“Artículo 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”

Como se advierte de lo expuesto, la interpretación prejudicial obligatoria es aquella que deben pedir los jueces y tribunales nacionales, en los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno. En estos casos, la solicitud puede realizarse en cualquier momento antes de proferir sentencia de fondo, de oficio o a petición de parte, teniendo la obligación de suspender el proceso a nivel interno, y de mantenerlo en dicho estado, hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada. Una vez se haya obtenido el pronunciamiento del TJCA, como ya se dijo, el mismo resulta obligatorio.

En términos generales, son dos las condiciones que se deben verificar para determinar si es exigible la interpretación prejudicial obligatoria. En primer lugar, es preciso examinar si caben o no recursos en el derecho interno, hipótesis que se ha asimilado a los “recursos ordinarios”, esto es, a aquellos en los que puede discutirse la aplicación correcta o incorrecta de la norma que hace parte del ordenamiento jurídico de la comunidad Andina. Por ello se ha señalado que su viabilidad se concreta en los procesos de única instancia o en las actuaciones en que los jueces o tribunales nacionales actúan como órgano de cierre de la controversia, por vía, generalmente, del recurso de apelación. Y, en segundo lugar, como se deriva de la primera parte del citado artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, la interpretación prejudicial obligatoria solo es exigible, cuando en el proceso interno “deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman” el derecho andino.

Este último requisito supone que en la resolución de la litis sea obligatorio aplicar la normatividad supranacional o que, en su lugar, se controvierta de alguna manera el alcance de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En consecuencia, no basta la sola mención o invocación de una norma para que se active el mecanismo de la interpretación prejudicial. Así como tampoco es suficiente su simple referencia en un trámite judicial para que pueda provocarse su práctica. De incurrir en alguna de estas hipótesis, se correría el riesgo de dilatar los procesos judiciales, en contravía de los principios de economía y celeridad que integran el derecho de acceso a la administración de justicia.

De esta manera, la aplicación supone constatar que en el proceso interno es necesario recurrir a la normatividad andina para dar respuesta a las pretensiones o excepciones planteadas por las partes; mientras que la controversia se traduce en que existan discusiones u opiniones contrapuestas sobre la exigibilidad de tal ordenamiento en la

definición del litigio. Precisamente, sobre esta última exigencia, el TJCA ha señalado que:

“Lo esencial para que se requiera dicha interpretación -se reitera- es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida con opiniones contrapuestas, sobre tales normas; o que el juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso”.

Por lo demás, en el caso en que resulte procedente la interpretación prejudicial obligatoria, como ya se dijo, el juez nacional tiene la obligación de suspender el proceso, y de mantenerlo en dicho estado, hasta tanto se produzca el fallo del TJCA.

A diferencia del escenario previamente expuesto, la interpretación prejudicial facultativa se presenta cuando la sentencia es susceptible de recursos en el derecho interno, pese a lo cual, el juez nacional decide solicitarla, por cuanto en el litigio sometido a su conocimiento debe aplicar o se controvierte una norma que integra el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Esto significa que la autoridad judicial está legitimada para consultar al TJCA, así como también está autorizada para no hacerlo. En este supuesto, a diferencia de la interpretación obligatoria, el requerimiento no suspende el procedimiento que se encuentre en curso. Por ello, el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 señala que “[s]i llegare la oportunidad de dictar sentencia[,] sin que [se] hubiere recibido la interpretación del tribunal, el juez deberá decidir el proceso”. En este caso, y tan solo en él, el juez interno podrá acudir a pronunciamientos preexistentes, en aras de asegurar la aplicación uniforme de la normativa andina.

Para el TJCA, la interpretación prejudicial facultativa “es una herramienta que tiene el juez nacional para salvaguardar desde su labor de instancia, la validez y eficacia del derecho comunitario andino. Con este mecanismo, el juez de instancia asegura que la aplicación de las normas andinas se encuentre conforme al desarrollo jurisprudencial comunitario sobre la materia. En últimas, es la forma que tiene el juez nacional de lograr seguridad jurídica y que su decisión esté soportada en una interpretación uniforme.” En todo caso, a pesar de su carácter voluntario, una vez el juez decida solicitarla y la misma sea entregada en tiempo, se encuentra compelido a su acatamiento y no podrá apartarse de lo resuelto por el citado Tribunal.

Finalmente, la existencia de la interpretación facultativa ha llevado a considerar que el ejercicio hermenéutico sobre las normas del derecho supranacional no es exclusivo del TJCA, pues al ser, en este caso, la promoción del incidente una alternativa sujeta al principio de voluntariedad, quien podría terminar fijando el sentido y alcance del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina es el juez nacional, cuando no promueve su práctica, o cuando a pesar de haber dado lugar a su trámite, no es posible obtener una decisión del citado tribunal antes del momento de proferir sentencia, porque, como ya se mencionó, respecto de este mecanismo, no existe el deber de suspender el proceso a nivel interno.

2.9.2.4. La obligación de adelantar la interpretación prejudicial en aquellos casos es que es obligatoria recae los “jueces nacionales”, según se lo dispuesto en el referido artículo 33 de la Decisión 472 de 1998. Este concepto no se limita a las autoridades judiciales de la Rama Judicial de los Países Miembros, sino que se extiende a los organismos a los cuales las leyes

nacionales les permite definir, en ciertas materias, algunas controversias específicas, como ocurre, por ejemplo, con las autoridades administrativas que ejercen excepcionalmente función judicial. Sobre el particular, se ha explicado que:

“Se hace evidente que en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse sólo a los que emanan de los Jueces de la República. // En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.

Por lo anterior, resulta menester interpretar el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 122, 123, 127 y 128 del Estatuto, cuando se refieren a los Jueces Nacionales, de manera amplia, en aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial.

Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.

Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino”.

2.9.2.5. Ahora bien, la decisión de solicitar o no la interpretación prejudicial le corresponde exclusivamente al juez nacional, ya sea que se trate de una consulta obligatoria o de una consulta facultativa. De suerte que, si cualquiera de las partes le solicita al juez activar este mecanismo, es a dicha autoridad a la que le compete definir su procedencia, teniendo en cuenta que se trata de un examen reglado, en el que debe verificar el cumplimiento de los requisitos expuestos con anterioridad, esto es, (i) si caben recursos ordinarios contra la sentencia y (ii) si se presenta un escenario real de aplicación o de controversia respecto de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Al respecto, el TJCA ha señalado que:

“El juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que según se desprende del artículo 29 [actual artículo 33] del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en que se haya planteado la litis”.

En idéntico sentido, en otro pronunciamiento se expuso que:

“(…) [P]ara que proceda la interpretación prejudicial de alguna disposición del ordenamiento comunitario andino, no es necesario que las partes invoquen la norma o soliciten su interpretación, sino que el consultante detecte que se ha controvertido alguna norma andina y, sobre todo, que para resolver la causa se deba aplicar y aplique dicha norma (…)”.

2.9.2.6. Finalmente, en el caso de la interpretación prejudicial obligatoria, es claro que no cabe que el juez nacional omita su práctica, cuando se cumplen los requisitos ya mencionados y que se encuentran regulados en el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, o que desconozca el sentido del fallo, una vez se agota el trámite incidental ante el TJCA. Por su parte, en el evento de la interpretación prejudicial facultativa, lo que resulta improcedente es que se haga caso omiso al dictamen del citado Tribunal, cuando el mismo voluntariamente se solicita y es entregado en tiempo al juez interno.

En cualquiera de estas hipótesis se ha considerado por el Sistema Andino de Justicia que se presenta una violación del derecho al debido proceso, la cual acarrea la nulidad de la sentencia, al desconocerse normas de orden público, amparadas por las características de aplicación inmediata, eficacia directa y primacía. Precisamente, en el Acuerdo 08 de 2017, se señaló que:

“En presencia de una ‘consulta obligatoria’, la solicitud de interpretación y la suspensión del proceso interno hasta que el TJCA se pronuncie, así como la obligación de ‘adoptar’ en su sentencia la interpretación emitida por el TJCA, constituyen una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo. La inobservancia de estos presupuestos, como se ha señalado, puede derivar no solo en acciones de incumplimiento bajo el ordenamiento andino, sino en vicios procesales en el derecho nacional. Al respecto la jurisprudencia del TJCA ha reiterado que el incumplimiento de este trámite procesal constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento. Así, la sentencia podría ser revisada o anulada por el órgano de la función judicial que corresponda, según los recursos previstos en el ordenamiento nacional de cada País Miembro.”

Esta posición ha sido asumida de forma reiterada por el TJCA desde el año 2010, teniendo en cuenta, entre otras, lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 472 de 1999, que obliga a los Estados Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el orden jurídico de la Comunidad Andina. Por su importancia respecto del asunto bajo examen, se transcribe in extenso la jurisprudencia en mención, particularmente en lo que respecta a la omisión del deber de activar la interpretación prejudicial obligatoria. Al respecto, se ha dicho que:

“La consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria, sin que esto signifique que se atenta contra su independencia; pues, en este caso, el Juez Nacional actúa como Juez Comunitario. Además, el Juez Nacional debe suspender el proceso, hasta que el Tribunal Comunitario dé su interpretación, la cual deberá ser adoptada por aquél. // Así, la consulta obligatoria deberá ser solicitada por el Juez Nacional en todo proceso que debe aplicarse alguna de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la

Comunidad Andina, ya que ‘de allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”. (Proceso 03-IP-93).

En el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.

Cabe señalar que, a razón del principio de aplicación inmediata del derecho comunitario, la norma andina pasa a formar parte del ordenamiento interno sin que sea necesaria ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, generándose así para el juez nacional la obligación de cumplirla y aplicarla.

En ese sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él ‘no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias’. Este ‘requisito previo’ debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso.

Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada ‘acción de incumplimiento’, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal.”

En conclusión, y sin perjuicio de las otras hipótesis ya expuestas, no cabe duda de que en los casos en que la interpretación prejudicial es obligatoria, la omisión en su práctica constituye una violación del debido proceso, al entender que su agotamiento constituye un requisito previo sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya inobservancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado.

Con fundamento en lo anterior, se procederá a examinar, en primer lugar, las consecuencias que se derivan de dicha omisión en el derecho interno; y, en segundo lugar, el tratamiento que esta materia ha tenido respecto de los laudos arbitrales.

2.9.3. Las consecuencias que se derivan de la omisión en la práctica de la interpretación prejudicial en el derecho interno

2.9.3.1. La Constitución Política, en el artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En virtud de esta

disposición, se consagra el mandato de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, lo que implica que éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías básicas vinculadas con el desarrollo de los procesos, como los son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc.

De ahí que, esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

2.9.3.2. En lo que respecta al derecho interno, la omisión en la práctica de la interpretación prejudicial obligatoria constituye efectivamente una violación del debido proceso, pues se desconoce uno de los requisitos procesales que se exigen para proferir sentencia, en virtud de la aplicación inmediata y preferente que tiene el derecho comunitario. En este caso, como lo advierte la doctrina, lo que se configura es la causal de invalidez que considera que el proceso es nulo: “cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión (...)”. (CGP, art. 133.3 o CPC, art. 140.5), ya que, como previamente se mencionó, el juez nacional debe suspender el proceso y solicitar la consulta obligatoria, antes de poder dictar fallo de fondo

En la práctica, sobre este particular se pueden observar tres escenarios:

- Primero, que se haya solicitado por las partes la realización de la interpretación prejudicial obligatoria en los casos en que ella deba tener ocurrencia y que el juez nacional la haya omitido, o que, pese a que no se invocó su práctica, la misma se tornaba necesaria, en los términos del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999. En esta hipótesis, es indudable que la sentencia estaría afectada por la causal de nulidad ya expuesta, respecto de la cual, al tratarse de una actuación de única instancia o de una providencia de un órgano de cierre, daría lugar a que contra ella se pueda interponer el recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la causal explicada en el acápite 2.8.6 del presente fallo, correspondiente a existir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no es susceptible de recursos.

- Segundo, que se haya solicitado la realización de la interpretación prejudicial obligatoria en los casos en que ella deba tener ocurrencia, y que antes de proferir sentencia, el juez nacional decida expresamente no darle curso, a pesar de tener la obligación de hacerlo. En esta hipótesis, se trataría de un auto que niega la petición de una o de ambas partes, respecto del cual, más allá de la interposición del recurso de reposición, solo cabría la acción de tutela, con miras a proteger el derecho fundamental al debido proceso, pues el escenario correspondería al de una actuación frente a la cual ya no cabrían recursos en el derecho interno, como soporte de la consulta obligatoria ante el TJCA.

- Tercero, que se haya solicitado la realización de la interpretación prejudicial obligatoria en los casos en que ella deba tener ocurrencia, y que, en la sentencia, el juez nacional decida expresamente no darle curso, a pesar de tener el deber de hacerlo. En esta hipótesis, lo que

se observa es un escenario de discusión respecto de la determinación adoptada, por ejemplo, porque el juez consideró que la norma supranacional no era aplicable para resolver la litis o porque juzgó que frente a ella no se presentó controversia alguna. En todo caso, la invocación de las razones no excluye la procedencia de la causal de nulidad ya reseñada, en el evento de que el fallo haya sido errado, por lo que, de igual manera, es procedente la interposición del recurso extraordinario de revisión.

#### 2.9.4. La interpretación prejudicial en el ámbito de la justicia arbitral y las consecuencias que se producen por su incumplimiento

2.9.4.1. Como se advirtió con anterioridad, el Sistema Andino en un inicio circunscribió la interpretación prejudicial a los jueces nacionales integrantes de la Rama Judicial de los Países Miembros, postura que se modificó en el año 2007, con la inclusión en el citado concepto de todos órganos o autoridades nacionales que tuviesen a su cargo el ejercicio de la función judicial.

Dentro de este proceso, en el año 2011, específicamente en sentencia del 26 de agosto, el TJCA definió que los jueces arbitrales son también jueces nacionales y que respecto de ellos igualmente se exige el deber de agotar la interpretación prejudicial obligatoria, en los casos en que ella deba tener ocurrencia.

La doctrina sobre la materia fue expuesta en los siguientes términos:

“Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín ‘jurisdicti’, que quiere decir ‘acción de decir el derecho’, no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean estos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. También, significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio; si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido (OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires. 1974, pág. 409).

En relación con lo anterior, la jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del ‘imperium’ del que disponen éstos últimos.

Se debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos[,] pero sí ejecutarlos.

Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no

dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. (...)

Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso. (...)

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria.”

Por consiguiente, la justicia arbitral también se encuentra compelida al deber de acudir ante el TJCA, en los casos en los que se deba aplicar o se controviertan disposiciones que integran el ordenamiento jurídico del derecho supranacional. Esto significa que, es a este juez, sin que importe su origen, a quien le asiste la obligación determinar si cabe recurrir ante el citado tribunal, verificando para ello que se cumplan con los requisitos que se fijan en la Decisión 472 de 1999, siempre que el arbitraje sea en derecho.

2.9.4.2. En el caso colombiano, en la medida en que los jueces arbitrales operan como un tribunal de única instancia, se ha definido que, en caso de requerirse la interpretación prejudicial, ella necesariamente debe ser la obligatoria, al no ser susceptible el laudo de recursos ordinarios en el derecho interno. En efecto, como se explicó en el acápite 2.9.2.3 de esta providencia, la expresión: “En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno”, se ha asimilado con la configuración legal de “recursos ordinarios”, esto es, aquellos en los que puede discutirse la aplicación correcta o incorrecta de la disposición que hace parte del sistema jurídico Andino.

Esto implica que la citada obligación no se enerva ni desaparece por el hecho de que el ordenamiento jurídico interno consagre la posibilidad de solicitar (i) la aclaración, corrección y adición del laudo, pues tal figura procesal no constituye un recurso contra la decisión arbitral que deba tramitarse ante otra instancia; (ii) ello tampoco ocurre por la consagración del recurso de anulación, ya que su finalidad, como se explicó con anterioridad, es la corrección de errores in procedendo, sin que sea posible el abordaje de errores in iudicando, por la violación de normas sustantivas, como lo son las que integran el derecho comunitario, por lo que no cabe el reexamen de la cuestión litigiosa; y menos aún, (iii) por la existencia del recurso extraordinario de revisión frente al laudo, puesto que sus causales restrictivas no están concebidas para permitir el estudio del derecho sustancial aplicado en una decisión, sino, en su lugar, para remediar graves irregularidades procesales, que afectan la realización de la justicia.

2.9.4.3. Ahora bien, tal como se expuso previamente, el incumplimiento por parte de los jueces arbitrales del deber de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, en los casos en que ella sea procedente, constituye una violación del derecho al debido proceso,

por no observar un presupuesto procesal de carácter imperativo para poder proferir el respectivo laudo. Por ello, se ha considerado que este último se encuentra viciado de nulidad, y que le asiste el deber a cada País Miembro de proceder a su corrección mediante los recursos o instrumentos que brinda el derecho interno.

Tal postura se asumió por el TJCA a través de un proceso paulatino, cuyo primer antecedente lo constituye la citada Sentencia del 26 de agosto de 2011, en un caso promovido por la ETB contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, al no haber decretado la invalidez de un laudo arbitral, cuando conoció del recurso de anulación en su contra. En su fallo, el citado Tribunal Internacional condenó al Estado colombiano, al estimar que el máximo tribunal de la justicia administrativa debió dar noticia al TJCA, sobre la omisión en que incurrió la justicia arbitral, con la finalidad de adoptar algún correctivo. Nada se dijo en específico sobre la invalidez del laudo, ni sobre la vía procesal para enmendar tal situación en el derecho interno.

Por ello, como resultado de una solicitud de enmienda y aclaración formulada por el Estado colombiano, en decisión del 15 de noviembre de 2011, el TJCA señaló que la actuación que le correspondía adelantar al Consejo de Estado, en virtud de la condena impuesta, era la de “dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia del 26 de agosto de 2011, (...) debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente.” De esta manera, “(...) la interpretación [prejudicial] de las normas (...) de la Comunidad Andina, se establecerá una vez el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente[,] de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite (...) [dicha actuación] (...) de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del [TJCA]”.

Antes de que el Consejo de Estado se pronunciara sobre este caso, el TJCA profirió una nueva sentencia el 11 de julio de 2012, en un proceso promovido por Comcel S.A. En esta oportunidad, el citado Tribunal Internacional se refirió de manera directa al recurso extraordinario de anulación contra los laudos arbitrales, en los siguientes términos:

“Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretenden revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo definitivamente de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina. (...) En relación con el laudo arbitral, de conformidad con la información remitida por la corte consultante, en el ordenamiento jurídico colombiano se consagró el recurso extraordinario de anulación.

A esta vía extraordinaria acceden pocos asuntos debido a su naturaleza restrictiva y de una gran carga técnico-jurídica; cuando la figura extraordinaria está bien empleada, tiene como efecto inmediato la limitación de su campo de acción. Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el

operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta la litis en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales.

Ahora bien, en el evento en que estemos en frente de un recurso extraordinario con las características ya anotadas, surge un interrogante: ¿si se presenta un recurso extraordinario sin que se hubiere solicitado la interpretación prejudicial en la última instancia, qué debe hacer el juez de conocimiento?

Se presentarían dos hipótesis:

\* Que el recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia.

En este caso el juez competente, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial, debe declarar la nulidad o invalidez de la sentencia. De conformidad con lo que disponga su normativa procesal interna, deberá tomar alguna de estas acciones:

\* Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia, para así poder emitir en debida forma la sentencia.

□ Que el recurso extraordinario no se sustente en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiera a la interpretación de normas comunitarias o, de conformidad con la naturaleza del asunto, se deban aplicar éstas.

Cuando un juez nacional conozca un asunto en donde se deban interpretar y aplicar normas comunitarias andinas, en virtud del principio de colaboración judicial en el ámbito andino y de las características del sistema comunitario, su actuación sería la de un verdadero juez comunitario andino; es decir, si bien es un juez nacional, cuando se enfrenta a un asunto que tenga que ver con normas comunitarias, dicho juez interno personifica o encarna la figura de juez comunitario andino. En esta circunstancia, el juez interno debe velar por la validez y eficacia del ordenamiento comunitario andino y, para esto, se encuentra investido de todas las prerrogativas para lograr dicho objetivo.

(...)

En consecuencia, el juez nacional, en este caso el Consejo de Estado de la República de Colombia, debe actuar como juez comunitario andino y, en efecto, desempeñarse como el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del ordenamiento subregional, lo que implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las

circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. Es muy importante reiterar una vez más, que la falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna.

El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de Arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.

Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia.”

Como se advierte de la providencia previamente transcrita, es claro que el laudo que se expida sin cumplir con el requisito de agotar la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, se encuentra viciado de nulidad, y que tal declaración le compete realizarla al juez nacional competente que conozca del recurso de anulación, como ocurre con el Consejo de Estado, a solicitud de parte o de oficio, entendiendo que tal irregularidad se convierte en un vicio adicional que se suma al catálogo de causales de procedencia previstas en la ley. Nótese que esta definición procesal tuvo lugar hasta el 11 de julio de 2012, en el ámbito del TJCA.

A nivel interno, la posición previamente esgrimida fue ratificada expresamente por el Consejo de Estado, en Sentencia del 9 de agosto de 2012, al cumplir con la orden dispuesta en el caso planteado por la ETB, a partir de la providencia de aclaración del 15 de noviembre de 2011. Se transcriben los apartes que validan lo expuesto:

“[E]l incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino, por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento, constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad, durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante, ora de oficio por

parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

En línea con lo anterior, en sentencia del 10 de noviembre de 2016, el Consejo de Estado manifestó que:

“[L]a ausencia de interpretación prejudicial obligatoria en aquellos procedimientos arbitrales donde se deba fallar en derecho y aplicar normas comunitarias es una causal de anulación del laudo arbitral que se estructura a partir del ordenamiento jurídico comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, como se expuso. Ergo, la misma resulta intangible al derecho nacional, de ahí que el legislador no pueda modificar, suprimir o alterar la aplicación de la misma pues ésta no se encuentra dentro del acervo de cuestiones procesales de libre configuración del legislador sino, una vez más, tiene su origen en el derecho comunitario andino.

(...) Por consiguiente, el que la Ley 1563 de 2012 no contemplara en el artículo 41 este evento como supuesto de anulación del laudo no afecta ni limita la competencia del juez de anulación para abordar el estudio de la misma toda vez que ipso iure esta causal integra el ordenamiento jurídico que debe ser aplicado por el juez de anulación.

(...) De otra parte, al hilo de lo expuesto, se sigue que el deber de guarda de la integridad del ordenamiento jurídico comunitario consiste en una labor compartida entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones y los jueces nacionales de cada uno de los Estados parte. El rol funcional de estos últimos comprende hacer valer la eficacia normativa del derecho comunitario en cada uno de los asuntos encomendados a su conocimiento jurisdiccional. Por ende, se erige como deber comunitario oficioso el que el Juez declare la anulación de un laudo arbitral aun cuando ello no fue alegado por el recurrente. Interpreta la Sala que ello es así toda vez que esta causal de anulación está instituida como garantía de protección del orden jurídico comunitario en abstracto y no en pro de alguno de los sujetos involucrados en la causa arbitral en particular [sin perjuicio de adscribir el derecho subjetivo a la interpretación prejudicial como parte del debido proceso judicial]. Si ello es así, se sigue la evidente conclusión según la cual no hay lugar a predicar cortapisas, trabas o trámites a la parte que alegue esta causal ante el juez de anulación pues la ley de arbitraje no lo contempla ni lo puede contemplar habida cuenta de la naturaleza oficiosa e imperativa de esta causal de acuerdo a lo expuesto. Con lo expuesto se despacha desfavorablemente los dos alegatos planteados por la parte convocante.”

2.9.4.4. Al establecerse la procedencia del recurso de anulación respecto de los laudos arbitrales para obtener la nulidad derivada de la omisión en la práctica de la interpretación prejudicial obligatoria, se excluye la posibilidad de acudir por esta vía, a diferencia de lo que ocurre en las actuaciones de la justicia estatal, al recurso extraordinario de revisión, pues, como se explicó en el acápite 2.9.3 de esta providencia, la causal referente a existir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no es susceptible de recursos, como consecuencia del incumplimiento del deber de suspender la actuación y de no proferir un fallo de fondo, requiere que, como allí se menciona, no existan otros recursos y, en este caso, ya existiría el recurso de anulación.

## 2.10. Procedencia de la acción de incumplimiento frente al TJCA

2.10.1. Aunado a las vías procesales ya explicadas, cabe señalar que también es posible reclamar la práctica de la interpretación prejudicial obligatoria, a través de la acción de incumplimiento que se prevé en el artículo 23 de la Decisión 472 de 1999 y en el artículo 107 del Estatuto del TJCA. Por medio de esta acción se busca que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al orden jurídico de la Comunidad Andina, proceda a la observancia de las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena.

Al respecto, en Sentencia del 24 de septiembre de 1998, el TJCA expuso que:

“El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las de hacer o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las de no hacer, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que de algún modo las obstaculicen.”

El alcance y objeto de esta acción se explica en el artículo 107 del Estatuto del TJCA, en el que se establece lo siguiente: “[l]a acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina. // La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.”

Como se advierte del precepto previamente transcrito, la acción en estudio tiene un contenido meramente declarativo, ya que se concentra en examinar si existe o no un incumplimiento del orden jurídico comunitario y, en caso favorable, en disponer que el Estado proceda a su corrección. No se trata de un mecanismo que faculte al TJCA para sancionar a los Países Miembros, ni para establecer condenas de contenido pecuniario. Sobre el particular, se ha dicho que:

“La acción de incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por tanto, en vía de acción de incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derecho o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas.

Por la acción de incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar y, de ser el caso, declarar el incumplimiento de un País Miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de sentencia, el que tomará las medidas necesarias y pertinentes para lograr el cese del incumplimiento. // La acción de incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se

encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario o andino.”

2.10.2. Una de las conductas que puede dar lugar a promover la acción de incumplimiento, como lo ha señalado el TJCA, es la omisión de las autoridades judiciales de los Países Miembros de requerir la práctica de la interpretación prejudicial obligatoria. Así lo ha dicho de forma reiterada, como se constata en Sentencia del 11 de julio de 2012, en la que manifestó lo siguiente:

“Si el juez de única o última instancia ordinaria expide sentencia sin solicitar la interpretación prejudicial, se generan los siguientes efectos: (...) El País Miembro, podría ser denunciado por incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina y posteriormente demandado en el marco de la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Pues al no solicitar la citada interpretación prejudicial, el juez nacional de única o última instancia ordinaria estaría vulnerando la normativa comunitaria, generando que su país fuera denunciado de conformidad con los artículos 107 a 111 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ya se han presentado algunas denuncias de incumplimiento por este motivo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. En relación con la actividad de jueces peruanos se han emitido dos dictámenes de incumplimiento: Dictamen de incumplimiento No. 38 de 2000, expedido por la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante la Resolución 459 de 5 de diciembre de 2000; y Dictamen de incumplimiento No. 173 de 2003, expedido por la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante la Resolución 771 de 22 de septiembre de 2003.”

2.10.4. No obstante, en el caso de las personas naturales o jurídicas, el ejercicio de la acción de incumplimiento se consagra como un mecanismo paralelo de acceso a la justicia, sobre la base de que el Sistema Andino impone el deber de consagrar acciones a nivel interno, que permitan asegurar el cumplimiento de las prescripciones del orden jurídico comunitario. Puntualmente, en el artículo 31 de la Decisión 472 de 1999 se dispone que: “Artículo 31. Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4° del presente tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”. Gráficamente, las alternativas que se consagran son:

Alternativa 1: Acudir ante los tribunales nacionales, de acuerdo con las prescripciones del derecho interno

Persona natural o jurídica, que se considere afectada en sus derechos debido al incumplimiento de un País Miembro

Alternativa 2: Acudir al Sistema Andino de Justicia en ejercicio de la acción de incumplimiento

#### VIAS PARALELAS

No obstante, por disposición del mismo derecho comunitario, se trata de vías paralelas y no simultáneas, de suerte que la persona natural o jurídica es la que tiene la potestad de decidir

por cual herramienta acudir, descartando, a partir de su elección, el uso de la otra, siempre que se trate de la misma causa. Con todo, es claro que lo que se excluye es la simultaneidad en el ejercicio del derecho de acción, por lo que es procedente la acción de incumplimiento cuando, agotada la vía judicial interna, persiste la inobservancia del Estado, respecto del deber de cumplir el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En este sentido, el artículo 25 de la Decisión 472 de 1999 señala que: “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la secretaria general y al [TJCA], con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24. // La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”.

Uno de los efectos que se derivan de consagrar a la acción de incumplimiento como una vía paralela, es que no puede invocarse su existencia para negar el derecho que tienen las personas naturales o jurídicas de acudir judicialmente a la defensa de sus derechos en el sistema interno, mientras no se produzca el efecto excluyente de la simultaneidad, pues ello implicaría, por una parte, desconocer el artículo 4 de la Decisión 472 de 1999, en el que se obliga a los Estados Partes a adoptar “las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y, por la otra, incurrir en un acto de denegación de justicia, en el entendido de que la acción de incumplimiento no protege derechos, ni declara la invalidez de las actuaciones de los órganos del País Miembro, y menos aún, tiene un componente resarcitorio o reparador, pues, como ya se explicó, opera bajo un esquema meramente declarativo.

2.10.5. Con base en las consideraciones generales previamente expuestas, y siguiendo el esquema descrito en el acápite 2.4 de esta providencia, la Corte se detendrá en el examen sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, tanto en lo que respecta a los vicios que se endilgan del laudo arbitral del 5 de abril de 2011, como en lo que atañe a la irregularidad que se alega frente a la sentencia del Consejo de Estado, en la que resolvió el recurso de anulación interpuesto en su contra, tal como fueron descritas en el acápite 1.2.3 del presente fallo. Tan solo en el evento en que los vicios propuestos superen el examen de procedencia mencionado con anterioridad, se procederá con el planteamiento del problema jurídico y se asumirá la revisión sustancial de los defectos invocados.

## 2.11. Estudio del caso concreto

### 2.11.1. Examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales en el asunto sub-judice

Tal como se explicó en el acápite 2.5.1.4 de esta providencia, como paso previo indispensable para poder abordar el estudio de los defectos alegados por la ANTV, es indispensable que se analice la viabilidad procesal de la causa. Este examen incluye, además de la revisión sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el estudio de la observancia de las exigencias básicas que permiten la prosperidad del amparo establecidas en el artículo 86 de la Constitución y desarrolladas en el Decreto 2591 de 1991.

Esto implica, en primer lugar, iniciar con el estudio respecto de la satisfacción de los

requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, luego de lo cual, en segundo lugar, se verificará si se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales involucran: (i) que el asunto sometido a estudio por parte del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela, salvo que se advierta la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable; (iii) que la solicitud de amparo tutelar cumpla con el requisito de inmediatez, acorde con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de las prerrogativas iusfundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible y; (vi) que el fallo impugnado no se trate de una acción de tutela, ni de una decisión de constitucionalidad abstracta que haya sido proferida por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado.

#### 2.11.2. De la legitimación en la causa por activa y por pasiva

2.11.2.1. Tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la Constitución y la ley.

En desarrollo del citado mandato superior, el Decreto 2591 de 1991, en el artículo 10, define a los titulares de la acción, esto es, a quienes tienen legitimación en la causa por activa, señalando que la tutela se puede impetrar por cualquier persona, (i) ya sea en forma directa (el interesado por sí mismo); (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad y personas jurídicas); (iii) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder judicial o mandato expreso); (iv) a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa); o por conducto (v) del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales (facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión). La disposición en cita es del siguiente tenor:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

2.11.2.2. En lo atinente al extremo procesal opuesto, cabe indicar que, en plena concordancia con lo dispuesto en los artículos 5, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la

legitimación en la causa por pasiva precisa del cumplimiento de dos requisitos. Por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el recurso de amparo y, por la otra, que la conducta que genere la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

En cuanto a los sujetos que pueden ser demandados a través de la acción de tutela, existe un principio de habilitación plena en relación con las autoridades públicas, más no así frente a los particulares, los cuales solo pueden ser cuestionados en las hipótesis previstas en los artículos 86 de la Constitución y 42 del Decreto 2591 de 1991. El soporte sobre el cual se erige la viabilidad del amparo en este último caso, es la posición de poder desde la cual un particular se halla en una situación de preeminencia frente a otro, con la consecuencia de alterar o de impactar en la relación de igualdad que, como regla general, debe existir entre ellos.

Bajo tal consideración, el régimen constitucional establece tres eventos en los cuales es procedente la acción de tutela contra particulares, a saber: (i) cuando estos se encargan de la prestación de un servicio público; (ii) cuando con su conducta afectan grave y directamente el interés colectivo; y (iii) cuando el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión respecto de quien amenaza o lesiona sus derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 desarrolla algunos de los supuestos previamente mencionados, a la vez que incluye otros, como pasa a demostrarse con su transcripción literal:

“Artículo 42. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación.
2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.
3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se

deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar [a] quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”

2.11.2.3. En el asunto bajo examen, en primer lugar, respecto de la legitimación en la causa por activa, se advirtió la existencia de una oposición por parte de las entidades demandadas y terceros con interés, la cual se concreta en dos argumentos: (i) la CNTV era la entidad habilitada por el régimen legal vigente para ejercer la acción de tutela al momento de su interposición, para lo cual debía actuar a través de su liquidador, tal como se deriva de los artículos 20 de la Ley 1507 de 2012 y 6 del Decreto 254 de 2000; y (ii) la ley no facultó a la ANTV para sustituir en este caso la posición judicial de la CNTV, pues la habilitación tan solo se produjo respecto de los procesos en “curso” y esta corresponde a una actuación nueva, siguiendo lo consagrado en los artículos 21 y 22 de la Ley 1507 de 2012.

Para entender el alcance de las oposiciones formuladas, es preciso iniciar por aclarar que la CNTV fue la autoridad que hizo parte del proceso arbitral y que, a su vez, fue la que promovió ante el Consejo de Estado el recurso de anulación en contra del laudo. Sin embargo, quien interpuso la acción de tutela fue la ANTV, a través de apoderado judicial, el día 23 de octubre de 2012.

Cabe aclarar que en este acápite la Corte tan solo analizará lo respectivo al cumplimiento del requisito de legitimación y no abordará las discusiones que se proponen frente a la observancia del principio de inmediatez. En este sentido, para entender los motivos por los cuales tanto en la vía arbitral como de lo contencioso litigó una autoridad, mientras que la promoción del recurso de amparo se realizó por otra, es necesario acudir al Acto Legislativo 02 de 2011, a las normas que se profirieron en su desarrollo y a otros preceptos relacionados.

(i) La Constitución de 1991, en su versión original, consagraba dos artículos que se referían a la intervención estatal en la televisión, a través de los cuales se realizaba una distribución de competencias, para efectos de su regulación y dirección, en cabeza de dos órganos constitucionales, a saber: (a) el Congreso de la República encargado de la labor de señalar y fijar la política; y (b) la Comisión Nacional de Televisión prevista para llevar a cabo su ejecución y orientación, de acuerdo con el régimen propio y las reglas de organización y funcionamiento dispuestas en la ley. El elemento clave de este modelo fue la autonomía que, desde el propio Texto Superior, se otorgaba a este último organismo, cuyas actuaciones debían desarrollarse por fuera de la injerencia del Gobierno o de otras autoridades públicas.

(ii) Este modelo fue reformado mediante el Acto Legislativo 02 de 2011, en el que se dispuso la supresión del órgano ejecutor de la política trazada por el legislador, esto es, la Comisión Nacional de Televisión y, en su lugar, se ordenó la distribución de sus competencias entre las

entidades del Estado a las cuales se les asignaría las labores de planeación, regulación, dirección, gestión y control de los servicios de televisión. En consecuencia, se pasó de un modelo en el que existía un único órgano ejecutor de política de creación constitucional, hacia un sistema más flexible, en el que cada realidad jurídica y operativa del sector, estuviese a cargo de un órgano legal con mayor experticia.

En este escenario propuesto, el Acto Legislativo en mención dispuso que:

“Artículo 1. Derogase el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia.

Artículo 2. El artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, quedará así: Artículo 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión.

Artículo 3. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor: Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, el Congreso, expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente.

Artículo 4. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación”.

Como se advierte de lo transcrito, si bien el Acto Legislativo 02 de 2011 derogó el artículo que dio origen a la CNTV y a la vez dispuso que sus competencias serían objeto de reparto funcional entre diferentes entidades del Estado, lo cierto es que dicho proceso se condicionó a la expedición de las leyes que concretaran tal mandato constitucional, aclarando que, mientras ello no ocurriera, la citada Comisión seguiría ejerciendo las funciones que le habían sido atribuidas por la legislación vigente, entre ellas la de representar sus intereses en materia judicial.

Por esta razón, la CNTV hizo parte del proceso arbitral que concluyó con el laudo del 5 de abril de 2011 y promovió el recurso de anulación en su contra, el cual fue fallado el día 17 de noviembre del año en cita, pues, para esa época, respecto de la primera actuación no había entrado en vigor el Acto Legislativo 02 de 2011 (que ocurrió el 21 de junio de ese año), y frente a la segunda no se había expedido la Ley 1507 de 2012, del 10 de enero, a través de la cual se concretó la distribución de competencias que había sido ordenada en el referido acto de reforma constitucional.

(iii) Con la expedición de la ya citada Ley 1507 de 2012, para efectos de esta providencia, cabe destacar que, en primer lugar, se dispuso la creación de la ANTV y se asignó a su cargo, entre otras, las funciones de adjudicar las concesiones del servicio público de televisión y de expedir los actos y contratos relacionados con dicho objeto. En segundo lugar, se estableció que la Junta Nacional de Televisión sería el órgano ejecutor de las funciones asignadas a la ANTV, para lo cual, por ejemplo, se le otorgó la atribución de fijar las tarifas, tasas, precios públicos y derechos ocasionados por la prestación del servicio, de conformidad con el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995. Y, en tercer lugar, se dispuso que la representación legal de la entidad quedaría a cargo de un Director, el cual, a su vez, tendría la

responsabilidad de “ejecutar (...) las determinaciones de la Junta Nacional de Televisión”. Es claro que, como se infiere de lo expuesto, se trata del conjunto de funciones relacionadas con la materia objeto de controversia.

No obstante, para la instalación de la primera Junta Nacional de Televisión se otorgó un plazo mínimo de tres meses, contado desde la promulgación de la ley, por lo que, hasta que ello no ocurriera, no era posible designar a un director para el manejo y representación de la entidad, pues a dicha Junta se le otorgó su nombramiento.

(iv) Para garantizar el tránsito entre las dos autoridades mencionadas, esto es, la CNTV (que tendría que ingresar a proceso de liquidación) y la ANTV (que estaba en trámite de formación), se dispuso por el legislador un conjunto de normas para reglar dicha transición. En concreto, en los artículos 20 y 21 de la Ley 1507 de 2012 se dispuso lo siguiente:

“Artículo 20. Liquidación de la Comisión Nacional de Televisión. De conformidad con el Acto Legislativo número 02 de 2011 artículo tercero, una vez quede conformada la Junta Nacional de Televisión, las entidades del Estado a las cuales se han distribuido competencias, según la presente ley, asumirán e iniciarán el ejercicio de las mismas y la Comisión Nacional de Televisión entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación Comisión Nacional de Televisión - en Liquidación.

El régimen de liquidación será el determinado por el Decreto-ley 254 de 2000 y las normas que lo modifiquen o adicionen, salvo lo que fuera incompatible con la presente ley.

La Comisión Nacional de Televisión - en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de sus funciones y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir los actos, celebrar los contratos y adelantar las acciones necesarias para su liquidación, incluyendo aquellas requeridas para el proceso de empalme con las demás entidades.

En consecuencia, la Comisión Nacional de Televisión - en Liquidación, no podrá realizar ninguna clase de contrato directo o por licitación pública o de concurso, que tenga como propósito adelantar asesorías, consultorías o auditorías, que no estén con el proceso liquidatorio.

El período de liquidación de la Comisión Nacional de Televisión deberá concluir a más tardar en un plazo de seis (6) meses contados a partir de su inicio.

Vencido el término de liquidación señalado o declarada la terminación del proceso liquidatorio con anterioridad a la finalización de dicho plazo, terminará para todos los efectos la existencia jurídica de la Comisión Nacional de Televisión.

El Gobierno Nacional podrá prorrogar el plazo de liquidación de manera motivada cuando las circunstancias así lo aconsejen, en todo caso la prórroga no podrá exceder de un término mayor a seis (6) meses.

Los servidores públicos de la Comisión Nacional de Televisión - en Liquidación, deberán ser amparados bajo las normas legales laborales vigentes.

Los funcionarios de carrera administrativa y provisionales, recibirán el tratamiento que se

establece en el párrafo 3o del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y decretos reglamentarios.

Durante el proceso liquidatorio se prohíbe vincular nuevos servidores públicos.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, transferirá en caso de ser necesario, a la entidad en liquidación, los recursos suficientes para que pueda cumplir con el pago de las indemnizaciones y demás acreencias laborales a que tengan derecho los servidores que sean retirados.”

“Artículo 21. Liquidación de contratos y cesión de la posición contractual, judicial y administrativa. Todos los contratos celebrados por la Comisión Nacional de Televisión para la atención de gastos de funcionamiento deberán ser terminados y liquidados por la Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación.

Por Ministerio de la presente ley, las entidades públicas a las que se transfieren las funciones de la Comisión Nacional de Televisión la sustituirán en la posición contractual de los demás contratos, de acuerdo con la distribución de funciones que la presente ley ordena.

De la misma manera, las mencionadas entidades sustituirán a la Comisión Nacional de Televisión en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que esta participe en cualquier calidad.

Igualmente tales entidades públicas continuarán sin solución de continuidad, con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de la presente ley.

La Comisión Nacional de Televisión, en liquidación, coordinará con dichas entidades el cumplimiento de lo dispuesto en los incisos 2o, 3o y 4o de este artículo.”

Como se observa de las normas transcritas, se dispusieron las siguientes reglas de transición: (1) El ejercicio de las funciones asignadas a las autoridades que reemplazarían en sus atribuciones a la CNTV, según lo dispuesto por la Ley 1507 de 2012, del 10 de enero del año en cita, se condicionaba a la integración de la Junta Nacional de Televisión, para lo cual ya se había señalado, en este mismo estatuto normativo, que existiría un plazo de tres meses; (2) Una vez ello ocurriera, la CNTV entraría en proceso de liquidación, de suerte que su objeto se restringiría únicamente a la realización de los actos necesarios para concluir dicho proceso.

Con la conformación de la Junta Nacional de Televisión, por lo demás, (3) se sustituiría a la CNTV en la posición contractual de los negocios vigentes; (4) al igual que en el rol que ella viniese desempeñando en los procesos judiciales en “curso”, incluyendo los arbitramentos en trámite.

(v) En desarrollo de lo expuesto, la Junta Nacional de Televisión se constituyó el 10 de abril de 2012, y en seguida se nombró al liquidador de la CNTV, a través del Decreto 774 del 19 de abril del año en cita, quien tomó posesión ese mismo día, según acta 690 de esa fecha.

Con fundamento en la citada explicación, es claro que la ANTV, a través de la Junta Nacional

de Televisión, inició realmente labores el 10 de abril de 2012. A partir de esa fecha, la CNTV entró en proceso de liquidación y se sustituyeron las funciones que existían a su cargo, a favor de la primera de las autoridades previamente mencionadas.

De esta manera, una vez iniciado el citado proceso liquidatorio, si bien la CNTV conservó su capacidad jurídica, tal atributo solo era susceptible de ser ejercido de manera restringida, pues sus potestades se limitaron a adelantar los actos necesarios para lograr su liquidación y para hacer el empalme funcional con las entidades que asumirían sus atribuciones. Por ello, por una parte, se dispuso la prohibición legal de iniciar nuevas actividades, de formalizar nuevos contratos o de dar impulso a nuevos procesos judiciales, distintos a los vinculados con el proceso de liquidación; y, por la otra, le correspondía proceder a sustituir su posición contractual y judicial en las actuaciones ordinarias en curso, siguiendo el mandato consagrado en el artículo 21 de la Ley 1507 de 2012, previamente transcrito.

En consecuencia, como lo demanda de tutela se radicó el 23 de octubre de 2012, y para esa fecha la CNTV ya estaba en proceso de liquidación, quien tenía la legitimación por activa para promover la acción era la ANTV, ya que el recurso de amparo constituye una actuación judicial nueva y distinta de los procesos promovidos por vía arbitral y de lo contencioso administrativo, más allá de que su objeto se concentre en cuestionar lo resuelto por dichas vías. En la práctica, no se trataba de un proceso judicial en curso que demandara acudir a la figura de la sustitución procesal, entre otras, porque al decidir el Consejo de Estado el recurso de anulación, la disputa tramitada en la justicia arbitral definitivamente había quedado amparada por la institución de la cosa juzgada.

De esta manera, para esa época, como ya se explicó, la CNTV ya tenía una capacidad jurídica restringida, por lo que su liquidador tan solo podía promover las actuaciones necesarias para formalizar el proceso liquidatorio, y no para dar curso a nuevos procesos judiciales, como ocurre con la presente acción de tutela, relacionados con el ejercicio de las funciones ordinarias que, en materia de televisión, ya habían sido transferidas a la ANTV, el día 10 de abril de 2012, con la conformación de la Junta Nacional de Televisión. En efecto, tal como se mencionó con anterioridad, a dicha autoridad se le otorgó la definición del cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias para la transmisión del servicio, tema principal que es objeto de controversia en el presente caso.

Como se deriva de lo expuesto, y a diferencia de las oposiciones formuladas, no es cierto que la CNTV pudiese promover la acción de tutela a través de su liquidador, pues el recurso de amparo corresponde a una actuación nueva, ajena al proceso de formalización de la liquidación. Además, tampoco cabe entender que el objeto de la ANTV se limitó a recibir las actuaciones judiciales en curso, pues esa descripción legal tan solo opera como un mecanismo para asegurar la transición entre entidades, que no restringe la habitación general referente al tránsito de las atribuciones ordinarias en materia de televisión, incluida la de promover los procesos judiciales que se considere pertinentes para la defensa de los intereses de la entidad que sustituye.

En conclusión, la legitimación por activa se entiende satisfecha en este proceso, ya que el ejercicio de la acción de tutela, atendiendo al marco constitucional y legal previamente expuesto, le correspondía a la ANTV. Bajo este contexto, promovió el amparo en defensa de

los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la entidad que sustituyó en sus funciones en materia de televisión, actuando por medio de un apoderado judicial autorizado expresamente vía mandato judicial, como lo exige el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

2.11.2.4. En segundo lugar, en lo que atañe a la legitimación en la causa por pasiva, se advierte que la demanda de tutela se dirige en contra del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo del 5 de agosto de 2011; al igual que respecto de la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, autoridad que, en sentencia del 17 de noviembre del año en cita, declaró infundado el recurso de anulación interpuesto en su contra.

(i) Así, inicialmente, en lo que refiere al Tribunal de Arbitramento, se alega que con ocasión del laudo se vulneraron los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por haber incurrido, a juicio de la ANTV, en los vicios que fueron descritos en el acápite 1.2.3.1 de esta providencia, a saber: (i) por la falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, por virtud del cual el juez arbitral tiene el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones; (ii) por la falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del laudo; y (iii) por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, con sujeción al criterio de cobertura efectiva, contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo.

Para la Corte, respecto del Tribunal de Arbitramento se cumple con el requisito de legitimación en estudio, por una parte, porque las irregularidades que se invocan se vinculan directamente con la expedición del laudo a su cargo; y, por la otra, porque dicho Tribunal, aun cuando está integrado por particulares, se trata de uno de los sujetos respecto de los cuales cabe la acción de tutela, en virtud de lo previsto en el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, pues está actuando “en ejercicio de funciones públicas”, específicamente en desarrollo de la función judicial, con ocasión del acuerdo de voluntades suscrito previamente por las partes en conflicto (cláusula compromisoria), como expresión del principio de voluntariedad o libre habilitación, según se explicó en el acápite 2.5.3.2 de esta providencia.

Para esta Corporación, se satisface igualmente el requisito de legitimación en la causa por pasiva frente al Consejo de Estado, habida cuenta de su naturaleza de autoridad pública de carácter judicial de la cual se predica la supuesta violación de las prerrogativas iusfundamentales en discusión, básicamente, en criterio de la parte demandante, por la omisión en decretar la práctica de la interpretación prejudicial a cargo del TJCA. No sobre recordar que, sobre el particular, en la Sentencia C-543 de 1992, esta Corporación señaló que, “de acuerdo con el concepto constitucional de autoridades públicas[], no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición, no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales”.

En conclusión, como acaba de verse, se satisface plenamente el requisito en estudio tanto respecto del Tribunal de Arbitramento, como en relación con el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.

2.11.2.5. Al margen de lo anterior, cabe aclarar que todas las actuaciones de este proceso fueron igualmente notificadas a RCN TV, particular que carece de la calidad de parte, pero respecto del cual sí se predica la condición de tercero con interés. Sobre este punto, basta con señalar que la noción de parte se enlaza con el requisito de legitimación, por virtud del cual la relación procesal se presenta entre los sujetos enfrentados en el juicio de amparo, esto es, quien alega que sus derechos fueron amenazados o vulnerados (legitimación en la causa por activa), respecto de quien se considera que produjo el hecho causante de esa amenaza o violación (legitimación en la causa por pasiva), mientras que, en su lugar, el concepto de tercero con interés, supone la existencia de un sujeto que, sin que forzosamente quede vinculado por la sentencia, se halla jurídicamente relacionado con una de las partes o con la pretensión que se debate, de suerte que puede verse afectado desde una perspectiva o relación sustancial con los efectos jurídicos del fallo.

Tal afectación es la que permite su participación en el proceso, con miras a defender su posición jurídica, pese a la independencia inicial que existe frente a la causa. En este orden de ideas, el concepto de tercero con interés excluye la posibilidad de vincular al trámite de un proceso a quienes, más allá de no tener ninguna participación en sede judicial, son ajenos a lo que se debate y por quienes se debate, por lo que carecen de un interés directo e inmediato en la causa que se controvierte, sujeto que se identifica con el nombre de tercero indiferente.

En este caso, no cabe duda de que RCN TV tiene la condición de tercero con interés, pues se halla relacionado jurídicamente con la ANTV, y la decisión que se adopte, vinculada con el contrato No. 140 de 1997, sin duda alguna, producirá un impacto en su esfera sustancial, tanto porque se preserve la condena a su favor, o porque se deje sin efecto y valor el título que le sirve de sustento.

Con base en lo anterior, es claro igualmente que, más allá de que se haya remitido un escrito en sede de revisión en el que se solicita que, de mantenerse incólume el laudo arbitral favorable a RCN TV, se extienda a su favor los efectos de esta providencia, la condición de tercero con interés no se predica de CARACOL TV. Ello es así, en primer lugar, porque su relación contractual es distinta a la suscrita entre la CNTV y RCN TV (se trata del contrato No. 136 de 1997); en segundo lugar, porque si bien los términos de ambos negocios comparten en su mayoría iguales cláusulas, y la discusión judicial en sede arbitral y de anulación es asimilable, lo cierto es que las vías a través de las cuales se acudió por las partes en defensa de sus derechos y los resultados allí obtenidos son distintos, de suerte que no se trata de sujetos puestos en igualdad de condiciones, frente a los cuales -como se pide- pueda proceder un fallo con efectos inter comunis. De esta manera, no cabe extender una decisión en relación con una controversia que, sin perjuicio de tener una misma fuente, ha sido tratada y resuelta de manera diferente por los jueces, y que, tal como que lo efectuó la ANTV, también pudo haber sido controvertida por vía tutela por parte de CARACOL TV; y, en tercer lugar, porque de asumir el análisis de las actuaciones de un trámite arbitral y judicial distinto, en el que pese a su similitud, los resultados son disímiles, se estaría vulnerado en

sede de tutela el derecho al debido proceso de la ANTV, al pretermitirse el deber de agotar previamente dos instancias (CP art. 86), sobre todo si se tiene en cuenta que la intervención de esta Corporación en materia de amparo contra providencias judiciales es extraordinaria y excepcional, propia de una instancia de revisión, cuya viabilidad es aún más limitada, en aquellos casos en que se pretenden cuestionar providencias de órganos de cierre y de la justicia arbitral, tal y como se explicó en los acápites 2.5.2 y 2.5.3 de esta sentencia.

Por consiguiente, mientras que en este proceso es innegable la condición de tercero con interés de RCN TV, no sucede lo mismo respecto de CARACOL TV, por lo que no cabe adelantar el examen de la solicitud formulada por dicha empresa, consistente en que, de mantenerse incólume el laudo favorable a la primera de las mencionadas compañías, se extienda a su favor los efectos de esta sentencia.

2.11.2.6. En conclusión, siguiendo el conjunto de consideraciones expuestas en este acápite, se entiende que en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, aunado a que se reconoce la existencia de un tercero con interés, esto es, la empresa RCN TV.

### 2.11.3. De la relevancia constitucional del caso

2.11.3.1. A continuación, la Corte procederá con el examen de verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estudio en el que se incluye el análisis de los principios de inmediatez y subsidiariedad, como exigencias comunes a todas las acciones de tutela. Para estos efectos, se abordará la temática propuesta desde las formalidades que no suscitaron mayor controversia, hasta llegar a aquellas respecto de las cuales se plantearon varias oposiciones por parte de los entes demandados y el tercero con interés, las cuales, según se ha explicado, podrían repercutir en la procedencia de la acción.

2.11.3.2. Bajo la anterior explicación, se advierte que la cuestión que se debate en el juicio que ocupa la atención de la Sala posee indiscutible relevancia constitucional, en primer lugar, porque se trata de una controversia en la que se invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, con ocasión del conflicto que se suscitó entre la empresa RCN TV y la CNTV, básicamente por el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias para la prestación del servicio público de televisión abierta, privada y de carácter nacional. Esta misma vulneración se alega respecto de la sentencia del 17 de noviembre de 2011 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, a raíz de su decisión de declarar infundado el recurso de anulación interpuesto contra el referido fallo arbitral.

En concreto, como ya se dijo, para la ANTV, la violación en que se incurrió por el Tribunal de Arbitramento, se sintetiza en los siguientes defectos sustantivos: (i) no haber aplicado el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, por virtud del cual el juez arbitral tiene el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las disposiciones de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones; (ii) por la falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del laudo; y (iii) por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, con sujeción al criterio de cobertura efectiva,

contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo.

Por su parte, en lo que atañe a la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, se afirma que incurrió en un defecto sustantivo consistente en la falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN, por virtud del cual dicha autoridad tiene el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones, ante la omisión en la satisfacción de dicha obligación por parte del Tribunal de Arbitramento.

2.11.3.4. En tercer lugar, y en línea con las insistencias formuladas, el asunto objeto de controversia, por sus particularidades, suscita interrogantes respecto del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia relacionados con la satisfacción de los principios de inmediatez y subsidiariedad, especialmente en lo que corresponde a esta última exigencia, por la invocación del recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión y la acción de incumplimiento. De suerte que, atendiendo a los mismos fines de unificación jurisprudencial, se torna necesario precisar su alcance y su armonización con la acción de tutela.

2.11.3.5. Finalmente, en el caso igualmente se invoca una posible afectación del patrimonio público, que torna necesario el examen del juez de tutela, por la importancia constitucional que tiene dicho bien jurídico, en un contexto en el que se debe tener en cuenta la preexistencia de una condena impuesta en un laudo arbitral y la circunstancia de que se declaró infundado el recurso de anulación promovido en su contra.

2.11.3.6. En conclusión, son varias las razones que le otorgan relevancia constitucional al caso y que justifican la intervención del juez de tutela, siendo ellas, en resumidas cuentas, la posible afectación de derechos fundamentales, la invocación del patrimonio público, la seguridad jurídica vinculada a decisiones preexistentes en materia arbitral y de órganos de cierre, y la unificación de jurisprudencia respecto de la interpretación prejudicial y el examen de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, incluidos los laudos arbitrales.

2.11.4. De la satisfacción del requisito referente a que la tutela no se dirija contra sentencias de tutela ni contra decisiones de constitucionalidad abstracta proferidas por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado

Como se advierte de los antecedentes del caso previamente descritos, cabe puntualizar que la demanda propuesta por la ANTV, no cuestiona una sentencia de tutela preexistente, ni tampoco sugiere una controversia que lleve a desconocer una decisión de constitucionalidad abstracta dictada por esta Corporación o de nulidad por inconstitucionalidad proferida por el Consejo de Estado. Las objeciones, como ya se ha tenido la oportunidad de distinguir, versan sobre el laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2011, y la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación proferida el día 17 noviembre del año en cita, por lo ocurrido, en ambos casos, de defectos sustantivos.

2.11.5. Del análisis sobre la exigencia de que, en caso de tratarse de una irregularidad

procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de las prerrogativas iusfundamentales

2.11.5.1. En el asunto bajo examen, como se ha expuesto con anterioridad, se alega la ocurrencia de cuatro defectos sustantivos: (i) tres que se predicen del laudo arbitral del 5 de abril de 2011 y (ii) uno que se expone respecto de la sentencia que resolvió el recurso de anulación en su contra. Si se observa con detenimiento, sola una de las irregularidades que se exponen se ajusta en su integridad a la categoría de vicio que se invoca, la cual concierne al supuesto defecto sustantivo del laudo por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional, con sujeción al criterio de cobertura efectiva, contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo, por lo que, en esencia, a juicio de la ANTV, se profirió “prácticamente un laudo en equidad y no en derecho”. Como se trata de un defecto sustantivo, no le es exigible el requisito bajo consideración.

2.11.5.2. Ahora bien, el defecto sustantivo que también se alega respecto del laudo y que corresponde a la supuesta falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de dicha decisión, en realidad, vista su argumentación, se ajusta más a las categorías de defecto procedimental absoluto y defecto fáctico, las cuales sí tienen incidencia directa frente a la decisión que se cuestiona, pues la discusión que se propone frente a ellas se focaliza en el valor de la condena a cargo de la ANTV. Por esta razón, cabe el ejercicio de la acción de tutela, en cuanto corresponde al requisito de procedencia objeto de examen.

2.11.5.3. Las otras dos irregularidades sustantivas que se alegan corresponden a la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN. En el caso del laudo arbitral, porque el Tribunal de Arbitramento omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en relación con la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

Aun cuando técnicamente el defecto podría ser sustantivo, atendiendo a que una de sus modalidades es, como se mencionó en el acápite 2.6.2.1 de esta sentencia, cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y, por ende, se omite tener en cuenta su rigor normativo; lo cierto es que la caracterización que se ha realizado de este vicio concuerda por sobre todo con el defecto procedimental absoluto, al entender que el agotamiento de la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, tal como se explicó en el numeral 2.9.2.6 de esta providencia, constituye un requisito previo de trámite, sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya falta de observancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado. Por esta razón, y siguiendo las directrices de la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado, es claro que tiene una incidencia directa frente a las decisiones que se cuestionan, tanto así que puede conducir a su invalidez. De ahí que, a juicio de esta Corporación, también se satisface el requisito objeto de examen.

2.11.5.4. Finalmente, es preciso aclarar que, en la medida en que tres de los cuatro vicios que se alejan se ajustan preponderantemente a los conceptos de defecto procedimiento absoluto y defecto fáctico, en caso de que se supere el examen referente a los requisitos generales, se hará una breve exposición del alcance que la jurisprudencia les ha dado a las mencionadas irregularidades.

2.11.6. Del examen sobre la satisfacción del requisito de inmediatez

2.11.6.1. Este Tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta urgente, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, justo y oportuno, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material necesario para considerarlo afectado. Precisamente, en la Sentencia T-920 de 2012, se dijo que:

“Repetidamente, la Corte ha llamado la atención sobre el hecho de que, por disposición de la norma constitucional que la establece (art. 86), la acción de tutela tiene por objeto procurar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (no está en negrilla en el texto original). Es decir, que en vista de la gravedad del problema que se quiere afrontar (la vulneración de derechos constitucionales fundamentales de las personas), se ofrece una solución cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, la misma que la norma constitucional ha definido de manera sencilla, pero meridianamente clara, como protección inmediata. // Dentro del mismo contexto en que se justifica esta reflexión, es palmario que si entre la ocurrencia del problema (la alegada violación de derechos fundamentales) y la búsqueda de la solución (presentación de la acción de tutela) transcurre un lapso considerable, ello es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa, por lo cual no sería razonable brindar ante esos hechos la protección que caracteriza a la acción de tutela, que ya no sería inmediata sino inoportuna.”

Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa judicial de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclama la resolución de situaciones litigiosas o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.

Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de un derecho fundamental, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez constitucional –en cada caso en concreto– verificar si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, y el surgimiento de derechos de terceros, la acción de tutela se interpuso oportunamente. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o

amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

Como parámetro general, en varias sentencias, esta Corporación ha dicho que, ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante. Por tal razón, a manera ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable.

“La Corte ha [señalado] que la tutela contra una decisión judicial debe ser entendida, no como un recurso último o final, sino como un remedio urgente para evitar la violación inminente de derechos fundamentales. En esta medida, recae sobre la parte interesada el deber de interponer, con la mayor diligencia, la acción en cuestión, pues si no fuera así la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que[,] en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes. En un escenario de esta naturaleza nadie podría estar seguro sobre cuáles son sus derechos y cuál el alcance de éstos, con lo cual se produciría una violación del derecho de acceso a la administración de justicia –que incluye el derecho a la firmeza y ejecución de las decisiones judiciales– y un clima de enorme inestabilidad jurídica. En consecuencia, la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica, se ha resuelto estableciendo, como condición de procedibilidad de la tutela, que la misma sea interpuesta, en principio, dentro de un plazo razonable y proporcionado”.

2.11.6.3. En línea con lo expuesto, para determinar la razonabilidad del tiempo, la Corte ha señalado algunos criterios que sirven de guía para el estudio del principio de inmediatez. Así, en la Sentencia T-546 de 2014, este Tribunal aludió a (i) que existan razones válidas para la inactividad del accionante, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad de promover el recurso de amparo en un término inferior; (ii) la prolongación de la violación o amenaza de los derechos en el tiempo; y (iii) la situación de debilidad manifiesta del actor, “que hace desproporcionada la carga de razonabilidad del plazo para intentar la acción”.

En la providencia en cita, cabe señalar que, la Sala Sexta de Revisión estudió tres acciones de tutela presentadas por la UGPP contra sentencias proferidas por diferentes juzgados administrativos en 2010, en el marco de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales se ordenó la suspensión de los descuentos que se efectuaban sobre la pensión gracia por concepto de aportes a salud y, también, el reembolso de las sumas descontadas. Los jueces de tutela de instancia declararon la improcedencia de las acciones propuestas, entre otras, porque los recursos de amparo se habían presentado tres años después de la ejecutoria de las sentencias cuestionadas.

En aplicación de los criterios enunciados, esta Corporación afirmó que la vulneración de los derechos invocados era permanente, pues esta se originaba en el pago de prestaciones periódicas. Asimismo, destacó que la UGPP asumió las funciones de defensa judicial de

CAJANAL solo hasta el 11 de junio de 2013 y, en consecuencia, la demora no fue ocasionada por desidia, sino por la imposibilidad jurídica y material de promover el amparo en un término inferior.

Posteriormente, en la Sentencia T-835 de 2014, la Sala Quinta de Revisión estudió dos demandas de tutela promovidas por la UGPP en octubre de 2013 contra decisiones proferidas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, originadas en la misma controversia señalada con anterioridad. En esta ocasión, los jueces de instancia también declararon la improcedencia de las acciones, en razón a que las providencias objeto de reproche habían quedado ejecutoriadas varios años atrás.

Sin embargo, al igual que se expuso con anterioridad, la Corte consideró que el requisito de inmediatez se encontraba acreditado, con sujeción a los mismos criterios y argumentos expuestos en la Sentencia T-546 de 2014, esto es, (i) la vulneración permanente de los derechos originada en el pago de prestaciones periódicas y (ii) la ausencia de descuido o desidia por parte de la entidad accionante, como consecuencia del proceso que condujo a asumir la defensa judicial de los casos de CAJANAL.

2.11.6.4. En el caso sub-judice, se advierte que, tal y como lo reclaman las autoridades demandadas y RCN TV como tercero interesado, el último acto objeto de cuestionamiento, esto es, la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación, se profirió el 17 de noviembre de 2011 y se notificó por edicto el día 24 de ese mismo mes y año, por lo que si la demanda de tutela se presentó hasta el 23 de octubre de 2012, en principio, parecería que su ejercicio no se realizó de manera oportuna, pues el tiempo transcurrido asciende a 10 meses y 29 días.

No obstante, la ANTV expone varias razones con las cuales pretende justificar la demora, tales como: (i) la iniciación del proceso liquidatorio de la CNTV; (ii) la organización y elección de los miembros de la Junta Nacional de Televisión para comenzar a funcionar; (iii) el hecho de que solo hasta el 17 de junio de 2012 se pudo reunir el Comité Estratégico de la entidad, para –entre otros asuntos– considerar cuáles acciones debían adelantarse, en aras de lograr la defensa de sus derechos; y (iv) la complejidad del tema.

En respuesta a estas razones, como se expuso en el acápite 1.2.5.4 de la presente sentencia, se formularon las siguientes oposiciones: (a) el tránsito entre entidades (esto es, entre la CNTV y la ANTV) se produjo de forma instantánea y en el estado en que se encontraban sus acciones y derechos, los cuales ni se suspendieron, ni se extinguieron, ni se modificaron, por el cambio de titular. En este sentido, no cabe señalar que existió un período de “desatención funcional”, que haya afectado las atribuciones de defensa de la institucionalidad; (b) el recurso de amparo pudo haberse interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, la cual estuvo vinculada en todo momento a la controversia; y (c) el alto grado de complejidad de un tema a debatirse en sede de tutela, no es un criterio que pueda ser invocado para justificar el retardo en el uso de la acción, no solo por la subjetividad y arbitrariedad que envuelve, sino porque de ser aplicado a las controversias relativas a laudos arbitrales, en el fondo se aceptaría que ellas no estarían sometidas a la regla de procedencia que encarna el principio de inmediatez.

2.11.6.5. A juicio de la Corte, le asiste razón a los entes demandados y a RCN TV, respecto de

la justificación que se invoca relacionada con la complejidad del tema, pues este argumento no es aceptable en el caso de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por una parte, si se parte del hecho de que todos los casos -en mayor o menor medida- tienen un grado inherente de dificultad, desde el punto de vista argumentativo, que tornaría inaplicable la exigibilidad del requisito de inmediatez, en especial frente a los procesos arbitrales, en los que, en muchas ocasiones, el ejercicio del principio de voluntariedad se justifica en la necesidad de procurar la definición de un litigio por un juez con mayor experticia y conocimiento técnico al que brinda la justicia estatal, por el carácter especializado y complejo que tienen las materias que generalmente se debaten por esta vía. Y, por la otra, porque en el proceso arbitral y en el trámite del recurso de anulación, se contó con el apoyo de un profesional del derecho, conector del procedimiento surtido y de las supuestas irregularidades que pudieron presentarse, de modo que, en principio, la ANTV no estaba compelida a la necesidad de revisar directamente lo ocurrido y a tener que escrudiar todas las actuaciones para advertir la ocurrencia de vicios o irregularidades en los procedimientos surtidos.

2.11.6.6. Sin embargo, a juicio de esta Corporación, sí son aceptables las tres primeras razones expuestas por la autoridad demandante, pues la liquidación de una entidad implica la ejecución de una serie de actos y procesos que dificultan y aminoran la capacidad real de una entidad para proceder al desempeño normal de sus competencias, más aún, como en este caso, en el que fue necesario hacer un empalme con las diferentes entidades a las que se le atribuyeron las funciones que la CNTV tenía a su cargo.

En la citada ley, además, se previó que el inicio del proceso de liquidación de la CNTV y la asunción de competencias por parte de la ANTV, se sujetaría a la conformación de la Junta Nacional de Televisión, actuación que ocurrió el 10 de abril de 2012, según se explicó previamente en esta providencia. En esa fecha, la CNTV ya quedó con una capacidad jurídica restringida y tan solo se la autorizó para adelantar los actos necesarios para lograr su liquidación y para hacer el empalme funcional con las entidades que asumirían sus atribuciones, lo que incluyó la prohibición legal de promover nuevos procesos judiciales, distintos a los vinculados con el proceso de liquidación. Esto implica que, por una parte, la CNTV ya no tenía la representación legal para promover la acción de tutela que es objeto de conocimiento; y por la otra, que el tiempo transcurrido hasta ese momento era de cuatro meses y 16 días, lo que significa que todavía la entidad contaba un lapso razonable para el ejercicio del amparo tutelar, sobre la base de que, por lo general, se ha utilizado el parámetro de los seis meses.

Al producirse el traslado funcional de competencias en materia de televisión y dada la limitación legal de la capacidad jurídica de la CNTV, la única autoridad legitimada para promover la acción de tutela era la ANTV, tal y como en efecto ocurrió. Ahora bien, es claro que tiempo transcurrido respecto de la CNTV no puede extenderse a la ANTV, ya que, con ocasión del tránsito entre entidades, es comprensible, entre otras, por el régimen de responsabilidad aplicable a los funcionarios públicos, que los nuevos órganos de dirección de la entidad creada revisen lo ocurrido y tomen las decisiones que correspondan, y es a partir del momento en que ello ocurre, esto es, cuando una materia ya se asume como parte de un régimen competencial, cuando cabe contabilizar el cumplimiento del principio de inmediatez.

No sobra reiterar que la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que el examen del citado requisito se somete a las particularidades del caso sometido a revisión y que, como se advirtió en las Sentencias T-546 y T-835 de 2014, en el evento del traslado de funciones entre entidades públicas, una vez el nuevo organismo asume la representación judicial de las causas, la verificación del principio de inmediatez implica examinar que el ejercicio de la acción de tutela se haya realizado sin descuido o desidia, respecto del momento en el que realmente tuvo la capacidad para actuar en defensa de los derechos comprometidos.

En el caso sub-examine, se alega por la autoridad demandante que el cómputo debe realizarse, precisamente, desde el 17 de junio de 2012, esto es, cuando se reunió el Comité Estratégico de la ANTV, para –entre otros asuntos– considerar cuáles acciones tenían que adelantarse, con la finalidad de proteger los derechos supuestamente comprometidos en esta causa. En caso de tomarse dicho tiempo, es claro que la acción de tutela satisface el principio de inmediatez, pues el lapso transcurrido respecto de la radicación de la demanda fue de cuatro meses y 10 días.

Incluso, de considerarse que el mencionado Comité Estratégico tan solo opera como un órgano asesor, y que la responsabilidad en la presentación de la acción de tutela debe contabilizarse desde el momento en el que se produjo el traslado de competencias, esto es, el 10 de abril de 2012, no cabe duda de que el recurso de amparo propuesto también satisface el principio de inmediatez, puesto que el tiempo transcurrido corresponde a seis meses y 13 días, plazo que ha sido considerado de forma reiterada como razonable para el ejercicio de la acción, sin que advierta descuido o desidia alguna por parte de la ANTV.

2.11.6.7. Por el conjunto de razones expuestas, la Corte concluye que en el caso sometido a revisión se cumple con el principio de inmediatez, al considerar como válidas las justificaciones realizadas por la autoridad demandante, salvo la referente a la complejidad del tema. Por lo demás, se descartan las otras dos oposiciones formuladas en este punto, en primer lugar, porque la intervención de la Procuraduría General de la Nación en el trámite de una tutela es potestativa y no sustituye ni reemplaza a la autoridad legitimada por la ley para la defensa judicial de sus intereses, como se deriva de lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991; y, en segundo lugar, porque –como se demostró– más que tratarse de la existencia de una hipótesis de desatención funcional, es claro que el tránsito entre entidades públicas sí dificulta y aminora la capacidad real del Estado para proceder al desempeño normal de sus competencias.

2.11.7. Del análisis sobre el requisito de que la parte identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial, siempre que esto fuere posible

2.11.7.1. Por oposición a la informalidad que caracteriza a la tutela, cuando esta se invoca contra providencias judiciales, es necesario que quien reclama la protección mencione los derechos afectados, identifique con cierto nivel de detalle en qué consiste la violación alegada y demuestre de qué forma aquella se aparta del ámbito del derecho o incurre en una actuación abusiva contraria al orden jurídico, debiendo haber planteado el punto de manera previa en el respectivo proceso tramitado ante los jueces de la causa.

2.11.7.2. Sobre la base de lo expuesto, es preciso reiterar que este Tribunal ha dicho que es

necesario que los hechos constitutivos de la vulneración sean alegados con suficiencia y precisión por el peticionario, pues, en tratándose de la procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales, razones de seguridad jurídica y de autonomía judicial, tornan más riguroso el examen de procedencia de la acción por parte del juez constitucional. En efecto, resulta desproporcionado exigirle a esta última autoridad que revise integralmente un proceso, con el fin de descubrir si, por alguna circunstancia, se conculcó un derecho del demandante, pues, en dicho caso, además, se desconocería la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario de defensa judicial.

Lo anterior ha sido admitido por la Corte, incluso antes de la expedición de la Sentencia C-590 de 2005. En efecto, en la providencia T-654 de 1998, se dijo que: “el procedimiento de la acción de tutela es breve y sumario y (...) todos los jueces y magistrados, sin importar su especialidad, son competentes para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando ésta se solicita a través de la tutela. En estas condiciones, sería una carga desproporcionada exigir al juez constitucional que estudiara en detalle el proceso judicial para verificar si a causa de alguna falla en la defensa del procesado se produjeron los dos efectos que han sido anotados. En consecuencia, como ya lo ha manifestado esta Corporación, corresponde al actor indicar con precisión en qué consiste la violación de su derecho a la defensa y de qué manera ésta se refleja en la sentencia impugnada originando uno de los defectos antes mencionados, así como la vulneración ulterior de sus derechos fundamentales”.

A partir del deber del actor de exponer con suficiencia y precisión los hechos constitutivos de la vulneración, es claro que su identificación, a la luz del derecho constitucional, adquiere una especial relevancia en sede de amparo, más aún, cuando, como ocurre en este caso, se controvierte un laudo arbitral, en el que, en virtud del principio de voluntariedad, se sustrae la resolución de las disputas del sistema estatal de administración de justicia para, en su lugar, atribuirlo a uno o más particulares especialmente autorizados para ello.

En línea con el reconocimiento de que la acción de tutela no pueda tomarse como un medio alternativo, adicional o complementario con el que cuentan las personas, para mantener de manera indefinida e ilimitada en el tiempo, la resolución de una controversia jurídica; es claro que, la suficiencia y precisión que se demanda en la exposición de los hechos constitutivos de la violación, se traduce en el deber de demostrar que, en el asunto sub-judice, efectivamente sus derechos están siendo trasgredidos y que ello fue puesto a consideración del juez natural de la causa o, en su defecto, que ello no fue posible por razones ajenas a su voluntad.

Con todo, el cumplimiento de este deber excluye que el interesado reitere los mismos argumentos legales dados ante el juez natural de la causa o que baste con repetir los mismos alegatos realizados en el proceso ordinario, ya que la acción de tutela no puede convertirse en una tercera instancia, en desmedro de la subsidiariedad que le es inherente, así como de la seguridad jurídica y la autonomía judicial.

En este sentido, si lo que se está cuestionando es que la autoridad judicial cometió un vicio que conlleva la vulneración de derechos fundamentales mediante su providencia, por cualquiera de los defectos que han sido reiterados por esta Corporación, es menester alegar

-precisamente- cómo se materializa tal defecto, en qué incide en la situación que se plantea como vulneradora de los derechos fundamentales y, en caso de haber sido planteado dentro del proceso, por qué motivo el raciocinio del juez natural no supera un juicio de validez desde los parámetros del Texto Superior.

Lo anterior ha sido reiterado por esta Corporación en su jurisprudencia. En efecto, en la Sentencia T-362 de 2013, se pusieron de presente las exigencias de argumentación en torno a la procedencia de la acción de tutela, cuando con ella se cuestionan providencias judiciales, en el ámbito de la tensión existente entre los derechos fundamentales y la autonomía e independencia del juez de la causa. Precisamente, a manera de ejemplo, en la citada sentencia se sostuvo que, para poder alegar la existencia de un defecto orgánico, resulta necesario plantear con claridad el vicio en torno a la competencia funcional y temporal del juez. Al tiempo que, la invocación de un defecto fáctico, supone exponer las razones por las cuales la libre apreciación de las pruebas dentro de la sana crítica no cobija las reflexiones expuestas en la providencia cuestionada, bajo la consideración lógica de que la simple diferencia en la valoración razonable del material probatorio, no implica la ocurrencia del citado defecto.

De igual manera, siguiendo el mismo esquema señalado de decisión, en la Sentencia T-214 de 2012, esta Corporación enfatizó que la ausencia de motivación es un vicio que se contrapone al debido proceso. Sin embargo, para su consolidación, no basta con manifestar una simple inconformidad con la decisión adoptada, con el ánimo de plantear una nueva revisión judicial sobre el tema, pues el citado defecto requiere que el actor -por lo menos- plantee en qué medida los argumentos expuestos en un fallo se apartan de los estándares de racionalidad y razonabilidad en la interpretación acogida de las normas jurídicas, o por qué resulta insuficiente la aplicación de las reglas de derecho escogidas para la solución del caso.

Por consiguiente, la acción de tutela contra providencias judiciales exige que se identifique de manera precisa, comprensible y suficiente, tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos supuestamente comprometidos, y que ello haya sido alegado previamente ante el juez natural de la causa, en el evento de ser posible. Para el cumplimiento de esta obligación, se excluye la formulación de los mismos argumentos y alegatos realizados en el proceso ordinario, pues lo que se demanda es la exposición de las razones por las cuales el raciocinio del juez natural no supera un juicio de validez desde los parámetros del Texto Constitucional. Solo así se protegen principios tan relevantes para el Estado Social de Derecho, como lo son, la autonomía e independencia judicial.

De esta manera, a juicio de este Tribunal, el análisis por vía de tutela solo puede estructurarse si previamente se precisan por el interesado las circunstancias concretas que dan lugar a la afectación del derecho y se logra establecer su nivel de influencia en la decisión cuestionada, pues de esta forma se entiende delimitado el campo de acción en el que le es posible actuar al juez tutela, no solo en respeto de las esferas propias de los jueces ordinarios, sino también acorde con el carácter breve y sumario que caracteriza al recurso de amparo.

Desde esta perspectiva, no resulta procedente que se pretenda promover la acción de tutela sobre planteamientos vagos, contradictorios, equívocos o ambiguos, que no permitan

orientar la actividad excepcional que le corresponde cumplir en este campo al juez constitucional. De igual manera, tampoco cabe el ejercicio de esta acción para repetir los mismos argumentos expuestos ante el juez natural, salvo que se formulen razones específicas para cuestionar los fallos adoptados, a partir de la construcción de un juicio de validez derivado de parámetros constitucionales.

Así las cosas, no se trata de rodear a la acción de tutela de exigencias formales contrarias a su naturaleza, sino de exigir que el actor tenga claridad y sea diligente en cuanto a la explicación del origen de la afectación de sus derechos y que dé cuenta de ello al momento de pretender su protección constitucional.

Por lo demás, es importante enfatizar que el motivo por el cual este requisito procesal resulta relevante, es que ante la ausencia de claridad y precisión en torno a las razones por las cuales se alega la trasgresión de los derechos fundamentales, cualquier intervención del juez de tutela produciría el riesgo de invadir -injustificadamente- la órbita de competencia del juez natural, en desconocimiento de valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico, tales como, la autonomía, la independencia judicial y la cosa juzgada.

A continuación, la Sala Plena procederá a examinar el cumplimiento de este requisito, conforme a las consideraciones previamente expuestas, en relación con cada uno de los cuatro vicios que fueron alegados. Para el efecto se tomará la descripción realizada en el acápite 2.11.5 de esta providencia.

2.11.7.3. La primera irregularidad objeto de estudio corresponde al defecto sustantivo que se alega respecto del laudo y que corresponde a la supuesta falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de dicha decisión, el cual, como se explicó, se ajusta en mayor medida a un defecto procedimental absoluto, consistente en la actuación del juez, incluido el arbitral, por fuera del procedimiento establecido; y particularmente en algunas de sus manifestaciones en el defecto fáctico, que se presenta, en términos generales, cuando la decisión adoptada por el juez carece de los elementos probatorios necesarios y adecuados para soportarla. La justificación de este vicio, conforme se resumió en el acápite 1.2.3.1 de esta providencia, se concreta en la siguiente exposición:

“Sostiene el actor que el Tribunal de Arbitramento admite como obligatorias la cláusula novena del contrato 140 de 1997 y la Resolución 429 del año en cita, para efectos de establecer el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias.

Sobre esa base y luego de referir al esquema de liquidación de dichas tarifas, acoge el Tribunal de Arbitramento, de forma errónea, el criterio de frecuencias efectivamente utilizadas, con miras a establecer el monto de la obligación a cargo del concesionario. En este sentido, concluye que: “[E]l monto que ha debido pagar el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A. a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN por la utilización o uso de las frecuencias asignadas al Canal N1, de conformidad con los valores establecidos por la Resolución 429 de 1997 es \$ 13.980.027.490, de conformidad con el criterio de cobertura efectiva, antes explicado (...)”. Para la ANTV, es claro que del texto transcrito “no se deduce otra obligación distinta a que RCN TELEVISIÓN debe pagar el valor [reseñado] (...) y no, por el contrario, que la Comisión Nacional de Televisión (...) debe pagar al Canal RCN TELEVISIÓN [esa] (...) suma de dinero”.

A lo anterior agrega que no se explica de donde surgen las cifras que se deben pagar por el uso de las frecuencias VHF y UHF; y peor aún no se especifica "(...) cuál era el valor que había recibido la Comisión Nacional de Televisión y por qué concepto, y cuál era el que efectivamente debía recibir (...)". Al final, la condena representa una cifra al aire, sin un soporte que se ajuste a la Resolución 429 de 1997."

Según se advierte de lo expuesto, la primera de la parte de la alegación realizada encuentra como punto objeto de controversia la circunstancia de que, en la parte motiva del laudo, se manifestó que "el monto que ha debido pagar" el concesionario RCN TV a la CNTV por el uso o la utilización de frecuencias asignadas al Canal N1, corresponde a la suma de \$13.980.027.490, más, sin embargo, en la parte resolutive, se dispuso que ese mismo valor, en realidad, es la suma de la condena a cargo de la CNTV.

Como se explicó con anterioridad, la tutela contra providencias judiciales exige que se identifique de manera precisa y comprensible, tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos supuestamente comprometidos, y que ello haya sido alegado previamente ante el juez natural de la causa, en caso de ser posible.

En lo que atañe a esta irregularidad, se desconoce, precisamente, esta última obligación, pues la contradicción que se invoca entre la parte motiva y la parte resolutive, era susceptible de ser alegada ante el juez natural de la causa, a través de la figura de la aclaración del laudo, tal y como lo permitía el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998, régimen vigente al momento de adelantarse el proceso arbitral. Precisamente, la norma en cita disponía que: "Artículo 160. El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil".

Como herramienta procesal, la aclaración busca corregir los problemas de certeza, ambigüedad y contradicción que puedan existir en la parte resolutive de un auto, sentencia o laudo, o que provengan de la parte motiva, o de ambas estructuras del fallo, pero que impacten definitivamente en el resolutive. Su propósito es enmendar o resolver dichas contrariedades que, en la práctica, dan lugar a interpretaciones diversas o generan incertidumbre frente a lo dispuesto en una orden. En este sentido, el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, en vigor para la época de los hechos, establecía que:

"Artículo 309. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella. // La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término. // El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos."

De esta manera, visto el caso concreto, es claro que la solicitud de aclaración efectivamente permitía solventar el hecho de que, en el parte motiva, las frases o palabras utilizadas parecían dar a entender que RCN TV tenía que asumir un valor a pagar; mientras que, en la resolutive, abierta y directamente, se dispuso que esa suma corresponde a la condena a

cargo de la CNTV. La no utilización de esta figura condujo a que no prospera la causal de anulación prevista en el numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, referente a la existencia de “disposiciones contradictorias”, cuyo entendimiento por parte del Consejo de Estado, para la época de los hechos, como se explicó en el acápite 2.7.7 de esta sentencia, incluía la hipótesis excepcional de tener su origen en una incompatibilidad derivada entre la parte resolutive y la parte motiva de la decisión, siempre que la primera resultara ininteligible de no recurrir a la base dada como justificación del fallo.

En el asunto sub-judice, la CNTV propuso esta causal de anulación e incluso argumentó que en el laudo se ordenó la restitución de un mayor valor sobre la asignación y uso de las frecuencias, desconociendo que la experticia técnica había indicado que ese concepto se sujeta al “tiempo denegado a otros usuarios”, como lo señala la Resolución 129 de 2010, que define el concepto de Factor de Utilización del Espectro como el “producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales (...)”. No obstante, como ya se dijo, esta causal no prosperó, al advertir el Consejo de Estado, en la sentencia del 17 de noviembre de 2011, que, en el memorial dirigido al Tribunal de Arbitramento para obtener la aclaración, adición y corrección del laudo, la CNTV no planteó cuestionamiento alguno sobre el particular, incumpliendo la carga procesal que se señala en el citado numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, consistente en que la anulación por “disposiciones contradictorias” exige que el error material haya sido alegado “oportunamente ante el tribunal de arbitramento”.

En efecto, la aclaración solicitada en ningún momento invocó la existencia de problemas de incongruencia, contradicción o ambigüedad entre la parte motiva y la parte resolutive, como ahora se plantea en sede de tutela, desconociendo el escenario propio de discusión de la justicia arbitral. Por el contrario, es claro que se asumió que se trataba de una condena en contra de la CNTV, enfocando el uso de la figura en la precisión del número de frecuencias que se consideraron fueron utilizadas. La siguiente corresponde a la transcripción realizada por el Consejo de Estado, respecto del alcance dado a la figura de la aclaración.

Puntualmente, la CNTV cuestionó lo siguiente:

“1. Aclarar qué prueba técnica independiente soporta la afirmación del H. tribunal en cuanto a que el Concesionario utiliza solamente 771 frecuencias de las asignadas en el PUF por la CNTV. // 2. Aclarar si para la obtención del número de frecuencias que en su concepto utiliza el Concesionario, se realizó un trabajo de comprobación en campo del cual se pudiera concluir que por cada una de esas 771 frecuencias se está efectivamente transmitiendo señal originada por RCN. // 3. Aclarar si la conclusión de que el Concesionario solamente utiliza 771 frecuencias se basa de manera exclusiva en una afirmación de parte del Concesionario o del Consorcio de los Canales Nacionales Privados que fue reproducida sin ningún tipo de verificación adicional por parte de los peritos o de los árbitros. // 4. En caso de que no conste en el expediente una prueba idónea en la cual se advierta que respecto de cada una de las 771 frecuencias que, en concepto del H. Tribunal, utiliza el concesionario, corregir la parte resolutive del laudo arbitral, y calcular nuevamente la condena a la CNTV, tomando en consideración que el presunto pago en exceso solamente se puede predicar respecto de aquellas frecuencias en las cuales se haya demostrado -en términos del H. Tribunal- que efectivamente hay una transmisión de datos por parte del Concesionario”.

Por consiguiente, se advierte que esta irregularidad objeto de estudio –en la que se alega la supuesta falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del laudo– no está llamada a prosperar, por cuanto incumple con el requisito de procedencia en examen, toda vez que, si bien se identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, lo cierto es que el defecto que se invoca no fue alegado en el proceso arbitral, teniendo la oportunidad de hacerlo, a través de la figura de la aclaración, la cual se utilizó con propósitos distintos y ajenos a los que ahora se exponen, con el agravante de que ello impidió, tal y como lo sostuvo el Consejo de Estado, agotar el requisito de procedibilidad referente a la causal de anulación sobre “disposiciones contradictorias”.

Aunado a lo anterior, la segunda parte que se exterioriza como integrante de este vicio, según se advierte de la transcripción previamente realizada, se enfoca en un cuestionamiento genérico sobre las cifras que se deben pagar por el uso de las frecuencias y sobre la circunstancia vinculada con la valoración de lo que se recibió por la CNTV, en aras de fijar qué era lo efectivamente se debía pagar.

Nuevamente, sobre este punto, se advierte que tampoco se utilizó la figura de la aclaración del fallo, la cual hubiese podido ser utilizada para tener mayor claridad en el origen de la suma impuesta y en la forma como ella se armonizaba con los pagos ya realizados. Lo anterior, bajo el supuesto de que, en el propio laudo, se afirma que el valor de la condena se basa en el dictamen pericial, tanto en los datos del anexo 7-1 del informe de aclaraciones y complementaciones (esto es, “en la diferencia entre el cálculo de la ‘liquidación de frecuencias VHF y UHF en todos los municipios cubiertos” y el valor real cobrado por la Comisión Nacional de Televisión en forma mensual’), como en lo referente al ajuste por el IPC.

En efecto, es preciso advertir que, en la solicitud de aclaración, la CNTV en realidad pretendió invocar la existencia de un defecto fáctico, por la supuesta falta de prueba sobre el número de frecuencias efectivamente utilizadas y, en el apartado final, a solicitar de manera confusa y contradictoria, que si no había soporte de las frecuencias utilizadas, en todo caso se ajustase la parte resolutive a las que efectivamente fueron usadas.

Como se advierte de lo expuesto, no cabe duda de que el problema planteado en la aclaración fue eminentemente numérico. En ningún momento, la CNTV alegó ante el tribunal de arbitramento la existencia de una incongruencia entre la ratio y la decisión, como ya se expuso, ni tampoco se discutió sobre las cifras que justificaban el pago de cada frecuencia o los conceptos que ya se hubiesen recibido. Es claro entonces el desconocimiento del requisito de procedencia en estudio, pues las irregularidades que ahora invocan nunca fueron alegadas ante el juez natural de la causa, siendo ello posible. Por lo demás, tal cuestionamiento se refuerza, si se tiene en cuenta que en la demanda de tutela ni siquiera se aludió a la circunstancia de haber pedido la aclaración, ni se dio cuenta de la respuesta dada por tribunal, ni se cuestionó las razones por las que el juez arbitral se negó a aclarar, ni se controvirtió la decisión del Consejo de Estado de no abordar el asunto. Se pretende prácticamente convertir al juez constitucional en un juez del laudo, desconociendo todo lo ocurrido y las carencias en que se incurrieron durante el trámite.

Notese que lo alegado por la CNTV ante el tribunal de arbitramento, a través de la solicitud de aclaración, en lo que corresponde a la identificación y prueba del número de frecuencias, se ajusta por sobre todo a un defecto fáctico, pero en sede de tutela la citada autoridad no hizo la menor referencia a tal posibilidad, pues lo alegado se soportó -como ya se vio- en otras supuestas irregularidades. De haberse cuestionado el aspecto numérico, se hubiese exigido hacer un análisis sobre las frecuencias que efectivamente utilizó RCN, y lo que, de acuerdo con el soporte sustantivo del laudo, debía haber cancelado por ellas, y lo que, por consiguiente, le correspondía restituir a la CNTV. En ausencia de estos elementos, no puede el juez de tutela abordar el examen de un eventual defecto fáctico, cuyos extremos no tiene manera de conocer y que, incluso, son ajenos a la naturaleza restrictiva de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ya que se terminaría abordando una revisión de oficio.

En este punto, no sobra insistir en que, como lo ha reiterado esta Corporación, el amparo constitucional no es un medio de defensa susceptible de ser utilizado, “como una instancia adicional o alternativa a las establecidas en la vía ordinaria y, mucho menos aún, ha de ser entendida por quienes recurren a ella, como una herramienta judicial para corregir sus desatinos o para revivir términos ya fenecidos como resultado de su incuria procesal.”

De esta manera, por las razones expuestas en esta providencia y en lo que atañe al vicio estudiado, se procederá a confirmar lo resuelto en sentencia del 20 de noviembre de 2013 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que ratificando lo decidido, en primera instancia, por la Sección Cuarta de dicho Tribunal, en sentencia del 18 de febrero de 2013, se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

2.11.7.4. La segunda irregularidad objeto de estudio corresponde a otro defecto sustantivo que se alega respecto del laudo y que corresponde a disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional, con sujeción al criterio de cobertura efectiva, contrariando con ello lo dispuesto en el contrato 140 de 1997, en la Resolución 429 de 1997 y en la Resolución 129 de 2010, con el efecto de que se inaplicaron tales actos y se reemplazó su rigor normativo, por lo que, en esencia, a juicio de la ANTV, se profirió “prácticamente un laudo en equidad y no en derecho”.

La justificación de este vicio, conforme se resumió en el acápite 1.2.3.1 de esta providencia, se concreta en la siguiente exposición:

“En criterio de la entidad demandante, a partir de las normas en cita, se infiere que los pagos a cargo del concesionario, por la asignación y uso de las frecuencias en los diferentes lugares del territorio nacional, se sujetan a la disponibilidad de la señal y no a su utilización específica, por el costo de oportunidad que ellas envuelven.

Así lo resalta la ANTV, a partir de la transcripción de la Resolución 129 de 2010, en la que se dispone que: ‘(...) la medida de utilización del espectro (...), se define como el producto de la anchura de banda de frecuencia por el espacio geométrico (geográfico) y por el tiempo denegado a otros usuarios potenciales’.

Para complementar este argumento, sostiene que el Estado tiene la obligación de vigilar que

‘en las frecuencias que se adjudicaron a RCN TELEVISIÓN y a CARACOL TELEVISIÓN no cursen otras señales (...), situación que (...) permite inferir claramente que[,] al no tener acceso a estas frecuencias, ni terceras personas ni el Estado mismo, da lugar a que el concesionario deba pagar por el uso de éstas’.

Así las cosas, el criterio que se adoptó en el laudo, ‘(...) lleva a la inaplicación de la cláusula 9ª del contrato y de la Resolución 429 de 1997. Con tal interpretación se podría afirmar que si los concesionarios sólo pagan las frecuencias que utilizan, se incurriría en un detrimento patrimonial, pues podrían no utilizar ninguna, toda vez que las frecuencias se encuentran disponibles para la explotación exclusiva de los concesionarios y no se autoriza a otras personas, ni lo puede hacer el mismo Estado, por la relación contractual existente entre la CNTV y RCN (...) y CARACOL’.

En conclusión, afirma que el laudo contradice no solo la voluntad de las partes expresada en el contrato, sino también el régimen jurídico que se debía aplicar en virtud de los actos administrativos que soportaban el cobro de las frecuencias, por lo que esa decisión se profirió ‘prácticamente en equidad y no en derecho’.”

Según se explicó con anterioridad, el requisito de procedencia de la acción de tutela en examen exige que se identifique de manera precisa, comprensible y suficiente, tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos supuestamente comprometidos, y que ello haya sido alegado previamente ante el juez natural de la causa, en el evento de ser posible. En cumplimiento de esta exigencia procesal, se excluye la formulación de los mismos argumentos y alegatos realizados en el proceso arbitral, pues lo que se demanda es la exposición de las razones por las cuales el raciocinio del juez natural no supera un juicio de validez derivado de parámetros constitucionales.

Con sujeción a lo anterior, la Corte advierte cuatro razones por las cuales el defecto alegado no satisface este requisito de procedencia, a saber:

(i) En primer lugar, la argumentación de la entidad demandante se funda en la supuesta inobservancia del régimen normativo aplicable a la controversia (contrato 140 de 1997, Resolución 429 de 1997 y Resolución 129 de 2010), con el propósito de sostener que el Tribunal de Arbitramento falló en equidad y no en derecho, al concluir que el criterio para determinar el pago por la asignación y uso de las frecuencias era el de cobertura efectiva, y no el de disponibilidad de la señal, tal y como lo alegó a lo largo de la controversia la CNTV.

La justificación del defecto que se propone, es exactamente igual a lo que fue objeto de examen por el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre el recurso de anulación propuesto, respecto de la primera causal invocada, referente a haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que dicha circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. En efecto, para la CNTV, la condena impuesta en su contra se fundamentó en una errada interpretación del concepto asignación y uso de frecuencias, lo que dio lugar al desconocimiento de la cláusula compromisoria que exigía que el laudo debía ser proferido en derecho, “toda vez que la decisión desconoció la normativa que definió [dicho concepto, así como] también el contenido del dictamen pericial en la forma como debía medirse el uso de la frecuencia”.

Puntualmente, a juicio de la CNTV, las normas legales y el concepto rendido dentro del

proceso asumieron que el uso de las frecuencias corresponde al “(...) tiempo denegado a otros usuarios (...), toda vez que asignada una frecuencia o canal a un operador, el Estado se encontraba en la obligación de impedir que terceros lo utilizaran y no de la manera errada como decidió el Tribunal, al considerar el uso de una frecuencia a partir de las señales efectivamente transmitidas”.

Nótese como, es evidente que la misma alegación que se realizó ante el Consejo de Estado se propone ahora al juez de tutela, desconociendo que el recurso de amparo no opera como un medio alternativo o adicional de defensa judicial, lo cual se refuerza con el hecho de que no se cuestionó lo resuelto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al momento de resolver el recurso de anulación propuesto. Precisamente, para la citada autoridad, el laudo no fue proferido ni equidad, ni en conciencia, pues se soportó en el examen del régimen jurídico aplicable al servicio público de televisión y tuvo en cuenta el contrato de concesión, los pliegos de condiciones, la Resolución 429 de 1997 y el Acuerdo 003 de 2009. Por lo demás, se afirmó que el hecho de que la decisión se haya apartado de lo conceptuado en el dictamen pericial, no significaba que el laudo haya dejado de ser en derecho, toda vez que dicho medio probatorio se apreció en conjunto con las demás pruebas aportadas y recaudadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

A juicio del Consejo de Estado, si bien el Tribunal de Arbitramento se apartó del criterio de “tiempo denegado a otros usuarios”, como elemento a tener en cuenta para el cobro de la tarifa por el uso de las frecuencias asignadas, lo hizo de forma razonada, al considerar que el mismo no se encontraba vigente para la época en la cual se celebró el contrato de concesión. A ello agregó que el citado criterio también resultaba inaplicable, “toda vez que la competencia para determinar la tarifa por la asignación y por el uso de las frecuencias, de conformidad con lo establecido en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, correspondía a la Comisión Nacional de Televisión y no al Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación”.

En la práctica, la ANTV pretende que a través del recurso de amparo el juez de tutela se convierta directamente en un juez de anulación, planteando de nuevo la misma causal que ya fue descartada por el juez natural de la causa, cuando, por el contrario, su deber era el de exponer las razones por las cuales esta última autoridad incurrió en un defecto de carácter sustantivo, lo cual jamás ocurrió. Así las cosas, la demanda propuesta busca convertir al amparo constitucional en un medio alternativo de defensa judicial, esbozando otra vez un vicio que ya fue resuelto y descartado por la autoridad judicial competente, en desmedro de los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial.

(ii) En segundo lugar, la argumentación del defecto no agrega nada distinto a los mismos argumentos que conoció el Consejo de Estado y que fueron la base de la oposición a lo resuelto por el Tribunal Arbitral, de suerte que no se cumple con el mínimo de suficiencia y precisión que demanda este requisito de procedencia, consistente en realizar un juicio de validez que, desde parámetros constitucionales, exteriorice la forma en que fueron vulnerados los derechos fundamentales y el motivo por el que el juez de la causa se apartó de los mínimos de sensatez y razonabilidad al proferir su fallo. La demanda propuesta omite cualquier tipo de comentario frente a lo resuelto por el Consejo de Estado al denegar el recurso de anulación y, como ya se dijo, vuelve a ensayar la misma fórmula de discusión que

allí se propuso, promoviendo que el juez de tutela se superponga a lo dicho por el juez de anulación, sin siquiera cuestionar el examen jurídico realizado por esta última autoridad.

(iii) En tercer lugar, la discusión que se propone se enfoca en una controversia de mera legalidad, cuyo examen, de asumirse por parte del juez de tutela, incluso por encima de lo resuelto por el Consejo de Estado, advirtiendo que, como ya se manifestó, su fallo no fue controvertido, terminaría desconociendo uno de los pilares esenciales de la justicia arbitral, consistente en sustraer la resolución de la disputa de la justicia estatal, en aplicación del principio de libre habilitación o voluntariedad. Precisamente, tal y como se ha señalado en esta providencia, si la acción de tutela tiene un carácter excepcional frente al reproche iusfundamental de las providencias judiciales, es claro que esa excepcionalidad se realiza en el caso de los procesos arbitrales, pues ellos buscan, precisamente, derogar de forma transitoria el sistema estatal de administración de justicia.

La determinación del criterio para el pago de las frecuencias, o lo que es lo mismo, si cabía el de cobertura efectiva o el de disponibilidad de la señal, es un asunto estrictamente legal y reglamentario, como lo son las fuentes que se invocan alrededor de esta discusión, a saber: el contrato 140 de 1997, la Resolución 429 de 1997 y la Resolución 129 de 2010, las cuales fueron examinadas, valoradas y estimadas por el Tribunal de Arbitramento, sin que el juez de tutela este autorizado para invadir el margen de decisión autónoma de los árbitros, sobre todo cuando no se exterioriza la forma en que fueron vulnerados sus derechos y el motivo por el cual, desde el ámbito constitucional, pueda considerarse que los jueces arbitrales, como ya se dijo, se apartaron de los mínimos de reflexión, coherencia y razonabilidad que demanda un fallo judicial.

El juez de tutela se rige por la excepcionalidad como parámetro para adelantar el examen de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y ello es particularmente riguroso en el caso de los laudos arbitrales, no solo por el carácter excepcional y transitorio que tiene la resolución de conflictos a través del uso del arbitraje, sino por el respeto a la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello. De ahí que, en la Sentencia SU-174 de 2007, se haya señalado que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige que se haya configurado una vulneración directa de los derechos fundamentales, sin que quepa habilitar su procedencia, como ocurre en este caso, para plantear de nuevo asuntos de fondo, legales o contractuales, que hayan sido resueltos de forma definitiva por la justicia arbitral y que, a su vez, fueron objeto de examen por el juez de anulación, al declarar infundada la pretensión de invalidez frente a lo allí decidido.

(iv) Por último, nótese que la alegación realizada se enfoca exclusivamente en cuestionar el criterio adoptado por el Tribunal de Arbitramento para proferir su fallo, en lo concerniente al pago de las tarifas por la asignación y uso de las frecuencias, esto es, por haber acogido el modelo de cobertura efectiva, ya que, a juicio de la ANTV, lo que se imponía era adoptar el criterio de disponibilidad de la señal. Nada distinto a esta controversia es la que se trae de nuevo ante el juez constitucional. A manera de ejemplo, en ningún momento se plantea si se desbordó el marco del artículo 116 de la Constitución, por pronunciarse el juez arbitral sobre asuntos no transigibles, o excluidos de la competencia de dicho mecanismo alternativo de justicia, y que fueron abordados en el examen del recurso de anulación resuelto respecto de

CARACOL TV. Por ello, se insiste, en que no se trata de casos iguales que conduzcan a su asimilación, pues, como lo ha señalado la Corte, “[n]o es posible considerar que existe una violación del derecho a la igualdad, en lo que se refiere a las disímiles decisiones adoptadas, por cuanto, más allá de la similitud en los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las causas, (...) el carácter relacional del derecho a la igualdad, supone no solo un examen comparativo respecto del resultado del juicio, sino también de la actividad desplegada por las partes, sus apoderados [y lo resuelto en cada caso por el juez]. De esta manera, (...), la posibilidad de reclamar identidad en el trato jurídico, depende de que los sujetos comparados se hallen en una misma situación, realidad que impone verificar tanto los hechos relacionados, como las pruebas recaudadas y los actos procesales [realizados]. Así, por ejemplo, piénsese en un caso de responsabilidad del Estado derivado de un acto de ejecución inmediata, en el que, a pesar de la identidad fáctica, una demanda se promueve dentro del término de los dos años previsto para el efecto, y la otra cuando ya operó el fenómeno de la caducidad de la acción.”

De esta manera, por las razones expuestas en esta providencia y en lo que atañe al vicio estudiado, se procederá a confirmar lo resuelto en sentencia del 20 de noviembre de 2013 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que se declaró la improcedencia de la acción de tutela, ratificando lo decidido, en primera instancia, por la Sección Cuarta de dicho Tribunal, en sentencia del 18 de febrero de 2013.

2.11.7.5. La tercera y cuarta irregularidad objeto de estudio se enfocan en la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN. En el caso del laudo arbitral, porque el Tribunal de Arbitramento omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, referentes al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en relación con la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

Tal como se dijo con anterioridad, aun cuando técnicamente el defecto podría ser sustantivo, atendiendo a que una de sus modalidades es, como se mencionó en el acápite 2.6.2.1 de esta sentencia, cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y, por ende, se omite tener en cuenta su rigor normativo; lo cierto es que la caracterización que se ha realizado de este vicio concuerda en mayor medida con el defecto procedimental absoluto, al entender que el agotamiento de la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, tal como se explicó en el numeral 2.9.2.6 de esta providencia, constituye un requisito previo de trámite, sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya falta de observancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado.

Para la Corte, visto lo expuesto con anterioridad, es innegable que existe certeza y precisión sobre el hecho que se invoca como generador de la vulneración, así como sobre los derechos que supuestamente se encuentran comprometidos. La pregunta que surge es si el vicio fue alegado previamente ante el juez natural de la causa o, en su defecto, si ello no fue posible por razones ajenas a la voluntad de la entidad demandante.

Para dar respuesta a este interrogante, es preciso recordar que el laudo arbitral se profirió el

5 de abril de 2011, mientras que la sentencia que denegó el recurso de anulación se expidió el 17 de noviembre del año en cita. Tal consideración temporal es trascendental en el presente caso, pues -tal y como se advirtió en el acápite 2.9.4 de esta providencia- el Sistema Andino en un inicio circunscribió la interpretación prejudicial a los jueces nacionales integrantes de la Rama Judicial de los Países Miembros, de suerte que a través de un proceso paulatino fue extendiendo dicha obligación a otros órganos del derecho interno.

Precisamente, en el caso de los jueces arbitrales, tal deber se impuso por el TJCA en el mismo año 2011, en sentencia del 26 de agosto, dentro del proceso 03-AI-2010, en la que dijo lo siguiente: "(...) si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. (...) En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria (...)".

Y fue tan solo hasta 11 de julio de 2012, cuando el TJCA dispuso que el recurso de anulación es la vía idónea para declarar la invalidez de los laudos arbitrales que incumplan la obligación de realizar la interpretación prejudicial, ya sea a solicitud de parte o de oficio, entendiendo que tal irregularidad constituye un vicio adicional que se suma al catálogo de causales de procedencia del citado recurso previstas en la ley. Esta jurisprudencia del TJCA, tanto en lo referente al laudo arbitral como al recurso de anulación, fue ratificada expresamente por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2012.

En virtud de lo anterior, no cabe exigir de la ANTV que hubiese alegado con anterioridad la existencia del vicio que ahora plantea en sede de tutela, pues, por una parte, para la época en que se profirió el laudo (5 de abril de 2011), todavía no se había hecho explícita la obligatoriedad de los jueces arbitrales de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, lo cual ocurrió, como ya se mencionó, hasta el 26 de agosto de dicho año; y, por la otra, para el momento en que se tramitó y resolvió el recurso de anulación (17 de noviembre de 2011), aún no se había señalado que dicho medio de impugnación era procedente para declarar la invalidez de las decisiones arbitrales que incumplieran con la obligación en examen, circunstancia que tan solo tuvo ocurrencia hasta el 11 de julio de 2012, siendo ratificado a nivel interno el día 9 de agosto del año en cita.

En conclusión, a juicio de la Corte, se advierte que, por razones ajenas a la voluntad de la entidad demandante, esto es, por la inexistencia de una definición legal y jurisprudencial sobre la materia, el vicio alegado en sede de tutela no fue puesto en conocimiento de los jueces de la causa, por lo que resulta procedente su alegación por vía del amparo constitucional hasta el 23 de octubre de 2012, fecha en la cual ya estaba definitivamente consolidada, tanto a nivel del derecho comunitario como del derecho interno, la obligación de los jueces arbitrales de requerir la interpretación prejudicial ante el TJCA, así como la posibilidad de promover el recurso de anulación, para obtener la invalidez de las decisiones

adoptadas en contravía de dicha carga.

Ahora bien, la circunstancia de que la irregularidad expuesta no hubiese sido susceptible de ser invocada ante los jueces de la causa, en el momento en que supuestamente se produjo la vulneración, si bien autoriza la procedencia de la acción de tutela en este caso y en respuesta a dicha particularidad, no implica que en lo sucesivo ello sea así, en especial frente a causas diferentes, toda vez que ya existe una clara definición sobre la materia.

Por lo demás, en criterio de este Tribunal, el proceso de concreción del vicio en los términos expuestos, no excluye la eventual existencia de la irregularidad alegada en este caso. En otras palabras, no puede concluirse que la carga de agotar la interpretación prejudicial ante el TJCA, únicamente resulta obligatoria para las controversias iniciadas con posterioridad a las fechas mencionadas, pues más allá de que en esa época se hubiese consolidado una posición sobre la materia, lo cierto es que, como deber normativo, el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 ya era exigible para el momento en que ocurrieron los hechos, con las características que identifican al derecho comunitario, y fue precisamente esa exigibilidad la que llevó a la construcción jurisprudencial expuesta, con ocasión del uso de la acción de incumplimiento. Incluso, no sobra advertir que tal obligatoriedad se justifica con lo previsto en el artículo 4 de la Decisión en cita, a cuyo tenor literal se dispone que: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. // Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”. Por lo demás, esto no significa que se consagre un principio de apertura de las causas ya resueltas en la época en mención, por una parte, porque en virtud del atributo de la cosa juzgada y del principio de seguridad jurídica, debe verificarse que se cumplan con todas las cargas que rigen a la acción de tutela, entre ellas el principio de inmediatez; y por la otra, porque la alegación del vicio, de acuerdo con la buena fe procesal, supone que efectivamente en la controversia existía una norma andina que exigía acudir al instrumento de la interpretación prejudicial, esto es, que materialmente dicha carga era obligatoria.

Por consiguiente, en el caso sub-judice, cabe la revisión del vicio que se endilga, pues una cosa es la procedencia de la acción de tutela, ante la imposibilidad de cuestionar en su momento la irregularidad que ahora se invoca; y otra muy distinta es que en efecto el vicio haya tenido ocurrencia, puesto que, para llegar a dicha conclusión, es necesario verificar que, en este caso, existía la obligación de activar la interpretación prejudicial, siguiendo los derroteros señalados en el acápite 2.9.2 de esta sentencia.

2.11.7.6. Siguiendo entonces las consideraciones expuestas en esta providencia, es claro que el recurso de amparo propuesto es improcedente frente a dos de los vicios alegados, esto es, (i) el supuesto defecto sustantivo del laudo por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional, con sujeción al criterio de cobertura efectiva; y (ii) el defecto sustantivo que también se alega respecto del laudo y que corresponde a la supuesta falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de dicha decisión.

En el primer caso, básicamente por pretender convertir al amparo constitucional en un medio

alternativo de defensa judicial, esbozando otra vez un vicio que ya fue resuelto y descartado por la autoridad judicial competente, esto es, por el Consejo de Estado como juez de anulación, en desmedro de los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, con el agravante de que la discusión que se propuso se enfocó en una controversia de mera legalidad, ya que no se exteriorizó la forma en que fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados y el motivo por el que el juez de la causa se apartó de los mínimos de sensatez y razonabilidad al proferir su fallo. Y, en el segundo caso, porque la irregularidad invocada no se alegó en la oportunidad debida, teniendo la oportunidad de hacerlo, pues no se hizo uso de la figura de la aclaración del laudo, lo que condujo, entre otras, a que no prospera la causal de anulación prevista en el numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, referente a la existencia de “disposiciones contradictorias” en la parte resolutive del laudo.

En consecuencia, el análisis subsiguiente de esta providencia únicamente se enfocará en el vicio referente a la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN. En el caso del laudo arbitral, porque el Tribunal omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, relativas al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en relación con la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

#### 2.11.8. Del examen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad

2.11.8.1. El ya citado artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Esto significa que la tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Bajo esta consideración, no cabe duda de que la subsidiariedad responde a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, como consecuencia de los principios de autonomía e independencia que rigen el desarrollo de la función jurisdiccional.

Con todo, aun existiendo otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos, ni eficaces para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.” La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea ni eficaz, circunstancia en la cual es

procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, “las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”.

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo ni eficaz, cuando, por ejemplo, no permite solventar una controversia en su dimensión constitucional o no ofrece un remedio integral frente al derecho comprometido. Por ello, esta Corporación ha dicho que: “[l]a aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”.

En relación con el segundo supuesto, la jurisprudencia ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Este amparo es eminentemente temporal, tal y como lo establece el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Finalmente, reitera la Sala que, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”. De no ser así, esto es, de asumirse a la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el ejercicio de la función jurisdiccional.

2.11.8.2. Sobre la base de las consideraciones expuestas en el acápite 2.5.3 de esta providencia, la aproximación al requisito de subsidiariedad de una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral, parte de la equivalencia entre dicha decisión y la sentencia judicial y, por ese camino, de la aplicación de los requisitos que la jurisprudencia ha señalado en relación con la procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones a las que haya lugar en razón a las características que les distinguen, en particular, por el hecho de que el laudo tiene como origen la determinación de los extremos contractuales de apartarse del sistema estatal de

justicia, en virtud del principio de voluntariedad o libre habilitación.

2.11.8.3. En desarrollo de lo anterior, el requisito de subsidiariedad implica realizar un examen de procedibilidad en concreto, dirigido a determinar si existe un mecanismo de defensa judicial que, de forma principal, permita la protección de los derechos fundamentales invocados, en términos de idoneidad y eficacia. En caso afirmativo, el amparo resultaría improcedente, salvo en aquellos eventos en los que, ante la existencia de un perjuicio irremediable, se acuda a él como mecanismo transitorio. Por el contrario, en caso negativo, es claro que la acción de tutela procedería como mecanismo directo de salvaguarda de las garantías iusfundamentales, tal como se reseñó con anterioridad.

Esta construcción de la regla de procedencia pone de presente que, entre otros aspectos, dada la transcendencia de los derechos fundamentales como soportes esenciales de la Constitución, su protección está garantizada por los distintos medios de defensa judicial, y, ante la ausencia de ellos, reforzada por la acción de tutela, a la que toda persona puede acudir de manera supletoria. Para adelantar entonces el examen de procedibilidad en concreto, es indispensable que se proceda a la revisión de los distintos mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se prevén en el ordenamiento jurídico. Al respecto, en la Sentencia T-375 de 2018, se dijo que:

“El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que ‘permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos’. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos. // En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.”

De suerte que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha reconocido que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, cabe promover una acción de tutela en contra de una autoridad judicial, esta opción es extraordinaria en atención al requisito de subsidiariedad, pues el mismo proceso judicial es el escenario principal y natural en el que se debe ventilar la existencia de cualquier reproche. De modo que, solamente una vez agotada dicha instancia procesal y siempre que se mantenga una vulneración iusfundamental, cabe acudir al uso del amparo constitucional sujeto al examen estricto y excepcional de procedencia, el cual, en últimas, se dirige a evitar que este recurso sea tomado como una instancia adicional o como una vía para rescatar oportunidades procesales pretermitidas.

A partir de lo expuesto, la jurisprudencia ha identificado tres circunstancias concretas, derivadas del principio de subsidiariedad, que conducen a que una acción de tutela formulada contra una providencia judicial, incluido los laudos arbitrales, resulte improcedente, y que se exponen en la Sentencia T-396 de 2014, en los siguientes términos:

“(…) es dable establecer que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres eventos importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”.

A la luz de lo anterior, un estricto análisis del requisito de subsidiariedad permite que la acción de tutela contra providencias judiciales no sea utilizada por el simple desacuerdo de las partes con las decisiones adoptadas, y que, además, no afecte la figura de la cosa juzgada, controvirtiendo de manera extemporánea situaciones jurídicas consolidadas y que tuvieron su oportunidad de discusión.

2.11.8.4. Desde esta perspectiva, en lo que atañe al examen de subsidiariedad respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, y sin perjuicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para acogerse a una jurisdicción especial, es necesario tener en cuenta que, si bien las decisiones arbitrales no cuentan con la posibilidad de ser controvertidas ante un juez superior, pues la resolución de fondo de la litis es excluida del ámbito de la justicia estatal, tal y como se explicó en el acápite 2.5.3.3 de esta providencia, lo cierto es que el ordenamiento jurídico ha previsto vías de defensa ante el sistema ordinario de justicia, en ciertos aspectos vinculados con irregularidades procesales que no hayan sido observadas y subsanadas en el trámite arbitral.

Sobre este asunto, tanto la normatividad anterior (Decreto 1818 de 1998), como la actualmente vigente (Ley 1563 de 2012), prevén los recursos de anulación y de revisión, cuyo alcance fue explicado con detenimiento en los acápites 2.7 y 2.8 de esta providencia. Teniendo como notas características de ambos recursos, (i) que sus causales de procedencia están relacionadas con aspectos procesales, esto es, con vicios in procedendo, y que, además, (ii) su alcance es restrictivo, pues su invocación se condiciona exclusivamente a los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico. Por lo demás, cabe aclarar que, por la naturaleza jurisdiccional del arbitramento, para llegar a la expedición del laudo es preciso agotar con un procedimiento previo, lo que impone -en términos de subsidiariedad- hacer uso de las alternativas de defensa que brinda el propio trámite arbitral, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad de invocar la figura de la aclaración, corrección y adición de los laudos.

2.11.8.5. El examen armónico de los escenarios planteados lleva a considerar que el examen de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, en los casos en que los reproches iusfundamentales están relacionados con aspectos in procedendo, además de las vías de defensa propias del trámite arbitral, cuenta con los recursos de anulación y de revisión. Caso distinto se observa en aquellos vicios que desbordan las causales de procedencia de los recursos en mención, como sucedería, en general, con los llamados errores sustanciales o también denominados in iudicando. En tales eventos, al ser improcedente los recursos de anulación y de revisión, cualquier alegación que en tal sentido se haga solamente se puede realizar dentro de las oportunidades del proceso arbitral. Ello, claro está, siempre que el reproche no se predique del contenido del mismo laudo, pues en tal evento, no se contaría con ninguna instancia de controversia.

La acción de tutela puede entonces proceder en contra de un laudo arbitral cuando no se contó con la oportunidad procesal para controvertir una supuesta vulneración iusfundamental, o cuando teniéndola y habiendo hecho uso de ella, por una deficiencia en la actuación de la autoridad, persiste el defecto alegado. Esta circunstancia exige que se haga una valoración en concreto sobre la actuación en el proceso arbitral, en relación con el agotamiento diligente de los medios de defensa de los que se disponía, para evitar que con la acción de amparo se pretendan remplazar los medios de defensa creados por el legislador.

Por esta razón, como se dispuso en la Sentencia SU-174 de 2007, la acción de tutela “sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental”. Lo anterior incluye el deber de utilizar tanto los medios impugnativos que se pueden impulsar contra la decisión arbitral final, como ocurre con los recursos de anulación y de revisión, como la activación de los medios de defensa que se consagran en las distintas etapas dentro del mismo proceso de arbitramento. En este sentido, la Corte ha establecido que: “(i)[d]ado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral; (...) [así como cuando (ii) no se hayan] agotado los recursos (...) que contempla la ley contra los laudos arbitrales, salvo que se acuda al amparo (...) como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable”.

En este orden de ideas, el examen de subsidiariedad debe, primero, centrarse en el agotamiento de los medios de defensa que ofrece el trámite arbitral propiamente dicho y, luego, cuando haya lugar a ello, en las restringidas posibilidades que brindan los recursos de anulación y de revisión, en donde resulta clave determinar si se trata de reproches in procedendo o in iudicando. En efecto, si la irregularidad no coincide con alguna de las causales establecidas por la ley para acudir a los recursos de anulación y de revisión, como ocurre generalmente con los reproches de sustanciales o también llamados in iudicando, no puede exigirse el agotamiento previo de un recurso que resulta ineficaz, lo que torna procedente recurrir a la acción de tutela, siempre que se hayan agotado con los medios de defensa propios del trámite arbitral.

Al respecto, en la Sentencia T-972 de 2007, se expuso que:

“[Lo anterior] no significa que se exima a los demandantes de cumplir con el agotamiento de los medios judiciales a su disposición para atacar los laudos, especialmente el recurso extraordinario de anulación, antes de acudir a la acción de tutela, por el contrario se insiste en que esta carga sigue siendo la regla general para que proceda la garantía constitucional contra un laudo arbitral, sin embargo, en ciertos casos, cuando los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, por no encajar éstos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional”.

2.11.8.6. En este contexto, cabe concluir que los laudos están sujetos a un control iusfundamental integral y subsidiario, pues, si bien la voluntariedad del arbitramento implica que la actuación de la justicia estatal sea la mínima, y que “(...) la valoración sustantiva

realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible”, los derechos fundamentales gozan de una protección especial que, de manera excepcional, permite que las decisiones arbitrales puedan ser objeto de la acción de tutela.

No obstante, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la protección iusfundamental se concreta, antes que nada, en los mecanismos de defensa judicial propios del procedimiento arbitral, y luego, cuando haya lugar, en los recursos de anulación y de revisión, siendo los dos escenarios naturales donde corresponde verificar la adecuación del laudo con la Constitución. Sin embargo, de manera equivalente al tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a la acción de amparo contra providencias judiciales, en el caso de los laudos arbitrales también ha previsto la posibilidad excepcional de que se pueda acudir ante el juez de tutela para proteger el derecho fundamental al debido proceso, (i) bien sea cuando se alegue la afectación de un aspecto in judicando, en el que no cabe el ejercicio de los recursos señalados, o (ii) cuando se trate de un vicio in procedendo, siempre que no haya sido posible su corrección mediante las vías ordinarias que han sido previstas para el efecto. En todo caso, y se insiste en ello, la procedibilidad de la acción de tutela, en cualquiera de los dos eventos mencionados, está subordinada a que antes se haya solicitado la protección conforme a las reglas de trámite previstas para el procedimiento arbitral.

11.2.8.7. En el asunto sub-judice, como se explicó en el examen realizado en el acápite anterior, el juicio de subsidiariedad debe realizarse exclusivamente respecto del vicio referente a la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN. En el caso del laudo arbitral, porque el Tribunal omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina, relativas al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en relación con la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

11.2.8.8 Tal como se dijo con anterioridad, aun cuando técnicamente el defecto podría ser sustantivo, lo cierto es que la caracterización que se ha realizado de este vicio concuerda en mayor medida con el defecto procedimental absoluto, al entender que el agotamiento de la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, como se dijo en el acápite 2.9.2.6 de esta providencia, constituye un requisito previo de trámite, sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya falta de observancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado.

En el caso sub-examine, siguiendo la explicación elaborada en el examen del requisito anterior, es claro que no cabe exigir que la ANTV hubiese alegado con anterioridad la existencia del vicio que ahora plantea en sede de tutela, pues, por una parte, para la época en que se profirió el laudo (5 de abril de 2011), todavía no se había hecho explícita la obligatoriedad de los jueces arbitrales de solicitar la interpretación prejudicial ante el TJCA, lo cual ocurrió, como ya se mencionó, hasta el 26 de agosto de dicho año; y, por la otra, para el momento en que se tramitó y resolvió el recurso de anulación (17 de noviembre de 2011), aún no se había señalado que dicho medio de impugnación era procedente para declarar la invalidez de las decisiones arbitrales que incumplieran con la obligación en examen, circunstancia que tan solo tuvo ocurrencia hasta el 11 de julio de 2012, siendo ratificado a

nivel interno, por el Consejo de Estado, el día 9 de agosto del año en cita.

Así las cosas, por razones ajenas a la voluntad de la entidad demandante, esto es, por la inexistencia de una definición legal y jurisprudencial sobre la materia, es que el vicio alegado en sede de tutela no fue puesto en conocimiento de los jueces de la causa, circunstancia por la cual, para el momento en que ocurrieron los hechos, cabe concluir que, en lo que atañe al examen de subsidiariedad, los medios judiciales existentes eran ineficaces para controvertir los defectos ahora alegados, pues, por una parte, frente al trámite arbitral, la obligatoriedad de los tribunales de solicitar la interpretación prejudicial solo se impuso hasta el 26 de agosto de 2011, siendo que el laudo cuestionado se profirió el 5 de abril del año en cita; y, por la otra, en lo relativo al recurso de anulación, su extensión como causal de procedencia para alegar la nulidad o invalidez de una decisión arbitral que incumpla con la obligación en estudio, se concretó hasta el 11 de julio de 2012 (ratificada a nivel interno el día 9 de agosto de ese año), cuando el fallo adoptado en el presente caso se produjo el 17 de noviembre de 2011.

En este sentido, los medios de defensa existentes durante el momento en que presuntamente ocurrió la irregularidad alegada no permitían dar una respuesta al problema planteado, toda vez que, en primer lugar, se consideraba que los árbitros no tenían la obligación de agotar la interpretación prejudicial, incluso, como aquí se afirma, al señalar que su activación era facultativa; y, en segundo lugar, el Consejo de Estado no admitía el recurso de anulación para controvertir la falta de agotamiento de dicho requisito, con el argumento de que tal causal no estaba expresamente prevista en el régimen legal sobre la materia (Decreto 1818 de 1998), postura que tan solo cambió con la decisión del 9 de agosto de 2012, en observancia de lo dispuesto por el TJCA, en el caso ETB-Comcel S.A.

Por lo demás, para la época de los hechos, tampoco resultaba procedente el recurso extraordinario de revisión, pues, en línea con lo expuesto, al no haberse hecho explícita la obligatoriedad de los tribunales de arbitramento de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, no cabía cuestionar directamente el laudo, alegando la existencia de una nulidad en la decisión allí adoptada, derivada del incumplimiento de suspender el proceso; al igual que tampoco se permitía hacer uso del recurso de revisión para cuestionar lo resuelto en la sentencia que denegó el recurso de anulación, ya que no existía el deber –en este caso, del Consejo de Estado– de declarar de oficio la ocurrencia del vicio derivado la falta de agotamiento del requisito en estudio, el cual solo se impuso con la decisión del TJCA del 11 de julio de 2012. En este sentido, nuevamente se trata de un problema de eficacia del medio de defensa judicial, lo que torna viable la tutela interpuesta el 23 de octubre de 2012, ya que, en principio, la ANTV no tenía otra alternativa de defensa distinta a la del amparo constitucional, para garantizar el deber normativo impuesto en el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, exigible para cuando ocurrieron los hechos, con las características propias que identifican al derecho comunitario.

11.2.8.9. Por las razones expuestas, atendiendo a las circunstancias de este caso y respecto del vicio en examen, se considera que la acción de tutela propuesta resulta procedente, con la salvedad ya expuesta de que el análisis se limita a este litigio y de que no resulta extensible a otros, por la existencia, en la actualidad, de un régimen ya definido de solución legal y jurisprudencial sobre la materia.

Esta decisión se ratifica con lo expuesto en el acápite 2.10 de esta providencia, en el cual se explicó que la acción de incumplimiento, por disposición del derecho comunitario, opera como una vía paralela y no simultánea frente a los mecanismos que, en el derecho interno, permiten asegurar la observancia de las disposiciones supranacionales, incluida la violación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, sobre la interpretación prejudicial obligatoria.

Esto implica que la persona natural o jurídica afectada es la que tiene la potestad de decidir por cual herramienta acudir, descartando, a partir de su elección, el uso de la otra, siempre que se trate de la misma causa. En este sentido, el artículo 25 de dicho estatuto normativo señala que: “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la secretaria general y al [TJCA], con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24. // La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”.

Al consagrar a la acción de incumplimiento como una vía paralela, es claro que no puede invocarse su existencia para negar el derecho que tienen las personas naturales o jurídicas de acudir judicialmente a la defensa de sus derechos en el sistema interno, como ocurre en este caso mediante el uso de la acción de tutela, mientras no se produzca el efecto excluyente de la simultaneidad, pues ello implicaría, por una parte, desconocer el artículo 4 de la Decisión 472 de 1999, en el que se obliga a los Estados Partes a adoptar “las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y, por la otra, incurrir en un acto de denegación de justicia, ya que la acción de incumplimiento no protege derechos, ni declara la invalidez de las actuaciones de los órganos del País Miembro, y menos aún, tiene un componente resarcitorio o reparador, pues, como ya se explicó, opera bajo un esquema meramente declarativo.

11.2.8.10. Por consiguiente, a diferencia de lo expuesto por el juez de tutela de segunda instancia, se concluye que la procedencia de la acción de tutela no se ve afectada por la existencia de la acción de incumplimiento, la cual, por lo demás, no había sido ejercida, en aras de invocar una supuesta simultaneidad; por lo que sumado a la falta de eficacia de los otros medios de defensa judicial, no cabe decisión distinta a la de admitir la viabilidad del amparo, como ya se dijo, únicamente respecto del vicio en examen, pues frente a los demás ya se concluyó que la tutela es improcedente, como se explicó en el acápite 2.11.7 de esta providencia.

2.12. Problema jurídico frente a la irregularidad objeto de examen y contextualización del debate

2.12.1. Con fundamento en los hechos relatados en la presente causa y una vez concluido el examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde a la Sala Plena decidir si se vulneraron los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la ANTV, con ocasión de la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la CAN. Como se ha reiterado previamente en esta providencia, en el caso del laudo arbitral, porque el Tribunal omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad

Andina, relativas al servicio de las telecomunicaciones; mientras que, en torno a la sentencia que resolvió el recurso de anulación, porque la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado no cumplió con esa misma carga, ante la omisión en la que se incurrió por el juez arbitral.

2.12.2. Para la entidad demandante, conforme al resumen realizado en el acápite 1.2.3.1 de esta sentencia, la justificación del vicio alegado se basa en que, en el caso del laudo, los tribunales de arbitramento tienen la obligación de consultar previamente al TJCA, "(...) la aplicación de las normas que obligan a [dicha] comunidad, dentro de las cuales se encuentra la relacionada con las telecomunicaciones", postura que se asumió por el Consejo de Estado, en la sentencia del 9 de agosto de 2012, en el caso ETB-COMCEL, al declarar la nulidad de la sentencia de anulación que había sido proferido en dicha causa, en cumplimiento de una decisión TJCA. Por su parte, respecto de la sentencia del Consejo de Estado, se señala que, ante la omisión del tribunal arbitral, le correspondía a la citada autoridad, al momento de resolver el recurso de anulación, requerir la interpretación prejudicial del TJCA, tal como ocurrió en el caso gemelo de CARACOL TV, en el cual dicha obligación fue ordenada por Auto del 5 de abril de 2011, proferido por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

Por su parte, en las oposiciones formuladas por las entidades demandadas y terceros con interés, se expresa lo siguiente: (i) la regulación de la Comunidad Andina excluye de forma expresa al servicio de televisión como parte del régimen común (Decisión 462 de 1999, art. 3); (ii) aunado a que esa misma normatividad señala que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la contraprestación derivada de tales conceptos, están sujetos a lo que se disponga en las normas internas de cada uno de los países miembros (Decisión 462 de 1999, art. 22).

2.12.3. Para efectos de dar respuesta a la controversia planteada, la Sala Plena encuentra que son suficientes las consideraciones que han sido realizadas a lo largo de esta providencia, especialmente las expuestas en el acápite 2.9.2 sobre el alcance de la interpretación prejudicial en el derecho comunitario.

Con todo, y se insiste en ello, aun cuando técnicamente el defecto invocado podría ser sustantivo, lo cierto es que la caracterización que se ha realizado de este vicio concuerda en mayor medida con el defecto procedimental absoluto, al entender que el agotamiento de la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, como se dijo en el acápite 2.9.2.6 de esta providencia, constituye un requisito previo de trámite, sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya falta de observancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado.

Así las cosas, basta reiterar para efectos de esta providencia, que esta causal de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 Superiores, y se presenta cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando se aparta abierta e injustificadamente de la normatividad procesal que es aplicable al caso concreto. Esto último conduce al desconocimiento absoluto de las formas propias de cada juicio, (i) porque el funcionario judicial sigue un trámite por completo ajeno al pertinente o (ii) porque pretermite etapas o fases sustanciales del procedimiento establecido, en detrimento de los derechos de defensa

y contradicción de una de las partes del proceso. Inclusive, por vía excepcional, (iii) la jurisprudencia constitucional también ha determinado que este defecto puede originarse por un exceso ritual manifiesto, cuando un funcionario judicial utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por lo tanto, sus actuaciones devienen en una denegación arbitraria de justicia.

### 2.13. Solución de fondo respecto del caso planteado

2.13.1. Respecto del caso planteado, lo primero que advierte la Sala Plena es que, de conformidad con lo señalado en el acápite 2.9.4 de esta providencia, los jueces arbitrales están en la obligación de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria prevista en el artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, en los casos en que se trate de arbitramentos en derecho y se deba aplicar o se controviertan disposiciones que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, toda vez que se ha entendido que ellos actúan como juez de única instancia, por lo que frente a sus decisiones no caben “recursos en el derecho interno”, entendiéndose por tales los que permiten decidir sobre la aplicación correcta de las normas que hacen parte del sistema jurídico Andino, es decir, que otorgan la posibilidad de corregir o subsanar errores sustanciales o in judicando en la aplicación del derecho.

Precisamente, como se expuso en el acápite 2.9.4.2 del presente fallo, el deber de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria no se enerva ni desaparece por el hecho de que el ordenamiento jurídico interno consagre la posibilidad de solicitar (i) la aclaración, corrección y adición del laudo, pues tal figura procesal no constituye un recurso contra la decisión arbitral que deba tramitarse ante otra instancia; (ii) ello tampoco ocurre por la consagración del recurso de anulación, ya que su finalidad, como se explicó con anterioridad, es la corrección de errores in procedendo, sin que sea posible el abordaje de errores in judicando, por la violación de normas sustantivas, como lo son las que integran el derecho comunitario, por lo que no cabe el reexamen de la cuestión litigiosa; y menos aún, (iii) por la existencia del recurso extraordinario de revisión frente al laudo, puesto que sus causales restrictivas no están concebidas para permitir el estudio del derecho sustancial aplicado en una decisión, sino, en su lugar, para remediar graves irregularidades procesales, que afectan la realización de la justicia.

2.13.2. Ahora bien, la decisión de solicitar o no la interpretación prejudicial le corresponde exclusivamente al juez nacional, como lo ha advertido el TJCA, incluso cuando se trata de una consulta obligatoria. Sin embargo, no se trata de una atribución discrecional, pues la activación de este mecanismo procesal se sujeta, además de no tener recursos en el derecho interno, a que en el proceso que se surte a nivel nacional “deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Esto significa que el citado mecanismo no procede por la simple invocación de una de las partes, sino que se exige del juez nacional, incluido el juez arbitral, el examen de si efectivamente en la controversia sometida a discusión se deben aplicar o se controvierten disposiciones del derecho supranacional. En este sentido, es claro que no basta la sola mención de una norma para que se active el mecanismo de la interpretación prejudicial. Así como tampoco es suficiente su simple referencia en un trámite judicial para que pueda provocarse su práctica. De incurrir en alguna de estas hipótesis, se correría el riesgo de

dilatar los procesos judiciales, en contravía de los principios de economía y celeridad que integran el derecho de acceso a la administración de justicia.

En línea con lo anterior, tal como se ha dicho en esta providencia, la aplicación supone constatar que en el proceso interno es necesario recurrir a las normas andinas para dar respuesta a las pretensiones o excepciones planteadas por las partes; mientras que la controversia se traduce en que existan discusiones u opiniones contrapuestas sobre la exigibilidad de tal ordenamiento en la definición del litigio. Precisamente, sobre esta última exigencia, el TJCA ha señalado que:

“Lo esencial para que se requiera dicha interpretación -se reitera- es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida con opiniones contrapuestas, sobre tales normas; o que el juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso”.

2.13.3. En el asunto bajo examen, a diferencia de lo alegado por la ANTV, no se advierte que hubiese sido necesario activar el mecanismo de la interpretación prejudicial obligatoria, toda vez que no se cumple con el requisito de que en la resolución de la litis sea obligatorio aplicar la normatividad supranacional o que, en su lugar, haya existido controversia sobre el alcance de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Para el efecto, se resalta lo siguiente:

(i) En primer lugar, la ANTV en ningún momento invoca una norma de la Comunidad Andina que haya debido ser aplicada para resolver las pretensiones o excepciones formuladas por las partes. Simplemente alude a las disposiciones sobre las “telecomunicaciones”, sin especificar de qué precepto se trataba y de por qué resultaba necesario para dar una solución al conflicto planteado. Esto significa que se esboza sin más a una fórmula genérica carente de cualquier elemento mínimo de precisión, cuya justificación no permite demostrar la existencia del deber de activar el mecanismo supuestamente omitido ante el TJCA, provocando una especie de control oficioso del régimen supranacional que escapa a la labor del juez nacional y, más aún, del juez de tutela.

(ii) En segundo lugar, a lo largo del trámite que se llevó a cabo, tanto en la instancia arbitral como en sede de anulación, en ningún momento se presentó discusión o controversia alguna sobre las normas de la Comunidad Andina, menos con las características de ser extensa y detenida, como lo exige el TJCA.

(iii) En tercer lugar, vistos los dos elementos anteriormente expuestos, no cabe duda de que en el proceso adelantado -tanto en sede arbitral como de anulación- no existió el deber de aplicar norma alguna de la Comunidad Andina, al igual que tampoco se suscitó algún tipo de controversia sobre su exigibilidad en este caso. En últimas no se cumplió con uno de los requisitos esenciales para activar el deber de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria, consistente en que: “deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

(iv) En cuarto lugar, y en desarrollo de lo expuesto, se aprecia que la generalidad invocada por la ANTV contrasta de forma directa con la claridad y especificidad que trae el derecho

supranacional, el cual excluye de su rigor normativo las disputas relacionadas con el servicio de televisión, lo que implica, de contera, que frente a este asunto no existe la obligación de provocar la interpretación prejudicial. Precisamente, el artículo 3 de la Decisión 462 de 1999, sobre las “normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, dispone que: “La presente decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión”. Lo anterior se refuerza con lo previsto en el artículo 22 del mismo estatuto normativo, en el que se señala que los permisos para la asignación y uso del espectro, así como la contraprestación derivada de tales conceptos, están sujetos al derecho interno de los Países Miembros y no al régimen normativo de la Comunidad Andina.

(v) En quinto lugar, la invocación del caso ETB-COMCEL no guarda similitud con el asunto que ahora es objeto de conocimiento, por lo que no corresponde a un precedente que resulte aplicable. En efecto, mientras que en esta oportunidad se debate, en esencia, el criterio utilizado para el cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias para la prestación del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional, derivadas de la suscripción del contrato No. 140 de 1997 entre la CNTV y RCN TV, como materia excluida expresamente del régimen comunitario andino; en aquella ocasión el conflicto se suscitó por la firma de varios contratos sobre “acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (...) y la red de telefonía móvil celular”, asuntos explícitamente regulados en la mencionada Decisión 462 de 1999, en los artículos 3, 30 y 32.

(vi) Finalmente, la invocación que se realiza al auto que se profirió en el caso de CARACOL TV, en el que se solicitó, al parecer, la interpretación prejudicial en una disputa también relacionada con el cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, omite poner de presente que dicha decisión fue revocada por el propio Consejo de Estado, al advertir que, por estar de por medio el servicio de televisión, no cabía activar el citado mecanismo procesal ante el TJCA.

Al respecto, en providencia del 27 de septiembre de 2013, se manifestó que:

“Como se observa, los servicios de radiodifusión sonora y televisión fueron excluidos expresamente de la aplicación de la norma en comento [se refiere al artículo 3 de la Decisión 462 de 1999]. Ahora, si bien esta Corporación, como se dijo en renglones precedentes, declaró la nulidad del trámite de un recurso de anulación por la falta del requisito que aquí se echa de menos, en esa ocasión se discutían temas relacionados con el acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular. (...) De lo anterior, se tiene que, si bien se está frente a un tema de telecomunicaciones, el servicio que se discute en particular es de aquellos exceptuados por las normas que en otrora le sirvió al Tribunal Andino y a esta Corporación para exigir el pronunciamiento del primero. (...) Corolario de lo anterior, fuerza concluir que las razones expuestas en el recurso de súplica tienen fundamento y, en ese orden, se impone revocar la providencia recurrida.”

Por todas las razones expuestas, no se advierte que se haya incurrido en el vicio que se invoca, ya que en este caso no era exigible la interpretación prejudicial obligatoria ante el

TJCA, puesto que el asunto no demandaba para su resolución la aplicación o uso de las normas andinas, al tratarse de una disputa excluida expresamente de su rigor normativo. En este orden de ideas, no cabe ningún reparo frente al fallo adoptado en el laudo arbitral, ni tampoco respecto de la decisión dispuesta por el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación. Por consiguiente, en relación con el vicio objeto de este examen en el presente acápite, se procederá a negar el amparo solicitado, previa revocatoria de las decisiones de instancia que declararon la improcedencia de la acción.

### III. SÍNTESIS

En esta oportunidad, la Sala Plena se pronunció sobre una acción de tutela promovida por la Autoridad Nacional de Televisión, ANTV, a partir de una disputa vinculada con la ejecución del contrato No. 140 de 1997, para la prestación del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional por parte de RCN TV. En particular, se cuestionó lo resuelto en el laudo arbitral del 5 de abril de 2011 que resolvió la referida controversia, así como lo dispuesto en la sentencia de anulación en la que se decidió denegar las solicitudes formuladas en contra de dicha decisión arbitral, proferida por el Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A, el día 11 de noviembre del año en cita.

Luego de pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y de abordar el estudio del recurso de anulación frente a laudos arbitrales, del recurso extraordinario de revisión, de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y del alcance de la acción de incumplimiento, la Corte concluyó lo siguiente:

- En primer lugar, el recurso de amparo propuesto es improcedente frente a dos de los vicios alegados, esto es, (i) el supuesto defecto sustantivo del laudo por disponer la liquidación del cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional, con sujeción al criterio de cobertura efectiva; y (ii) el defecto sustantivo que también se alega respecto del laudo y que corresponde a la supuesta falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de dicha decisión.

En el primer caso, básicamente por pretender convertir al amparo constitucional en un medio alternativo de defensa judicial, esbozando otra vez un vicio que ya fue resuelto y descartado por la autoridad judicial competente, esto es, por el Consejo de Estado como juez de anulación, en desmedro de los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, con el agravante de que la discusión que se propuso se enfocó en una controversia de mera legalidad, ya que no se exteriorizó la forma en que fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados y el motivo por el que el juez de la causa se apartó de los mínimos de sensatez y razonabilidad al proferir su fallo. Y, en el segundo caso, porque la irregularidad invocada no se alegó en la oportunidad debida, teniendo la oportunidad de hacerlo, pues no se hizo uso de la figura de la aclaración del laudo, lo que condujo, entre otras, a que no prospera la causal de anulación prevista en el numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, referente a la existencia de “disposiciones contradictorias” en la parte resolutive del laudo.

En general, frente a las dos irregularidades expuestas, se concluyó que la ANTV incumplió el requisito general de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales,

referente a que la parte identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial, siempre que ello fuere posible.

- En segundo lugar, en relación con el único vicio que dio lugar a un examen de fondo, concerniente a la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999 de la Comunidad Andina de Naciones, disposición en la que se impone el deber de agotar la interpretación prejudicial obligatoria, cuando se deban aplicar o se controviertan normas del derecho supranacional, se concluyó por la Sala Plena que, en el asunto sub-judice, no se incurrió en la irregularidad alegada, por las siguientes razones: (i) porque vistos los dos elementos anteriormente expuestos, tanto en sede arbitral como de anulación, no existió el deber de aplicar norma alguna de la Comunidad Andina, al igual que tampoco se suscitó algún tipo de controversia sobre su exigibilidad; (ii) porque el derecho andino excluye de forma expresa de su rigor normativo las disputas relacionadas con el servicio de televisión, lo que implica, de contera, que frente a este asunto no existe la obligación de provocar la interpretación prejudicial ante el TJCA (Decisión 462 de 1999, art. 3); (iii) porque la invocación del caso ETB-COMCEL no guarda similitud con el asunto que es objeto de conocimiento, por lo que no corresponde a un precedente que resulte aplicable; y (iv) porque la remisión que se realiza al auto que se profirió en el caso de CARACOL TV, en el que se solicitó, al parecer, la interpretación prejudicial en una disputa también relacionada con el cobro de las tarifas por la asignación de frecuencias, omite poner de presente que dicha decisión fue revocada por el propio Consejo de Estado, al advertir que, por estar de por medio el servicio de televisión, no cabía activar el citado mecanismo procesal ante el TJCA.

Por consiguiente, por las razones expuestas en esta providencia, se confirmarán las decisiones de instancia en lo que corresponde al examen de los dos primeros vicios, en la medida en que declararon la improcedencia de la acción; mientras que, respecto de la irregularidad vinculada con la supuesta falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de 1999, se procederá, en su lugar, a negar el amparo solicitado, previa revocatoria de los fallos de instancia que, en este punto, también declararon la improcedencia de la acción.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE

Segundo.- Frente al resto de defectos invocados y conforme a lo señalado en la parte motiva del presente fallo, CONFIRMAR lo resuelto en sentencia del 20 de noviembre de 2013 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que ratificando lo resuelto, en primera instancia, por la Sección Cuarta de dicho Tribunal, en sentencia del 18 de febrero de 2013, se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

HELÍ ABEL TORRADO TORRADO

Conjuez

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

Pág.

## I. ANTECEDENTES

1

### 1.1. HECHOS RELEVANTES

1

1.1.1. Del contrato de concesión para la prestación del servicio de televisión abierta, privada y de carácter nacional

1

3

1.1.3. El Tribunal de Arbitramento, consideraciones y decisión arbitral

4

1.1.3.1. De los argumentos de la parte convocante del proceso arbitral (RCN TV)

4

1.1.3.2. De los argumentos de la parte convocada del proceso arbitral (CNTV)

6

1.1.3.3. Intervención del Ministerio Público en el proceso arbitral

8

1.1.3.4. Consideraciones generales del Tribunal de Arbitramento

9

1.1.3.5. Consideraciones sobre el cobro de las tarifas por la asignación de las frecuencias

10

1.1.3.6. Consideraciones sobre los perjuicios y/o mayores costos por la instalación de antenas receptoras de televisión

16

1.1.3.7. Otros pronunciamientos del Tribunal de Arbitramento

17

1.1.3.8. Consideraciones sobre la condena en costas

18

1.1.3.9. Parte resolutive del laudo y solicitudes de aclaración, corrección y complementación

18

1.1.4. Sobre el recurso de anulación

18

1.1.5. De la decisión del Consejo de Estado sobre el recurso de anulación

20

1.2. LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU TRÁMITE

23

23

1.2.2. Explicaciones sobre el ejercicio de la acción

23

1.2.3. Irregularidades invocadas frente al laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación

25

1.2.4. Supuestos invocados en la demanda para acreditar los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

28

1.2.5. Contestación de las entidades demandadas y terceros con interés

30

1.2.5.1. Contestación de RCN TV

30

1.2.5.2. Contestación del Tribunal de Arbitramento

31

1.2.5.3. Contestación del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

33

1.2.5.4. Cuadro explicativo que reúne las oposiciones formuladas

36

## 1.2.6. Sentencias objeto de revisión

38

### 1.2.6.1. Primera instancia

38

### 1.2.6.2. Impugnación por parte de la ANTV

40

### 1.2.6.3. Respuesta a la impugnación por RCN TV

41

### 1.2.6.4. Segunda instancia

42

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

43

### 2.1. Selección, insistencias presentadas y competencia de la Sala Plena

43

### 2.2. Escritos radicados por la ANTV, RCN TV y CARACOL TV en sede de revisión

#### 2.2.1. Escrito de la ANTV

43

#### 2.2.2. Escrito de RCN TV

46

#### 2.2.3. Escrito de CARACOL TV

48

### 2.3. Elementos de prueba

52

### 2.4. Esquema para el estudio y la resolución del caso planteado

55

### 2.5. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

56	
2.5.1. Planteamiento general	
56	
2.5.2. Del recurso de amparo contra providencias de órganos de cierre	
60	
2.5.3. De la acción de tutela contra laudos arbitrales	
67	
2.6. Del defecto sustantivo o material	
77	
2.6.1. Del defecto sustantivo o material respecto de providencias judiciales	
77	
2.6.2. Del defecto sustantivo o material respecto de laudos arbitrales	
80	
2.7. Ámbito de acción del recurso de anulación respecto de laudos arbitrales	
81	
2.8. Ámbito de acción del recuso extraordinario de revisión	
90	
2.9. Alcance y obligatoriedad de la interpretación prejudicial a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)	
95	
2.9.1. Aproximación general al derecho comunitario	
95	
2.9.2. La interpretación prejudicial en el derecho comunitario	
101	
2.9.3. Las consecuencias que se derivan de la omisión en la práctica de la interpretación prejudicial en el derecho interno	
110	

2.9.4. La interpretación prejudicial en el ámbito de la justicia arbitral y las consecuencias que se producen por su incumplimiento

2.10. Procedencia de la acción de incumplimiento frente al TJCA

117

2.11. Estudio del caso concreto

120

2.11.1. Examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el asunto sub-judice

120

2.11.2. De la legitimación en la causa por activa y por pasiva

121

2.11.3. De la relevancia constitucional del caso

133

2.11.4. De la satisfacción del requisito referente a que la tutela no se dirija contra sentencias de tutela ni contra decisiones de constitucionalidad abstracta proferidas por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado

134

2.11.5. Del análisis sobre la exigencia de que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de las prerrogativas iusfundamentales

135

2.11.6. Del examen sobre la satisfacción del requisito de inmediatez

136

2.11.7. Del análisis sobre el requisito de que la parte identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial, siempre que esto fuere posible

142

2.11.8. Del examen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad

158

2.12. Problema jurídico frente a la irregularidad objeto de examen y contextualización del

debate

168

2.13. Solución de fondo respecto del caso planteado

170

III. SÍNTESIS

174

IV. DECISIÓN

176

SALVAMENTO DE VOTO DE LAS MAGISTRADAS

DIANA FAJARDO RIVERA Y

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA SU081/20

Referencia.: Expediente T-4224881

Asunto: Acción de tutela instaurada por la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado y otro

Magistrado ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el debido respeto por la determinación de la Sala Plena, manifestamos nuestro salvamento de voto en relación con la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia. Las razones del presente salvamento son las que se exponen a continuación:

1. 1. De acuerdo con el laudo arbitral objeto de tutela, sin perjuicio de que el número de frecuencias asignadas a un determinado concesionario del espectro electromagnético pueda ser mayor, este solo debe pagar por aquellas que efectivamente utilice. Con base en tal fundamento se condenó a la CNTV a restituirle a RCN TV la suma de \$13.980.027.490 por el mayor valor que ésta última pagó tras considerar que, de las 1073 frecuencias que le fueron asignadas al concesionario, la referida asignataria solo llegó a hacer uso efectivo de 771. En el recurso de anulación que se presentó contra el laudo, la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó esta decisión y sus fundamentos.

Para las suscritas magistradas el anterior razonamiento carece de toda lógica constitucional y desconoce la existencia de un error sustancial en el laudo arbitral que resolvió la controversia entre la ANTV y RCN TV y en la sentencia que resolvió el recurso de anulación; error este que se predica de la interpretación del alcance de la Resolución 429 de 1997 y que

fue oportunamente alegado en el mencionado recurso de anulación. En efecto, si se considera que el espectro electromagnético es un bien público escaso, pero de importancia estratégica e indispensable utilización para la efectiva prestación de varios servicios públicos; y que la asignación de sus franjas impone al Estado el deber de garantizar al respectivo concesionario que los derechos de explotación de dicho bien no serán perturbados, el mero acto de asignación implica el deber no facultativo de utilización óptima del espectro. Ciertamente, sostener una tesis contraria a la expuesta implicaría admitir: (i) el desperdicio de un bien público escaso y altamente relevante; y (ii) la violación de los derechos fundamentales a la información, a la cultura, a la recreación e, incluso, a la participación ciudadana de aquellas personas que habitan en lugares en donde la franja espectral asignada existe, pero no es utilizada.

2. Por otra parte, para las suscritas magistradas resulta desconcertante que la posición mayoritaria de la Sala Plena haya convalidado que el Consejo de Estado haya resuelto, en forma diametralmente distinta, dos casos virtualmente idénticos. Se trata de la distinta solución que la Sección Tercera del Consejo de Estado le otorgó al recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral que resolvió la controversia que enfrentó a la CNTV con RCN TV, frente de la solución que le dio a una controversia idéntica entre la CNTV y Caracol TV. Ciertamente, mientras que en anterior oportunidad la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló la decisión arbitral de condenar a la CNTV a pagarle a Caracol TV un supuesto mayor valor pagado dentro del Contrato de Concesión 136 del 22 de diciembre de 1997 en cuantía de \$13.607.823.120, en esta oportunidad la Corte avaló que la Subsección "A" de la misma Sección Tercera del máximo tribunal de lo contencioso administrativo hubiera declarado infundado el recurso que, con base en la misma causa, presentó la CNTV contra el laudo que la condenó a pagarle a RCN TV un supuesto mayor valor pagado dentro del Contrato de Concesión 140 del 26 de diciembre de 1997, en cuantía de \$13.980.027.490.

En criterio de las suscritas magistradas, tal discrepancia en la solución de un mismo problema jurídico implica una ruptura con el postulado superior que le ordena a la Administración de Justicia darle un trato igual a los particulares. Y tal desigualdad de trato pone en una injustificable posición de superioridad a RCN TV frente de Caracol TV, afectando con ello la libre competencia entre dos sociedades que rivalizan dentro de un mercado en oligopolio y cuyo inexplicable desequilibrio resulta en desmedro de los intereses del consumidor televidente

3. Finalmente las suscritas magistradas advierten que si, como se desprende de la sentencia, el tribunal de arbitramento "concluyó que RCN se encontraba obligado al pago de 771 frecuencias que utilizó para la prestación del servicio, cuya liquidación, siguiendo los valores dispuestos en la citada Resolución 429 de 1997, arrojaba la suma (de) \$13.980.027.490 [y que] tal era el monto que ha debido pagar el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A. a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN por la utilización de las frecuencias asignadas (...)", resulta abiertamente incongruente que se le haya ordenado a la CNTV pagarle a RCN TV esa misma suma. Es decir, en forma inexplicable el laudo arbitral dispuso que el Estado le pagara a RCN lo que el mismo tribunal había ya señalado que era una acreencia del Estado a cargo de RCN.

En nuestro criterio, aunque la referida inconsistencia le fue puesta de presente a la Sala Plena, la posición mayoritaria hizo caso omiso de la misma apoyada en una particular lectura del derecho procesal que atenta contra el derecho sustancial de la CNTV y, por ende, asalta los recursos con que el conglomerado social financia la actividad estatal.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada