

RECURSO DE ANULACION - Competencia del Consejo de Estado / LAUDOS ARBITRALES - Recurso de anulación. Competencia del Consejo de Estado

Una Empresa de Servicios Públicos con cualquier porcentaje de capital estatal - como ocurre en el caso de la entidad convocada- tiene una naturaleza pública especial, resulta forzoso entrar a resolver el recurso interpuesto contra el laudo arbitral, dado que esa definición trae como consecuencia que la Corporación sea competente para resolver dicha impugnación, por cuanto la Ley 1107 de 2006, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y juzgamiento de las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”.

LAUDO ARBITRAL - Recurso de anulación. Alcance / RECURSO DE ANULACION - No es segunda instancia / RECURSO DE ANULACION - Contratos con Empresas de Servicios públicos. Causales. Decreto 1818 de 1998

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión. De otra parte, conviene también puntualizar que, según la jurisprudencia de la Sala, las causales de anulación aplicables a un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal deben ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto se rige por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 31 de la Ley 142 de 1994 (como sucede en el presente caso en que efectivamente fueron invocadas con base en dicha disposición, bajo la consideración de que se trataba de un contrato al que le era exclusivamente aplicable el derecho común de acuerdo con el citado artículo 32)

RECURSO DE ANULACION - Fallo en conciencia y fallo en derecho. Noción / RECURSO DE ANULACION - Fallo en conciencia y fallo en derecho. Diferencia

El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio 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 (“ex aequo et bono”). En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión; como corolario, el juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, según autoriza el artículo 187 del Código de

Procedimiento Civil. El fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Sin embargo, la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia. Nota de Relatoría: Ver, Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

VALORACION PROBATORIA - Error de hecho y error de derecho. Noción. Diferencia / ERROR DE HECHO - Noción / ERROR DE DERECHO - Noción

Recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho. Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica. Y el error de derecho, se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega. Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria.

RECURSO DE ANULACION - Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / PROVIDENCIAS JUDICIALES - Principio de congruencia. Alcance / LAUDO ARBITRAL - Obligaciones de los árbitros

Esta causal y la prevista en el numeral 8 del mismo artículo (“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”), son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. En efecto, el

principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvenición y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente. Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 ibídem). En oportunidades anteriores, la Sala ha dicho que para determinar el cumplimiento del principio que consagra la congruencia de las providencias judiciales es menester realizar un proceso comparativo no solo de la relación jurídico procesal -definida por las pretensiones y las excepciones de las partes- con la sentencia o laudo arbitral, sino también entre la parte considerativa o motiva de la providencia y la parte resolutive de la misma, dado que las providencias judiciales deben guardar armonía tanto interna como externa. Sin embargo, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión. En suma, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en la causal 9 de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993. Nota de Relatoría: Ver, Sentencia de 28 de junio de 2001, Exp. 17369. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00061-00(34543)

Actor: TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACION

Demandado: COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 16 de mayo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., en calidad de convocante, con ocasión del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003 y su Acuerdo Modificadorio No. 1 de 31 de marzo de 2004. El recurso será declarado infundado.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre la Sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. y TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, se celebró el 17 de octubre de 2003, el Contrato de Agencia Comercial (fls. 001 a 035 cd. pruebas 1), cuyo objeto reza:

“Cláusula Primera. Objeto.- Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, el Agente a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la contratación de los Servicios de Comunicación Personal - PCS, dentro de las zona prefijada en la Cláusula Segunda, actuando como agentes de Colombia Móvil y Colombia Móvil a pagar (sic) dicho encargo la remuneración estipulada en la Cláusula Cuarta.”

El anterior contrato sufrió una modificación mediante Acuerdo Modificatorio No. 1 de 31 de marzo de 2004, en la cláusula 2.6 relacionada con el “Territorio” dentro del cual debía adelantar sus actividades el agente (Fls. 67 a 79 cd. 1 pruebas).

2. El pacto arbitral

En la Cláusula Décima Tercera “Disposiciones Generales” del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003, se previó la solución arbitral de conflictos, mediante estipulación compromisoria (fl. 24 cd. pruebas 1), en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- Se pactan las siguientes disposiciones generales: (...)

13.2. Cláusula Compromisoria.- Toda diferencia que surja entre Colombia Móvil y el Agente en la interpretación del presente Contrato, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento institucional conformado por tres (3) árbitros, que funcionará en la ciudad de Bogotá D.C., decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con los reglamentos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes.”

3. La demanda arbitral

El 11 de octubre de 2005, la sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y presentó demanda contra la sociedad TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el Contrato de Agencia Comercial celebrado el 17 de octubre de 2003 y el Acuerdo Modificatorio No.1 de 31 de marzo de 2004 (fls. 001 a 0014 cd. ppal. 1).

En la reforma a la demanda solicitó al Tribunal que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 145 a 162 cd. ppal. 3):

“PRIMERA: Que se declare que la sociedad TELEACCESO S.A., en liquidación, incumplió el contrato de agencia comercial celebrado el 17 de octubre de 2003 entre esa sociedad y mi mandante Colombia Móvil

S.A. E.S.P., en la forma y términos precisados en los hechos de la demanda.

SEGUNDA: Que como consecuencia de dicho incumplimiento se declare la terminación anticipada del citado contrato de agencia comercial celebrado entre las partes el 17 de octubre de 2003, incluyendo sus anexos y el acuerdo modificatorio de marzo 31 de 2004.

TERCERA: Que se declare que la sociedad TELEACCESO S.A. en Liquidación, merced al incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales es responsable civil y contractualmente de todos los daños y perjuicios causados a Colombia Móvil.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la sociedad TELEACCESO S.A., en Liquidación, a reconocer y cancelar a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero:

- a. La suma de SETECIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SÉIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$722.456.887,00 M/C), o la mayor o menor que quede demostrada en el proceso por concepto de cartera adeudada por TELEACCESO S.A. a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. a dieciséis (16) de mayo de 2006. Las sumas discriminadas por este concepto incluyen, según el caso, IVA del 16% e intereses que se presentan a continuación.

Concepto	Valor
Equipos y otros	\$469.117.257,00
Sim Cards	\$3.754.878,00
Tarjetas prepago	\$249.474.084,00
Consumo	\$110.668,00
Total	\$ 722.456.887,00

- b. Por concepto de descuentos y penalizaciones, la suma total de SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTIÚM MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS(\$643.221.335,00 M/C), o la mayor o menor se establezca en el proceso, la cual se causa por los siguientes conceptos: i) Fraude - subsidios - comisión y consumo la suma de \$ 363.430.377,00; ii) Líneas que no generaron consumo - se penaliza subsidio y comisión - la suma de \$ 268.866.158,00 y; iii) Churn por valor de \$11.924.800,00.
- c. La suma de ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que deberá pagar TELEACCESO S.A. a título de pena de acuerdo con la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial.
- d. La suma que pericialmente se determine por daños y perjuicios causados por TELEACCESO S.A. a Colombia Móvil S.A. E.S.P. correspondiente a todas las sumas dejadas de percibir por Colombia Móvil merced al incumplimiento de la sociedad convocada, además

de los perjuicios causadas (sic) hasta la fecha de terminación del contrato, 17 de octubre de 2006, con su correspondiente actualización.

- a. La correspondiente indexación al momento de proferirse el Laudo de las sumas determinadas en los literales anteriores, lo mismo que los intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida que respecto de dichas sumas se causen desde la ejecutoria del Laudo y hasta que su pago se realice.

QUINTA: Que se condene a TELEACCESO S.A., en liquidación, a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral.”

4. La causa de la solicitud

Según la demanda integral (demanda y reforma visibles a fls. 1 a 14 cd. 1 y 146 a 148 cd. ppal. 3) TELEACCESO S.A EN LIQUIDACIÓN incumplió las obligaciones contractuales emanadas del contrato de agencia comercial, dado que desde los meses de marzo y abril de 2005: i) dejó desabastecidas todas la zonas a su cargo en un 72%; ii) no suministró en la zona las tarjetas prepago; iii) cerró las tiendas donde prestaba servicio al público, en perjuicio de la imagen de la compañía y de los usuarios de OLA; iv) incurrió en mora en sus obligaciones de pago de las sumas de dinero captadas de los usuarios por venta de equipos, SIM, cards y tarjetas prepago; v) no capacitó en forma continua y oportuna al personal, en contravención a lo estipulado en el contrato; vi) no presentó los informes y estadísticas del servicio y de los usuarios; vii) en forma unilateral suspendió la póliza de seguro de cumplimiento del contrato; viii) no realizó los pagos de las obligaciones parafiscales y laborales, así como las de terceros y proveedores; ix) incurrió en estado insolvencia; x) no promovió la contratación de servicios de activación de comunicación celular; xi) realizó ventas de tarjetas prepago por fuera de la zona de su cobertura con mayoristas y otros medios; xii) propició, merced a su negligencia como agente, que se presentaran numerosos casos de fraude; y xiii) como consecuencia de lo anterior, se presentaron casos de “Churn” o retiro anticipado de usuarios o suscriptores, esto es, sin que se hubiera completado el tiempo mínimo de permanencia, evento que da lugar a una penalización para el agente.

A su juicio, los incumplimientos mencionados afectaron de manera grave a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. y le generaron perjuicios, porque tanto el detallista como el usuario no encontraron tarjetas para consumo, de manera que no se

atendió al usuario y, por ende, se perdió credibilidad; además, agregó, se perdió en venta de minutos, en nuevas activaciones, en venta de nuevos equipos y tarjetas y en servicio al cliente en forma oportuna y adecuada, lo cual trajo “...como consecuencia la deserción masiva de usuarios OLA y la eventual pérdida de suscripción de futuros usuarios...” e, igualmente, colocó “al agenciado en una posición desfavorable y poco competitiva en el mercado”.

Por último, consideró que el hecho de que se hubiera declarado disuelta la sociedad demandada (Escritura Pública No. 1744 de 27 de junio de 2005 de la Notaría 21 del Círculo de Cali), es una razón que por sí sola constituye un incumplimiento del contrato de agencia comercial celebrado.

5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 28 de noviembre de 2005, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1 de esa fecha), fecha en la cual también se resolvió admitir la demanda (Auto No. 1), se ordenó correr traslado de ella a la convocada TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN e informar a la Procuraduría General de la Nación (fls. 91 a 94 cd. ppal. 1).

Posteriormente, en audiencia de 9 de junio de 2006 (Acta No. 7 fls. 198 a 200 cd. ppal. No.3) se admitió la reforma a la demanda presentada por la convocante.

6. La oposición

La convocada (fls. 98 a 121 cd. ppal. 203 a a 217 cd. ppal. 3) en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, negó unos hechos, aceptó otros y dijo atenerse a lo que se probará en relación con algunos de ellos. En particular, manifestó que TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN cumplió con sus obligaciones contractuales y, al contrario, quien incumplió sus obligaciones fue la convocante, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. e inobservó los principios de lealtad y buena fe durante su ejecución.

Así, relató que en abril de 2004 COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. suspendió todas sus ventas en el país, impidiendo atender el mercado y, por ende, obtener comisiones por ventas, y, si bien en junio de 2004 -después de 54 días- reanudó las ventas, no se encontraba en condiciones de suministrar equipos para planes

post pago, situación insostenible que generó un gran déficit en las cuentas de TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, que se vio precisada a mantener altos gastos de operación y presentó retrasos en los pagos a los acreedores, entre ellos a la propia COLOMBIA MÓVIL, quien a la vez como presión para obtener pagos de cartera suspendió el suministro de equipos y tarjetas prepagos, lo cual sumió a TELEACCESO S.A. en una crisis económica por la imposibilidad de ejercer su objeto social y obtener recursos suficientes, y la obligó al cierre de todas sus tiendas, después de haber agotado las posibilidades de llegar a un acuerdo con la sociedad contratante.

En relación con los incumplimientos endilgados afirmó que: i) el desabastecimiento se originó en comportamientos de la convocante que impidieron seguir ejecutando el contrato, dado que bloqueó deliberadamente el despacho de equipos y tarjetas; ii) sí promocionó y abasteció hasta donde pudo el mercado en la zona asignada; iii) las tiendas fueron cerradas por la imposibilidad de ejercer su objeto social e incluso algunos cierres contaron con la autorización de la convocante; iv) sus funcionarios fueron exclusivos y estuvieron adecuadamente capacitados; v) jamás recibió de la convocante los parámetros o instrucciones para presentar la información y la que fue solicitada en forma urgente siempre le fue suministrada; vi) no ordenó cancelar la póliza de seguros del contrato, sino que solicitó la suspensión de reconocimiento de cualquier indemnización, hasta tanto fuera dirimido el conflicto con COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.; vii) la sociedad convocada siempre cumplió con sus obligaciones laborales y parafiscales, y en cuanto a los proveedores les ha cancelado en medio de las grandes dificultades económicas a las que fue conducida; viii) no fue la insolvencia la que generó la situación de no poder cumplir con el contrato, sino el comportamiento desleal y abusivo de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.; ix) las únicas ventas que se hicieron por fuera de la zona se realizaron con autorización del Gerente Regional Sur Occidente de la convocante; x) cuando la convocante pretendió cobrar sumas de dinero por fraudes nunca presentó pruebas de ello; xi) si bien la sociedad entró en causal de disolución, decisión que se adoptó por la grave situación económica derivada de lo anterior, la ley le permite realizar las actividades tendientes a culminar los negocios sociales, pagar sus pasivos y distribuir los remanentes, de manera que no le impide seguir cumpliendo las obligaciones contractuales a COLOMBIA MÓVIL S.A; xii) no tenía obligación legal o contractual para recaudar consumos, de forma que no adeudaba ese concepto; xiii) además que no se trata de un incumplimiento del contrato, no puede pretender la convocante el pago de la

penalización por “Churn” o retiro anticipado de suscriptores de un plan pospago, cuando ello obedece a la mala calidad del servicio, errores de facturación y deficiencias de servicio al cliente.

De otra parte, formuló como única excepción de mérito (fls. 214 a 215 cd. 1 ppal), la de *“incongruencia de documento con los hechos y circunstancias fácticas del proceso”*, porque la prueba aducida con el CD Room que contiene el Plan de Negocios proyectado al inicio del contrato, no sólo es ajena a la argumentación contenida en la demanda, sino que no existía al momento de la convocatoria del Tribunal Arbitral.

7. Demanda de reconvenición

La convocada presentó demanda de reconvenición contra la convocante (cd. 2 ppal), la cual, previa admisión mediante Auto de 3 de febrero de 2006, surtió el traslado correspondiente (fls. 235 a 237 cd. ppal. 1). Formuló en ella las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare que al momento de la interposición de esta demanda de reconvenición, no se habían presentado comportamientos ni situaciones de orden jurídico que supusieran la extinción del contrato de Agencia Comercial suscrito el 17 de octubre de 2003 entre COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y TELEACCESO S.A. (En Liquidación), razón por la cual éste se encontraba vigente.

“2. Que se declare que COLOMBIA MÓVIL E.S.P. no cumplió con los procedimientos legales y contractuales establecidos para dar por terminado unilateralmente el contrato suscrito el día 17 de octubre de 2003 entre COLOMBIA MÓVIL E.S.P. y TELEACCESO S.A. (En Liquidación), como pretendió hacerlo creer con su comportamiento.

“3. Que se declare que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. incumplió el contrato de Agencia Comercial suscrito el día 17 de octubre de 2003 entre COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. Y TELEACCESO S.A. (En Liquidación) y faltó a los principios de lealtad y buena fe en el cumplimiento de dichas obligaciones.

“4. Que se declare que TELEACCESO S.A. (En liquidación) no ha incumplido el contrato de Agencia Comercial suscrito con COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. el día 17 de octubre de 2003, y que la no ejecución de algunas de las prestaciones a su cargo obedece al incumplimiento de obligaciones que de manera correlativa y previa debía ejecutar la reconvenida.

“5. Que como consecuencia de los incumplimientos de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., se declare la terminación anticipada del contrato de

Agencia Comercial suscrito entre las partes el día 17 de octubre de 2003.

“6. Que se declare que los hechos planteados en los cuales se da cuenta de los incumplimientos generados por COLOMBIA MÓVIL, ésta es responsable, civil y contractualmente, de todos los perjuicios sufridos (sic) TELEACCESO.

“7. Que se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. al pago de todos los perjuicios materiales y económicos derivados de su comportamiento contractual, así:

RESUMEN DE PRETENSIONES ECONÓMICAS CUANTIFICABLES

DESCRIPCIÓN	DAÑO EMERGENTE	LUCRO CESANTE
ZONA GEOGRAFICA LA 14	\$ 0	\$ 272.659.100
RESIDUAL 2.5%	\$ 43.225.915	\$ 232.200.000
COMISIÓN ADICIONAL DEL 3% EN TARJETAS	\$ 41.303.250	\$ 108.161.060
LUCRO CESANTE TARJETAS PREPAGO (7%)	\$ 0	\$ 252.375.808
POS PAGO A \$180.000 (31 DIAS QUE FALTARON)	\$ 0	\$ 7.080.000
ESQUEMA FINANCIERO	-	-
A. VAS	\$ 145.476.000	\$ 0
B. PUBLICIDAD SOBRE PREPAGO.	\$35.447.100	\$ 0
C. PUBLICIDAD SOBRE POS PAGO	\$ 77.587.200	\$ 0
D. BONIFICACIÓN POR SERVICIO AL CLIENTE	\$ 81.761.009	\$ 0
INGRESOS DEJADOS DE PERCIBIR POR VENTAS	\$ 2.593.188.178	\$2.469.670.211
GASTOS POR VENTAS	-	-
A. COMISIONES CRÉDITO/DÉBITO.	\$ 49.799.762	
B. CERI.CHEQUES/COVINOC	\$ 3.677.948	
C. GRAVAMEN FINANCIERO	\$ 9.608.445	
SUB TOTALES	\$ 3.081.074.807	\$ 3.342.146.179
SUBTOTAL DAÑO EMERGENTE + LUCRO CESANTE		\$ 6.423.220.986
CESANTÍA COMERCIAL POR TARJETAS PREPAGO		\$ 88.041.591
TOTAL PRETENSIONES ECONÓMICAS CUANTIFICABLES		\$ 6.511.262.576

A lo anterior se deben sumar todos los perjuicios que bajo los parámetros antes señalados se causen hasta la ejecutoria del laudo arbitral, así como los intereses generados por las sumas que constituyen los rubros del daño emergente, todo con base en la evaluación de los peritos.

En el Anexo No. 78 de esta Reconvención, se presenta el análisis matemático que fundamenta las cifras presentadas en el cuadro anterior.

8.- Que se condene a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., a título de sanción por incumplimiento del contrato pactada en el mismo y que no es excluyente de los perjuicios mencionados en la pretensión anterior, al pago de la suma equivalente en pesos a OCHOCIENTOS (800) SALARIOS MINÍMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, según el valor del salario mínimo mensual establecido por el Gobierno Nacional para el momentos en que se produzca el laudo arbitral.

9.- Que se condene a COLOMBIA MÓVIL a pagar al agente comercial TELEACCESO la indemnización equitativa de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio y que consiste en una retribución a sus esfuerzos por acreditar la marca, las líneas de productos y los servicios ofrecidos en virtud del contrato de Agencia Comercial; lo anterior, con base en un dictamen pericial que se ordene para el efecto. Todo esto, con fundamento en lo previsto en segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

10.- Que se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., al pago de las todos los gastos de instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento así como al pago de todos los demás costos y gastos procesales.

11.- Que en el laudo arbitral se ordene a partir de su ejecutoria, se generen intereses de mora a la tasa más alta prevista por la ley, calculada sobre el total de la indemnización reconocida, como sanción por el no pago oportuno de la misma.”

Sustentó sus pretensiones mencionando que, cuando aún no se había suscrito el contrato, la convocante no cumplió con la fecha prevista para la apertura de tiendas, y luego, en abuso de su posición dominante, le impuso el texto del contrato, dado que no permitió la discusión de sus cláusulas, no hizo referencia a las condiciones contenidas en la invitación pública (entre ellas las comisiones por valor agregado del servicio -BAS- y por publicidad prepago y pospago, y la bonificación por servicio al cliente), contempló las condiciones de remuneración y una serie de descuentos a título de sanción (retiro de clientes, fraudes) y, además, se arrogó la facultad de aumentar y disminuir la remuneración.

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., denuncia, faltó a los principios de buena fe, equidad, lealtad y razonabilidad, incumplió el contrato y abusó de su posición

dominante en la relación, por cuanto: i) no liquidó las comisiones en la oportunidad prevista en el mismo; ii) no liquidó la cesantía comercial por la colocación de las tarjetas prepago; iii) no respetó ni hizo respetar la zona geográfica específica asignada para la ejecución del contrato (venta por otros agentes e invasión por otros); iv) desatendió el pago de la comisión adicional del 3% por venta de tarjetas prepago; v) no pagó las comisiones por las activaciones de los planes pos pago bajo, durante los primeros seis (6) meses de vigencia del contrato; vi) presentó incapacidad técnica, financiera y administrativa (demoras en activaciones, inconsistencias de facturación, falta de control de la documentación, cobertura de comunicación y servicios al cliente ineficientes, eliminación unilateral del planes); vii) no tuvo la capacidad técnica para ofrecer cobertura suficiente y operativa para el suministro oportuno de los equipos; viii) bloqueó deliberadamente el suministro de equipos; ix) no suministró información clara, oportuna y coherente durante la ejecución del contrato; x) suspendió unilateralmente las ventas y obligó a permanecer con cargos fijos altos, sin contraprestación económica para el agente comercial; xi) abusó de su posición dominante en el contrato pretendiendo cobrar enormes sumas de dinero por concepto de fraudes; xii) no ha reconocido el pago de gastos que son de su cargo.

Lo anterior, en su concepto, puso en una crítica situación a TELEACCESO S.A. - EN LIQUIDACIÓN-, que afectó su rentabilidad como aliado comercial, la llevó al cierre de sus tiendas y al desmonte de su operación y, finalmente, la condujo a la liquidación.

8. La contestación a la demanda de reconvención

La parte convocante contestó la demanda de reconvención con oposición de las pretensiones de la demanda (fls. 1 a 41 cd. ppal 3). Aceptó unos hechos, negó otros y precisó algunos así:

Que por el retraso en la apertura de las tiendas COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., había entregado a cada uno de los agentes la suma de 5 millones de pesos por concepto de cesantía/bonificación.

Que resulta inadmisibles las afirmaciones de que no tuvo otra alternativa que firmar el texto contractual, pues TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN suscribió el contrato de agencia comercial libre, espontánea y voluntariamente, sin ningún tipo de

presiones y previa reunión de negociación en la cual se analizó el Plan de Negocios y las proyecciones del mismo, de manera que no le fue impuesto su texto y en particular las cláusulas de remuneración y de descuentos.

Que la firma del contrato de agencia comercial no implica *per se* un abuso de posición dominante y COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. no incumplió el contrato, sino que fue TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN la que incurrió en incumplimiento, situación que tuvo que afrontar a través de medidas de contingencia con el fin de frenar los perjuicios que estaba sufriendo.

Que no es cierto que la sociedad TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN no contara con liquidez para atender sus obligaciones, pues el producto del negocio entraba directamente a ella y sólo después de que COLOMBIA MÓVIL le enviaba la facturación, aquélla le devolvía a ésta lo que le correspondía.

Que, pese a los problemas tecnológicos y logísticos propios del comienzo de una empresa con cobertura nacional y en el área de telecomunicaciones, contrario a lo que manifiesta la convocada, COLOMBIA MÓVIL es una compañía que goza de buena reputación, posicionada en el mercado, con crecimiento de más de dos millones de usuarios y que presta un servicio de buena calidad, razones por las cuales no puede afirmarse que va en contravía de los intereses de los usuarios o que incumple deliberadamente sus obligaciones.

Que la excelente estrategia comercial y de mercadeo realizada por COLOMBIA MÓVIL tuvo un éxito arrollador en el mercado que superó las expectativas y proyecciones realizadas, superando las ventas presupuestadas, lo cual significó enormes ganancias para los agentes.

Que la convocada nunca dejó de tener equipos suficientes -en número superior a 800- en sus inventarios, en tanto que los equipos y las tarjetas eran suministrados de acuerdo con la rotación de los mismos al finalizar cada período y conforme a las necesidades y balances de cada agente.

Que TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN desde el comienzo del contrato incumplió con la obligación de entregar el producto de la venta de los equipos, tarjetas SIM card y prepago, por lo que, ante la cartera que por este concepto crecía rápidamente, resulta ilógico aceptar que estuviera obligada a entregar

mercancía en forma ilimitada y sin recibir la correspondiente prestación en forma cumplida y completa.

Que, en todo caso, el motivo de la suspensión temporal de la venta de equipos fue el desbordado éxito de OLA, que tuvo como consecuencia la escasez de los mismos, no obstante lo cual ya los agentes habían cumplido sus metas, de manera que no se entiende que hayan sufrido pérdidas por ese hecho, que, por lo demás, fue superado en un tiempo razonable.

Que no abusó de su posición contractual frente a TELEACCESO, porque casos de fraude sí se han presentado y, en consecuencia, se han aplicado las deducciones que están claramente pactadas en el contrato.

Concluyó que COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. no es la responsable del fracaso económico del TELEACCESO S.A. (EN LIQUIDACIÓN), pues la situación crítica y el cierre de sus tiendas, fue producto de la propia desorganización y malos manejos como agente.

Finalmente, formuló las siguientes excepciones: 1) “El incumplimiento de Teleacceso a sus obligaciones contractuales que le impide obtener una compensación por los supuestos perjuicios que dice haber sufrido”; 2) falta de “[i]mposición de contrato de agencia comercial y los supuestos perjuicios que la misma le causó a la sociedad convocada”; 3) “El contrato es ley para las partes: artículo 102 del Código Civil”; 4) “Inexistencia de las conductas abusivas que se le endilgan”; 5) “Incompetencia del Tribunal para conocer sobre algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención”; 6) “Una de las partes no puede crear obligaciones a su antojo en contravía del acuerdo contractual”; 7) “La interpretación y aplicación práctica dada por las parte (sic) al contrato conlleva forzosamente al fracaso de las pretensiones formuladas por la sociedad convocada demandante en reconvención”; 8) “La insuficiencia temporal del inventario de Colombia Móvil no constituye incumplimiento contractual”; y 9) “Los riesgos de la actividad que desarrolla el agente los corre el agenciado” (fls. 14 a 32 cd. ppal 3).

9. La competencia del Tribunal

En la primera audiencia de trámite celebrada el 26 de julio de 2006 (Acta No. 9 a fls. 228 a 241 cd. ppal. 3), el Tribunal se declaró competente para conocer y fallar en derecho las controversias suscitadas entre las partes, con fundamento en las pretensiones de la demanda y su reforma, en la demanda de reconvención y las contestaciones a la demanda, a su reforma y en la contestación a la demanda de reconvención; estableció la duración del proceso arbitral en seis (6) meses, decretó las pruebas y fijó las fechas para su práctica.

10. El Laudo arbitral recurrido

10.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 16 de mayo de 2007 (Acta No. 28 a fls. 262 a 263 cd. ppal. 4), dictó el laudo que se recurre, con las siguientes decisiones:

“PRIMERO- Desestimar por falta de fundamento la excepción de mérito que bajo la denominación de “incompetencia del Tribunal para conocer sobre algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención”, formuló la convocante en el escrito de contestación de la demanda.

SEGUNDO- Declarar que **COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.**, incumplió el contrato agencia comercial de cuyos términos da cuenta el documento privado suscrito por las partes con fecha diecisiete (17) de Octubre de 2003, faltando a los principios de lealtad y buena fe en el cumplimiento de obligaciones a su cargo originadas en dicho contrato.

TERCERO- Declarar que la sociedad **TELEACCESO S.A. -En liquidación-** incumplió igualmente el mismo contrato de agencia comercial de cuyos términos da cuenta el documento privado suscrito por las partes con fecha diecisiete (17) de octubre de 2003, en la forma y términos precisados en este laudo.

CUARTO- Declarar que **COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.** no cumplió con los procedimientos legales y contractuales establecidos para dar por terminado unilateralmente el mismo contrato instrumentado en el documento suscrito por las partes con fecha diecisiete (17) de Octubre de 2003.

QUINTO - Declarar que para el doce (12) de diciembre del año de 2005 -fecha de presentación por la convocada de la demanda de reconvención - se habían presentado comportamientos y situaciones jurídicamente relevantes que produjeron la extinción del contrato de agencia comercial instrumentado en documento privado suscrito por las partes con fecha de las partes (sic) diecisiete (17) de Octubre de 2003, razón por la cual en aquella fecha dicho contrato no conservaba vigencia.

SEXTO - Desestimar en su integridad las pretensiones identificadas como SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA, formuladas por la convocante **COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.** en el escrito integrado

que contiene la reforma efectuada por esa entidad a su solicitud primigenia convocatoria.

SÉPTIMO - Reconocerle fundamento a la excepción de mérito bajo el enunciado “el incumplimiento de Teleacceso a sus obligaciones contractuales le impide obtener una compensación por los supuestos perjuicios que dice haber sufrido”, formuló la convocante en el escrito de contestación a la demanda de reconvención presentada por la convocada.

OCTAVO - Desestimar por falta de fundamento la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención presentada por **TELEACCESO S.A. -En liquidación-** e identificadas en el capítulo correspondiente de dicho escrito bajo los números CUATRO, CINCO, SÉIS, SIETE, OCHO y NUEVE.

NOVENO - Abstenerse de efectuar condena al pago de expensas y costas por los motivos indicados en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO - Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada unas de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO PRIMERO - Ordenar que en la oportunidad de ley se protocolice este expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente del Tribunal cuenta a las partes de las sumas depositadas para gastos de funcionamiento y protocolización”.

A las anteriores decisiones arribó el Tribunal de Arbitramento, después de relacionar y analizar los antecedentes procesales; la capacidad de las partes y su representación; el litigio y el trámite probatorio; la contestación de la demanda por parte de TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN; la demanda de reconvención y respuesta, del llamamiento en garantía; las pruebas practicadas y decretadas; los presupuestos procesales; los alegatos de conclusión; la naturaleza estatal o privada de la relación contractual entre las partes; la celebración del contrato de agencia comercial entre las partes; la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial celebrado entre las partes, y la naturaleza jurídica del contrato celebrado y ejecutado acompañado del estudio de los incumplimientos resolutorios que se imputaron recíprocamente las misma, análisis que será descrito al estudiar las causales invocadas en el recurso de anulación.

11. La impugnación

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente la convocada, TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, formuló el 18 de mayo de 2007 recurso de anulación contra el mismo (fl. 264 cd. ppal. No. 4), para lo cual invocó como causales las previstas en los numerales 6 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), esto es: “6. *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”, dado que la decisión fue tomada sin tener en cuenta el abundante material probatorio y al no fundamentar un punto importante de la decisión en norma legal alguna; y “9. *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”, por cuanto violó normas procesales al no resolver de fondo sobre todo lo que le fue puesto a su consideración.

La sustentación y el análisis del recurso presentado se expondrán en la parte considerativa de la presente providencia.

12. El trámite del recurso

El Tribunal Arbitral en auto de 25 de mayo de 2007 dispuso que el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral pasara al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, para que fuera decidido lo pertinente, corporación que al resolver el recurso de reposición interpuesto por la convocada contra la providencia que avocó su conocimiento, declaró en auto de 31 de mayo de 2007, que no tenía competencia para conocerlo, sino que ella recaía en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque una de las entidades involucrada COLOMBIA MOVIL S.A. era una empresa de servicios públicos mixta y, por ende, en conjunto con los artículos 32 y 2 de la Ley 80 de 1993, era una entidad estatal (fls. 161 a 166 cd. ppal.).

Remitido el expediente a esta Jurisdicción, mediante Auto de 28 de septiembre de 2007 (fl. 170 cd. ppal), se avocó conocimiento y se ordenó los traslados sucesivos a las partes y notificar al Ministerio Público.

13. Los alegatos al recurso

En la oportunidad correspondiente, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. presentó escrito (fls. 193 a 211 cd. principal), en el cual se opuso al recurso impetrado por

TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN y solicitó declararlo infundado, conforme a los siguientes alegatos:

Que en relación con la primera causal invocada, según la cual se falló en conciencia, las consideraciones del laudo -transcribe algunas- evidencian el trabajo realizado por el Tribunal en materia de análisis y apreciación de las pruebas (dictamen pericial, testimonios de Juan de Dios Diez y Marco Aurelio Gallego), para deducir el incumplimiento grave de TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN.

Que el hecho de que las conclusiones de índole jurídico y de apreciación probatoria obtenidas por el Tribunal no coincidan con las consideraciones y pretensiones de una de las partes no constituye fundamento alguno para pretender la anulación del Laudo, y mucho menos por la causal que invoca el recurrente (se apoya en sentencia de 8 de febrero de 2001, Exp. 18.411).

Que un recuento a las consideraciones del Laudo permite llegar a la conclusión de que fue expedido en derecho y no en conciencia, como que se refirió a todos los temas que fueron objeto del proceso y se trató de un estudio jurídico juicioso y bien fundamentado que aplicó el derecho positivo vigente y tuvo como soporte las pruebas allegadas al proceso.

Que el argumento formulado sobre la base de que el Tribunal no analizó la excepción del contrato no cumplido, resulta injustificado, pues basta decir que de acuerdo con el artículo 306 del C. de P. Civil si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar la pretensiones podrá abstenerse de examinar las demás.

Que, en cuanto a la segunda causal relativa a que el Tribunal no decidió todas las cuestiones sujetas a arbitramento, contrario a lo afirmado por el recurrente el texto del laudo evidencia que sí se pronunció sobre todas y cada unas de las pretensiones de TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, sin que se pueda caer en el extremo de exigir que los fallos se refieran a cada frase o palabra objeto del litigio.

14. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el que una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación y las características jurídicas del mismo, consideró que debe ser desestimado, toda vez que los cuestionamientos del recurrente no configuran ninguna de las causales de anulación previstas en la ley (fls. 212 a 225 cd. principal), dado que: i) por una parte, verificado el contenido del laudo acusado se evidencia que los árbitros no fallaron en conciencia sino en derecho, pues no solamente analizaron profusamente la naturaleza de la relación contractual para determinar el régimen legal aplicable, su ejecución e incumplimiento recíprocos, sino que su decisión se fundamentó en la valoración de las pruebas; y ii) por otra parte, de un estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención con el Laudo se observa que fueron absueltas luego de un juicioso análisis.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos; y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

1. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003 y su Acuerdo Modificatorio No. 1 de 31 de marzo de 2004, en el que una de las partes, como en este caso COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., en calidad de convocante, es una Empresa de Servicios Públicos con una participación pública, entidad que, según señaló expresamente la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007¹, tiene una naturaleza especial pública y forma parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden descentralizado.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C - 736 de 19 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy.

De ahí que en desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que definió que una Empresa de Servicios Públicos con cualquier porcentaje de capital estatal -como ocurre en el caso de la entidad convocada- tiene una naturaleza pública especial, resulta forzoso entrar a resolver el recurso interpuesto contra el laudo arbitral, dado que esa definición trae como consecuencia que la Corporación sea competente para resolver dicha impugnación, por cuanto la Ley 1107 de 2006, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y juzgamiento de las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”².

2. DEL ARBITRAMIENTO Y DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Respecto a las generalidades y alcances del arbitramento y del recurso extraordinario de anulación de laudos, esta Sala se ha pronunciado³ en el siguiente sentido:

“2.1. De conformidad con el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 -el cual compila el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1 del Decreto 2279 de 1989-, el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. Así, el arreglo de un conflicto presente o futuro en una relación jurídica, en el que se encuentren involucrados derechos con proyección económica, renunciables, disponibles y, por ende, susceptibles de transacción, puede someterse por las partes vinculadas a dicha relación a este procedimiento heterocompositivo de administración de justicia, con lo cual excluyen la contención y diferencia del conocimiento de la justicia ordinaria.

“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116⁴ y desarrollado en un régimen jurídico particular

² “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)”. (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).

“La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo.

“Por lo que a su decisión se refiere, el arbitraje en general puede ser en derecho, en equidad y técnico (artículo 115 del Decreto 1818 de 1998); en cuanto al primero, la decisión se fundamenta en el derecho positivo vigente; en cuanto al segundo, la decisión se fundamenta en el sentido común y la equidad; y en el último caso, en razón a los específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

“En materia de contratación estatal, los artículos 70 y ss. de Ley 80 de 1993, (compilados a su vez por los artículos 228 y ss. del Decreto 1818 de 1998), permiten que las partes puedan pactar en los contratos estatales la cláusula compromisoria o solicitar a la otra la suscripción de un compromiso a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas controversias que puedan surgir o se presenten, según se trate, por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, arbitramento que será únicamente en derecho, sin que obste para dar cabida al arbitraje técnico cuando se pacte para resolver una discrepancia de esta exclusiva naturaleza (artículo 74 *ibídem*).

“Algunas de las notas predominantes de esta institución para resolver en derecho conflictos derivados y originados en un contrato estatal, se pueden concretar en los siguientes enunciados a saber:

- i) Es un mecanismo de heterocomposición de conflictos, que nace del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, expresada de manera recíproca al momento de contratar o posteriormente a la celebración del contrato.

⁴ ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. “...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...”. Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

- ii) Dicho pacto habilita a particulares denominados árbitros para resolver un conflicto de manera temporal y limitada a la materia, razón por la cual se convierten transitoriamente en verdaderos jueces del asunto en concreto.
- iii) Las partes -salvo excepción legal- renuncian a hacer valer sus controversias ante la jurisdicción institucional (artículos 144 y 146 Decreto 1818 de 1998).
- iv) La materia y extensión del conocimiento de los árbitros se encuentra delimitada por las partes, y por la ley, en tanto sólo procede sobre conflictos de carácter particular y económico con carácter transigible de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa en virtud de la acción de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (concordante con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993), con las restricciones previstas en el ordenamiento jurídico.
- v) Es una justicia administrada por particulares en única instancia, cuya decisión expresada en una providencia denominada laudo, obliga a las partes que a ella se sujetan para resolver sus discrepancias, en tanto aquél tiene la misma naturaleza y efectos de las sentencias proferidas por la jurisdicción.
- vi) El arbitramento, por esencia, no contempla una segunda instancia y, por ende, sobre la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento, no es posible, por regla general, replantear el debate acerca del fondo del proceso, con el fin de que sea examinado por otra autoridad.

“A manera de conclusión se puede señalar que el ordenamiento jurídico estableció el arbitramento como una opción alternativa a la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir las controversias generadas a propósito de los contratos estatales, regida por unos procedimientos y trámites propios, que activan de manera libre y voluntaria las partes del mismo y al cual quedan sometidos una vez celebrado el respectivo pacto arbitral.

“2.2. Cabe precisar que para remediar judicialmente las situaciones en las que se incurre en defectos y errores *in procedendo* en los laudos, que vician la justicia que a través de ellas se imparte, la ley instituyó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, el cual sólo procede por causales taxativamente establecidas, y puede interponerse por cualquiera de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, mediante escrito que deberá presentarse ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento que lo profirió.

“El ordenamiento jurídico establece dos sistemas de causales para la procedencia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, uno en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y otro, consagrado en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 de aquel decreto, que se aplican dependiendo de la materia o asunto objeto de la controversia, esto es, si se trata de controversias derivadas de contratos regidos por el derecho privado o de contratos

estatales regidos por la Ley 80 de 1993, pero, es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios por el procedimiento adelantado por los árbitros, sin entrar, en principio, al fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros.

“En efecto, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, establece las siguientes causales de anulación:

“Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

“2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

“3. <Numeral declarado NULO>

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

“5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

“7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

“8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).

Y para los eventos referidos a los laudos que diriman conflictos suscitados por contratos estatales, el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998)⁵, estableció de manera especial las causales del recurso de anulación contra los mismos, así:

“1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan

⁵ La Sala ha manifestado que las causales instituidas en normas anteriores, como en el Decreto 2779 de 1989, no son aplicables contra laudos que versen sobre contratos estatales. (...) Sentencia de 1 de agosto de 2002; Exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp. 19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez.”

incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

“2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

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

“4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

“5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

“Como puede apreciarse, si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 son menos que aquellas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coinciden las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 del 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley 80 de 1993.

“En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las normas transcritas, dependiendo claro está de sí se trata de contratos estatales de que trata la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado⁶, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

“Así, el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, y de sustentarlo una vez avocado su conocimiento y corrido el traslado para ello, so pena de declararlo desierto por tal omisión.

“La Sala además de la jurisprudencia en la que señaló la competencia del Consejo de Estado sobre los recursos de anulación contra laudos que diriman diferencias de contratos regidos por el derecho privado suscritos por empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios ... también en reciente pronunciamiento (Sentencia de 24 mayo de 2006, Exp. 31024), resolvió el interrogante en relación con las causales a aplicar en estos eventos, es decir, si son las contenidas en el

⁶ En este sentido ver: sentencias de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esta última la Sala dijo: “De modo que los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por razones que no encajen en alguna de las causales enumeradas (las del art. 72 Ley 80 de 1993), las cuales deberán ser expresamente alegadas por el recurrente y no pueden ser aplicadas por analogía a otras circunstancias ni extendidas a situaciones que no correspondan a las previstas por el legislador, ni pueden ser modificadas por las partes”.

artículo 72 de la Ley 80 de 1993 o las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, así:

“Nadie discute que las causales que se deben invocar para solicitar la anulación de un laudo arbitral, cuando el contrato se rige por la ley 80 de 1993, son las contenidas en su artículo 72. La duda surge cuando el contrato estatal es de aquellos que se rigen por el derecho privado; en ese caso, según lo dicho, quien debe conocer del recurso es de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

“(…)

“Un nuevo análisis del asunto induce a la Sala a reconsiderar este criterio porque, en casos como el presente, las causales de anulación aplicables deben ser las contenidas en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, dado que el contrato suscrito el 16 de junio de 1997 (...) se rigió por el derecho privado, según lo disponía el artículo 31 original de la ley 142 de 1994.”⁸

“Por consiguiente, de conformidad con el criterio vigente de la Sala las causales de anulación de un laudo arbitral que dirime diferencias de un contrato que se rige por el derecho privado celebrado por una empresa oficial que presta un servicio público domiciliario, son las del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y no las de la Ley 80 de 1993.

“2.3. De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado⁹, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades:

- i) El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos.
- ii) El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in iudicando*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse

⁷ Esta norma fue modificada, en el año 2001, por la ley 689, pero mantuvo el mismo sentido normativo de la derogada.”

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809 y el 24 de octubre de 1996, Exp. 11632. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en esta última se hace una descripción de los límites a los que está sometido el juez de anulación.

decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal.

- iii) En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.
- iv) Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra.¹⁰
- v) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo¹¹; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.¹²¹³

De la jurisprudencia que antecede, y que ahora reitera la Sala se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de

¹⁰ Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; y Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹¹ Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp.16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹² Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp.19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.”

¹³ Actualmente, de acuerdo con la Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, la Sala precisó que la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no constituye una nueva o diferente causal de anulación sino una manera de configuración de la causal de anulación consagrada en el numeral 4° del artículo 72 de la Ley 80 de 1993; e igualmente la nulidad por la obtención de pruebas con violación del debido proceso, tampoco se erige en una nueva causal de anulación de los laudos, sino que es una de las formas en que puede configurarse la causal consagrada en el numeral 1° del referido artículo 72, en cuanto se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuar las pruebas correspondientes.

la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

De otra parte, conviene también puntualizar que, según la jurisprudencia de la Sala, las causales de anulación aplicables a un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal deben ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto se rige por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 31 de la Ley 142 de 1994 (como sucede en el presente caso en que efectivamente fueron invocadas con base en dicha disposición, bajo la consideración de que se trataba de un contrato al que le era exclusivamente aplicable el derecho común de acuerdo con el citado artículo 32), conclusión que se apoyó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“De un lado, porque el artículo 32 de la ley 142 establece que el régimen jurídico aplicable a los actos que expiden las empresas de SPD es el derecho privado (...), disposición que complementa al artículo 31 de la misma ley. Según aquella norma, resulta lógica la remisión a las causales de anulación del derecho privado, pues esa es la filosofía recogida en dicha disposición.

“De otro lado, las causales del art. 72 de la ley 80 se aplican, con exclusividad, a los contratos que, en su parte sustantiva, se rigen por dicha ley, de manera que no es procedente aplicarlas a los contratos que se rigen por el derecho privado. Dicho de otra manera, si, como es sabido, la ley 80 no rige los contratos de las empresas prestadoras de SPD, la exclusión de dicha norma debe ser total. De modo que no encuentra explicación razonable el hecho de que, por un lado se sostenga rotundamente la inaplicación de la ley 80 y, por el otro, se decida la aplicación de una de sus normas: el artículo 72, relativo a las causales de anulación del laudo arbitral.

“La proposición, así expuesta, no resulta coherente; por el contrario, lo razonable es que la normación aplicable corresponda a la propia del régimen jurídico que tutela el contrato, así el juez que deba resolver la controversia sea el juez especial, como ocurre en el sub judice. (...)

“La variación del juez, sin embargo, no lleva insito el cambio de régimen jurídico. En otras palabras, pese a que la competencia es, en estos casos, del juez administrativo, el régimen del contrato será el que, legalmente, le corresponde, es decir el de derecho privado.”¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

No obstante, este tema se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer que “...[s]on causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan...”, con lo cual a partir de su vigencia¹⁵ se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo.

En consecuencia, por tratarse de un contrato al cual se le aplica el derecho privado, las causales de nulidad que resultan aplicables al momento de la interposición del recurso extraordinario contra el laudo arbitral (18 de mayo de 2007), corresponde a las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (que compila el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), tal y como así fueron esgrimidas en el memorial de presentación del mismo.

3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Precisado lo anterior, la Sala analizará en el orden propuesto por el recurrente en la sustentación presentada en el término previsto por la ley, si los cargos por él endilgados configuran causales de anulación del laudo arbitral de 16 de mayo de 2007, para lo cual se tendrán en cuenta las consideraciones generales expuestas en la jurisprudencia de la Sala a propósito de la naturaleza y características del recurso extraordinario de anulación.

3.1. Primera Causal: *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* (Numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.1.1. Sustentación del recurso

La configuración de esta causal la sustenta el censor en las siguientes situaciones a saber:

¹⁵ Vigente a los seis (6) meses de su promulgación de acuerdo con el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 16 de enero de 2008 y, por lo tanto, en aplicación a las reglas que rigen el tránsito de legislación, no resulta aplicable este artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 al presente caso, como quiera el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto con anterioridad a que entrará a regir dicha reforma, razón por la cual se seguirá la pauta jurisprudencial explicada en precedencia.

i.) Ausencia de valoración pertinente

a) En relación con los incumplimientos de TELEACCESO como razón que impide una indemnización a su favor.

Consideró el recurrente que, si bien el Tribunal de Arbitramento al adoptar la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutive del Laudo de declarar el incumplimiento por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. del contrato de Agencia Comercial, se fundamentó en un profundo análisis jurídico probatorio (transcribe apartes del Laudo, Págs. 168, 169, 170, 172, 173, 174 y 182), *“...el excelente análisis probatorio utilizado para condenar a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. brilló por su ausencia, cuando el Tribunal decidió en torno a la responsabilidad contractual de TELEACCESO...”*

En su concepto, las pruebas que demuestran la relación entre la inejecuciones contractuales de la sociedad TELEACCESO y los incumplimientos de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal al resolver sobre la situación de la primera, lo que demuestra claramente que *“...se apartó de la realidad procesal para proferir un fallo inspirado en una inexplicable ‘equidad’ económica...”*

Afirmó, además, que el Tribunal creyó sustentar la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, en la *“prueba producida en la instancia arbitral”*, no obstante, dicha prueba no existe, en tanto *“...el Tribunal se centró en analizar si la capacidad administrativa de Teleacceso era a (sic) la adecuada o no, lo cual desde luego importaba al proceso, pero no para probar el incumplimiento de esta compañía, el cual ya estaba claro que no existía, sino para determinar el monto de los perjuicios...”*

Así mismo, sostuvo que las pruebas que reposan en el expediente indican con claridad que una más eficiente administración de TELEACCESO habría reducido el monto de sus pretensiones económicas, lo cual le correspondía al Tribunal cuantificar previo análisis de la prueba pericial, pero de ninguna manera, con base en ello se podía concluir que por su parte también incumplió de manera grave con el contrato; al contrario, era tal la confianza que TELEACCESO tenía por su contraparte, que conservó su estructura administrativa, con todos los costos que

ello implicaba, en espera de una solución al conflicto contractual que le permitiera continuar con su negocio.

Por último, concluyó que *“...no existe lógica jurídica alguna en la manera que el tribunal estructuró su fallo, las pruebas que observó con gran detenimiento en una parte fundamental de su decisión (las pretensiones de la convocante), fueron inobservadas en su integridad a la hora de resolver sobre otra parte igualmente fundamental de la disputa (las pretensiones y argumentos de defensa de la convocada), situación ésta que no sólo lleva a una conclusión: que el fallo fue en conciencia...”*

b) En relación con la terminación del contrato por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y el mutuo disenso tácito derivado del comportamiento de TELEACCESO.

Sostuvo el libelista que la declaratoria efectuada en el numeral 5 de la parte resolutive del laudo atacado, según la cual se había presentado la extinción del contrato de agencia comercial, porque, una vez se cerró la última tienda el 3 de junio de 2005, hubo aquiescencia concluyente entre las partes en reconocer la conclusión definitiva del contrato, también se encuentra basada en una ausencia absoluta de la prueba y constituye una mera suposición del tribunal.

A su juicio, sin mayor esfuerzo se puede concluir que en el expediente sí reposan pruebas que demuestran que TELEACCESO se opuso a la terminación del contrato y que su comportamiento ante el no suministro de equipos por parte de COLOMBIA MOVIL no obedecía a un querer sino a la inexistencia de alternativa económica distinta.

Igualmente, discrepó el impugnante de la afirmación del Tribunal de que las comunicaciones enviadas por COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. no buscaban terminar el contrato sino que eran meras advertencias, por cuanto las pruebas - comunicaciones de 17 de agosto de 2005, publicaciones en los diarios El País y El Tiempo, interrogatorio de León Darío Osorio Muñoz- indican que la intención de aquella era acabar con el vínculo.

Finalmente, aseveró que el mutuo disenso tácito advertido por el Tribunal de Arbitramento, no consulta la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de

Justicia /CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 1 diciembre de 1993, (Exp. 4022) en torno a la necesidad de justificar con base en un contundente material probatorio conforme al cual se pudiera deducir el deseo de TELEACCESO de extinguir el contrato, y que se declaró probada la excepción de incumplimiento de TELEACCESO cuando realmente se está concediendo efectos jurídicos equivalentes a haber declarado probada la excepción de contrato no cumplido con el ropaje de aquella.

ii.) Ausencia de aplicación de normas jurídicas básicas

Aseguró el impugnante que *“no sólo se declaró la existencia de un mutuo disenso tácito sin observar y evaluar el material probatorio que indica todo lo contrario, sino que el tribunal dejó de aplicar el ordenamiento procesal civil [art. 20 del Decreto 2651 de 1991] al fallar sin resolver de fondo sobre la trascendental excepción: la de contrato no cumplido...”* prevista en el artículo 1609 del Código Civil y que fue propuesta como medio de defensa por la convocante en la contestación a la demanda de reconvención.

Así mismo, adujo que la providencia tuvo un inesperado giro, pues, por una parte, precisó el incumplimiento de la convocante y el efecto que produjo frente a las finanzas de TELEACCESO hasta el punto de llevarla a la quiebra; y por otra, absolvió a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. al no pronunciarse sobre la excepción más importante, que evidentemente no estaba probada, creando a su favor la no demostrada figura del “mutuo consentimiento tácito”, con la que le cercenó el derecho a ser indemnizada.

3.1.2. Consideraciones de la Sala

3.1.2.1. El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio 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 (“*ex aequo et bono*”).¹⁶

En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión; como corolario, el juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, según autoriza el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala en Sentencia de 3 de abril de 1992, Exp. 6695, precisó los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, así:

“El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico; tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo.

“...El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

“Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

“..Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le dá a determinado medio o al conjunto de todos.”¹⁷ -Subraya la Sala-

¹⁶ Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

También ha señalado la Sección que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar por parte del juez del recurso la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191); además, ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia.

Igualmente, ha sostenido la Sala que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso, porque:

“(…) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. (…) Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica.”¹⁸

Sin embargo, la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia.¹⁹

Aunque la Sala reitera los criterios jurisprudenciales anteriores, estima oportuno precisar que cuando se ha referido a que con base en esta causal puede ser discutido el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, debe entenderse esta afirmación en el contexto de la naturaleza del yerro que se sanciona con la misma, esto es, por un vicio *in procedendo* y no *in iudicando*, de manera que bajo

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887 C.P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ídem.

ese expediente no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso.

Es decir, por vía de esta causal no es viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

En efecto, recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.²⁰

Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica²¹. Y el error de derecho, se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna,

²⁰ En cuanto al error de hecho y error de derecho en general, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: Sentencia N° 065 de fecha 13 de julio de 1995; Sentencia N° 34 de fecha 10 de agosto de 1999; Sentencia N° 035 de fecha 17 de agosto de 1999; Sentencia N° 111 de fecha 1° de diciembre de 1999; Sentencia de fecha 19 de octubre de 2000; exp. 5442; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 5619. Respecto de error de hecho: Sentencia N° 06 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia N° 04 de fecha 11 de marzo de 1999; Sentencia de fecha 14 de febrero de 2001; exp: 6347; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 6399; Sentencia de fecha 21 de mayo de 2001; exp: 5924; Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001 exp: 6142; Sentencia N° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia N° 90 de fecha 22 de octubre de 1998; Sentencia N° 006 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia N° 11 de fecha 3 de marzo de 1998; Sentencia N° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia N° 28 de fecha 27 de julio de 1999; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1993, reiterada en sentencia de junio 28 de 2000, exp.: 5430; Sentencia de fecha 27 de marzo de 2001; exp: 5676; Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001; exp: 5670. Y Sobre error de derecho: Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997; Sentencia No. 009 de 22 de abril de 1997; Sentencia N° 019 de fecha 8 de junio de 1999; Sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999, entre otras.

²¹ Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia N° 34 de 10 de agosto de 1999.

es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega.²² Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria.

En consecuencia, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo; por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho, pese a que no señale el mérito que le otorga a determinado medio de convicción.

3.1.2.2. En el caso concreto, el recurrente consideró que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque: i) el Tribunal declaró que TELEACCESO S.A. había incumplido el contrato de agencia comercial y que el mismo fue objeto de terminación por mutuo disenso entre las partes, apreciaciones que carecen de sustento; y ii) declarado el incumplimiento de COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. había lugar al pago de la indemnización por el impacto negativo en las finanzas que ello ocasionó a la convocada, pretensión que fue denegada en forma injustificada.

Al respecto, la Sala coincide con el opositor del recurso y con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales este cargo no está llamado a prosperar, pues, a contrariedad de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión bajo el siguiente análisis:

²² Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2000, Exp. 5442. Además, *“Cuando en el cargo se imputa a la sentencia la violación de normas sustanciales como consecuencia de errores de derecho, debe el recurrente, para aspirar a la admisión de ese cargo, indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explicar en qué consiste la infracción, que es lo que de manera diáfana consagra el artículo 374 in fine del Código de Procedimiento Civil, como requisito para la admisión de la demanda.”* Cfr. Ídem, Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997.

En primer término, y luego de realizar un resumen pormenorizado de los antecedentes, constatar jurídicamente la capacidad de las partes y su representación, realizar una síntesis del litigio, condensar la demanda integral y su contestación, la demanda de reconvención y su respuesta, el llamamiento en garantía y la contestación al mismo, las pruebas decretadas y practicadas, señaló que carecía de fundamento la excepción de incompetencia para conocer sobre algunas pretensiones de la demanda formulada por la convocante, toda vez que desde la primera audiencia de trámite había precisado que contaba con ella, en consideración a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la naturaleza y la capacidad de las partes, las características, ámbito y extensión del vínculo contractual convenido, la cláusula compromisoria y las pretensiones que recíprocamente se formularon.

Posteriormente, al comenzar el examen del fondo de la controversia se preguntó el Tribunal si el negocio jurídico fuente del litigio con independencia del tipo contractual de agencia comercial que se le atribuyó por las partes, se encuadraba dentro de los contratos de naturaleza estatal, según la terminología acuñada por la Ley 80 de 1993, o en la de los de naturaleza privada, precisión de especial importancia para ubicar el régimen legal que debía serle aplicado. Para dilucidar el anterior interrogante, observó que, como el objeto social de COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. se adicionó significativamente, mediante reforma surtida en febrero de 2003, en cuanto se le agregó “la prestación y comercialización de Servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada” (art. 5 Escritura Pública 674 de 2003), y al hacerlo se transformó en una “empresa de servicios públicos”, los contratos celebrados por ella después de dicha reforma son de derecho privado y su régimen legal es íntegramente el del derecho común, según se deduce del texto del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, norma que acoge un criterio subjetivo y que prevalece sobre el artículo 31 *ibídem*.

Por lo tanto, concluyó que, por tratarse de una empresa de servicios públicos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, todos los actos de COLOMBIA MÓVIL se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, y en particular el negocio jurídico que se celebró con TELEACCESO, el cual debe reputarse de consensual, según lo dispuesto por los artículos 1500 del Código Civil y 824 del Código de Comercio.

Esclarecido el régimen legal aplicable al negocio jurídico cuyos pretendidos incumplimientos y sus declaraciones constituyeron la materia objeto de su pronunciamiento, el Tribunal analizó los antecedentes que rodearon la celebración del mismo para puntualizar que en virtud del citado principio de consensualidad y de acuerdo con los artículos 1320 y 1331 del Código de Comercio, es perfectamente claro que el contrato de agencia comercial existió desde cuando las partes manifestaron su inequívoca intención de celebrarlo en los términos del modelo suministrado por COLOMBIA MÓVIL, esto es, a partir del momento en que, de un lado, TELEACCESO realizó los actos preparatorios para el lanzamiento de los productos OLA, los cuales demandaron importantes inversiones de su parte, y de otro lado, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. escogió a la sociedad TELEACCESO S.A., fijó la zona donde debía desarrollar sus actividades el agente y supervisó el montaje de las tiendas y emitir las órdenes sobre la fecha de lanzamiento, etc.

Así, encontró que estando vigente y en ejecución el contrato de agencia comercial, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. envió a la sociedad TELEACCESO un documento contentivo del texto del nuevo contrato que fue el que rigió las relaciones entre las partes y que, en criterio de la última, desmejoró sus condiciones económicas y constituyó su celebración un abuso de posición dominante. Sin embargo, afirmó el Tribunal, que no estaba probado que COLOMBIA MÓVIL presionó a TELEACCESO abusivamente para que firmara el contrato, como tampoco que ella se resistió a aceptar la modificación al primer contrato o que hubiera dejado constancia de su inconformidad, razones que tornaban imprósperas las pretensiones que con fundamento en estos hechos adujo esta última en la demanda de reconvención.

De otra parte, al indagar por la naturaleza jurídica del contrato celebrado y ejecutado por las partes, advirtió el Tribunal con sustento en la doctrina que, aun cuando la cláusula segunda dispone que es exclusivamente de agencia comercial, el análisis de la integridad del clausulado (número 2.7 *ídem*, Anexo 2 - políticas y criterios tarjetas prepago, cláusula 4 numerales 2 y 3, y cláusula 5) y de la forma en que se ejecutó (dictamen pericial cd. pruebas 4, fl. 250), no dejan duda de que en su texto se englobaron dos contratos diferentes pero que no se oponen: el de agencia comercial para la promoción de los servicios que ofrecía COLOMBIA MÓVIL y el de distribución para la venta y reventa de las tarjetas prepago, actividad esta última en que la intención de las partes fue la de que no diera lugar

a cesantía comercial. Por ello, coligió que no podían prosperar las pretensiones de la demanda de reconvención que persiguen la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de COLOMBIA MÓVIL al no haberse liquidado la cesantía comercial por colocación de tarjetas prepago, y la condena por este concepto.

En cuanto a los incumplimientos resolutorios que recíprocamente se imputan las partes, consideró que para efectos de su análisis era menester insistir en las directrices básicas y preponderantes del contrato de agencia comercial regulado en el Capítulo V del Título XIII del Libro Cuarto del Código de Comercio (arts. 1317 y ss.); entre ellas, en síntesis, mencionó que: i) se trata de un negocio mercantil de gestión de intereses ajenos, en el cual la actuación del agente se circunscribe a la intermediación o celebración de negocios de comercialización de productos y servicios, según el caso, en beneficio o a nombre del agenciado, pero con independencia de éste, para lo cual cuenta con una organización y estructura propias, y asume el riesgo inherente representado en las inversiones y gastos que demanda la gestión; ii) la intermediación en la promoción y explotación de los negocios del empresario principal es duradera y estable, lo que obliga al agente a realizar una gestión diligente, so pena de que los resultados obtenidos aunque puedan no ser concluyentes de un incumplimiento, si lleguen a constituirse o no en justa causa para terminar unilateralmente el contrato; iii) el compromiso que se asume por el agente de desarrollar a su propio riesgo la gestión de promoción de ventas de productos y servicios, de ordinario se realiza dentro de una zona geográfica determinada y exclusiva, siguiendo fielmente las instrucciones que imparta el empresario principal y defendiendo lealmente los intereses de éste; y iv) es una relación continuada y de tracto sucesivo, que se traduce en una recíproca colaboración fundada en la mutua confianza, al extremo que faltando este presupuesto, se derrumba el andamiaje negocial.

Con este mismo propósito, manifestó que, por lo regular, entre los empresarios se consolida una situación de desequilibrio económico que redundaría en detrimento del agente, quien para la realización de su encargo se encuentra sujeto a la voluntad del agenciado titular de los bienes y servicios a promover y depende económicamente del vínculo con éste, situación que es factible verificar a partir de las condiciones del mercado o de elementos objetivos y subjetivos, como la selección de productos o servicios, la organización de la empresa subordinada, la escasez y el poder relativo de la demanda y la existencia o no de alternativas de acción comercial, entre otros.

Sostuvo que ese desequilibrio se refleja en las estipulaciones del contrato y que *per se* no contraviene el derecho, salvo que se presente una explotación y ejercicio abusivo de ese poder de dominación por parte del empresario, a la luz de los preceptos superiores de rango constitucional y legal a los que se encuentra sometida esa prerrogativa.

Bajo el anterior marco teórico, afirmó que en el caso concreto obra prueba (testigos, documentos, dictamen pericial) conforme a la cual se impone concluir que la sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. carecía de derecho para pedir la terminación del contrato de agencia comercial de 17 de octubre de 2003, por cuanto no cumplió con las obligaciones a su cargo y de ese incumplimiento se originaron, en su mayoría, las faltas que le imputó a TELEACCESO, con el cual existía una pronunciada dependencia económica a su favor.

En efecto, puntualizó que, ante dificultades en extremo críticas en la organización interna -coyunturas y colapso tecnológico, según señalan los testigos- y protuberantes errores en las previsiones sobre la demanda real de los productos y servicios de comunicación personal -PSC-, la convocante no estuvo a la altura de las circunstancias y llevó a cabo actos que no consultaban los intereses legítimos de la convocada, lo cual ocasionó que no empezara en la fecha convenida con el encargo y otros percances como la interrupción intempestiva de la gestión ordenada de manera unilateral desde el 12 de abril de 2004 por espacio de cincuenta días, y la falta de aprovisionamiento en forma debida de equipos y demás medios tecnológicos para desempeñar eficazmente el encargo, con el argumento drástico de cartera de crédito insatisfecha, todo lo cual generó problemas financieros que condujeron al cierre de las tiendas.

En consecuencia, infirió que la convocante faltó a los principios de buena fe y lealtad en la ejecución de sus obligaciones e incurrió en una explotación abusiva de su posición de superioridad económica y, por lo mismo, en un incumplimiento grave del contrato, que impedían despachar favorablemente las pretensiones objeto de la demanda, a excepción de la primera.

Por lo demás, aseveró que como TELEACCESO no utilizó la facultad de desistimiento unilateral del contrato (cláusula 10 numerales 1 y 2) y que las misivas enviadas por la convocante el 22 de junio y el 17 de agosto de 2005 no

podían entenderse sino apenas como advertencias que no ponían de manifiesto la voluntad de finalizarlo, no quedaba otra alternativa distinta que constatar de acuerdo con la prueba recaudada en el proceso, que el contrato terminó por aquiescencia de las partes cuando se cerró la última tienda el 3 de junio de 2005 y, en tal virtud, estimó que no resultaba procedente la solicitud formulada por la convocada de declarar que no había situaciones que supusieran la terminación de ese contrato, ni la petición de la convocante respecto de la terminación anticipada del mismo debido a un incumplimiento de TELEACCESO.

En este sentido, vale advertir que en relación con la terminación del contrato por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y el mutuo disenso tácito derivado del comportamiento de TELEACCESO, los árbitros tuvieron en cuenta y le dieron mérito al material probatorio que obra en el expediente, motivo por el cual no aparece manifiesto y ostensible, como lo sugiere el recurrente, que haya sido producto de la íntima convicción del Tribunal.

Y en cuanto a las pretensiones de TELEACCESO (asunto que es materia de inconformidad del recurrente en el sentido de que la declaratoria de incumplimiento contractual carecía de sustento probatorio), el Tribunal observó que TELEACCESO, también a la luz de las pruebas producidas, es contratante incumplido, como quiera que en el dictamen pericial y las diligencias que recogen los testimonios complementarios practicados de oficio (Juan de Dios Díez y Marco Aurelio Gallego), se apreciaba que comenzó a incurrir sistemáticamente en retraso en la atención de sus obligaciones pecuniarias de cuyo pago se hizo acreedora la convocante por venta de equipos, tarjetas “Sin Card” y tarjetas prepago, cartera morosa de formación progresiva cuya omisión de cancelarla representa un incumplimiento grave que no obedeció a razones excusables, y que para la fecha del dictamen ascendía a una importante suma (\$700 millones). Por tanto, contrario a la posición del impugnante, repárese que si fue estudiado el incumplimiento de TELEACCESO relacionado con el pago de la cartera por el Tribunal y sustentado en las pruebas que reposan en el proceso.

De otra parte, a juicio del Tribunal la estrategia de no utilizar la facultad unilateral que daba el contrato de terminarlo ante la justa causa que meses antes a abril de 2005 se había configurado por el incumplimiento de COLOMBIA MÓVIL, no la hacían digna de reconocimiento de las indemnizaciones que reclama.

En síntesis, concluyeron los árbitros en el laudo atacado que, ante la situación de recíproco incumplimiento resolutorio, a ninguna de las partes les asiste el derecho de exigir del otro el pago de las prestaciones que a título resarcitorio y por distintos conceptos se contemplan en las pretensiones de la demanda y en la demanda de reconvencción, razón por la cual resultaba procedente desestimarlas, reconocer ese incumplimiento concurrente y declarar que la terminación del contrato se produjo debido al comportamiento de las dos partes, que no permitía un entendimiento distinto.

Así las cosas, tal y como se expuso, para que se configure la causal de anulación invocada por el censor, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso.

Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente (documentos, interrogatorios de parte, testimonios, inspección judicial, dictamen pericial, oficios), sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia.

Además, para la Sala no puede pasar desapercibida la clara intención del libelista de que el juez del recurso de anulación estudie errores *in iudicando* de la decisión arbitral, mediante una nueva valoración de la prueba, en el entendido de que plantea una violación indirecta de las normas sustanciales por presuntos yerros de hecho al apreciar la misma.

En efecto, llama la atención que para sustentar este cargo el recurrente afirmó, por vía de ejemplo que:

“...una revisión del profuso acervo probatorio que consta en el expediente permitirá concluir que no existe la prueba producida a

instancia arbitral que evidencie que Teleacceso incumplió de manera injustificada y grave el contrato. El Tribunal se centró en analizar si la capacidad administrativa de Teleacceso era a (sic) la adecuada o no, lo cual desde luego importaba al proceso, pero no para probar el incumplimiento de esta compañía, el cual ya estaba claro que no existía, sino para determinar el monto de los perjuicios...”

Las pruebas que reposan en el expediente indican con claridad que una más eficiente administración de Telacceso a lo sumo habría reducido el monto de sus pretensiones económicas, lo cual le correspondía al Tribunal cuantificar previo análisis de la prueba pericial, pero de ninguna manera, con base en ello se puede concluir que Teleacceso por su parte también incumplió de manera grave con el contrato. Las pruebas adicionales practicadas por el tribunal demuestran que era tal la confianza que Teleacceso tenía por su contraparte, que conservó su estructura administrativa, con todos los costos que ello implicaba, en espera de una solución al conflicto contractual que le permitiera continuar con su negocio. Insisto, un análisis integral de la prueba habría permitido al tribunal llegar a una conclusión diametralmente opuesta.

El anterior razonamiento se funda en que, como el mismo tribunal lo reconoció al analizar los comportamientos de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., existe abundante material probatorio, que indica que efectivamente fueron dichos comportamientos los que postraron económicamente al agente comercial convocado y que por tanto lo llevaron a la situación de no poder ejecutar algunos compromisos económicos derivadas del contrato.

No existe lógica jurídica alguna en la manera que el tribunal estructuró su fallo, las pruebas que observó con gran detenimiento en una parte fundamental de su decisión (las pretensiones de la convocante), fueron inobservadas en su integridad a la hora de resolver sobre otra parte igualmente fundamental de la disputa (las pretensiones y argumentos de defensa de la convocada), situación ésta que no sólo lleva a una conclusión: que el fallo fue en conciencia...” (subraya la Sala).

Como puede apreciarse, el recurrente se refiere al estudio probatorio y al análisis jurídico realizado por el Tribunal en materia de calificación de incumplimiento contractual de las partes, pero a la vez manifiesta que el Tribunal actuó en conciencia, lo que aunado a las diversas transcripciones que efectúa del texto del laudo en su escrito de impugnación, confirma que el fallo fue proferido en derecho y que la discrepancia estriba en que no acepta la solución jurídica que fue adoptada por los árbitros.

En las anteriores condiciones, se vislumbra que los argumentos formulados en este cargo por el recurrente se estructuran sobre presuntos vicios *in iudicando* y no *in procedendo*, que se proponen, incluso, en forma similar a un recurso de apelación, dado que se enfilan a atacar las conclusiones jurídicas y la valoración de las

pruebas consignadas en el laudo, de manera que su estudio implicaría que la Sala realizara un análisis del fondo del proceso y de su acervo probatorio, lo cual está vedado al resolver el recurso extraordinario de anulación de laudos, en tanto no se trata de una segunda instancia de los árbitros en la que se cuente con los poderes que tiene el juez de un recurso de alzada.

En efecto, nótese como el impugnante con el recurso pretende sacar adelante su personal apreciación e interpretación jurídica de la manera como debieron ser valoradas las pruebas por el Tribunal de Arbitramento, por cuanto no comparte la decisión que resolvió el problema jurídico, lo cual resulta inaceptable pues se sustenta en presuntas violaciones indirectas a la ley sustancial, es decir, en la actividad *in iudicando*, para la que, se insiste, no está prevista ninguna causal en tratándose del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, por lo que también se considera que el actor desatendió la técnica procesal del recurso y desconoció su finalidad.

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

Por último, en cuanto al segundo argumento de esta causal que se titula "*Ausencia de aplicación de normas jurídicas básicas*", el cual se fundamentó en el desconocimiento de una norma procesal "*...al fallar sin resolver de fondo sobre la trascendental excepción: la de contrato no cumplido...*", formulada por la convocante COLOMBIA MOVIL S.A E.S.P. en la respuesta a la demanda de reconvencción, se debe agregar que se incurrió en una grave falta de técnica, toda vez que el recurrente enmarcó esa circunstancia en la causal relacionada con el fallo arbitral proferido en conciencia, cuando es propia del supuesto de una causal de anulación distinta que busca sancionar la violación al principio de congruencia del laudo, esto es, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento de que trata el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y cuyo interés jurídico se radica en el afectado con tal omisión, motivo por el cual la Sala no realizará en torno a la misma consideraciones adicionales y particulares diferentes a las ya expuestas.

En este orden de ideas, concluye la Sala que el Tribunal como consecuencia de un estudio jurídico y probatorio resolvió el asunto litigioso con fundamento en el derecho objetivo vigente, esto es, falló con base en las normas jurídicas y su interpretación, analizó el contrato, expuso consideraciones basadas en fuentes formales del derecho y valoró las pruebas obrantes en el juicio arbitral con sustento en la sana crítica.

Por lo tanto, se infiere que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, como adujo la convocada, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

3.2. Segunda causal: “...*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*...” (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.2.1. Sustentación del recurso

Fundamenta el impugnante esta causal en el hecho de que en la demanda de reconvención TELEACCESO presentó como parte de sus pretensiones el reconocimiento, a manera de daño emergente, de una serie de valores derivados de la ejecución contractual y que no habían sido pagados por la convocante, pidiendo, además, a manera de lucro cesante, los correspondientes intereses de tales sumas.

En tal virtud, esgrimió que al declarar el Tribunal que TELEACCESO también incumplió el contrato y que, por tanto, no tenía derecho a la indemnización de perjuicios, olvidó resolver sobre aquellos valores derivados de la ejecución contractual que no se encontraban pagados, es decir, de aquellas obligaciones incumplidas por la convocante.

En su inconformidad por este aspecto con el fallo, reclamó el censor: “...*si COLOMBIA MÓVIL incumplió el contrato, razón por la cual no tiene derecho a ser indemnizada, ¿por qué se le premia con una fallo que la exonera del pago de obligaciones contractuales incumplidas?. Este razonamiento no está previsto en la ley y si no lo ésta, no es producto de un análisis jurídico sino de la conciencia del fallador*”.

Finalmente, concluyó que si en gracia de discusión ocurrió la terminación del contrato por el mutuo disenso tácito que declaró el Tribunal, no se entiende la razón por la cual dejó de pronunciarse sobre todo lo pretendido por TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, pues ella solicitó que se condenara a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. a pagar, además del lucro cesante, algunos rubros provenientes de la ejecución contractual y probadamente incumplidos por éste, como por ejemplo - enuncia- la comisión residual que no fue cancelada ni una sola vez y cuyo valor fue acreditado a través del dictamen pericial, concepto que debía ser pagado a partir del sexto mes de la vinculación del usuario y hasta treinta y seis meses adicionales, aún después de terminado el contrato; así como las comisiones por ventas causadas (\$2.593.188.178) con anterioridad a la extinción del contrato.

3.2.2. Consideraciones de la Sala

3.2.2.1. La causal *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*, prevista en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, evento en el cual se predica que el fallo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil).

Esta causal y la prevista en el numeral 8 del mismo artículo (*“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*), son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo

pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (*infra o citra petita*), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y *causa petendi*- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvenición y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente.

Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 *ibídem*).

En oportunidades anteriores, la Sala ha dicho que para determinar el cumplimiento del principio que consagra la congruencia de las providencias judiciales es menester realizar un proceso comparativo no solo de la relación jurídico procesal -definida por las pretensiones y las excepciones de las partes- con la sentencia o laudo arbitral, sino también entre la parte considerativa o motiva de la providencia y la parte resolutive de la misma, dado que las providencias judiciales deben guardar armonía tanto interna como externa.²³

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de junio de 2001, Exp. 17369. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. En esta providencia se cita la Sentencia de 13 de febrero de 1998, Exp. 8714, Sección Cuarta, según la cual la incongruencia "...interna, está referida a la armonía entre la parte considerativa y la resolutive de la sentencia. La externa, se traduce en la concordancia debida entre el pedido de la partes en la demanda y su corrección, las excepciones con la sentencia y encuentra su fundamento en el artículo 170 del C.C.A., armónico con los artículos 304 y 305 del C.P.C...".

Sin embargo, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.²⁴

En suma, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en la causal 9 de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993.

3.1.2.2. Descendiendo al caso concreto, advierte la Sala que para el recurrente el laudo no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, porque no se pronunció acerca de la pretensión indemnizatoria del daño emergente surgido de la ejecución contractual no pagada por COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., que contempla entre otras, la comisión residual y las comisiones por ventas causadas antes de la terminación del contrato, por lo que el laudo deviene en incongruente.

Este planteamiento, de conformidad con lo arriba expuesto, induce a la Sala a verificar de manera conjunta la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador en el laudo arbitral, así como su parte motiva y resolutive frente a las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso, para determinar si existe la debida armonía entre lo pedido y lo resuelto o la carencia de ésta a propósito del asunto que echa de menos el recurrente en la providencia arbitral atacada.

Así, del comparativo entre las pretensiones de la demanda de reconvención y el laudo arbitral, la Sala no observa un fallo incongruente por omisión de un extremo

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

de la relación jurídica procesal, por cuanto esas súplicas fueron objeto de análisis y pronunciamiento por parte de los árbitros en el fallo.

En efecto, en la demanda de reconvención la convocada solicitó en la pretensión séptima los conceptos que se estiman omitidos, esto es, la comisión residual y las comisiones por ventas causadas y a ellas hace referencia el laudo arbitral en la parte motiva en las páginas 48 y 49, y en el numeral 8 de la parte resolutive del mismo (Pág. 183) se negó la mencionada pretensión, en los siguientes términos:

“OCTAVO - Desestimar por falta de fundamento la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención presentada por **TELEACCESO S.A. -En liquidación-** e identificadas en el capítulo correspondiente de dicho escrito bajo los números CUATRO, CINCO, SEIS, SIETE, OCHO y NUEVE.”

Y como motivación de dicha negativa, en el laudo arbitral (Págs. 179 a 180) se lee:

“En síntesis, ante la situación de recíproco incumplimiento resolutorio, acreditado en el proceso de conformidad con lo indicado en los párrafos que anteceden, a ninguno de los compromitentes les asiste el derecho a exigir del otro el pago de las prestaciones que a título resarcitorio y por distintos conceptos piden en la demanda y en la reconvención, partiendo ambos del supuesto equivocado de que el contrato de agencia comercial que los vinculó, terminó anticipadamente por denuncia unilateral fundada en causas que cada una de dichas entidades le atribuye con exclusividad a la otra, lo que puesto en otros términos quiere significar que, dado el hecho de que las partes en los escritos rectores en mención, presentan claramente dichas pretensiones como rubros que estiman indemnizables a condición de que, previamente, se produzca la declaración de responsabilidad derivada de las faltas de las cuales mutuamente se inculpan, ha de entenderse por lógica que se trata de pretensiones sucesivas consecuenciales que en guarda de las reglas de congruencia se impone desestimar igualmente al no haber lugar a efectuar la susodicha declaración, desestimación que desde luego comprende -valga apuntarlo para evitar dudas acerca del alcance de la decisión- las cantidades de dinero que la convocante afirma debe pagarle a la convocada a título de resarcimiento por concepto de ‘...cartera adeudada...’

Por fuerza, entonces el laudo se limitará en lo sustancial a reconocer ese incumplimiento concurrente y a declarar que, efectivamente, la terminación del contrato en cuestión se produjo en forma anticipada, debido a comportamientos concluyentes de las dos partes que no permiten un entendimiento distinto.” (Subraya la Sala).

De la transcripción de las pretensiones de la demanda de reconvención realizada al comienzo de esta providencia, del numeral 8 de la parte resolutive del laudo y de lo expresado en precedencia, fluye con claridad que se resolvió el asunto o cuestión

que el recurrente cree que se omitió, de manera que no encuentra la Sala que se haya vulnerado el principio de congruencia en el fallo arbitral por un vicio *citra o infra petita*, en la medida en que los árbitros efectivamente explicaron las razones jurídicas por las cuales no accedían a esa pretensión y a otras formuladas por la convocada.

En otros términos, para la Sala, desde una perspectiva objetiva y formal, no resulta incongruente la mencionada decisión adversa a la convocada y consignada en la parte resolutive del laudo, luego de que los árbitros en la parte motiva analizaran el incumplimiento recíproco del contrato por ambos contratantes y advirtieran que si no les asistía el derecho a exigir del otro el pago de las prestaciones que a título resarcitorio y por los distintos conceptos solicitaban en la demanda y en la de reconvencción y, por ende, al no proceder una declaratoria de responsabilidad de alguna de ellas²⁵, la consecuencia que se imponía era denegar las demás pretensiones de tipo condenatorio que derivaran de aquélla, por estar procesalmente sujetas a una “acumulación sucesiva”²⁶.

De otra parte, también es importante precisar que si la decisión adoptada en el laudo no fue favorable a las pretensiones del demandante, es decir, si en él se resolvió en forma negativa o adversa a sus intereses, no es una actuación que viole el principio de congruencia, por cuanto comporta un pronunciamiento sobre la pretensión como resultado del debate procesal y con observancia de las formas propias del juicio arbitral, que, por lo mismo, excluye la prosperidad de la causal invocada.²⁷

En síntesis, el Tribunal de Arbitramento no dejó de pronunciarse o resolver respecto de la cuestión litigiosa materia de conocimiento en virtud del pacto arbitral, no siendo viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación

²⁵ Según solicitaba la convocante en la pretensión tercera de la demanda y, a su turno, la convocada en la pretensión 6 de la demanda de reconvencción.

²⁶ La acumulación sucesiva se presenta cuando se propone una pretensión bajo la condición de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida. Cfr. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil”. Undécima Edición. Editorial ABC. Bogotá. 1991. Pág. 396.

²⁷ “...Distinto de no decidir un extremo de la litis -ha dicho la Corte- es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte (...) De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.” Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 22 de enero de 1980 (G.J. t CLXVI pág. 9).

del laudo arbitral, evaluar la manera cómo interpretó la demanda de reconvención y decidió las pretensiones de la convocada y determinar si lo hizo correcta o erradamente, dado que esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

Se advierte lo anterior, en tanto el censor pretende en últimas por vía de la referida causal de fallo *infra petita* la revisión de las bases normativas, probatorias y argumentativas en que el tribunal de arbitramento cimentó su laudo, lo que conduce a que su impugnación por este aspecto también sea rechazada.

Por lo expuesto, este cargo no prospera.

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto por TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, en su calidad de convocada en el proceso arbitral, carece de prosperidad, por cuanto no se probó alguna de las causales invocadas. En consecuencia, la parte recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 16 de mayo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, en calidad de convocada, y COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., en calidad de convocante, con ocasión del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003 y su Acuerdo Modificatorio No. 1 de 31 de marzo de 2004.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la recurrente convocada, TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACIÓN, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Aclaró voto

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DOCTOR MAURICIO FAJARDO GOMEZ

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES Y MIXTAS - Carácter de entidades descentralizadas

Para concluir acerca de la competencia que le asiste a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación en el caso que se cita en la referencia, estimo que habría bastado acudir a las razones de orden legal, suficientemente claras, que la propia Sala ha recogido en la jurisprudencia que al respecto se encuentra suficientemente consolidada, tal como lo evidencian los fallos fechados en junio 6 de 2002, en agosto 1 de 2002 y en marzo 2 de 2006

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza. Conformación del capital

Dada la importancia y el énfasis que -aunque de manera poco uniforme, en algunos apartes de la Sentencia C-736-07 la Corte Constitucional le atribuye al criterio de la participación de aportes públicos en la composición del capital de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, me atrevo a considerar que las conclusiones relacionadas con la incorporación a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, en punto de las ESP's privadas, obliga a efectuar una distinción en relación con esa categoría definida inicialmente en el apartado 14.7 de la Ley 142, de tal manera que hacia el futuro será posible diferenciar dos (2) subespecies distintas derivadas de la clasificación de las ESP's privadas, esto es: por un lado las ESP's privadas que, serán aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares pero que, en ese sentido, cuentan con alguna participación - obviamente minoritaria, de aportes públicos y, por el otro lado las ESP's puras o propiamente dichas, que serán aquellas cuyo capital pertenece, en su integridad (100%) a los particulares y no cuentan, entonces, con aporte alguno proveniente del erario. Así las cosas, siguiendo los razonamientos de la Corte Constitucional se deberían tener como entidades descentralizadas a las ESP's oficiales, las mixtas y las privadas, mientras que no entrarían en ese género las ESP's privadas puras o propiamente dichas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00061-00 (34543)

Actor: TELEACCESO S.A. EN LIQUIDACION

Demandado: COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

La presente aclaración se genera en un aspecto que en esta ocasión resultó determinante para que la mayoría de la Sala concluyera acerca de la competencia que le asiste a la Sección Tercera del Consejo de Estado para ocuparse del conocimiento y la decisión del recurso de anulación citado en la referencia, aspecto relacionado con los pronunciamientos que consignó la Corte Constitucional en su sentencia C-736 de 2007 respecto de la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -ESP's-.

En efecto, según lo refleja el contenido del fallo al cual corresponde la presente aclaración de voto (páginas 21 y 22), la competencia de la Sala estaría determinada por las manifestaciones que la Corte Constitucional efectuó en su aludida sentencia C-736 de 2007, así:

“1. COMPETENCIA

“El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del Contrato de Agencia Comercial de 17 de octubre de 2003 y su Acuerdo Modificatorio No. 1 de 31 de marzo de 2004, en el que una de las partes, como en este caso COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., en calidad de convocante, es una Empresa de Servicios Públicos con una participación pública, entidad que, según señaló expresamente la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007²⁸, tiene una naturaleza especial pública y forma parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden descentralizado.

“De ahí que en desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que definió que una Empresa de Servicios Públicos con cualquier porcentaje de capital estatal -como ocurre en el caso de la entidad convocada- tiene una naturaleza pública especial, resulta forzoso entrar a resolver el recurso interpuesto contra el laudo arbitral, dado que esa definición trae como consecuencia que la Corporación sea competente para resolver dicha impugnación, por cuanto la Ley 1107 de 2006, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y juzgamiento de las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”²⁹.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C - 736 de 19 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy.

²⁹ “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...).” (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.

1.- UN ACTO DE CONTRICIÓN INICIAL.

Por elementales razones de honestidad intelectual, debo empezar la presente aclaración de voto reconociendo que en un primer momento consideré que los análisis que la Corte Constitucional plasmó en su Sentencia C-736 de 2007 acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios y en particular las de carácter mixto, resultaban realmente determinantes tanto para dirimir las discusiones existentes al respecto como para definir la competencia que le asiste a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer de los asuntos o las controversias en las cuales sean parte esas instituciones.

Es por ello que invocando expresamente los aludidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en mi calidad de ponente propuse a la Sala y así se acogió, la expedición de tres (3) providencias mediante las cuales se reafirmó la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado acerca del carácter de **entidades descentralizadas** que les corresponde a las ESP's **oficiales** y **mixtas**, aunque, bueno es puntualizarlo, sin hacer referencia alguna al caso de las ESP's **privadas** a las cuales también se extiende la aludida sentencia C-736-07.

Dos de tales proveídos fueron expedidos en diciembre 12 de 2007, oportunidad en la cual se señaló:

“De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales antes destacados, se desprende, con meridiana claridad, que dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado existe, en torno a sus providencias, un criterio mayoritario y reiterado, según el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para resolver las controversias contractuales donde sea parte una entidad estatal y, de forma específica, una E.S.P., de naturaleza mixta, como quiera que esta clase de entidades forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y, por tanto, su actividad es objeto de control por esta Jurisdicción y no por la Justicia ordinaria.

*“La tesis anteriormente expuesta, esto es que **las E.S.P., mixtas forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público**, ha sido reafirmada, de manera reciente, por la Corte Constitucional, la cual, mediante sentencia C 736 de 2.007, consideró que (... ..).*

“.....

*“Así las cosas, abundan los argumentos en pro de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de controversias contractuales donde esté involucrada una **E.S.P., mixta**, la cual -según quedó expuesto- **forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y, por consiguiente, debe considerársele como una entidad estatal**”³⁰. (Se ha destacado).*

La tercera providencia corresponde al fallo que se dictó en marzo 27 de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, oportunidad en la cual -especialmente en la respectiva nota a pie de página- se sostuvo:

*“Para efectos de realizar el análisis de competencia y de pertinencia de las causales de anulación invocadas, sea lo primero puntualizar que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB S.A. ESP., en su calidad de empresa por acciones de naturaleza mixta es una entidad estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios³¹, que como tal se ubica dentro de la gama de **Entidades Estatales autorizadas para prestar Servicios Públicos Domiciliarios**, modalidad que a su turno se incluye en el **género de las Prestadoras de Servicios Públicos domiciliarios**, al cual también pertenecen las **Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -E.S.P.-**, cuya naturaleza y definición legal se encuentran consagrada con toda precisión en el artículo 17 de la misma Ley 142 -según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán con la sigla “ESP”, tal como lo prescribe el artículo 19 de esa misma normatividad, de donde se tiene que éstas últimas apenas si constituyen una más de las diferentes especies que integran el citado género de los **Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios**, tal como se infiere del artículo 15 de la Ley 142”³². (Las negrillas pertenecen al texto original).*

No obstante que fui yo precisamente quien propuse a la Corporación los pronunciamientos que se dejan parcialmente transcritos y, como resulta apenas natural, los acompañé con mi voto sin reserva alguna, estimo oportuno señalar - como lo expuse durante el curso del debate que culminó con la adopción del fallo al cual corresponde la presente aclaración de voto-, que nuevas revisiones de la aludida Sentencia C-736 de 2007 me han llevado a la convicción de que resulta totalmente innecesario e inútil que la Sala invoque ese fallo de constitucionalidad para determinar su competencia, puesto que las consideraciones que le sirvieron

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Autos de diciembre 12 de 2007, radicaciones números 33.624 y 33.645.

³¹ Nota a pie de página original de la sentencia transcrita: “Respecto de la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos **mixtas** se acoge el criterio que ha fijado la Sala a partir de la sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 32.302, reiterado en auto del 8 de febrero de 2007, expediente 30.903, así como la sentencia C-736 de 2007 proferida por la Corte Constitucional”. (Se ha destacado en negrillas).

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 27 de 2008. Radicación No. 33.644.

de soporte acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto no resultan vinculantes y desafortunadamente no aporta claridad en esa materia.

2.- LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO ACERCA DEL CARÁCTER DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS QUE LES CORRESPONDE A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES Y MIXTAS.

Para concluir acerca de la competencia que le asiste a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación en el caso que se cita en la referencia, estimo que habría bastado acudir a las razones de orden legal, suficientemente claras, que la propia Sala ha recogido en la jurisprudencia que al respecto se encuentra suficientemente consolidada, tal como lo evidencian los fallos fechados en junio 6 de 2002, en agosto 1 de 2002 y en marzo 2 de 2006.

En el fallo de junio 6 de 2002 se reiteró el criterio según el cual, al margen del régimen legal al que deba someterse un determinado contrato -derecho publico o derecho privado-, si a su celebración concurre una entidad que encuadra dentro del concepto genérico de 'entidad estatal', como es el caso de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios oficiales, dicho vínculo debe tenerse como parte de la categoría, igualmente genérica, de los contratos estatales, así:

“En este caso, dada la condición de empresa de servicios públicos oficial de Telecom, cabe señalar que la Sala ha definido la competencia de esta jurisdicción para conocer de las controversias que se derivan de los contratos que celebren las empresas de su género, sin importar que se rijan por el derecho privado³³, como quiera que no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato y en tanto “solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral.”³⁴

³³ Cita original del fallo transcrito: “La definición de la competencia con fundamento en dicho criterio fue adoptada por la Sala a partir de una interpretación sistemática del artículo 31 de la ley 142 de 1994, antes de las modificaciones que introdujo la ley 689 de 2001, frente a la falta de determinación por parte del legislador de la jurisdicción que conocería de las controversias que se originaran en los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere la ley”.

³⁴ Cita original del fallo transcrito: “En este sentido se pronunció la sala en auto del 20 de agosto de 1998, expediente 14.202, reiterado en auto del 8 de febrero de 2001 (exp. 16.661)”.

“De este modo, son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”³⁵, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”³⁶.

Del hecho de que las controversias contractuales se diriman según las previsiones del derecho privado o el régimen especial de acuerdo con el cual se celebró el contrato y se contrajeron las obligaciones, no se desprende que el juez administrativo deba aplicar las previsiones del derecho procesal privado, pues aquí las normas del procedimiento son las propias de su jurisdicción”³⁷.

Posteriormente, en la sentencia de agosto 1 de ese mismo año, al reiterar la tesis jurisprudencial aludida, la propia Sala precisó que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios oficiales y mixtas forman parte de la categoría de las entidades estatales:

“De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

“1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

“2º Contratos estatales especiales.”

“En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para

³⁵ Cita original del fallo transcrito: “Ibidem”.

³⁶ Cita original del fallo transcrito: “ “Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A.”. Auto del 20 de agosto de 1998, ya citado”.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 6 de 2002, radicación No. 20.634. Magistrado Ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque.

dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (art. 82 c.c.a), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden.”³⁸.

“Advierte la Sala que, para el caso, a la luz de lo dispuesto en los artículos 31 de la ley 142 de 1994, 5 y 76 de la ley 143 de 1994, y lo expuesto anteriormente acerca de la naturaleza jurídica y régimen de ese tipo de empresas, es indiferente que el contrato sea celebrado por una empresa de servicios públicos oficial o por una empresa de servicios públicos mixta, dado que una y otra, igualmente, son entidades estatales”.³⁹ (Se ha destacado por fuera del texto original).

Más adelante, en la sentencia de marzo 2 de 2006, la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado afirmó que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter mixto forman parte de la rama ejecutiva del poder público, aserto que apoyó en múltiples razones, así:

“1.2.2. La tesis positiva, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones.

“En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

“En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común.

“Este tipo de diferencias, a lo sumo, sirven para caracterizar, al interior de una misma categoría de entidades, las particularidades de unas y de otras, sin que de allí se siga que ostentan una naturaleza diferente. No entenderlo así implicaría asignarle a cada entidad que no se enmarque en un esquema común, entre una tipología de entes públicos, una categoría autónoma, en forma por demás injustificada.

³⁸ Cita original del fallo transcrito: “Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16.661”.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 1 de 2002, radicación No. 20.634. Magistrado Ponente, doctor Germán Rodríguez Villamizar.

“En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.

El problema que estudió la Corte radicaba en que el inciso 2, del artículo 97, disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50% del capital social, de manera que, por exclusión, se entendía que cuando la participación era inferior la entidad se consideraba privada⁴⁰. La Corte dijo al respecto, en la sentencia citada, que:

“4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

“4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de

⁴⁰ Cita original del fallo transcrito: “Dispone este inciso que “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.”

economía mixta. **Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta",** pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.

“De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

“4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa”.

“Encuentra la Sala que, el inciso 2 declarado inexecutable, no se distingue, en lo sustancial, del actual artículo 14.6 de la ley 142⁴¹. Esta norma incurre en el mismo vicio advertido por la Corte frente al inciso 2, del artículo 97, de la ley 489; luego, es preciso inaplicar por ser inconstitucional -en virtud del mandado contenido en el artículo 4 de la Carta Política-, para hacer prevalecer las Normas Constitucionales, en las mismas condiciones, y con los mismos argumentos, con que lo hizo la Corte en la sentencia C-953.

“En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella **“d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”.** A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas.

“Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque -según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y

⁴¹ Cita original del fallo transcrito: “El artículo 14.6 dice que: “Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y **las sociedades de economía mixta**”

“De otro lado, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) -en caso de que el anterior argumento fuera insuficiente-, que integran la rama ejecutiva “g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o **autorice la ley** para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.” (Negritas fuera de texto). En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas mixtas de SPD requiere autorización legal, ordenanza, de acuerdo o equivalentes, para ser creada.

“Estas ideas -con sus correspondientes problemas- se reiteran en el art. 68 de la misma ley 489, el cual determina, en los siguientes términos, los entes que integran las entidades descentralizadas:

“ARTICULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (Negritas fuera de texto)”.

“En relación con esta norma reitera el anterior criterio, es decir, que no sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los arts. 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta.

“**En quinto lugar**, también se debe aclarar que el hecho de que los arts. 38 y 68 citados hayan establecido, en forma expresa, que las “empresas oficiales de SPD” hacen parte de la estructura del Estado se debe a otra razón, aún más elemental.

“Pudo, en principio, ser innecesario que la ley 489 hubiera prescrito explícitamente que las empresas oficiales de SPD integran la estructura del Estado, porque bastaba con la referencia a las “empresas industriales y comerciales del Estado” para que tales entidades se entendieran incluidas. El problema radica en que las empresas oficiales

de SPD se pueden constituir de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, a su libre elección⁴².

“De manera que no bastaba con establecer que las empresas industriales y comerciales del Estado pertenecen a la estructura del Estado para entender allí incluidas todas las ESPD oficiales, porque habrían quedado por fuera las empresas oficiales constituidas como sociedades por acciones; de ahí que fuera necesaria la expresa previsión que se hizo en los arts. 38 y 68, de que hacen parte de tal estructura las empresas oficiales de SPD a fin de recoger en este concepto las dos formas jurídicas que ellas pueden adoptar.

De allí que la Sala entienda que la referencia expresa, en ambos artículos, a este tipo de empresa, no significa que las mixtas de SPD hayan quedado excluidas de la estructura del Estado, pues ellas quedaron recogidas en otros apartes de los artículos citados, según se acaba de ver.

“En sexto lugar, encuentra la sala que el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado -como lo dice la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004⁴³- no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, pues con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; lo cual es a todas luces un despropósito, como lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999⁴⁴.

“Puede ocurrir, perfectamente, que una entidad estatal se cree o rija, en mayor o menor medida, según las reglas propias del derecho privado, lo que no la convertirá en privada, pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos -pero no en forma absoluta- tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública.

⁴² Cita original del fallo transcrito: “Esta posibilidad está contemplada en el art. 17 de la ley 142, el cual establece: “NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

“PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.”

⁴³ Cita original del fallo transcrito: “Dijo la Corte, con franco error, que “Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la *constitución* de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios.”

⁴⁴ Cita original del fallo transcrito: “Dice esta sentencia con acierto, y en contradicción con la anterior sentencia, que “4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.”

Incluso puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto.

“En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de SPD pertenecen a la estructura del estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la ley 489 de 1998, y de allí que CORELCA SA ESP, por detentar esta naturaleza jurídica - recuérdese que la participación estatal es del 99.9999%-, hace que el Consejo de Estado tenga competencia para conocer del recurso de anulación del laudo arbitral recurrido en anulación”.

“

“En estas condiciones, la Sala, además de ratificar la competencia para conocer del recurso de anulación, cuando quiera que una de las partes del proceso arbitral entre empresas de SPD sea una empresa mixta, adiciona los argumentos expuestos en esa ocasión, para confirmar el criterio adoptado por la Sala”⁴⁵.

A las anteriores argumentaciones expuestas por la Sección Tercera se adiciona el pronunciamiento que realizó el mismo Consejo de Estado por conducto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de noviembre 17 de 2005, en cuyo contenido, acerca del asunto que se viene examinando, indicó:

“La naturaleza jurídica de la empresa contratante

“En primer lugar, el problema que corresponde a la Sala definir consiste en determinar si la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., como empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, es una entidad pública.

“

“La ley 489 de 1998, proferida para regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública, establece en su artículo 2°;

"Artículo 2°. Ámbito de aplicación. *La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, **prestación de servicios públicos** o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas”.*

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 2 de 2006, radicación No. 29.703. Magistrado Ponente, doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“

“A su vez el artículo 39 de la aludida Ley al establecer la integración de la administración pública prevé:

“Artículo 39. Integración de la administración pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y **entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo** el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o **la prestación de servicios públicos** del Estado colombiano.

“

“Conforme a las anteriores disposiciones, se evidencia que las empresas mixtas de servicios públicos no fueron enunciadas expresamente como entidades públicas, no obstante ello, conforme al numeral 1°, literal a), del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, son personas jurídicas en donde la participación de aportes en su mayoría es estatal y su creación es autorizada por la Ley 142 de 1994, para la prestación de servicios públicos, no obstante su sometimiento al régimen privado en relación con sus actos, contratos y relaciones laborales.

“Así, es incuestionable que las empresas mixtas prestadoras de servicios públicos, dada la participación mayoritaria del capital estatal, como en el caso sub-lite que corresponde al 99% y la naturaleza de su actividad (prestadora de servicios públicos domiciliarios), de interés general e inherente a la finalidad social del Estado que desarrollan (Artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política), están vinculadas a la administración pública, y por ende, deben ser catalogadas como entidades estatales”⁴⁶. (Las negrillas sí pertenecen al texto de la sentencia).

Por manera que la Jurisprudencia del Consejo de Estado aporta elementos suficientemente sólidos y contundentes, con apoyo directo en la Constitución Política y en la ley, para tener por clarificado el asunto, sin que resulte necesario entonces acudir al débil soporte que pueda brindar la Sentencia C-736 de 2007 cuyo contenido, por desventura, tiende a generar más confusiones que las que en realidad resuelve.

3.- ALGUNOS DE LOS ASPECTOS DESARROLLADOS EN LA SENTENCIA C-736 DE 2007 ACERCA DE LA NATURALEZA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de noviembre 17 de 2005, radicación No. 3713. Magistrado Ponente, doctor Filemón Jiménez Ochoa.

El Tribunal de Constitucional, al expedir la sentencia C-736 de septiembre 19 de 2007⁴⁷, efectúa muchos y muy variados pronunciamientos acerca de la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y del carácter que las acompaña, así:

i).- Inicialmente indica que “... las personas o entidades que asuman la prestación de servicios públicos tendrán no sólo un régimen especial, sino también una naturaleza jurídica especial; ...” (página 41), pero sin explicar en qué ha de consistir tal especialidad, ni cuáles han de ser las consecuencias que se deriven de dicha conclusión.

Más preocupante aun, tampoco aporta razones suficientes que puedan servir de fundamento a esa afirmación, distintas a señalar que el artículo 365 de la Carta Política sujeta a un régimen jurídico propio los servicios públicos domiciliarios y su prestación, cuestión a propósito de la cual cabe anotar que igual ocurre, por determinación del artículo 335 constitucional, con *“las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación”*, las cuales también pueden ser desarrolladas por el Estado a través de sus entidades descentralizadas o por particulares, siempre bajo el control, la inspección e incluso la intervención del propio Estado, mas no por ello dicha Corporación ha sostenido antes que esa sola circunstancia determine que las entidades, públicas o privadas, que desarrollen tales actividades financiera, bursátil o aseguradora *“... tendrán no sólo un régimen especial, sino también una naturaleza jurídica especial ...”*.

El siguiente es el pronunciamiento textual de la Corte Constitucional:

“4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la

⁴⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-736-07 de septiembre 19 de 2007. Magistrado Ponente, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial”.

ii).- En forma paradójica con lo antes destacado, sostiene también la Corte Constitucional que la naturaleza y el régimen jurídico especiales a los cuales se sujetan los servicios públicos domiciliarios y su prestación, se encuentran desarrollados por la Ley 142 de 1994, así:

“En desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. A este respecto, el numeral 1° del artículo 15 de dicha Ley prescribe que pueden prestar esta clase de servicios, entre otras personas, las “empresas de servicios públicos”. (Página 42).

Estimo que este planteamiento resulta paradójico frente a la afirmación de que toda persona que se dedique a la prestación de servicios públicos domiciliarios participa entonces de una naturaleza especial -sin que se pueda saber en qué consiste tal especialidad, ni cuáles son las consecuencias de la misma-, por las siguientes razones:

➤ En primer lugar porque resulta claro que la referida Ley 142, expedida en el año de 1994, contentiva del régimen legal propio de los servicios públicos domiciliarios, determinó quiénes se encuentran autorizados, en el país, para prestar esa clase de servicios públicos, de conformidad con los dictados del artículo 15, a cuyo tenor:

**“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS.
Pueden prestar los servicios públicos:**

“15.1. Las empresas de servicios públicos.

“15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

“15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

“15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

“15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

“15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17”.

Así pues, las tantas veces aludidas *“empresas de servicios públicos”* a que se refiere el transcrito apartado 15.1, cuyas naturaleza y definición legal se encuentran consagradas con toda precisión en el artículo 17 de la misma Ley 142 -según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán entonces con la sigla “ESP” -, sometidas al régimen jurídico especial que recoge el artículo 19 de esa misma normativa, no son los únicos sujetos autorizados para prestar los servicios públicos domiciliarios, como quiera que existen muchas otras personas dentro del mismo listado, algunas de derecho privado y otras de derecho público, lo cual impone concluir que dichas *Empresas de Servicios Públicos -ESP-*, apenas si constituyen una más de las diferentes especies que integran el género de los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios.

Y ocurre que la Ley 142 no dispuso, en aparte alguno y tampoco se revela como intención de la misma, que todas las especies del género de los prestadores de servicios públicos domiciliarios que aparecen contemplados en el transcrito artículo 15 estuvieren reducidos a una misma y única *“naturaleza especial”*.

➤ En segundo lugar, porque la Ley 142 no previó siquiera y menos resulta cierto afirmar que por el simple hecho de que un municipio asuma de manera

directa la prestación de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios, se lo deba catalogar entonces como una entidad con “*naturaleza especial*”, puesto que lo que sí resultará indiscutible es que tal municipio seguirá participando de la naturaleza que le corresponde a todos los demás entes territoriales de esa clase.

Porque la Ley 142 no determina en aparte alguno -y naturalmente no podría hacerlo-, que aquellas personas naturales que se han autorizado en su artículo 15 para prestar algunos servicios públicos domiciliarios dejen de ser tales para pasar entonces a participar de una “*naturaleza especial*”.

Porque la misma Ley 142 estableció y reconoció la existencia de diversas clases de Empresas de Servicios Públicos -las oficiales, las mixtas y las privadas (artículo 14) -, sin que en aparte alguno de su contenido se hubiere adoptado disposición encaminada a desaparecer las diferencias existentes entre tales categorías que ella misma creó, para efectos de reducir todas las ESP's a una sóla y única clasificación que estaría signada por una “*naturaleza especial*” que, además, sería predicable de todos los demás sujetos -públicos o privados- autorizados para la prestación de servicios públicos domiciliarios con sujeción a un régimen jurídico propio.

iii).- Más adelante, la sentencia en cita se detiene a descalificar la jurisprudencia construida por el Consejo de Estado, señalando que “[a]l parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades economía mixta resulta contraria a la Constitución”, pero incumple su carga de argumentación, en cuanto no adujo razón alguna que pueda servir de fundamento a semejante aserto, en la medida en que, como soporte de tal apreciación se limitó a agregar, de manera casi tautológica, que “... según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7º del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y las sociedades de economía mixta” (página 48).

iv).- Posteriormente, en un título suficientemente claro y dicente, aparentemente se aproxima a la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado -esa misma que sin fundamentación alguna calificó de inconstitucional-, al sostener y anunciar que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y Privadas son entidades descentralizadas con base en un criterio muy preciso, cual es el de que exista participación pública en la conformación de su capital social, así: *“5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva”* (página 48).

v).- Reafirma el criterio de la participación de aportes públicos en la conformación del capital social de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como la razón determinante para considerarlas integrantes de la rama ejecutiva del poder público al sostener que *“desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas (sic), mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7º del artículo 150 superior”* (página 49).

vi).- Agrega -con un análisis eminentemente legal, que no constitucional-, que la interpretación armónica del contenido integral del artículo 38 de la Ley 489 permite entender que la intención del legislador no fue la de excluir a las Empresas de Servicios Públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la rama ejecutiva del poder público, según el siguiente texto:

“... la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder público” (página 50).

Y dejando de lado el criterio relacionado con la participación de aportes públicos en la conformación del capital social de las Empresas de Servicios Públicos mixtas y en algunas privadas (las que no tienen socios particulares en el 100%), concluye que todas las mixtas y las privadas, sin distinción alguna, forman parte de la Rama Ejecutiva:

“Nótese cómo en el literal d) (sic) [en realidad se quiere hacer referencia a la letra g)] el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional”.

vii).- Como consecuencia del análisis legal efectuado acerca del alcance del artículo 38 de la Ley 489 y -bueno es reiterarlo-, sin explicar por qué razón abandona de un momento a otro, así, sin más, el criterio determinante que venía esgrimiendo acerca de la participación pública en la conformación del capital de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios para efectos de considerar como descentralizadas tanto a aquellas mixtas como, incluso, aquellas privadas que participaren de tal característica, pasa entonces a sostener que tanto las ESP's mixtas como las privadas, sin distinción alguna, sin importar si en la conformación de su capital social existen o no aportes de naturaleza pública, deben tenerse como descentralizadas, según los siguientes términos:

“Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”.
(Página 52).

viii).- Como corolario de las conclusiones anteriormente indicadas y manteniendo la concepción de que la totalidad de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -sin distinción alguna y sin tener en cuenta para nada la participación de aportes públicos en la composición del capital social de algunas de ellas-, son entidades descentralizadas, agrega entonces que todas las personas que presten servicios a dichas empresas son servidores públicos, según se lee en los siguientes apartes:

“Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los [de] las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

“De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.” Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, (...).” (Página 54).

ix).- Por último, para justificar la constitucionalidad y la proporcionalidad de la norma de la Ley 489 (artículo 102), que limita la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Decreto-ley 128 de 1976 a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios oficiales y a aquellas en las cuales la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, la Corte retoma el criterio de la composición del respectivo capital social para sostener entonces que la diferenciación de trato y de regulación a favor de las ESP's que tengan participación pública inferior al señalado 90%, busca cumplir un objetivo constitucionalmente importante cual es el de atraer capital privado dispuesto a desarrollar proyectos que favorezcan la adecuada prestación de los servicios públicos.

El siguiente es el razonamiento de la Corte Constitucional al que en este punto se ha hecho alusión:

“Como fácilmente puede verse, las normas transcritas dejan por fuera de la aplicación de las normas de transparencia contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las sociedades de economía mixta y a los gerentes, directores o presidentes de dichas sociedades cuando en ellos no haya aportes públicos superiores (sic) al 90%, y a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, es decir de aquellas empresas de servicios públicos que no son constituidas con capital cien por ciento público.

Sin embargo, la Corte no estima que la anterior reglamentación contravenga la Constitución. Ciertamente, como se vio, el legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el

régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes. Esta exclusión en la aplicación del mencionado régimen, fundada en la mencionada conformación del capital de tales empresas, aunque se funda en un criterio de diferenciación que toma en cuenta un porcentaje muy alto de participación pública para determinar la aplicación del mencionado régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, a juicio de la Corte encuentra una justificación constitucionalmente válida y resulta proporcionado. En efecto, si se tiene en cuenta que para la definición del marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del “principio de concurrencia” en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares (C.P. arts. 365 y 370), se tiene que un alto el porcentaje de participación de capital público, incluso un porcentaje del cien por ciento (100%), bien puede ser utilizado como criterio para determinar la aplicación de dicho régimen, si se tiene en cuenta que de esta manera se logra cumplir un objetivo constitucionalmente importante, cual es el de lograr atraer capital privado dispuesto a desarrollar, en asocio con el Estado, proyectos que favorezcan la adecuada prestación de los servicios públicos, dentro de condiciones jurídicas que permitan a dichos entes societarios competir en el mercado en condiciones de igualdad jurídica con los empresarios enteramente particulares”. (Páginas 57 y 58).

Llama poderosamente la atención que esa misma Corporación, en esa misma sentencia, no hubiere aplicado ese mismo criterio para concluir y justificar entonces que las ESP's que la Ley 142 definió como privadas, debieren excluirse del concepto genérico de entidades descentralizadas.

En cualquier caso, dada la importancia y el énfasis que -aunque de manera poco uniforme-, en algunos apartes de la Sentencia C-736-07 la Corte Constitucional le atribuye al criterio de la participación de aportes públicos en la composición del capital de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, me atrevo a considerar que las conclusiones relacionadas con la incorporación a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, en punto de las ESP's

privadas, obliga a efectuar una distinción en relación con esa categoría definida inicialmente en el apartado 14.7 de la Ley 142, de tal manera que hacia el futuro será posible diferenciar dos (2) subespecies distintas derivadas de la clasificación de las ESP's privadas, esto es: por un lado las ESP's privadas que, serán aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares pero que, en ese sentido, cuentan con alguna participación - obviamente minoritaria-, de aportes públicos y, por el otro lado las ESP's puras o propiamente dichas, que serán aquellas cuyo capital pertenece, en su integridad (100%) a los particulares y no cuentan, entonces, con aporte alguno proveniente del erario.

Así las cosas, siguiendo los razonamientos de la Corte Constitucional se deberían tener como entidades descentralizadas a las ESP's oficiales, las mixtas y las privadas, mientras que no entrarían en ese género las ESP's privadas puras o propiamente dichas.

Igualmente llama la atención que en este aparte final de la Sentencia en mención, la misma Corte hubiere dejado de lado -sin explicación alguna-, la tesis que inicialmente desarrolló acerca de la "*naturaleza especial*" que supuestamente sería predicable en relación con la totalidad de las ESP's, puesto que de haber sido consistente con la misma, seguramente habría debido concluir acerca de la imposibilidad constitucional en que se encontraba el legislador para disponer tratamientos legales distintos a empresas que estarían en idénticas situaciones en cuanto, por dedicarse todas ellas a una misma actividad, esto es la prestación de servicios públicos domiciliarios prevista y autorizada en el aludido artículo constitucional 365, según esa alta Corporación, deberían tener entonces "... *no sólo un [mismo] régimen especial, sino también una [misma] naturaleza jurídica especial*". (Se han agregado los corchetes).

4.- EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIAIROS.

Más allá de las puntualizaciones efectuadas por la Corte Constitucional y de los análisis y las observaciones que puedan ameritar las mismas, estimo oportuno poner de presente que, a mi juicio, la expedición de la referida Sentencia C-736-07 no modificó en nada el estado de cosas existente previamente en el mundo

jurídico en cuanto se refiere al régimen y la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las clasificaciones que de las mismas contiene el artículo 14 de la Ley 142.

Son varios los argumentos en que se apoya el anterior aserto, a saber:

Lo primero que al respecto cabe señalar es que la decisión de la Corte Constitucional consistió en declarar exequibles las normas demandadas de inconstitucionalidad, por manera que las mismas, esto es los apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, la letra d) del numeral 2 del artículo 38, el artículo 68 y el artículo 102 de la Ley 489, no sufrieron alteración alguna en cuanto a su contenido y, por tanto, seguirán rigiendo normalmente hacia el futuro.

Agréguese a lo anterior que tal declaración de exequibilidad fue simple, es decir que no se condicionó a una determinada forma de entender o de interpretar una o varias de dichas disposiciones, cuestión que habría sido obligatoria o vinculante, sino que necesariamente hacia el futuro los encargados de aplicar dichas disposiciones -autoridades judiciales, autoridades administrativas, las propias ESP's y sus funcionarios o empleados, abogados, doctrinantes, etc. -, podrán escudriñar, proponer y examinar libremente, todas las interpretaciones que -siendo razonables- resulten posibles en relación con tales disposiciones y, por tanto, con sujeción a las reglas de interpretación de las leyes podrán determinar el alcance de las mismas y definir su aplicación en los casos específicos cuando ello fuere procedente, sin encontrarse sometidos a unas específicas directrices que hubiere impartido la Corte Constitucional.

Esta postura encuentra sólido respaldo jurisprudencial en el pronunciamiento que efectuó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un caso en el cual debió interpretar una norma legal para determinar el alcance de la misma y al verificar que ya había sido declarada exequible por la Corte Constitucional pero sin condicionamiento alguno, consideró que como juez estaba suficientemente habilitado, en los términos del artículo 230 de la Carta Política, para darle a tal disposición legal el entendimiento más adecuado, sin tener que someterse a las apreciaciones que previamente había realizado el Tribunal Constitucional; así lo sostuvo el Consejo de Estado en la oportunidad referida:

“La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 36 de la ley 472 de 1998, en sentencia C- 377 proferida el día 14 de mayo de 2002; (...)

“.....

“La parte resolutive de tal providencia indicó únicamente: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 36 de la Ley 472 de 1998.” Lo anterior significa que la declaratoria de exequibilidad en mención no fue condicionada a una interpretación jurídica, razón por la cual el artículo 36 in fine debe entenderse en su sentido amplio, es decir dentro del TODO del contexto normativo de la ley 472. Y se resalta nuevamente que la Corte, en la sentencia C-377/02, no dispuso condicionamiento alguno y, entonces, por el contenido del artículo y de la declaratoria de exequibilidad del artículo 36 in fine éste no está supeditado a interpretación concreta.

Si bien es cierto que la decisión de la Corte se motivó con un determinado alcance, la parte resolutive del fallo no la contuvo, como condicionamiento, y fue por ello que fue objeto de cuatro salvamentos parciales de voto⁴⁸.

Así las cosas, resulta evidente que la jurisprudencia del Consejo de Estado que aquí se dejó reseñada acerca de la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -oficiales, mixtas y privadas- continúa inalterada y por tanto esta Corporación podrá definir, según sus propios criterios y convicciones, con apego a las disposiciones constitucionales y legales, si en el futuro conserva, modifica o abandona dicha jurisprudencia, todo ello salvo en cuanto corresponde al argumento relacionado con la excepción de inconstitucionalidad que venía predicando frente al apartado 14.6 de la Ley 142, como quiera que dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, con efectos de cosa juzgada constitucional, sin que, por tanto, en ese punto puedan desconocerse los efectos *erga omnes* de dicha sentencia.

Otra razón que aquí cabe destacar, para reafirmar que las apreciaciones que la Corte Constitucional consignó en su fallo C-736-07 no resultan de obligatorio acatamiento consiste en destacar que en el análisis realizado por esa alta Corporación, la misma se limitó a encontrar infundados los ataques y los argumentos expuestos por los demandantes en contra de las normas legales cuestionadas, en cuanto concluyó que tales normas se ajustaban plenamente a la Carta -al menos por los cargos formulados-, por manera que todo lo demás -sin

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto proferido en enero 21 de 2003. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-2188-01(AP-752)IJ. Magistrado Ponente, doctora María Elena Giraldo Gómez.

que por ello pierda importancia o interés-, no pasa de ser un *obiter dictum* que en cada caso concreto podría ser valorado por el juez de la respectiva causa.

De otra parte, es evidente que los razonamientos que la Corte Constitucional hizo acerca de la *"naturaleza especial"* que podría predicarse respecto de la totalidad de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, para de ello derivar que todas las ESP'S -oficiales, mixtas y privadas- encuadran dentro del género de las entidades descentralizadas, en modo alguno influyeron -y menos de manera decisiva, como para tener tales apreciaciones como la *ratio decidendi* de la sentencia-, en la adopción de la decisión de exequibilidad finalmente adoptada respecto de las normas legales demandadas, puesto que ese asunto nunca estuvo en discusión como quiera que, según el propio fallo lo puso de presente, el problema jurídico a resolver en ese caso, de manera concreta, giró en torno a definir

"... si particularmente las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado deben ser consideradas como de carácter mixto, más concretamente como sociedades de economía mixta, pues así se desprendería de la jurisprudencia de esta Corporación". (Página 28).

En cualquier caso, lo cierto es que las conclusiones que la Corte Constitucional plasmó en su fallo C-736 de 2007 acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios obedecen a un análisis de legalidad y no a un examen de las normas constitucionales, como quiera que esa Corporación en la materia aludida se detuvo exclusivamente a revisar diversas disposiciones de la Ley 489 de 1998.

Por último, a ese respecto, se agrega la consideración de que si bien los fallos de constitucionalidad están llamados a hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, según las previsiones y los dictados del artículo 243 supremo, no es menos cierto que en atención a su estructura, a su naturaleza y a su finalidad -entre otras razones-, respecto de los mismos no cabe aplicar la teoría del precedente, la cual, aun dejando de lado las fuertes dificultades y discusiones que acerca de la misma existen para considerarla arraigada al ordenamiento colombiano, únicamente tendría aplicación cuando se tratase del juzgamiento de situaciones fácticas iguales o similares, tal como ocurre -al interior de la jurisdicción constitucional-, con las acciones de tutela.

Por todo lo anterior estimo que en el fallo de la referencia no hacían falta invocar como apoyo de la competencia de la Sala la mencionada sentencia de constitucionalidad C-736 de 2007.

RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado