

ARBITRAMENTO - Concepto. Definición / ARBITRAMENTO – Generalidades / ARBITRAMENTO - Normatividad aplicable / ARBITRAMENTO - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Arbitramento

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 116 y desarrollado en un régimen jurídico particular 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. 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. Nota de relatoría: Ver 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.

LAUDO ARBITRAL - Recurso de anulación / RECURSO DE ANULACION - Laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION - Causales / LAUDO ARBITRAL - Causales del recurso de anulación / RECURSO DE ANULACION - Normatividad aplicable. Causales / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Generalidades

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), 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 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 privado, 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 avocada su conocimiento y corrido el traslado para ello, so pena de declararlo desierto por tal omisión. Nota de relatoría: Ver Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476. 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.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Recurso de anulación de laudo

arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Empresa de servicios públicos domiciliarios. Causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Régimen de derecho privado / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Recurso de anulación de laudo arbitral. Causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Régimen de derecho

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. 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. De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, 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 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 error 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 procedimientos 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. 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, inválida también el laudo; 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. Nota de relatoría: Ver 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.

LAUDO ARBITRAL - Principio de congruencia. Fallos ultra o extra petita / LAUDO EXTRA PETITA - Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION - Laudo ultra o extra petita. Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / LAUDO ARBITRAL - Inconsonancia

La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así: Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse: O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros. O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extra petita). Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita). Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita. De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 (equivalente al numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes de su modificación), desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos ultra y extra petita, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. Nota de relatoría: Ver Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 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.

COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Naturaleza de la función de resolución de conflictos / COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Función administrativa y no judicial

La función de resolución de conflictos de las comisiones de regulación de servicios públicos es administrativa y no judicial. En efecto, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, establece las funciones y facultades generales de las comisiones de regulación. En criterio de la Corte Constitucional la facultad de la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una función típicamente administrativa, que se aviene a los preceptos superiores, como expresión de las funciones de intervención del Estado en las actividades económicas, según lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y, por lo mismo, no son de naturaleza judicial. Por ello, desde el punto de vista legal las dos funciones que han sido claramente deslindadas por el Legislador: los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, que señalan con claridad meridiana que dicha atribución de resolver conflictos que surjan entre las empresas deben ser de aquellos “que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas”, o lo que es igual, ratifica que no se trata de una función judicial sino de una atribución meramente administrativa. No se olvide que en nuestro ordenamiento jurídico las comisiones de regulación son unidades administrativas especiales y sólo dictan actos administrativos (Sentencia C 1162 de 2000), por lo que no es posible asimilarlas a sus homólogas foráneas que, a más de amplias competencias en la producción de normas -que acá no ostentan como lo ha dicho la Sala en recientes fallos-, tienen “competencias parajudiciales”, como sucede en los EUA con las autoridades administrativas independientes (independent agencies), en donde su intervención se trata de un verdadero arbitraje, y se deja a voluntad de las partes la decisión de acudir bien a estas instancias o a los tribunales; o incluso en Europa, donde dichas autoridades son competentes para arbitrar en los conflictos que se puedan suscitar entre operadores del sector. Ello no sucede en nuestro país, por una simple razón: no se trata de autoridades administrativas independientes, sino que integran el sector central de la Administración como unidades administrativas especiales sin personería jurídica (art. 69 de la Ley 142 de 1994). Además, como se señaló, según nuestro ordenamiento jurídico, para que exista una asignación de competencias judiciales a autoridades administrativas se requiere que se realice en forma expresa por el Legislador, con todas las limitantes constitucionales (arts. 116 y título VIII Carta Política), lo cual no ha ocurrido, en tratándose de las comisiones de regulación. En suma, es desde esa perspectiva de la función administrativa y no judicial en la que debe determinarse el alcance de la facultad que se le reconoce a la CRT para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, habida cuenta de que a la Administración no le está dado arrogarse funciones jurisdiccionales que expresamente no estén autorizadas por la Constitución Política y la Ley (inciso tercero artículo 116 C.P.). Sin embargo, ello no significa que sea la Sala, quien en esta oportunidad debe entrar a determinar por vía general en qué eventos la competencia de las comisiones es admisible por ser administrativa y cuando no por tratarse de un ejercicio jurisdiccional; por ello, aunque, en veces, no sea tarea fácil desentrañar una y otra función pública, en cada caso particular habrá de analizarse el tipo y naturaleza de la controversia que se presenta entre los operadores para concluir materialmente el ámbito de la función pública en que queda inmersa y determinar cuál es la autoridad con competencia para conocerla y resolverla; si lo es la Administración con fundamento en sus funciones de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los

servicios públicos domiciliarios, o ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten o regular los monopolios y promover la libre y leal competencia; o lo es la Jurisdicción en desarrollo de su función de administrar justicia.

ARBITROS - Competencia. Ejercicio hermenéutico / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Competencia. No se extiende al control jurídico de los actos administrativos / ACTO ADMINISTRATIVO - Los árbitros abordaron el aspecto relacionado con su fuerza ejecutoria, vigor u observancia

Si bien es cierto que, y así lo ha señalado en otras oportunidades la Sección, no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no lo es menos que el análisis realizado por los árbitros en el laudo arbitral para despachar, entre otros aspectos, la excepción formulada por la ahora impugnante relacionada con la derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, no corresponde a los eventos censurados por la jurisprudencia, sino que se refiere al ejercicio hermenéutico propio de cualquier fallador, inclusive de los árbitros, para resolver el asunto que se les somete a su consideración por voluntad de las partes de un litigio. En efecto, en el laudo arbitral del sub examen, los árbitros manifestaron, entre otros aspectos, que no era de recibo la excepción de derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, por cuanto la misma ETB en los alegatos de conclusión se fundamentó en su existencia y en las comunicaciones que dirigió a otras operadoras se acogió a ella y, por ende, se había beneficiado de sus efectos económicos, por lo que no le era dable con fundamento en el principio de la buena fe, venir contra sus propios actos; igualmente, mencionó que la Resolución 469 de 2002 no derogó el contenido de la 463 de 2001, según la secuencia de normas del régimen de interconexión, las circunstancias en que fueron expedidas y los antecedentes previos, así como de acuerdo con la explicación que había realizado la autoridad que lo expidió, esto es, la CRT, en la Circular 40 [de 2002]. En el contencioso administrativo la validez del acto administrativo consiste en su ajuste y concordancia con las normas superiores, porque no infringe los preceptos jurídicos en los que debía fundarse, fue expedido con competencia, en forma regular, con respeto del derecho de audiencias o defensa, sin falsa motivación y sin desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió (art. 84 C.C.A); al paso que la ejecutividad del acto hace referencia a su obligatoriedad, esto es, a la plena producción de los efectos jurídicos que se predicen de él, estando en firme y siendo válido, y sin que haya perdido esa fuerza ejecutoria por la ocurrencia de los eventos previstos en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, entre ellos el de la pérdida de vigencia por su derogatoria. La vigencia de una norma, incluyendo dentro de esta categoría los actos administrativos generales, es entendida como la época en que ésta comienza a regir, esto es, a producir efectos jurídicos y su prolongación o proyección con esta propiedad en el tiempo, con el fin de regular con carácter vinculante y coercitivo las situaciones fácticas que ella contempla y otorgar las consecuencias jurídicas que la misma establece para los supuestos por los cuales fue expedida, obligatoriedad que se pierde entre otros eventos jurídicos por su derogatoria.

CONSEJO DE ESTADO - Competencia. Errores in procedendo e in iudicando de los árbitros / ARBITROS - Errores in procedendo e in iudicando

De las pretensiones de la demanda transcritas al comienzo de esta providencia, frente a lo resuelto, no se vislumbra un pronunciamiento incongruente, en la medida

en que se solicitó declarar que la ETB S.A. ESP., estaba obligada a pagar a COMCEL S.A., por concepto de CARGO DE ACCESO, los valores establecidos bajo la Opción 1: "Cargos de acceso por Minuto" previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, así como condenarla como consecuencia de ello, y eso fue lo que se sentenció por el tribunal, luego de surtido el trámite arbitral. Para la Sala este cargo tampoco puede prosperar fundamentalmente porque se trata de un ataque de mérito o de fondo al laudo y no sobre la actividad in procedendo de los árbitros, motivo por el cual no puede ser de recibo para quebrar la validez del laudo en estudio, por cuanto esta Corporación no se encuentra autorizada por la ley para entrar a analizar si las consideraciones de los árbitros cayeron o no en error jurídico o vicio in iudicando o valoraron inadecuadamente el acervo probatorio cuando decidieron sobre las materias que le fueron sometidas en el pacto arbitral y la convocatoria al proceso, toda vez que este asunto se encuentra por fuera del análisis del recurso extraordinario de anulación de laudos, según se explicó a propósito de las generalidades del mismo al comienzo de esta providencia.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No es una instancia adicional

Este no es un medio que permita la apertura de una instancia adicional, en la que se actúe como superior jerárquico del tribunal arbitral, para entrar a examinar de fondo el asunto en cuanto a los hechos que fueron materia de decisión o sobre el valor que se le otorgó a cada una de las pruebas o inferencias que en derecho éste aplicó, materia ésta que, precisamente, es de la competencia de los mismos por expresa voluntad de las partes.

RECURSO DE ANULACION - Errores aritméticos o disposiciones contradictorias del laudo arbitral / LAUDO ARBITRAL - Errores aritméticos o disposiciones contradictorias / RECURSO DE ANULACION - Numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Requisito de procedibilidad. Condiciones

La esencia de la causal contemplada en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (numeral 7º artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), por cuya inteligencia se encuentra viciado el laudo cuando en su parte resolutive contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias, de semejante linaje a la establecida para el recurso extraordinario de casación (artículo 366 No. 3 del C. de P. Civil) y equivalente a la tercera que establecía el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. La Sala también ha recalcado que en tratándose de esta causal debe cumplirse con el requisito de procedibilidad en ella contemplado, toda vez que "...cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento, debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, contemplados en el artículo 36 del decreto ley 2.279 de 1989, días en los cuales se puede pedir la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo..."; y que la contradicción del laudo para que sea anulable, debe buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva o solo en esta última, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva. De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada: i) a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento ii) a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y iii) a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive, como

cuando "...una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago...". Nota de relatoría: Ver Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25.489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido Sentencia 6 de junio de 2002, Exp. 20634 y Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, Exp. C-4851 (S-070-98) Corte Suprema de Justicia. Ver Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 25021 C.P. María Elena Giraldo Gómez y Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326

COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Facultades. Atribución funcional / COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Facultad de resolución de conflictos. Posiciones doctrinales

Los análisis tendientes a concluir enfáticamente que las Comisiones de Regulación no cumplen funciones judiciales, en éste caso resultaban totalmente innecesarios tanto por su falta de pertinencia como por lo inanes, puesto que dicho asunto jamás ha estado en discusión en tanto de lo dispuesto en los artículos 68, 69, 70, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 surge con absoluta claridad y evidencia que tales entidades cumplen las funciones presidenciales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y que su naturaleza jurídica corresponde a la de Unidades Administrativas Especiales adscritas al respectivo Ministerio, a lo cual se agrega el hecho de que las funciones que legalmente les fueron asignadas no se encuentra una sola de naturaleza jurisdiccional. En efecto, aun cuando la Ley 142 de 1994 en el artículo 73.8 atribuyó expresamente y de manera general a las Comisiones de Regulación la facultad de "Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas" sin que en el contenido de dicha facultad se haya hecho distinción alguna respecto del contenido del conflicto, como tampoco alude a determinados tipos contractuales, lo cierto es que la referida atribución funcional fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. La sentencia de la Sala a la cual se refiere el presente Salvamento de Voto, entra también en contradicción con el reconocimiento efectuado por la Corte Constitucional a la función arbitral que se desprende del ejercicio de la facultad de resolución de conflictos que cumplen las Comisiones de Regulación, pues en dicha providencia se afirmó enfáticamente que "no es posible asimilarlas a sus homólogas foráneas... que tienen "competencias parajudiciales",... en donde su intervención se trata de un verdadero arbitraje". En tal sentido vale la pena citar las siguientes apreciaciones doctrinales: "En las regulaciones de las comisiones independientes, es un fenómeno común la atribución de competencias de tipo arbitral. (...). [La] crítica a los poderes arbitrales de la Administración está ahora ya del todo vencida por la evolución del papel de las Administraciones Públicas en la ordenación y supervisión del funcionamiento de los sectores económicos. Una de las competencias que en todos los ordenamientos se considera indispensable es la que permite la resolución inmediata de los conflictos que se generan entre los operadores que actúan en los mercados. Estas controversias requieren una solución casi instantánea, que es imposible que pueda esperar al debate judicial, que siempre se produce de un modo irremediamente más lento. Las comisiones reguladoras independientes han sido, por ello, llamadas a ejercer una función de arbitraje que resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. Es esta función un componente esencial de las competencias de regulación que se atribuyen a las indicadas comisiones."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Falta de competencia. Cláusula compromisoria

La controversia surgida entre la ETB S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., fue puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones con el propósito de que ésta autoridad lo resolviera, como en efecto ocurrió, forzoso es concluir que con tal actuación quedaba excluida la posibilidad de presentar demanda tendiente a convocar un Tribunal de Arbitramento para que se pronunciara sobre ese mismo asunto puesto que si el tema había sido resuelto ya por la CRT, quedaba claro que el mismo estaba excluido de la habilitación impartida a los árbitros por expresa estipulación al respecto incluida por las propias partes en su correspondiente cláusula compromisoria; en consecuencia - bueno es reiterarlo-, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula arbitral del contrato de interconexión, el Tribunal de Arbitramento no estaba habilitado para avocar el conocimiento de la demanda arbitral y proferir el respectivo laudo y así ha debido declararlo la Sala puesto que, se insiste, la controversia era de competencia de la autoridad regulatoria al punto que ésta ya la había decidido.

CONSEJO DE ESTADO - Competencia. Recurso de anulación / RECURSO DE ANULACION - Empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios. Causales / EMPRESAS MIXTAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza jurídica

El laudo que se estudia dirimió las controversias surgidas entre la ETB SA. ESP y COMCEL, con ocasión de un contrato de interconexión de redes celebrado en 1998. No hay duda que se está en presencia de un contrato suscrito por una empresa de servicios públicos domiciliarios -en adelante ESP- cuya naturaleza jurídica es la de ser mixta, su socio mayoritario es el Distrito Capital. Esta Corporación, en varias ocasiones, ha definido la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias donde son parte las empresas de SPD. Lo significativo de la sentencia de la cual me aparto, en relación con este punto, es que la Magistrada Ponente, quien siempre salvó su voto en esta materia, ahora acepta que esta jurisdicción es la competente para conocer de los conflictos de las empresas mixtas de SPD. De esta forma, no sólo se mantiene el criterio que desde hace varios años se sostenía, sino que ahora existe consenso y unanimidad en la Sección. En efecto, es necesario recordar que luego de la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, por medio de las cuales se reguló el régimen de prestación de los SPD, se suscitaron diferencias entre las distintas corporaciones judiciales, quienes vacilaban al momento de establecer cuál era el juez de estas controversias, en razón al derecho privado y al régimen de libre competencia al que se sujetan las empresas. El tema adquirió estabilidad con la entrada en vigencia de la ley 1.107, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., al precisar aquella jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las "entidades públicas". Sin embargo, el parágrafo del art. 2 de dicha normatividad señaló que se mantenían, entre otras, las competencias previstas en las leyes 142 de 1993 y 712 de 2001. Frente al presente caso, además de reiterar la anterior posición, examinaré la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD -tema que la sentencia abordó de manera excesivamente rápida, pese a la importancia que tenía en este momento en particular-, teniendo en cuenta que se han proferido nuevas decisiones judiciales que han incidido poderosamente en la consolidación de la postura que tradicionalmente ha manejando esta Sección, de las que se ocupa y comparte la sentencia de la cual me aparto, lo que, en esta materia, creo es un gran acierto. Es claro que las empresas mixtas de SPD, así como las privadas que prestan SPD con algún porcentaje de participación estatal, son entidades estatales, sin importar

el porcentaje de participación pública en la sociedad, pero no son sociedades de economía mixta, de manera que por ese sólo hecho esta jurisdicción tiene competencia para conocer de sus controversias, sin importar el monto del capital público; al paso que tratándose de las Sociedades de Economía Mixta convencionales, es decir, las de la ley 489 de 1998, deben tener un porcentaje de participación pública superior al 50% para que su juez sea esta jurisdicción. A manera de conclusión -que deduzco de la sentencia de la cual me aparto-, de esta ya larga discusión sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD, que han protagonizado tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana, y con lo cual se cierra definitivamente esa etapa de indefinición e incertidumbre en que se han movido estas empresas -situación que data desde la expedición de la ley 142 de 1994 hasta hoy- y, del mismo modo, a manera de síntesis unificadora de las distintas providencias del Consejo de Estado -en particular las de la Sección Tercera de marzo 2 de 2006 (exp. 29.703) y de febrero 8 de 2007 (exp. 30.903)- y de la Corte Constitucional. El sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado no hace que su naturaleza jurídica necesariamente 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 1999. 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. Incluso, puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto. Una razón más que afirma la competencia para conocer del recurso de anulación, en el caso concreto, es que si una de las partes que celebró el contrato es entidad estatal, también es estatal el contrato objeto del litigio. Así, en el mismo sentido que se viene analizando, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.5 del Código Contencioso Administrativo -en los términos en que fue modificado por el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998-, y en virtud de lo ordenado por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998-, esta Corporación es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación.

LAUDO ARBITRAL - Causal octava de anulación del artículo 163 del decreto 1818 de 1998

Esta causal de anulación corresponde, con similar redacción, a la contemplada en el numeral 4 del art. 72 de la ley 80 de 1993. No obstante, es claro que su fuente, para efectos del estudio del caso concreto, es el del primer ordenamiento jurídico citado. Sin embargo, para su análisis, desde el punto de vista de su explicación, contenido y justificación, se tendrán en cuenta los criterios jurisprudenciales que respecto de una y otra disposición ha emitido esta Sala, por ser exactamente idénticos. En tal sentido se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. Para establecer cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. En tal sentido, en junio de 2002, sobre

el alcance de esta causal, la Sala afirmó que: De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial. Nota de relatoría: Ver Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488

COMISION DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Competencia para resolver conflictos entre operadores

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que abarca todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma amplia, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, proferidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa. Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado está legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término abarca diversas significaciones, lo que genera dificultades, al momento de definir su naturaleza, pues la discusión en torno al papel que juega el Estado en la economía no es pacífica. Entre la variedad de competencias asignadas a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, en manos de las Comisiones de Regulación por delegación, se encuentra la potestad de resolver conflictos entre empresas, según lo indica la ley 142 de 1994. En efecto, en desarrollo del art. 367 de la Constitución, según el cual al legislador le corresponde fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos, bajo el título V de la ley 142 de 1994, sobre "Regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos", se plasmaron las funciones generales y especiales de las Comisiones de Regulación. En particular, entre las competencias asignadas a la Comisión de Regulación se encuentra una que ha sido objeto de debates en la doctrina y la jurisprudencia, en razón de su posible vicio de inconstitucionalidad. Se trata de la función de resolución de conflictos. Esta potestad de resolver conflictos, en sede administrativa, ha sido objeto de inconformidad por parte de la doctrina jurídica de los SPD, de las mismas empresas de servicios públicos e incluso la jurisprudencia, quienes han dudado de su ajuste adecuado a la Constitución, pues esta función se comporta, en un sentido amplio, de manera parecida a la jurisdiccional, generándose discrepancias sobre su alcance y contenido, bien porque limita el acceso a la administración de justicia o bien porque confiere potestades de solución de controversias a autoridades administrativas. Esta potestad de resolver conflictos encarna y realiza, como lo dice la Corte Constitucional, la función regulatoria, de manera que su resultado es un acto administrativo particular, que afecta a una empresa o persona determinada, lo cual evidencia que la regulación se puede contener en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en actos administrativos particulares o generales, y, en otras ocasiones, en reglamentos y en otro tipo de instrumentos jurídicos que sirven de medio de expresión de la voluntad de la administración que regula. En particular, la doctrina moderna viene denominando esta función

resolutoria de conflictos, como la “función arbitral de la administración”. No se puede pasar por alto que, efectivamente, la ley 142 de 1994, confirió una función regulatoria especial a las comisiones de regulación, que consiste en la potestad administrativa de resolver conflictos entre empresas, derivadas, entre otros, de los contratos que suscriben aquéllas entre sí -como el de interconexión celebrado en 1998, en el caso concreto- Esta facultad, además, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, de manera que, efectivamente, la CRT tenía competencia para resolver el conflicto puesto a consideración por COMCEL. La Sala niega esta competencia aduciendo que el conflicto tenía naturaleza jurisdiccional, no administrativa, y que por eso no podía conocerlo -ni lo conoció- la CRT. Insisto en que la CRT sí tenía competencia para dirimir el conflicto, pues se equivoca la Sala en decir que las comisiones de regulación sólo pueden resolver conflictos administrativos, y que este era judicial. De hecho, el presente asunto se trata del típico conflicto surgido entre operadores, con ocasión de un contrato de interconexión celebrado entre ellos. Además, la Sala también dice, erradamente, que admitir la competencia de la CRT para resolver estas controversias “... conllevaría... la eliminación en la práctica del contencioso contractual en los servicios públicos...”, argumento inadmisiblemente, pues este tipo de temores, infundados por demás, no puede conducir al juez a declarar que, entonces, las comisiones de regulación no pueden resolver conflictos, cuando el legislador les ha asignado claramente esta función, y la Corte encontró que no viola la Constitución Política.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP.

Demandado: COMUNICACION CELULAR S.A. COMCEL

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP -en adelante ETB- en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa empresa y la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL -en adelante sólo COMCEL-, en calidad de convocante,

con ocasión del Contrato de Interconexión de 13 de noviembre de 1998, el cual será declarado infundado.

En la parte resolutive del laudo se decidió:

“**PRIMERO:** Por las razones que se exponen en la parte considerativa de este laudo, no prosperan las excepciones propuestas por la ETB S.A. ESP, en la contestación de la reforma integrada de la demanda.

“**SEGUNDO:** Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., está obligada a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., por concepto de CARGO DE ACCESO los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

“**TERCERO:** Condenar a EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado, por concepto de la diferencia entre lo que ha pagado y lo que ha debido pagar por Cargos de Acceso por el uso de la red de telecomunicaciones de COMCEL S.A. para la terminación de llamadas de larga distancia internacional, la suma de TREINTA Y DOS MIL VEINTUN MILLONES CUATROCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$32.021.416.748.00).

[Aclarado por el numeral primero del Auto No. 27 de 15 de enero de 2007, en el sentido de “...que la condena del numeral tercero de la parte resolutive del laudo arbitral proferido en el presente proceso, corresponde a cargos de acceso causados entre enero de 2002 y enero de 2006, inclusive los dos meses. Dicha suma involucra actualización hasta el 30 de noviembre de 2006...”]

“**CUARTO:** Condenar a EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presenta (sic) laudo quede ejecutoriado por concepto de costas y agencias en derecho la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$45.548.982.00).

“**QUINTO:** Negar la condena de intereses moratorios contenido en la pretensión segunda.

“**SEXTO:** En firme el presente laudo, el expediente se protocolizará en una notaría de la ciudad.

“**SEPTIMO:** Una vez en firme esta providencia, expídanse copias auténticas (sic) con destino a las partes y al Ministerio Público.”

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre COMCEL y la ETB se celebró el 13 de noviembre de 1998, un contrato de Interconexión, el cual, según la cláusula segunda, tenía por objeto:

“OBJETO DEL CONTRATO: El presente contrato tiene por objeto establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB S.A ESP., con la red Red de TMC de COMCEL S.A. de conformidad con los términos del presente contrato así como de sus anexos” (fls. 1 a 40 cd. pruebas).

2. El pacto arbitral

En la Cláusula Vigésima Cuarta del contrato, se pactó la solución arbitral de conflictos, mediante cláusula compromisoria (fls. 12 a 13 cd. pruebas No. 2), en los siguientes términos:

“**CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS:** En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

“En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión: Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se lograra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto; 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará, y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas. El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará de mutuo acuerdo y a falta de acuerdo en un

término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el centro Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los Arbitros (sic) será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en determinadas ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1.998. En cualquier caso el fallo de los Arbitros (sic) tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Arbitros (sic) deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral.

“PARAGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.” (Fls. 13 y ss. del Cd. pruebas No. 2).

3. La demanda arbitral

El 7 de diciembre de 2004, COMCEL, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la ETB, con el fin de que un Tribunal de Arbitramento resolviera las controversias surgidas con ocasión del Contrato de Interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998 (fls. 1 a 46 cd. ppal 1).

La convocante, COMCEL, en la reforma a la demanda presentada el 11 de octubre de 2005 (fls. 176 a 236 de cd. ppal 1), solicitó que en el laudo arbitral se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

“**PRIMERA (1ª)**.- Que la **EMPRESA DE COMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, está obligada a pagar a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

“**SEGUNDA (2ª)** - Como consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la **EMPRESA DE COMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, a pagar **COMUNICACIÓN CELULAR**

COMCEL S.A., la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiera el Laudo o la más próxima a éste. En subsidio, hasta la fecha de la presentación de la corrección de la demanda.

“En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses.

“El valor total de las sumas anteriores, será el que se establezca en el curso del proceso.”

4. La causa de la solicitud

La convocante expuso en la demanda reformada (fls. 185 a 219 cd. ppal. 1), en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que, entre COMCEL y ETB se suscribió en 1998 un Contrato de Interconexión, por un período de cinco (5) años prorrogables, en desarrollo del cual se permitió cursar tráfico de larga distancia internacional, tanto en sentido entrante como saliente.

b) Que para la fecha de suscripción del contrato, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones [CRT] no había fijado los valores de cargo de acceso que los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia [TPBCLDI] debían pagar a los operadores de Telefonía Móvil Celular [TMC] y de Servicios de Comunicación Personal [PCS: *Personal Communication Services*], razón por la cual acordaron que la ETB como operador de TBCLD cancelaría a COMCEL por dicho concepto un valor equivalente al cargo de los operadores de larga distancia internacional por el tráfico entrante a las redes de telefonía pública básica conmutada local [TPBCL].

c) Que, posteriormente, la CRT expidió la Resolución 463 de 2001, mediante la cual fijó los nuevos valores de cargo de acceso, bajo dos opciones de pago: por minuto o por capacidad; y determinó que los operadores de telefonía móvil celular [TMC] y de telefonía básica conmutada de larga distancia [TPBCLD], que así lo desearan, tenían la facultad de mantener las condiciones y valores existentes, o acogerse en su totalidad y para todas sus interconexiones con los valores definidos.

d) Que en ejercicio de la anterior atribución, la ETB manifestó a los operadores EDATEL S.A. ESP. y TELECOM CÓRDOBA, que se acogía al esquema de remuneración por el acceso y uso de la red dispuesto por la Resolución 463 de 2001, y solicitó a la CRT aplicar los valores previstos en dicha resolución a sus relaciones de interconexión con EMCALI, EMTELSA, ETG, TELEPALMIRA, UNITEL, TELSANTAMARTA, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, TELEARMENIA, TELESANTAROSA, TELETULÚA, entre otros operadores locales.

e) Que, no obstante, la ETB continuó liquidando por minuto los cargos de acceso por tráfico de larga distancia internacional entrante a COMCEL, pero aplicando un valor inferior al previsto para la opción de cargos de acceso máximos por minuto de la citada resolución.

f) Que COMCEL le solicitó a la ETB que se cancelaran los valores previstos en la Resolución 463 de 2001 para el tráfico internacional entrante cursado desde enero de 2002, bajo el mismo esquema de cargos de acceso que había escogido para las otras interconexiones con los demás operadores.

g) Que la ETB rechazó la anterior solicitud, motivo por el cual COMCEL acudió a la CRT para que dimiera el conflicto, pero ésta se abstuvo de hacerlo, con fundamento en que únicamente era competente si quien lo solicitaba era la ETB, manifestando que en este caso debía acudir a la autoridad jurisdiccional.

Por último, en su criterio, como la ETB se acogió en su totalidad al esquema de cargos de acceso máximo de que trata la Resolución 463 de 2001, no puede aplicarlo a los valores de las interconexiones que le conviene, por ejemplo, a las de los operadores locales, y dejar de hacerlo a las de los operadores de telefonía móvil celular [TMC] y de servicios de comunicación personal [PCS], pues al optar por aquel esquema, el mismo rige para todas sus interconexiones, incluida la de COMCEL.

5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 30 de junio de 2005, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1 de esa fecha a fls. 123 a 125 cd. ppal. 1). Y, en audiencia celebrada el 30 de agosto de 2005 (Acta No. 2), el Tribunal resolvió admitir la demanda arbitral,

ordenó correr traslado a la parte convocada y notificar al Ministerio Público (fls. 126 a 127 cd. ppal 1). La reforma a la demanda fue admitida el 21 de octubre de 2005 (Acta No. 3) y se notificó a las partes y al Ministerio Público (fls. 1 a 4 cd. ppal. 2).

6. La oposición

La convocada se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos, negó otros y manifestó atenerse a la prueba respecto de algunos. En resumen, señaló:

a) Que las partes cuando celebraron el contrato, ante el silencio en las regulaciones de la tarifa por uso de la red de telefonía celular en las llamadas entrantes a la red de telefonía móvil celular, pactaron un valor equivalente por este concepto a lo que paga el operador de larga distancia al operador fijo por cargos de acceso.

b) Que, en efecto, la Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001 estableció los cargos de acceso por uso de la red de la telefonía móvil celular en la terminación del tráfico internacional, pero se desconoce que los valores que allí se fijaron son máximos y, por lo mismo, se podía pactar por debajo de ellos, como ocurrió en el citado contrato de interconexión; además, dicha resolución fue derogada por la Resolución 469 de 2002, pese a que la CRT no lo haya reconocido.

c) Que la CRT, teniendo en cuenta que es competente para dirimir las controversias que se presenten entre las empresas operadoras, salvo que corresponda resolverlos a otra autoridad administrativa, decidió el conflicto planteado por COMCEL mediante solicitud, negando las pretensiones por carecer ella de legitimación para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001.

d) Que los cargos de acceso acordados no contrarían lo establecido en la Resolución 463 de 2001, por cuanto se pactaron por minuto y a un precio menor, de manera que deben continuar aplicándose, como que el contrato de interconexión es ley para las partes.

e) Que COMCEL se contradice al considerar primero que el conflicto es de naturaleza administrativa, para posteriormente al acudir al Tribunal de Arbitramento con las mismas pretensiones señalar que es contractual, desconociendo además con ello la decisión de la CRT que finalizó el conflicto.

Finalmente, formuló las siguientes excepciones de mérito: i) falta de jurisdicción y competencia, teniendo en cuenta que en la cláusula compromisoria se estipuló que si se acudía a la autoridad competente para resolver el conflicto, la decisión de esta pondría fin al mismo y, en tal virtud, la CRT expidió actos administrativos con los que solucionó la controversia y sobre los cuales el tribunal no tiene competencia para pronunciarse respecto de su legalidad, por ser potestades públicas indisponibles y no sujetas a su control de acuerdo con la jurisprudencia; ii) derogatoria del Título IV de la Resolución 087 de 1997 y, en consecuencia, imposibilidad de aplicar un acto administrativo derogado por la Resolución 469 de 2001; iii) de forma subsidiaria, excepción de cumplimiento del artículo 4.2.2.19 del Título IV de la Resolución 087 de 1997 y del artículo 5 de la Resolución 463 y aplicación del artículo 1602 del C.C., pues aún bajo el supuesto de que no hubiere sido derogada, los cargos de acceso están acordes con los valores máximos del primer artículo citado; iv) de manera subsidiaria a las anteriores, la de falta de legitimación de COMCEL para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001; y v) cualquier otra que resulte acreditada en el proceso.

7. La competencia del Tribunal

En la primera audiencia de trámite celebrada el 27 de enero de 2006 (Acta No. 7 a fls. 109 a 126), el Tribunal, según auto (No. 8) de esa fecha, asumió competencia, decretó las pruebas solicitadas por las partes y fijó las fechas para su práctica.

8. El Laudo arbitral recurrido

8.1. El 15 de diciembre de 2006, el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo que se recurre (fls. 1 a 144 cd. ppal. recurso), en el que adoptó las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones:

Puntualizó que la controversia se suscitaba a propósito de la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001 al contrato de interconexión celebrado entre las

partes, por cuanto la ETB, a quien le correspondía el derecho de escoger la opción de pago de cargo de acceso por minutos o por capacidad, no lo ha hecho, no obstante que en virtud del principio de integralidad debe pagar a COMCEL, como lo hace a las demás interconexiones.

Estimó que la excepción de falta de jurisdicción y competencia no era procedente, porque: a) se cumplieron las condiciones de la cláusula vigésima cuarta del contrato de interconexión, como que previamente se acudió al comité mixto de interconexión y a la CRT para resolver la contención; ii) las pretensiones de la demanda apuntan al reconocimiento de sumas de dinero, es decir, se trata de un asunto de carácter patrimonial y susceptible de disposición, respecto de un contrato sometido al derecho privado; iii) no se trata de que se determine la existencia o no de un acto administrativo, sino si es él aplicable a una relación contractual; y iv) las resoluciones 980 de 2 de abril de 2004 y 1038 de 9 de julio de 2004 de la CRT, fueron inhibitorias, pues no contienen un pronunciamiento de derecho sustancial y señalan que la controversia debe ser resuelta por la autoridad competente.

Mencionó que tampoco era de recibo la excepción de derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, dado que: i) en los alegatos de conclusión la ETB se fundamentó en la existencia de la Resolución 463 de 2001, lo que indica que desistió de esa defensa en el transcurso del proceso; ii) en las comunicaciones a las otras operadoras ETB manifestó acogerse a la misma y, por tanto, se ha beneficiado de sus efectos económicos, por lo que no le era dable con fundamento en el principio de la buena fe, venir contra sus propios actos; iii) el argumento de que una determinada norma no está vigente, es un alegato de derecho y si bien es una forma de defensa, no es en estricto sentido una excepción; y iv) la Resolución 469 de 2002 no derogó el contenido de la 463 de 2001 que se encuentra vigente desde el 27 diciembre de dicho año, según explicó la CRT en la Circular 40 y se concluye a partir de la secuencia de normas que llevaron al régimen de interconexión, las circunstancias en que fueron expedidas y los antecedentes previos a las mismas.

Seguidamente argumentó el marco constitucional relacionado con la libertad económica y de empresa, el derecho a la libre competencia, el deber del Estado de velar por su desarrollo y la atribución de éste de dirigir e intervenir en la economía (arts. 333 y ss. de la C.P.), y al analizar en este contexto las normas

citadas en el debate, encontró que las relaciones de interconexión anteriores a la vigencia de la Resolución 463 de 2001, de conformidad con su artículo 5, podrían someterse a dicho régimen a voluntad del operador que se interconecta, pero siempre que fuera para todas sus interconexiones.

Explicó que, en efecto, esta es una norma jurídica de intervención estatal en la economía del contrato, con la que la CRT buscó acabar la desigualdad entre las tarifas, y ante la que debe ceder el interés particular y la regla *pacta sunt servanda*, y que si bien no abroga su contenido, establece una limitación a la libertad negocial en el régimen tarifario, según la cual los destinatarios deben optar por una de las dos hipótesis contempladas: i) continuar ejecutando sus contratos de interconexión tal como los tenían pactados, manteniendo las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes a la fecha de su expedición; o ii) acogerse a sus condiciones para todas sus interconexiones, en virtud del principio de integralidad, lo que obliga al operador a otorgarlas y mantenerlas de la misma forma respecto de todas las interconectadas.

La norma, expuso, no entraña una decisión consensuada de las partes, sino un acto unilateral del operador que se interconecta y usa la red de otro, para introducir un cambio con efectos vinculantes para el operador interconectante, a condición de que lo haga de manera integral con todas sus relaciones de interconexión y no en forma selectiva, o sea, sin discriminación, en aras del equilibrio y la libre competencia y para que se compadezca con los principios de igualdad, de acceso igual-cargo igual, y de transparencia, que son imperativos dentro de las reglas que se imponen a los agentes del servicio de telecomunicaciones. De acuerdo con lo anterior, afirmó que *“...cuando la ETB tomó su elección respecto de las empresas de telefonía local, igualmente asumió que la Resolución 463 de 2001 se aplicara también a todas sus interconexiones, incluyendo aquella que tenía contratada con COMCEL. Por esta razón el Tribunal concluyó que la resolución 463 de 2001 afecta la relación de las partes y por eso procede a explicar el alcance y contenido de sus normas y su incidencia en la relación contractual...”*.

Así, precisó que de las normas del régimen unificado de interconexión -RUDI- que reglamentan el tema de cargos de acceso, las previstas en los artículos 4.2.2.19 -cargos de acceso a redes de telefonía- y 4.3.8 -esquema de actualización de cargos de acceso- de la Resolución 463 de 2001, resultan aplicables a la relación

contractual entre aquellas, porque están referidas a la interconexión entre un operador de TPBCLDI -ETB- y un operador TMC -COMCEL-, artículos según los cuales se establece en cabeza de los operadores telefónicos la obligación de ofrecer -más no ofertar- por lo menos dos opciones de cargos de acceso a quienes le pidan una interconexión, como tarifa o valor o precio de la contraprestación o peaje “máximos” por la misma, que involucran el costo más la utilidad razonable - principio de suficiencia financiera- y que deben ser pagados en pesos colombianos, a saber: la modalidad de acuerdo con los minutos de duración de las llamadas y la modalidad de capacidad de acuerdo con un nivel, sin importar los minutos y determinada por la dimensión de la interconexión o números de enlaces requeridos; a la vez, prevén la facultad de elección y la obligación de quien demanda la interconexión de escoger entre una u otra de las modalidades de liquidación de la tarifa puestas a su disposición.

Igualmente, adujo que, como quiera que la ETB se acogió en todas sus relaciones contractuales de interconexión a la Resolución 463 de 2001, la cláusula sexta del anexo comercial del contrato quedó reformada por esta regulación y, por ello, debía a COMCEL los cargos de acceso previstos en el artículo 4.2.2.19 de la misma, en la modalidad que la ETB eligiera, bien por minutos o por capacidad, de manera que se trataba de una obligación legal alternativa (art. 1556 C.C.).

Observó, respecto de esa obligación alternativa, que, por una parte, la ETB no negó la aplicabilidad del régimen de la citada resolución a la relación contractual, ni se rehusó al pago con ese fundamento, sino que sólo esgrimió que no había aún decidido optar por alguna; y por otra parte, que existían elementos de juicio adicionales a la liquidación de los cargos por minutos reales que realizaron las partes en las actas de conciliación, que permiten llegar a la conclusión de que la ETB sí se acogió a la modalidad “por minutos” de la Resolución 463 de 2001.

En efecto, consideró que la elección que implica la obligación alternativa se desprende de su comportamiento contractual, en particular, cuando la ETB no le manifestó a COMCEL la derogatoria expresa de la misma; o cuando contestó la demanda diciendo que el contrato “...respeto dicho marco regulatorio al contemplar cargos de acceso por minuto a precios inferiores al tope tarifario establecido en la regulación...”; o que “...se está bajo la modalidad minuto a un precio menor al máximo fijado en la mencionada resolución...”; o que la “...ETB tiene suscrito un contrato de acceso, uso e interconexión con COMCEL con unos

valores de cargos por minuto por debajo del tope máximo establecido en la Resolución 463, los ha venido aplicando pues de esta forma no está quebrantando la regulación...”; es decir, entiende que la ETB expresó que la relación contractual sí estaba regida por el régimen de cargos de acceso de la citada resolución, bajo la modalidad de minutos, pero conservando la tarifa, porque las partes podían pactar por debajo de los cargos máximos.

Sostuvo, además, que no existe una libertad absoluta para convenir las tarifas por debajo de los máximos y que no es cierto que un operador acogido al régimen de cargos de acceso de la Resolución 463 de 2001 deba permanecer con su red insuficientemente remunerado, como tampoco que la Resolución 1303 de 2005 de la CRT prescriba que el acuerdo primitivo en tal sentido sobreviva a la aplicación de aquella, dado que, según esta última resolución, el acuerdo de una tarifa inferior al cargo de acceso máximo sólo podría darse en la hipótesis de que sea posterior al sometimiento al nuevo régimen de cargos de acceso.

De una valoración del comportamiento contractual de la ETB, respecto de la aplicación de la Resolución 463 de 2001 de la CRT, consideró el Tribunal que se presentó por parte de la misma una posición ambigua y contradictoria según se tratara de operadores de TPBCL o TMC, y que era claro que en el contrato con COMCEL, aduciendo el derecho de elegir, se dejó en suspenso, habiéndola aplicado a EDATEL y a otros operadores, conducta de incumplimiento que no tenía justificación, era abusiva del derecho y entrañaba el desconocimiento de una norma de orden público como lo es el artículo 5 de aquella y de los principios de integralidad y las reglas que le eran de imperativo cumplimiento incluidas en la Resolución 087 de 1997, hoy compiladas en la Resolución 575 de 2002 de la CRT, como las de acceso igual cargo igual, libre competencia y buena fe.

Concluyó que esa decisión consciente y deliberada de la ETB conducía a desestimar la excepción propuesta denominada cumplimiento del artículo 4.2.2.19 *ibídem*, dado que ella “...conocía que no cumplir con esta regla, le daba ventajas injustas en el mercado al no tener antijurídicamente un menor costo integrado en las tarifas, para mejorar su posición de competencia frente a los demás operadores de larga distancia internacional, conocía o debía conocer que su posición, no respaldada en las reglas propias del contrato perjudicaba a su contraparte contractual...”, a quien privó de esa retribución.

Finalmente, el Tribunal no accedió al reconocimiento de intereses de mora, porque consideró que no se habían probado los supuestos establecidos en la Cláusula Séptima del contrato, que previó para el pago un plazo de 60 días posteriores a la remisión de los medios magnéticos de COMCEL a ETB.

8.2. Las partes y el Ministerio Público presentaron sendos escritos en los que solicitaron aclaración y complementación del laudo, peticiones que fueron resueltas por el Tribunal mediante Auto No. 27 de 15 de enero de 2007, accediendo únicamente a aclarar el numeral tercero de la parte resolutive en el sentido que atrás fuera indicado (fls. 169 a 183 cd. ppal. del recurso).

9. La impugnación

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente la convocada, ETB, formuló el 22 de diciembre de 2006 recurso extraordinario de anulación contra el mismo (fls. 165 del cd. ppal. del recurso), para lo cual invocó como causales, las previstas en los numerales primero, sexto, séptimo y octavo del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, así:

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...”*(Numeral 1 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998). 2) *“...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) *“...Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento...”*(Numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), y 4) *“...Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...”* (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

Sin embargo, posteriormente, el impugnante sustentó el recurso citando causales contempladas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y manifestando, en resumen, que se configuran por lo siguiente:

1) Primera causal: “Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento para dirimir la controversia planteada por la convocante”, porque de conformidad con la cláusula compromisoria, sólo podía resolver las diferencias que no fueran de competencia de la CRT, ente que ya había dirimido el asunto, y también porque realizó un juicio de legalidad sobre actos administrativos.

2) Segunda causal: “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, por cuanto el laudo: i) se pronunció acerca de un incumplimiento contractual que no le fue solicitado en la demanda; ii) decidió sobre asuntos no transigibles en la medida en que el Tribunal carecía de jurisdicción y competencia, tal y como expuso en la primera causal invocada; y iii) impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados pero aplicada a minutos reales, cuando en la demanda se solicitó condenar con base en minutos redondeados de la Opción 1 de la Resolución 463 de 2001.

3) Tercera causal: “Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”, por cuanto en el numeral 3 de la misma no se impuso una condena liquidada atendiendo el criterio o parámetro definido con base en la Opción 1 Cargos Acceso por minuto previsto en la Resolución 463 de 2001, sino con base en una tarifa de minutos reales.

El recuento, sustentación y análisis de los cargos se realizarán en la parte considerativa de la presente providencia.

10. Los alegatos al recurso

En la oportunidad correspondiente, la convocante, COMCEL presentó escrito (fls. 268 a 286 a cd. principal), en el cual se opuso al recurso impetrado y solicitó desestimarlos en su totalidad, de conformidad con los siguientes alegatos:

a) Respecto de la denominada causal primera de falta de jurisdicción y competencia, esgrimió que COMCEL sí acudió a la CRT, organismo que simplemente se abstuvo de definir algún derecho por considerar que no tenía legitimación para hacer la solicitud de intervención, sino que ésta se encontraba

en cabeza de la ETB, y porque no era competente para determinar el pago, pues ni es juez ni administra justicia, decisión que, en su criterio, resultó inhibitoria y que ante el silencio de la ETB condujo a convocar un Tribunal de Arbitramento para que declarara que debía ella pagar a COMCEL los valores de la Resolución 463 de 2001, que fue lo que aquél hizo, en el marco de competencia que estudiaron los árbitros en el laudo.

En cuanto a la incompetencia para controvertir la legalidad de un acto administrativo, señaló que en el laudo el Tribunal simplemente expuso que la Resolución 463 de 2001 no había sido derogada por la Resolución 469 de 2002, pero no decidió sobre su legalidad sino se pronunció respecto de su vigencia, como corresponde hacerlo a todo juzgador, circunstancia que diferencia el asunto con los estudiados en las jurisprudencias citadas en el recurso.

b) En relación con la causal segunda, específicamente en cuanto a haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haber concedido el laudo más de lo pedido, advirtió que si bien es cierto que la actora no solicitó declaratoria alguna de incumplimiento en el libelo de la demanda, también lo es que el tribunal no declaró que la ETB hubiera incumplido el contrato, para lo cual basta remitirse a la parte resolutive del laudo en la que no se hizo declaración al respecto. Además, añadió que el tema del incumplimiento lo trajo a debate la ETB cuando propuso como excepción la de *“cumplimiento del artículo 4.2.219 del Título IV de la Resolución 087 y el artículo 5 de la Resolución 463 y la aplicación del artículo 1602 del C.C.”* y, como las normas de congruencia imponen que el juzgador resuelva sobre las excepciones, justamente eso fue lo que hizo el Tribunal, por lo cual no hay razón a la censura en este sentido.

Insistió a propósito del argumento de haberse ocupado de asuntos no transigibles, que en atención a la decisión de la CRT y teniendo en cuenta que no es juez, COMCEL acudió al Tribunal del Arbitramento para que condenara a la ETB al pago de la sumas que se derivan de la escogencia del cargo que ya había hecho, según había quedado demostrado en el proceso arbitral, sin que debiera acudir a una vía contenciosa ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contra el acto de la CRT.

Adicionalmente, en punto a la censura de haberse concedido más de lo pedido, manifestó que el recurrente no interpretó la demanda en todo su contexto, dado

que COMCEL demandó que le pagaran minutos reales, como se han venido liquidando con la ETB y eso fue lo que resolvió el tribunal, razón por la cual “...no se entiende porqué se empecina en que han debido condenarla a pagar a una cantidad más alta para deducir allí una incongruencia ultrapetita...”, puesto que los minutos redondeados salen más caros que los minutos reales. Por tanto, a su juicio, no existe una incongruencia cuando el Juez concede menos de lo pedido, en el caso de que se entendiera que lo que se estaba pidiendo era minuto redondeado (más caro), por cuanto la liquidación daría una cifra superior a la decretada por minuto real.

Respecto de la acusación sobre la falta de pronunciamiento sobre error grave adujo que no puede ser de recibo, ya que si así hubiere ocurrido, la misma debió dirigirse por la causal primera del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

c) En lo atinente a la tercera causal de contener la parte resolutive del laudo disposiciones contradictorias, se opuso a su prosperidad, por cuanto no fue denunciada en su oportunidad dentro de las solicitudes de aclaración que hizo al Tribunal, y porque no puede ser de recibo que se realice en el recurso de anulación por ser éste dirigido al juez de la sentencia y no del proceso.

11. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, presentó concepto (fls. 302 a 339 cd. principal), en el que manifestó que la primera censura no debe prosperar por no ser de aquellas contempladas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993; no encontrarse el negocio jurídico estudiado por el tribunal afectado de nulidad por objeto y causa ilícitos; haberse surtido las etapas pactadas para llegar a una solución amigable, sin que la decisión de la CRT fuese de fondo y no realizar el laudo un juicio de legalidad de actos administrativos.

Tampoco le resulta de recibo a la vista fiscal la segunda causal en lo que respecta a haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, por cuanto manifiesta que en su parte resolutive no se realiza un pronunciamiento de incumplimiento de la ETB, sino que sólo se limitó a declarar que se encontraba

obligada a pagar una determinada suma por concepto de cargo de acceso, y además fue ella la que formuló una excepción sobre cumplimiento que le fue resuelta.

Sin embargo, en cuanto al segundo supuesto de dicha causal, esto es, haber concedido el laudo más de lo pedido, observa que en él sí realiza una condena *extra petita*. En efecto, a partir del cotejo de algunos apartes del laudo, considera que es clara la contradicción del Tribunal al señalar que la ETB se acogió y aplicó la Resolución 463 de 2001, pero a la vez hace caso omiso de esta consideración cuando condenó a pagar cargos sobre la fórmula establecida en el contrato -minuto real- y no conforme a la Opción 1 -minuto redondeado- de la citada resolución y que fue la pedida en la demanda.

Respecto de la tercera y última causal, en su criterio no se presenta, pues el laudo no contiene errores aritméticos en su parte resolutive, sino que efectúa una liquidación acorde con la condena extrapetita.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por LA ETB S.A. ESP, 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

La Sala, mediante providencia de 12 de diciembre de 2007¹, consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente el Consejo de Estado, es competente de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, para conocer de manera privativa y en única instancia el presente recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, proferido con ocasión de las controversias

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 12 de diciembre de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Mediante este auto la Sala resolvió los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., y la sociedad COMCEL S.A., contra el auto proferido el 3 de agosto de 2007 por la Consejera conductora del trámite del recurso, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

contractuales suscitadas en virtud de un contrato de interconexión en el que una de las partes, como en este caso la E.T.B. S.A. E.S.P., es una Empresa de Servicios Públicos mixta, entidad cuya naturaleza jurídica, según señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007, es pública y, por tanto, forma parte de la estructura del Estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden descentralizado.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 736 de 2007 al zanjar la discusión sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, con fuerza de cosa juzgada constitucional, estimó que se trata de entidades de tipología especial en conformidad con los desarrollos legales de mandatos superiores, así:

“5.2. Las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta.

5.2.1 Según se dijo *ad supra*, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que *“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”*. Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que *“lo que le da esa categoría de “mixta” (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”*.(Paréntesis fuera del original).

5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada *“empresa de servicios públicos”*, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en

las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin de lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”.

Es de suponer que cuando los particulares se asocian con el Estado para la prestación de servicios públicos, persiguen intereses igualmente particulares; en especial, buscan un lucro legítimo que tratan de obtener en un esquema de libre competencia económica. Dentro de este escenario, el legislador debe propiciar las condiciones jurídicas para que esa asociación no encuentre obstáculos que no se presentarían si el socio de los particulares no tuviera naturaleza pública. Por esta razón, según lo señala el artículo 365 superior, le está permitido señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas, y al hacerlo puede tener en cuenta las características diferenciales de cada tipo de entidad. Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

5.2.3 En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

“ARTICULO 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por

concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las **“entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”**. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si las Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.

5.2.4 Visto lo anterior, la Corte se pregunta ahora si cuando los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 prescriben, respectivamente, que (i) *“Empresa de servicios públicos mixta... (e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”* y (ii) que *“Empresa de servicios públicos privada... (e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”*, desconocen la Constitución.

Al respecto estima que la redacción de las anteriores disposiciones contempla expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas *“empresa de servicios públicos mixta”*, y *“empresa de servicios públicos privada”*, sobre cuya naturaleza jurídica se han presentado divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar.

Estas divergencias interpretativas en torno de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se hacen patentes cuando se encuentra que, con base en estas disposiciones, distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta.

5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, 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 7° 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 de Estado y las sociedades de economía mixta.

Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta *“(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes **iguales o superiores al 50%**”*, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que *“una empresa de servicios públicos privada **mayoritariamente** a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”*, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *“iguales o superiores al 50%”*, contenida en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así como la exequibilidad de la expresión ***mayoritariamente***, contenida en el numeral 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.”²

En desarrollo de la decisión mayoritaria de la Sala y la jurisprudencia de la Corte Constitucional transcrita, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la entidad convocada, como quiera que según se desprende de dichas providencias al ser una entidad pública una de las partes del negocio jurídico fuente del conflicto, esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que la Ley 1107 de 2006, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”.

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

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.

“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 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

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.

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.
- 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 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 si 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

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. En este sentido ver, por ejemplo: 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.

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”.

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 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 1994⁷.”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

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

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 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 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.

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.”

De acuerdo con la jurisprudencia que antecede, 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 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 el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, como sucede en el presente caso en que efectivamente fueron invocadas con base en dicho artículo, 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.

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 4º 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 1º del referido artículo 72, en cuanto se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuar las pruebas correspondientes.

“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 iudice. (...)”

“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

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, corresponde a las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (que son las mismas del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), tal y como así fueron esgrimidas en el memorial de presentación del mismo, y no a las señaladas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, como en forma imprecisa se adujo en el escrito de sustentación del recurso.

3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Precisado lo anterior en materia de competencia para conocer el presente recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 y como corolario de que las causales aplicables son las establecidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por tratarse de una controversia surgida con ocasión de un contrato celebrado por una entidad pública (empresa de servicios

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

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 que 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.

públicos mixta) pero regido por el derecho privado, la Sala realizará su estudio y adoptará la decisión con base en dichas causales que fueron citadas en el escrito de impugnación y teniendo en cuenta las consideraciones generales expuestas en la jurisprudencia a propósito de la naturaleza y características jurídicas del recurso extraordinario de anulación.

Sin embargo, se advierte que en el término previsto por la ley, la impugnante, ETB, sustentó el recurso interpuesto (fls. 191 a 222 cd. ppal.) por las causales invocadas correspondientes a los numerales 7 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y manifestó desistir respecto de la de “...*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo...*” prevista en el numeral 6 *ibídem*, motivo por el cual en relación con este último punto es aceptado el desistimiento y, por ende, no procederá la Sala a su estudio.

Igualmente, se observa que al sustentar la causal primera invocó como motivo de configuración la “falta de jurisdicción y competencia del tribunal para dirimir la controversia planteada por la convocante” no por los vicios de objeto o causa ilícitas que afecten la cláusula compromisoria como tal, sino por un exceso en la actuación de los árbitros, esto es, una conducta de los mismos por fuera del marco de sus competencias, producto del desconocimiento de lo previsto en el pacto arbitral y de los límites que la ley y la Constitución Política le imponen a éstos en el conocimiento de los asuntos que le son voluntariamente confiados por las partes para su resolución.

Así, la hipótesis planteada es claramente diferente a la consagrada en el numeral 1 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, relacionada con “...*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...*”, como que ella no tiene la virtualidad de constituirse en una irregularidad que invalide el pacto arbitral, toda vez que no parte de la base de los citados vicios en relación con el pacto arbitral (objeto y causa ilícitas), tratándose realmente -según su motivación- de un supuesto que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, se subsume en la causal del numeral 8 *ejusdem* [*“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*].

Por tanto, de entrada se estima que el impugnante no sustentó la primera causal invocada, sino que nominó e invocó una causal no prevista en esos expresos términos en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, razón por la cual no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que no se advierte que el pacto arbitral (cláusula vigésima cuarta) esté afectado o adolezca de un objeto o causa ilícitos; no obstante, en la medida en que respecto de la causal del numeral 8 se esgrimió un cargo con los mismos argumentos, esas censuras sobre la falta de competencia por desborde de la cláusula compromisoria y por realizar un juicio de legalidad de un acto administrativo se analizarán a propósito del estudio de este última.

En este sentido, se estudiarán las causales de anulación previstas en los numerales 7 y 8 *ibídem*, frente a los cargos efectuados y sustentados por el recurrente contra el laudo arbitral, en el siguiente orden:

Primero se identificará la causal legal invocada; segundo se expondrán los cargos efectuados y sustentados por el impugnante; tercero se señalará el criterio que al respecto tiene la jurisprudencia respecto del alcance de la causal y se analizará el mérito y procedencia de los cargos.

3.1. Primera Causal: *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...”* (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)

3.1.1. Sustentación del recurso

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

a) El laudo es nulo por haber decidido *extra petita* y por invocar *causa petendi* diferente a la alegada en el proceso.

Al respecto, advirtió que en las pretensiones de la demanda no se solicitó declarar el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la ETB, así como tampoco en los hechos que le sirvieron de fundamento se planteó ese supuesto, por lo que no podía el tribunal, so pretexto de pronunciarse sobre una pretensión enderezada a definir una obligación a cargo de aquella, declararla contratante

incumplida y de mala fe, y de incurrir en una conducta de incumplimiento dolosa y constitutiva de delito civil, sustentada en la responsabilidad contractual de los profesionales.

Refirió que para el tribunal “...*la causa que desencadenó la situación de conflicto sometida a arbitramento fue el incumplimiento por parte de la ETB, cargo que jamás formuló su contraparte ni en la demanda, ni en los hechos de la misma, ni siquiera en los alegatos de conclusión presentado al final del proceso...*”, acusación que sólo vino a conocer con ocasión del laudo y de la cual no pudo defenderse. Agregó que, por tanto, “...*el Tribunal en su laudo, incurrió en desbordamiento de su competencia al pronunciarse sobre cuestiones que no fueron planteadas en la demanda y hacer unos pronunciamientos que no le fueron solicitados, para con base en esa incongruencia proferir las condenas...*”

Además, agregó que si bien cuando contestó la demanda presentó la excepción de cumplimiento del artículo 4.2.2.19 del Título IV de la Resolución 087 y del artículo 5 de la Resolución 463, en modo alguno ello implicó traer al litigio el tema del incumplimiento del contrato que condujo al tribunal a acoger las súplicas de la demanda, toda vez que no se trataba de una defensa por una acusación de incumplimiento, sino de puntualizar que los valores pagados por la ETB correspondían a los máximos previstos en la primera disposición citada y estaban sometidos al imperio del contrato.

En este orden de ideas, concluyó que la causal estaba llamada a prosperar, porque es evidente que el Tribunal se pronunció sobre una cuestión (pretensiones y hechos) que no fue sometida a su conocimiento (supuesto incumplimiento del contrato por la ETB, doloso y de mala fe), concedió más de lo pedido y se fundó en una *causa petendi* extraña al litigio.

b) El laudo es nulo por haberse ocupado de asuntos no transigibles, proscritos en la justicia arbitral

Partiendo de las censuras expuestas a propósito de la causal primera, las cuales se resumen así:

- i) Falta de competencia por desborde de la cláusula compromisoria**, pues considera el recurrente que de acuerdo con el pacto arbitral no todas las

controversias que se suscitaran entre las partes debían ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, sino solo aquellas que no sean competencia de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones, y que en el litigio lo que ocurrió fue que COMCEL provocó su intervención, ente regulador que, en consecuencia, expidió las resoluciones 980 y 1038 de 2004 en las que si bien negó la petición de COMCEL por considerar que carecía de legitimidad, en todo caso, decidió sobre la controversia y, por consiguiente, si no estaba conforme con lo resuelto debió acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para demandar su nulidad, o provocar la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y

- ii) Falta de competencia por juicio de legalidad de un acto administrativo,** en tanto, en su concepto, el tribunal de arbitramento no sólo terminó pronunciándose sobre actos administrativos de carácter particular (resoluciones 980 y 1038 de 2004) para esgrimir que son fallos inhibitorios y asumir competencia para conocer el conflicto, sino que además se pronunció sobre la vigencia de un acto administrativo general (Resolución 463 de 2001) que determina los cargos de acceso, no obstante que los artículos adicionados a su Título IV habían sido expresamente derogados por la Resolución 469 de 2002, labor para la cual no estaba habilitado según la jurisprudencia (Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional; y Sentencias de 10 marzo y 14 de abril de 2005 del Consejo de Estado, Sección Tercera).

El impugnante aseveró que el laudo se pronunció sobre asuntos no susceptibles de transacción y cuya competencia no les había sido atribuida por el pacto arbitral, por la Constitución Política o por la ley, porque, de una parte, el Tribunal de arbitramento terminó definiendo una controversia que debió ser decidida por la CRT o por la justicia contencioso administrativa, y de otra, consideró y decidió sobre la legalidad de un acto administrativo cuando analizó si estaba vigente el contenido de la Resolución 463 de 2001, que había sido derogada por la Resolución 469 de 2002.

En cuanto a lo primero, adujo que lo decidido por el tribunal no era materia de su jurisdicción ni de su competencia, pues si bien de acuerdo con lo previsto en el pacto arbitral los árbitros podían conocer en forma general las diferencias suscitadas entre las partes, ello no comprendía de manera absoluta las que fueren

competencia de la CRT, como es la relacionada con la definición por parte del operador de una de las dos opciones de cargos de acceso, controversia que se sometió por COMCEL a dicho ente regulador, quien se pronunció en las resoluciones 980 y 1038 de 2004 en el sentido de que el peticionario no estaba legitimado para acudir a ella sino la ETB.

Agregó que, si en verdad la CRT se hubiese inhibido de definir la solicitud realizada por COMCEL por la aludida razón, carecía el tribunal de jurisdicción y competencia para conocer el litigio que le fue planteado, por cuanto una vez la petición se hubiese presentado por la ETB, la CRT habría podido resolver la controversia y ninguna intervención se hubiese requerido por parte de aquél, lo cual denota que la determinación inhibitoria contenida en un acto administrativo no podía ser transigida por las partes, es decir, *“...el hecho de que la petición tenga que hacerse por la ETB no es punto que pueda negociarse, porque está previsto en un acto administrativo de carácter general que sólo podría modificarse por la autoridad que lo expidió, jamás por las partes comprometidas en el desarrollo de determinado negocio...”*

Y en cuanto al segundo aspecto, esgrimió que el tribunal hizo una artificiosa diferencia entre la legalidad de un acto administrativo y su vigencia, para declarar que frente al primero no tenía competencia, pero sí en relación con el último, conclusión que no puede ser de recibo, porque el juicio sobre si un acto ha sido o no derogado, para aplicarlo y hacerlo surtir efectos en un determinado contrato, equivale en el fondo a definir su legalidad, desde la óptica de establecer si riñe o no con la normatividad jurídica de ese específico acto jurídico, terreno vedado a los árbitros según la jurisprudencia nacional. Infirió, entonces, que si el tribunal se pronunció sobre temas relacionados con aspectos que sólo podían ser definidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de asuntos intransigibles, es claro que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

c) El laudo es nulo porque impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales

En concepto del impugnante se concedió más de lo pedido, porque en la demanda se solicitó una condena liquidada con base en minutos redondeados (pretensión 1ª y hechos 35 y 38) y en el numeral tercero de la parte resolutive del laudo, se

impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales.

Observó que si bien en la parte resolutive del laudo censurado, en su numeral segundo, se declaró que la ETB está obligada a pagar a COMCEL por concepto de Cargo de Acceso los valores establecidos en la Opción 1 de la Resolución 463 de 2001, lo cierto es que la condena económica que le fue impuesta en el numeral 3 fue realizada con base en una tabla de minutos reales (por segundos), que no corresponde a esa opción, lo cual resulta trascendental en el litigio porque en esta última modalidad para aplicar la tarifa se suman los segundos de cada comunicación y se divide por 60 y en cambio en la primera se toma el tiempo y los segundos se aproximan al minuto siguiente.

A su juicio *“...el error del tribunal está atado al que se presentó en el dictamen pericial rendido por JORGE TORRES LOZANO, quien concluyó erradamente que los minutos a los que se refería el artículo 4.2.2.19 de la resolución 087/97, adicionado por la resolución 463 de 2001, eran reales, cuando en verdad son redondeados, como lo confesó el propio convocante...”*, ante lo cual trae a colación las reflexiones realizadas respecto de este asunto en los alegatos de conclusión presentados en el trámite arbitral, para deducir que al acoger el tribunal tal liquidación desbordó el marco que le fue solicitado en la demanda, concediendo por fuera y más allá de lo pedido.

Por lo anterior, estimó que al encontrarse probada esta causal se debería corregir el laudo para proferir una decisión con base en minutos redondeados (inciso 2 del artículo 165 del decreto 1818 de 1998), pero como no existe prueba en el plenario de esta liquidación, ni es posible decretar pruebas adicionales en el trámite de este recurso, se deberá corregir el laudo en el sentido de que no puede imponerse condena alguna, *“porque no se probaron los supuesto fácticos de la misma”*.

3.1.2. Consideraciones de la Sala

3.1.2.1. A propósito de la causal *“...Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...”* (numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, equivalente a la prevista en el numeral 4 del artículo 72 original de la Ley 80 de 1993), la Sala ha dicho que:

“...es similar a la segunda del recurso de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P. Civil, y con ella se persigue, tal y como lo han sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 *ibídem*, por cuya virtud “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, que constituye un límite en la actividad del juzgador.¹⁶

De conformidad con la jurisprudencia vigente, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea *ultra petita*; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera *extra petita*; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “*causa petendi*” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así:

‘=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).’

“=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo *ultra petita*).”¹⁷

Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley,

¹⁶ Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. “...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...”

¹⁷ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993¹⁸, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión *extrapetita*.¹⁹(...)"²⁰ (Subraya la Sala).

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 (equivalente al numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes de su modificación), desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos *ultra* y *extra petita*, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia.

En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

Así, el aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con

¹⁸ Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

²⁰ 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.

la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquéllos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

- i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.
- ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, o cuando así lo requiera o lo exija la ley, pues, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso a condición claro está de que respeten el marco de la Constitución y la ley.
- iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, o que ordene la ley, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas o que resulten probadas, a las cuestiones que en forma oficiosa imponga el legislador, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.

De otra parte, 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, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o concedió más de lo pedido, 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.

3.1.2.2. Las censuras del recurrente se refieren a los dos supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, esto es, tanto que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros -aparte primero-,

como que concedió más de lo pedido -aparte segundo-, planteamiento que induce a la Sala a abordar los temas relacionados con la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento y los requisitos legales para adoptar la decisión, así como a realizar un proceso comparativo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, a las que está obligado a pronunciarse el juez arbitral, con el fin de verificar si la decisión adoptada respetó el principio de congruencia en el sentido que fue materia de explicación en precedencia.

En efecto, el recurrente edifica su impugnación en esta causal a través de tres cargos: a) El laudo es nulo por haber decidido *extra petita* y por invocar *causa petendi* diferente a la alegada en el proceso; b) El laudo es nulo por haberse ocupado de asuntos no transigibles, proscritos en la justicia arbitral: (i) falta de competencia por desborde de la cláusula compromisoria y (ii) falta de competencia por juicio de legalidad de un acto administrativo; y c) El laudo es nulo porque impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales, acusaciones que ameritan las siguientes consideraciones de la Sala:

a) El laudo es nulo por haber decidido *extra petita* y por invocar *causa petendi* diferente a la alegada en el proceso.

Estimó la recurrente que su contraparte jamás formuló ni en la demanda ni en los hechos de la misma una pretensión o supuesto fáctico enderezado a declararla incumplida de sus obligaciones contractuales, como lo afirmó, en su criterio, el laudo arbitral en desconocimiento, por ende, del principio de congruencia que deben respetar las providencias.

La Sala encuentra que no resulta de recibo el presente cargo, toda vez que si en verdad la convocante en su demanda no solicitó ni adujo pretensión relacionada con la declaratoria de incumplimiento del contrato de interconexión, no es menos cierto que el Tribunal de Arbitramento no declaró que la ETB hubiera incumplido el contrato de interconexión, tal y como se deduce con meridiana claridad de una sencilla comparación de las pretensiones y la parte resolutive del laudo transcritas en los antecedentes de esta providencia.

En efecto, se advierte que en la parte resolutive, conforme a lo solicitado por COMCEL, se declaró que la ETB estaba obligada a pagar a aquella, por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002 y, como consecuencia, la condenó a cancelar la diferencia entre lo que había venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero 2002 hasta enero de 2006 (numerales 2 y 3), que fue lo solicitado en las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, contrario a lo afirmado, fue ciertamente la impugnante la que introdujo en la materia objeto del debate el asunto relacionado con el cumplimiento o incumplimiento de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002 en la relación contractual examinada por el Tribunal de Arbitramento y sobre el cual realizó varias consideraciones, toda vez que en el escrito de contestación de la demanda formuló la excepción de mérito que denominó *“excepción de cumplimiento del artículo 4.2.2.19 del Título IV de la Resolución 087 y del artículo 5 de la Resolución 463 y aplicación del artículo 1062 del C.C.”*, de manera que no le asiste razón cuando censura que los árbitros, siguiendo precisamente los preceptos legales que consagran el imperativo de garantizar la congruencia en las decisiones judiciales, abordaron los hechos que involucran dicha excepción y además la hayan resuelto.

Así las cosas, considera la Sala que en el estudio y pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda arbitral, los hechos y las excepciones de la litis, no resultaba extraño a la competencia del Tribunal el conocimiento y análisis del desarrollo y cumplimiento de las resoluciones de CRT relativas a los valores establecidos por concepto de “Cargo de Acceso”, tanto porque el demandante solicitaba su aplicación, como porque el demandado argumentaba su cumplimiento, sin que ello entrañara la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del contrato, dado que lo perseguido era la aplicación de dicha normativa y sus efectos a la relación contractual de interconexión.

Ahora bien, precisa la Sala que, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral, previsto para corregir errores *in procedendo*, no le corresponde evaluar la manera cómo el Tribunal interpretó la demanda y su contestación y motivó el estudio de las pretensiones y las excepciones, así como determinar si el litigio lo solucionó correcta o erradamente desde el punto de vista

sustancial, dado que no autoriza a entrar en el examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo o reprimir vicios *in iudicando*.²¹

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

b) El laudo es nulo por haberse ocupado de asuntos no transigibles, proscritos en la justicia arbitral

Observa la Sala que la impugnante fundamentó el cargo así: i) el Tribunal no tenía jurisdicción y competencia para dirimir aquellas controversias que fueran del conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT, pues ello desbordaba la cláusula compromisoria; ii) la CRT ya se había pronunciado en el caso concreto negando las pretensiones de COMCEL por falta de legitimación, mediante actos administrativos que no eran transigibles o disponibles por las partes, fueran éstos inhibitorios o no; y iii) se decidió sobre la legalidad de un acto administrativo general, al determinar la vigencia de la Resolución 463 de 2001.

En tal virtud, con el objeto de establecer si se configura o no la causal por los anteriores cuestionamientos, la Sala estima pertinente realizar las siguientes reflexiones:

i) Examen del pacto arbitral (cláusula vigésima cuarta)

En la Cláusula Vigésima Cuarta, Cláusula Compromisoria, se pactó por las partes:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

“En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión: Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No.149 de 4 de septiembre de 2000. Y se agrega en esta sentencia que la referida inconsonancia “...*implica siempre un error en la mecánica del proceso*” y “*Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla...* (G.J. Tomo CXVI, pag. 84)’ Sentencia de 7 de marzo de 1997, Exp. 4636, G.J. Tomo CCXLVI Vol. 1, pag. 157”.

calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se lograra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto; 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará, y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas. El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará de mutuo acuerdo y a falta de acuerdo en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el centro Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los Arbitros (sic) será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en determinadas ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1.998. En cualquier caso el fallo de los Arbitros (sic) tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Arbitros (sic) deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados, o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral.

“PARAGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.” (Fls. 13 y ss. del Cd. pruebas No. 2).

Como se deduce de la estipulación transcrita, las partes convinieron que para todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, buscarían solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Igualmente, en el pacto se señaló que se acudiría cuando fuere necesario a los mecanismos de solución de controversias contractuales, en los asuntos que no fueran competencia del ente regulador y para el efecto indicó

como medios el Comité Mixto de Interconexión, los Representantes legales de las partes y, por último, el Tribunal de Arbitramento.

Sin embargo, considera la Sala que la regla de competencia para acudir a esos mecanismos, y en particular al arbitramento, no puede ser la que parece entreverse de una lectura desprevenida de esa cláusula compromisoria, esto es, que la competencia sobre materias tales como la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato estaba subordinada a que esos asuntos no fueran de competencia del ente regulador; lo que la cláusula indica es que existen unos asuntos en los que se podía suscitar una controversia contractual para los cuales las partes acudirían a los mecanismos de solución en ella previstos y otros asuntos que eran del resorte del ente regulador por tocar competencias del mismo que son estrictamente administrativas, como se pasará a explicar.

En este sentido, para determinar el ámbito de competencia de los particulares que fueron revestidos de función judicial en calidad de árbitros para el caso concreto, resulta de vital importancia identificar si se trata de un asunto relacionado exclusivamente con la función administrativa o, por el contrario, de un asunto judicial que requiera de su intervención con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia.

ii) Naturaleza de la función de resolución de conflictos de las comisiones de regulación de servicios públicos.

La función de resolución de conflictos de las comisiones de regulación de servicios públicos es administrativa y no judicial. En efecto, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, establece las funciones y facultades generales de las comisiones de regulación, así:

“Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:”

También prevé la citada ley entre otras funciones especiales de las comisiones, las siguientes:

- Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad (Art.73.8).

- Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio (Art.73.9).

- Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo a las reglas de esa ley (Art.73.22).

Igualmente, en el artículo 74 *ibídem* consagró entre otras funciones especiales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

- Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado (Art.74.3.a.)

- Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio (Art. 74. 3 b).

- Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así

mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la ley (Art.74.3.c).

La Corte Constitucional, en Sentencia C- 1120 de 1 de noviembre de 2005, al declarar exequible por los cargos examinados en esa providencia los artículos 73, numerales 73.8 y 73.9, y 74, numeral 74.3, letra b), de la Ley 142 de 1994, a propósito de la facultad que le asiste a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, puntualizó:

“...Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

“i) Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.

“En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.²²

“En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

“Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

²² Cita de la providencia transcrita: “En este sentido tienen relevancia especial los Arts. 34 y 133 de la misma Ley 142 de 1994, que tratan, respectivamente, de la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas y del abuso de la posición dominante.”

“ii) Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del Art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el Art. 74, Num. 74.3, Lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

“De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.

“Por consiguiente, los apartes normativos impugnados no establecen un trato diferente entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las demás personas, respecto de la administración de justicia, por no ser los conflictos entre las primeras objeto de una decisión judicial, sino de una decisión administrativa reguladora de la prestación de dichos servicios. Ello significa que el trato otorgado por el legislador a dichas empresas en relación con la resolución de los mencionados conflictos es distinto porque su situación es distinta de la de las personas que no prestan esos servicios, por lo cual no es procedente efectuar el examen de igualdad conforme a la jurisprudencia constitucional.

“En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia.” -Subraya la Sala-.²³

De acuerdo con la jurisprudencia que antecede, en criterio de la Corte Constitucional la facultad de la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una función típicamente administrativa, que se aviene a los preceptos superiores, como expresión de las funciones de intervención del Estado en las actividades económicas, según lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y, por lo mismo, no son de naturaleza judicial.

Por ello, desde el punto de vista legal las dos funciones que han sido claramente deslindadas por el Legislador: los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, que señalan con claridad meridiana que dicha atribución de resolver conflictos que surjan entre las empresas deben ser de aquellos “*que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas*”, o lo que es igual, ratifica

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

que no se trata de una función judicial sino de una atribución meramente administrativa.

No se olvide que en nuestro ordenamiento jurídico las comisiones de regulación son unidades administrativas especiales y sólo dictan actos administrativos (Sentencia C 1162 de 2000), por lo que no es posible asimilarlas a sus homólogas foráneas que, a más de amplias competencias en la producción de normas -que acá no ostentan como lo ha dicho la Sala en recientes fallos-, tienen “competencias parajudiciales”, como sucede en los EUA con las autoridades administrativas independientes (*independent agencies*), en donde su intervención se trata de un verdadero arbitraje, y se deja a voluntad de las partes la decisión de acudir bien a estas instancias o a los tribunales; o incluso en Europa, donde dichas autoridades son competentes para arbitrar en los conflictos que se puedan suscitar entre operadores del sector. Ello no sucede en nuestro país, por una simple razón: no se trata de autoridades administrativas independientes, sino que integran el sector central de la Administración como unidades administrativas especiales sin personería jurídica (art. 69 de la Ley 142 de 1994). Además, como se señaló, según nuestro ordenamiento jurídico, para que exista una asignación de competencias judiciales a autoridades administrativas se requiere que se realice en forma expresa por el Legislador, con todas las limitantes constitucionales (arts. 116 y título VIII Carta Política), lo cual no ha ocurrido, en tratándose de las comisiones de regulación.

En suma, es desde esa perspectiva de la función administrativa y no judicial en la que debe determinarse el alcance de la facultad que se le reconoce a la CRT para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, habida cuenta de que a la Administración no le está dado arrogarse funciones jurisdiccionales que expresamente no estén autorizadas por la Constitución Política y la Ley (inciso tercero artículo 116 C.P.).

Sin embargo, ello no significa que sea la Sala, quien en esta oportunidad debe entrar a determinar por vía general en qué eventos la competencia de las comisiones es admisible por ser administrativa y cuando no por tratarse de un ejercicio jurisdiccional; por ello, aunque, en veces, no sea tarea fácil desentrañar una y otra función pública, en cada caso particular habrá de analizarse el tipo y naturaleza de la controversia que se presenta entre los operadores para concluir materialmente el ámbito de la función pública en que queda inmersa y determinar

cuál es la autoridad con competencia para conocerla y resolverla; si lo es la Administración con fundamento en sus funciones de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, o ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten o regular los monopolios y promover la libre y leal competencia; o lo es la Jurisdicción en desarrollo de su función de administrar justicia.

iii) Naturaleza del conflicto sometido a la consideración del Tribunal de Arbitramento y competencia de este para dirimirlo

Para la Sala el conflicto sometido al Tribunal se refiere a una controversia contractual, toda vez que involucra el pago en dinero de una prestación (cargos de acceso a la red) originada en la relación o vínculo jurídico negocial asumido por las partes en el contrato de interconexión y que se encuentra en discusión en cuanto al régimen jurídico que rige la forma como debe determinarse la cuantía de esta obligación.

Obsérvese de los antecedentes del proceso que dio lugar a la expedición del laudo arbitral en examen, que la CRT expidió la Resolución 463 de 2001, por medio de la cual estableció, entre otros aspectos: i) los cargos de acceso a las redes de telefonía a partir del primero de enero de 2002 (artículo 1); ii) la obligación de los operadores de ofrecer siquiera dos opciones de cargos de acceso máximos a los operadores que les demanden interconexión: por minuto o por capacidad; y iii) la posibilidad para los operadores de TMC y TPBCLD que así lo desearan de mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes a la fecha de expedición de la resolución, o de acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la misma resolución para todas sus interconexiones.

Como consecuencia del citado acto administrativo contenido en Resolución 463 de 2001, surgió para COMCEL el interrogante sobre su aplicación al contrato celebrado con la ETB antes de su entrada en vigencia, cuando el operador ETB se acogió a la misma para sus otras interconexiones, en particular su incidencia frente a las prestaciones económicas de su relación contractual.

COMCEL, inicialmente, acudió el 5 de agosto de 2003 a la CRT para que resolviera el conflicto surgido con la ETB en relación con la modificación del cargo

de acceso a partir del 1 de enero de 2002, según las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, y para la declaratoria de reconocimiento y pago. Dicho organismo negó su solicitud por carecer COMCEL de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, la cual correspondía a la ETB como operador de larga distancia que accede a la red y no a la operadora de TMC, decisión que produjo en el entendido de que en el objeto de la petición de COMCEL iba “implícita” la pretensión del derecho de escogencia de las opciones de cargos previstas en la misma (por minuto o por capacidad), y porque consideró que “[c]osa distinta sería que se exigiera ante la autoridad competente el cumplimiento integral de los actos administrativos de carácter general expedidos por el ente regulador, situación ante la cual no nos encontramos, ni sería la CRT la entidad competente para conocer y tramitar esa solicitud” (Cfr. resoluciones 980 y 1038 de 2004).

Posteriormente, COMCEL, con fundamento en la cláusula compromisoria (vigésima cuarta) convocó el Tribunal de Arbitramento, presentando demanda con pretensiones que no cuestionan el derecho de escoger la modalidad u opción de cargos de acceso por parte de la ETB, tal y como lo había mencionado la CRT, sino sobre la base de que ella ya lo había hecho, razón por la cual solicitó que se declarara que estaba obligada a pagarle los valores determinados en la Opción 1 - por minutos- de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002 y que la condenara a pagar la diferencia de lo que ha debido cancelar.

En consecuencia, el problema jurídico que, en esencia, fue planteado por la convocante al Tribunal de Arbitramento no consiste únicamente en la aplicación de un acto administrativo expedido por la CRT, por cuanto, además, se refiere a los efectos que de él se desprenden respecto de aquella estipulación contenida en el contrato de interconexión en la que los dos operadores telefónicos de consuno fijaron los valores o cargos de acceso, en el evento de que se probara que ella ya lo había hecho.

De manera que, la controversia que se suscitó entre las partes del contrato, COMCEL y ETB, no está involucrando en forma exclusiva y preponderante la función administrativa de la CRT, verbigracia, para regular los cargos de acceso, uso e interconexión de las redes de telecomunicaciones o de un monopolio - siguiendo los términos de la Corte Constitucional para indagar la naturaleza del conflicto y la autoridad que lo habría de dirimir-, sino que entraña una verdadera

controversia contractual de tipo patrimonial susceptible de pronunciamiento judicial para su definición, que se endereza a provocar una condena que en manera alguna puede proferir una comisión de regulación.

Así lo entendió el Tribunal de Arbitramento cuando recalcó que no se trataba de determinar la existencia o no de un acto administrativo, sino si es él aplicable a una relación contractual, en tanto la controversia se suscitaba a propósito de la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001 al contrato de interconexión celebrado entre las partes, y su virtualidad de afectar la forma de liquidar las prestaciones económicas del mismo (Auto No. 8 de 27 de enero de 2006 fls. 122 cd. pl. 2).

Es decir, entendió el Tribunal de Arbitramento que le correspondía establecer en el proceso si la ETB, a quien le correspondía el derecho de escoger la opción de pago de cargo de acceso por minutos o por capacidad, según lo explicado por la CRT en su pronunciamiento (resoluciones 980 y 1038 de 2004), ya lo había hecho durante la relación contractual, y sobre esa base declarar si estaba obligada o no a pagarle los valores determinados en la Opción 1 -por minutos- de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002.

Por lo tanto, es claro que el conflicto resuelto en el laudo atacado versaba en relación con los efectos de la Resolución 463 de 2001 proferida por la CRT sobre el pago de un contrato de interconexión, en el que se tenía convenido unos valores diversos a cancelar por el acceso a la red, hipótesis que se traduce en una controversia contractual de carácter patrimonial que involucra el reconocimiento y pago o no de una prestación económica del negocio jurídico de interconexión, cuya competencia para conocer de la misma y resolverla corresponde a la Jurisdicción o, en el evento de mediar pacto arbitral -como ocurrió en este caso-, al Tribunal de Arbitramento convocado para ello, y no a una instancia que como la CRT está habilitada para emitir pronunciamientos en actos administrativos y únicamente respecto de aquellos asuntos que involucren función administrativa, los que en todo caso no escapan del control de los jueces.

De ahí que, el Tribunal Arbitral, en el auto en el que confirmó su competencia en el asunto, precisó que contaba con habilitación para asumir su conocimiento por ser válida la cláusula arbitral, no tener por objeto las pretensiones de la demanda un pronunciamiento sobre la legalidad o efectividad de un derecho no sujeto a

transacción, y no existir un pronunciamiento de la CRT sobre el efecto que tiene la aplicación integral o extensiva del acto de escogencia que hizo la ETB sobre el cargo para alguno o algunos operadores (fls. 122 y ss. cd. 2).

Ahora bien, la sola circunstancia de que la CRT se hubiera pronunciado ante una solicitud de COMCEL, no equivale a deducir incompetencia del juez arbitral, pues, de admitirse este argumento, en el fondo se estaría aceptando que se trata de dos funciones idénticas con objetos iguales, cuando lo cierto es que la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia los distinguen claramente; o que se deja al arbitrio o capricho de la partes de un conflicto la calificación de la naturaleza de la controversia, variando en esa forma las competencias de las autoridades y de los jueces (incluso los arbitrales, cuando medie pacto) previstas en normas de orden público que no pueden ser variadas, modificadas o sustituidas por convenio entre particulares.

En efecto, la postura que el impugnante plantea (y que en modo alguno deviene de lo dispuesto por la ley como tampoco de lo decidido por la Corte Constitucional) conllevaría no sólo la posibilidad de que la simple convención determine el alcance de las competencias de la Comisión de Regulación y de los jueces, sino además la eliminación en la práctica del contencioso contractual en servicios públicos, pues la única opción que le quedaría a cualquiera de las partes de un contrato es la de someter previamente todo tipo de controversia a las comisiones y sólo después demandar en sede del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercicio diverso de acciones que entraña no pocas dificultades, como, por ejemplo, el tipo de pretensiones y la diversidad en términos para accionar: mientras en el primero sólo cuenta con un plazo para intentar la acción de cuatro (4) meses y se puede pedir la declaratoria de nulidad del acto administrativo y que se restablezca el derecho (si versa sobre la celebración, ejecución o liquidación del contrato, ¿le correspondería la indemnización a la CRT o a ella y al contratista?), en el segundo el término para el ejercicio de la acción es de dos (2) años y se puede pedir que se declare su existencia o nulidad, que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar y que -en general- se hagan otras declaraciones o condenas (artículos 85 y 87 en concordancia con el 136 del C.C.A.).

De otra parte, se advierte que en el hipotético caso de que los asuntos fueran idénticos y que las partes son las que disponían *motu proprio* si acudían ante la comisión respectiva o ante el juez, lo cierto es que la decisión contenida en la Resolución CRT 980 de 2004 implica un pronunciamiento inhibitorio, al contradictoriamente negar la solicitud y a la vez sustentarla en la circunstancia de “carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5º de la Resolución CRT 463 de 2001”. Eso simple y llanamente es inhibición, pues no resuelve de fondo el asunto planteado y el hecho de que se negara, no puede ahora aducirse -como aspira el impugnante- que se trata de un pronunciamiento de mérito y definitivo, pues semejante consecuencia pondría en peligro el derecho constitucional de acceso a la justicia (art. 229 Superior), en tanto dejaría a una de las partes la solución de un litigio netamente contractual y no permitiría que el juez arbitral -competente en este caso por habilitación de las partes mediante pacto- se pronuncie.

En definitiva, encuentra la Sala que existe una distinción y diferencias entre las materias y decisiones adoptadas por la CRT y los jueces arbitrales. Obsérvese que la CRT en las resoluciones 980 y 1038 de 2004, no dijo que la ETB hubiera escogido o no una de las alternativas de cargos de la Resolución 463 de 2001; tampoco dijo que debía o no algún valor por concepto de aplicación de la misma, ni mucho menos la condenó o exoneró por los valores a que hace referencia la misma; sólo se pronunció en torno a la falta de legitimación del peticionario COMCEL, dejando claro que era la ETB a quien le correspondía hacerlo, pero, además, no dijo que no debería o estuviera obligada a hacerlo.

Al paso que los jueces arbitrales, conforme a la relación jurídico procesal que se trabó en sede de arbitramento y a la cláusula compromisoria, sobre la base y respetando el pronunciamiento administrativo de la CRT en relación con el alcance de su acto administrativo (Resolución 463 de 2001) en el que fijaba el nuevo esquema de cargos y tarifas por interconexión y según el cual correspondía a la ETB la escogencia de las modalidades en él previsto, decidió con carácter judicial que ésta ya lo había hecho y que, en tal virtud, debía cancelar dichos valores bajo la modalidad por minutos de la Opción 1 y en el período analizado, por lo que, en consecuencia, la condenó a pagarlos.

Por lo tanto, una fue la decisión administrativa de la CRT y otra la de los jueces arbitrales; así, la materia estudiada y decidida por el tribunal no versaba sobre un

conflicto de carácter y alcance eminentemente administrativo y sustraído del conocimiento judicial, pues para descartar esa hipótesis basta con revisar las pretensiones, excepciones y hechos frente a lo resuelto en la misma, de donde emerge, sin duda, la naturaleza judicial del conflicto.

En conclusión, la naturaleza de la cuestión debatida y puesta a consideración de los jueces arbitrales revestía evidentemente el carácter de judicial conforme a la cláusula vigésima cuarta, esto es, asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, y al tratarse de un asunto de carácter económico transigible, podía ser sometido al pacto arbitral, según expresa mención del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 en materia de contratos.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento sí era competente para conocer la controversia suscitada entre las partes, dado que estaba contemplada en el objeto del pacto arbitral, lo cual permite colegir que no actuó con desbordamiento o en exceso de la cláusula compromisoria.

iv) El laudo no declaró en juicio la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo

Señaló el impugnante que el laudo resulta nulo por falta de competencia del Tribunal para realizar un juicio de legalidad de un acto administrativo, juicio que consiste básicamente en el análisis que efectuó para determinar que la Resolución 463 de 2001 no había sido derogada por la Resolución 469 de 2002, sino que ella se encontraba vigente, lo que, en su criterio, equivale en el fondo a definir su legalidad, desde la óptica de establecer si riñe o no con la normatividad jurídica, labor para la cual no estaba habilitado según la jurisprudencia.

Sin embargo, este argumento no puede ser de recibo porque si bien es cierto que, y así lo ha señalado en otras oportunidades la Sección, no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no lo es menos que el análisis realizado por los árbitros en el laudo arbitral para despachar, entre otros aspectos, la excepción formulada por la ahora impugnante relacionada con

la derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, no corresponde a los eventos censurados por la jurisprudencia, sino que se refiere al ejercicio hermenéutico propio de cualquier fallador, inclusive de los árbitros, para resolver el asunto que se les somete a su consideración por voluntad de las partes de un litigio.

En efecto, en el laudo arbitral del *sub examen*, los árbitros manifestaron, entre otros aspectos, que no era de recibo la excepción de derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, por cuanto la misma ETB en los alegatos de conclusión se fundamentó en su existencia y en las comunicaciones que dirigió a otras operadoras se acogió a ella y, por ende, se había beneficiado de sus efectos económicos, por lo que no le era dable con fundamento en el principio de la buena fe, venir contra sus propios actos; igualmente, mencionó que la Resolución 469 de 2002 no derogó el contenido de la 463 de 2001, según la secuencia de normas del régimen de interconexión, las circunstancias en que fueron expedidas y los antecedentes previos, así como de acuerdo con la explicación que había realizado la autoridad que lo expidió, esto es, la CRT, en la Circular 40 [de 2002].

De otra parte, cabe precisar que en el contencioso administrativo la validez del acto administrativo consiste en su ajuste y concordancia con las normas superiores, porque no infringe los preceptos jurídicos en los que debía fundarse, fue expedido con competencia, en forma regular, con respeto del derecho de audiencias o defensa, sin falsa motivación y sin desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió (art. 84 C.C.A); al paso que la ejecutividad del acto hace referencia a su obligatoriedad, esto es, a la plena producción de los efectos jurídicos que se predicán de él, estando en firme y siendo válido, y sin que haya perdido esa fuerza ejecutoria por la ocurrencia de los eventos previstos en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, entre ellos el de la pérdida de vigencia por su derogatoria.

La vigencia de una norma, incluyendo dentro de esta categoría los actos administrativos generales, es entendida como la época en que ésta comienza a regir, estos es, a producir efectos jurídicos y su prolongación o proyección con esta propiedad en el tiempo, con el fin de regular con carácter vinculante y coercitivo las situaciones fácticas que ella contempla y otorgar las consecuencias jurídicas que la misma establece para los supuestos por los cuales fue expedida, obligatoriedad que se pierde entre otros eventos jurídicos por su derogatoria.

En este sentido, se advierte que el tribunal de arbitramento no se pronunció sobre la validez del acto administrativo que indica el recurrente, esto es, acerca de la ilegalidad o ajuste a la ley de la Resolución 463 de 2001, ni hizo alusión de que presentara algún vicio que lo afectara por infringir normas superiores, o que haya sido expedido por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de poder, es decir, no cuestionó la presunción de legalidad o validez que acompaña al acto administrativo, tan sólo verificó -que no declaró- que dicho acto se encontraba vigente porque no había sido derogado.

Por lo tanto, el tribunal abordó el aspecto relacionado con la fuerza ejecutoria, vigor u observancia del acto administrativo y no el de su validez, en tanto la derogatoria, que fue el evento analizado, produce la falta de ejecutoria del mismo por pérdida de su vigencia, pero no es una causal de ilegalidad y, por ende, que afecte su validez, pues, incluso, aunque válido, lo que cesa es su obligatoriedad a partir del momento en que se presenta su abolición del ordenamiento jurídico mediante la expedición de otro acto por la autoridad que lo profirió (efectos *ex nunc* “desde ahora”), a diferencia de lo que se presenta cuando se declara su nulidad por ilegalidad, en cuyo caso el retiro o aniquilación del mismo se remonta al tiempo en que se expidió, como si jamás hubiese sido proferido (efectos *ex tunc* o “desde entonces”).

En consecuencia, la Sala estima que el tribunal no realizó un juicio de legalidad en el sentido indicado y con exceso de las competencias que la Constitución y la Ley le imponen, por lo que se advierte que los argumentos relativos a la falta de competencia por involucrar asuntos intransigibles tampoco tiene la virtualidad de configurar la causal de anulación del recurso haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión o haberse concedido más de lo pedido de que trata el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

c) El laudo es nulo porque impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales

Alega el impugnante que se concedió más de lo pedido, por cuanto en la demanda se solicitó una condena liquidada con base en minutos redondeados (pretensión 1ª y hechos 35 y 38) y en el numeral tercero de la parte resolutive del laudo, se

impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales.

Sin embargo, la Sala advierte que, entendida la causal de acuerdo con los parámetros arriba explicados, no se configura la misma, pues de las pretensiones de la demanda transcritas al comienzo de esta providencia, frente a lo resuelto, no se vislumbra un pronunciamiento incongruente, en la medida en que se solicitó declarar que la ETB S.A. ESP., estaba obligada a pagar a COMCEL S.A., por concepto de CARGO DE ACCESO, los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, así como condenarla como consecuencia de ello, y eso fue lo que se sentenció por el tribunal, luego de surtido el trámite arbitral.

Para la Sala este cargo tampoco puede prosperar fundamentalmente porque se trata de un ataque de mérito o de fondo al laudo y no sobre la actividad *in procedendo* de los árbitros, motivo por el cual no puede ser de recibo para quebrar la validez del laudo en estudio, por cuanto esta Corporación no se encuentra autorizada por la ley para entrar a analizar si las consideraciones de los árbitros cayeron o no en error jurídico o vicio *in iudicando* o valoraron inadecuadamente el acervo probatorio cuando decidieron sobre las materias que le fueron sometidas en el pacto arbitral y la convocatoria al proceso, toda vez que este asunto se encuentra por fuera del análisis del recurso extraordinario de anulación de laudos, según se explicó a propósito de las generalidades del mismo al comienzo de esta providencia.

En efecto, llama la atención de la Sala que para sustentar este cargo el recurrente realiza, por vía de ejemplo, las siguientes críticas al análisis jurídico y probatorio efectuado por los árbitros para apartarse de la liquidación de la condena realizada por los mismos:

“El Tribunal en la parte motiva del auto, al examinar las actas técnicas de conciliación de minutos concluyó...

“En otras palabras, sin ningún otro cálculo, el tribunal concluyó que la ETB venía liquidando minutos reales y no redondeados, y con base en esa interpretación de las actas, condenó a una liquidación de minutos reales, cuando lo que se estaba solicitando eran redondeados...

“A pesar de tan clara diferencia entre uno y otro minuto, el Tribunal hizo caso omiso y con base en las actas a las que se hizo referencia y a un error de apreciación del perito, concluyó que los valores de cargo de acceso de la

Opción 1, previstos para los minutos redondeados, eran igualmente aplicables a los reales...

“Tal error del Tribunal está atado al que se presentó en el dictamen pericial rendido por JORGE TORRES LOZANO, quien concluyó erradamente que los minutos a los que se refería el artículo 4.2.2.19 de la resolución 087/97, adicionado en la resolución 463 de 2001, eran reales, cuando en verdad son redondeados, como lo confesó el propio convocante.

“(...

“El yerro en que incurrió el perito fue denunciado ante el tribunal mediante el mecanismo de la objeción de error grave, el cual fue desestimado en la audiencia de 4 de septiembre de 2006, acta No. 19, porque se consideró que tal “debate está inscrito dentro del marco de la interpretación exegética de una norma jurídica, asunto que no plantea, desde un punto de vista fenomenológico, la existencia de un error y mucho menos de grave, aunque se esté discutiendo un elemento de valoración probatoria.

“Con base en esa apreciación el Tribunal ni siquiera tramitó la objeción por error grave, porque tratándose de un tema de valoración probatoria, prácticamente anunció que lo iba a tratar en el laudo (....).

“(...

“Al encontrarse probada esta causal el H. Consejo de Estado debería corregir el laudo, para que se profiera decisión con base en los minutos redondeados (...), empero, tal solución no es posible, dado que en el proceso no se probó la liquidación de los minutos redondeados, sino los reales, por la tozuda postura del perito y de los árbitros que consintieron y perpetuaron el yerro. En otros términos, no existiendo prueba en el plenario de la liquidación de minutos redondeados, ni siendo legalmente posible que en el trámite del recurso de anulación se decreten pruebas adicionales, al prosperar la causal el Consejo deberá corregir el laudo en el sentido de que no puede imponer condena alguna, porque no se probaron los supuestos fácticos de la misma...”.

En las anteriores condiciones, se confirma que los argumentos formulados en este cargo por el recurrente se estructuran sobre presuntos vicios *in iudicando* y no *in procedendo*, toda vez que el estudio de los mismos implicaría que la Sala se adentrara al análisis de fondo de las normas jurídicas sustanciales que hicieron obrar y gobernar en la litis desatada por los árbitros, así como del expediente y de su acervo probatorio, lo cual está vedado en sede del recurso extraordinario de anulación de laudos.

En efecto, salta a la vista que el cargo está estructurado sobre la premisa equivocada de controvertir el valor probatorio que le otorgó el Tribunal de Arbitramento al experticio rendido en el proceso y a las actas técnicas de conciliación de los minutos, y a la interpretación que realizó del contrato y a las normas que establecían la Opción 1 de los valores de los cargos de acceso, con el fin de obtener un nuevo análisis al respecto y llegar a las particulares conclusiones en torno a la condena y a la exoneración de la misma, lo cual desconoce que en esta

sede extraordinaria no es posible separarse de los hechos que estimó probados el juez arbitral y que las censuras están limitadas a errores *in procedendo*, sin que, se reitera, esta Sala tenga competencia para revisar las cuestiones de fondo o mérito que se expresen en el laudo por los árbitros.

Se insiste éste no es un medio que permita la apertura de una instancia adicional, en la que se actúe como superior jerárquico del tribunal arbitral, para entrar a examinar de fondo el asunto en cuanto a los hechos que fueron materia de decisión o sobre el valor que se le otorgó a cada una de las pruebas o inferencias que en derecho éste aplicó, materia ésta que, precisamente, es de la competencia de los mismos por expresa voluntad de las partes.

Por consiguiente, es claro que el cargo resulta inadmisibles de acuerdo con los alcances y la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral y desatiende la técnica para su interposición, razón por la cual no prospera.

En este orden de ideas, la Sala estima que ninguno de los cargos expuestos por el impugnante configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

3.2. Segunda causal: *“...Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento...”*(Numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.2.1. Sustentación del recurso

En forma similar a lo expuesto en el cargo anterior, asegura el recurrente que entre el numeral 2 de la parte resolutive del laudo y el numeral 3 del mismo existe una contradicción, toda vez que, mientras en el numeral 2 la ETB está obligada a pagar a COMCEL por concepto de CARGO DE ACCESO los valores establecidos bajo la Opción 1: cargos de acceso por minuto, previstos en las resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, en la resolución del numeral 3 no se impuso una condena liquidada atendiendo el criterio o parámetro definido en el precedente, sino con base en una tarifa de minutos reales, circunstancia ésta que fue alegada al solicitar la aclaración del laudo pero que el tribunal se negó a aclarar.

Afirmó que el tribunal acogió el dictamen pericial con dicho error, para tomar en la parte motiva del laudo -y aunque no lo precisa- como base del capital de la condena la misma cifra que se señaló en el experticio, liquidada con una tarifa de minuto redondeado pero aplicada a minutos reales, la cual actualizó para condenar en el numeral 3 de la parte resolutive, cuando lo cierto es que no existe prueba en el expediente que permita adoptar una liquidación del concepto al que fue condenada la ETB.

En consecuencia, consideró que al declararse probada esta causal y corregir el laudo no se podrá imponer suma alguna a cargo de la ETB por no estar probada la cuantía que se estaba solicitando, razón por la cual solicita dejar sin efecto el numeral 3 de la parte resolutive y exonerarla del pago de cualquier suma por concepto de condena económica a cargo de la misma.

3.2.2. Consideraciones de la Sala

3.2.2.1. La esencia de la causal contemplada en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (numeral 7º artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), por cuya inteligencia se encuentra viciado el laudo cuando en su parte resolutive contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias, de semejante linaje a la establecida para el recurso extraordinario de casación (artículo 366 No. 3 del C. de P. Civi) y equivalente a la tercera que establecía el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 -original-²⁴, se ilustra en el siguiente fallo de la Sala:

“Dicha causal tiene lugar, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además ‘la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago’²⁵.

“En relación con el fundamento de esta causal de casación, expresa PIERO CALAMANDREI:

‘En el caso en que la sentencia de apelación “contenga disposiciones contradictorias” (art. 517, n. 7, CPC), la misma, que, sin embargo, ha alcanzado la categoría de cosa juzgada en sentido formal, no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación

²⁴ Antes de la modificación que al mismo se introdujo por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007.

²⁵ “Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98).”.

sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial), ya que si la parte dispositiva contiene pronunciamientos que están en contradicción, de modo que el uno no puede ser ejecutado sin que el otro se convierta en inejecutable, se puede decir que los mismos se neutralizan y se eliminan recíprocamente, de la misma manera que algebraicamente la suma de dos cantidades iguales, la una positiva y la otra negativa, equivale a cero²⁶

“El fundamento de esta causal de anulación del laudo deriva de las soluciones contradictorias u oscuras, las que precisamente por su falta de claridad y de lógica constituyen obstáculo insalvable para concretar en su sentido sustancial o material, los efectos de la cosa juzgada. Dicho de otra manera

“el vicio lógico se ha manifestado aquí en la volición, en cuanto el juez, al mismo tiempo, ha establecido la certeza de la existencia de varias voluntades concretas de ley que recíprocamente se anulan en la práctica. Considerado en su origen, el motivo contemplado en el num. 7 del art. 517 CPC, es pues, un verdadero y propio error in iudicando; pero puesto que su existencia produce no solamente un fallo injusto, sino un fallo prácticamente inactuable, este vicio puede ser considerado también como un error in procedendo, que vicia la sentencia como “providencia” del mismo modo que la absoluta falta de parte dispositiva la vicia como “acto escrito”²⁷». ²⁸ -Subraya la Sala-

De otra parte, la Sala también ha recalcado que en tratándose de esta causal debe cumplirse con el requisito de procedibilidad en ella contemplado, toda vez que *“...cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento, debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, contemplados en el artículo 36 del decreto ley 2.279 de 1989, días en los cuales se puede pedir la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo...”²⁹*; y que la contradicción del laudo para que sea anulable, debe buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva o solo en esta última, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva.³⁰

²⁶ “La casación civil. Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1961. T.II. p. 344.”

²⁷ “Ibídem, p. 345.”

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero 2006, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 2970. Véase también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2002, Exp. 20634.

²⁹ Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 25021 C.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁰ Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

Además ha subrayado la Sección que la circunstancia de que los árbitros hubiesen valorado en forma contradictoria o no los medios de prueba obrantes en el proceso, no configura esta causal³¹, ni autoriza revisar el laudo para controvertir su parte motiva, bajo el expediente de que inciden en la parte resolutive del laudo.

32

En resumen, se configura la causal siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en una o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que lo fallado en una parte de pretender cumplirse simultáneamente veda o aniquila otra.

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada³³: i) a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento ii) a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y iii) a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive, como cuando *“...una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago...”*³⁴.

3.2.2.2 En el caso concreto, la censura del recurrente consiste en que el laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias entre sí, por las mismas razones expuestas en el cargo estudiado en precedencia, es decir, porque asegura que entre el numeral 2 de la parte resolutive del laudo y el numeral 3 del mismo existe una contradicción, toda vez que, mientras en el numeral 2 la ETB está obligada a pagar a COMCEL por concepto de CARGO DE ACCESO los valores establecidos bajo la Opción 1: cargos de acceso por minuto, previstos en las resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, en la resolución del

³¹ Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 2002. Exp. 22.195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³² Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Exp. 32.986, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25.489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido Sentencia 6 de junio de 2002, Exp. 20634.

³⁴ Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, Exp. C-4851 (S-070-98) Corte Suprema de Justicia.

numeral 3 no se impuso una condena liquidada atendiendo el criterio o parámetro definido en el precedente, sino con base en una tarifa de minutos reales, circunstancia ésta que fue alegada al solicitar la aclaración del laudo pero que el tribunal se negó a aclarar.

El presente cargo no tiene vocación para prosperar porque:

i) Vistos los antecedentes del trámite arbitral, se observa que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la causal consagrada en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en el que se establece que las disposiciones contradictorias deben ser alegadas oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento. En efecto, en el presente asunto, dentro de las aclaraciones que fueron solicitadas al laudo arbitral no se realizó una petición expresa en el sentido invocado en el cargo, es decir, que existía una contradicción entre los numerales 2 y 3 de la parte resolutive del laudo arbitral. Y ante la nitidez del requisito contemplado en la citada norma procesal, no puede ser de recibo, como lo sustenta la impugnante, que dicha petición la realizó cuando en el escrito de aclaraciones solicitó al tribunal que definiera si las tarifas máximas fijadas por la Resolución CRT 463 en la Opción No. 1 corresponden a minuto real o a minuto redondeado (fls. 154 y ss. cd. Ppal.), como tampoco aceptarse que ella puede hacerse durante el trámite del recurso de anulación.

ii) Pero aún, si en gracia de discusión se considerara que las disposiciones contradictorias fueron alegadas oportunamente al Tribunal del Arbitramento, comoquiera que el cargo se sustenta en los mismos argumentos a los analizados en precedencia, esto es, referidos a la valoración del acervo probatorio (dictamen pericial, etc.), tenido en cuenta por los árbitros para liquidar la condena, es forzoso concluir que no tienen la virtualidad de configurar esta causal, pues, como se ha recalcado en esta providencia, la circunstancia de que los árbitros hubiesen valorado en forma contradictoria o no los medios de prueba obrantes en el proceso, no lleva a inferir la ocurrencia de esta causal, dado que no está prevista para errores *in iudicando* por vía indirecta, esto es, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, como tampoco su invocación permite realizar una revisión del laudo con base en una inconformidad con su contenido respecto del derecho sustancial, ni controvertirse las argumentaciones jurídicas de la parte motiva so pretexto de que inciden en la parte resolutive del laudo, porque el sentido del recurso es revisar errores *in procedendo* o de actividad.

iii) Por último, tampoco existen los presupuestos para la configuración de la causal, esto es, que las contradicciones estén en la parte resolutive del laudo y sean imposibles de ejecutar, en tanto no se observa que exista una contradicción entre los numerales 2 y 3, pues en el primero se declara una obligación de pago a cargo de la ETB (deuda por valores de acceso) y en el segundo se impone una condena de acuerdo con lo que encontró probado el tribunal por dicho concepto, sin que el pronunciamiento contemplado en uno sea incompatible o excluyente con la del otro de manera que haga nugatoria su ejecución simultánea o concomitante.

Por lo expuesto, este cargo no resulta de recibo.

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto, 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.

Finalmente, se advierte que el Despacho conductor del trámite del recurso, profirió el 3 de agosto de 2007, un auto mediante el cual se había declarado la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, el cual impugnado a través de los recursos ordinarios de súplica presentados por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y la sociedad COMCEL S.A., fue resuelto en Auto de 12 de diciembre de 2007³⁵, revocando la decisión. Empero, se observa que para la fecha en que se adoptó la decisión revocada, la parte recurrente había solicitado en memorial de fecha 25 de junio de 2007 (fls. 345 a 346 cd. ppal), el cual reitera en escrito de 15 de febrero de 2008, suspender la ejecutoria del laudo arbitral impugnado sin el requisito de prestar caución, en el caso de que resultara necesario por no entenderse que opera sin que se requiera de pronunciamiento por tratarse de una entidad pública, en los términos del inciso segundo del artículo 331 del C. de P. Civil, medida que se considera que carece de objeto al ser resuelto en esta providencia el recurso de anulación impetrado, por cuanto no resulta necesaria su adopción, pues ella procede mientras se surte el recurso de anulación de laudo arbitral, situación procesal que con el presente

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 12 de diciembre de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

pronunciamiento ya no existe, de manera que, por esta sola circunstancia, será negada.

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,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP -ETB S.A. ESP - y la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL, con ocasión del Contrato de Interconexión de 13 de noviembre de 1998.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la recurrente convocada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP -ETB S.A. ESP -, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

TERCERO: NIÉGASE la suspensión del laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP -ETB S.A. ESP - y la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL, con ocasión del Contrato de Interconexión de 13 de noviembre de 1998, por los motivos expuestos en la presente providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ**COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Facultades. Atribución funcional / COMISIONES DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Facultad de resolución de conflictos. Posiciones doctrinales**

Los análisis tendientes a concluir enfáticamente que las Comisiones de Regulación no cumplen funciones judiciales, en éste caso resultaban totalmente innecesarios tanto por su falta de pertinencia como por lo inanes, puesto que dicho asunto jamás ha estado en discusión en tanto de lo dispuesto en los artículos 68, 69, 70, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 surge con absoluta claridad y evidencia que tales entidades cumplen las funciones presidenciales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y que su naturaleza jurídica corresponde a la de Unidades Administrativas Especiales adscritas al respectivo Ministerio, a lo cual se agrega el hecho de que las funciones que legalmente les fueron asignadas no se encuentra una sola de naturaleza jurisdiccional. En efecto, aun cuando la Ley 142 de 1994 en el artículo 73.8 atribuyó expresamente y de manera general a las Comisiones de Regulación la facultad de “Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas” sin que en el contenido de dicha facultad se haya hecho distinción alguna respecto del contenido del conflicto, como tampoco alude a determinados tipos contractuales, lo cierto es que la referida atribución funcional fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. La sentencia de la Sala a la cual se refiere el presente Salvamento de Voto, entra también en contradicción con el reconocimiento efectuado por la Corte Constitucional a la función arbitral que se desprende del ejercicio de la facultad de resolución de conflictos que cumplen las Comisiones de Regulación, pues en dicha providencia se afirmó enfáticamente que “no es posible asimilarlas a sus homólogas foráneas... que tienen “competencias parajudiciales”,... en donde su intervención se trata de un verdadero arbitraje”. En tal sentido vale la pena citar las siguientes apreciaciones doctrinales: “En las regulaciones de las comisiones independientes, es un fenómeno común la atribución de competencias de tipo arbitral. (...). La crítica a los poderes arbitrales de la Administración está ahora ya del todo vencida por la evolución del papel de las Administraciones Públicas en la ordenación y supervisión del funcionamiento de los sectores económicos. Una de las competencias que en todos los ordenamientos se considera indispensable es la que permite la resolución inmediata de los conflictos que se generan entre los operadores que actúan en los mercados. Estas controversias requieren una solución casi instantánea, que es imposible que pueda esperar al debate judicial, que siempre se produce de un modo irremediabilmente más lento. Las

comisiones reguladoras independientes han sido, por ello, llamadas a ejercer una función de arbitraje que resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. Es esta función un componente esencial de las competencias de regulación que se atribuyen a las indicadas comisiones.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Falta de competencia. Cláusula compromisoria

La controversia surgida entre la ETB S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., fue puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones con el propósito de que ésta autoridad lo resolviera, como en efecto ocurrió, forzoso es concluir que con tal actuación quedaba excluida la posibilidad de presentar demanda tendiente a convocar un Tribunal de Arbitramento para que se pronunciara sobre ese mismo asunto puesto que si el tema había sido resuelto ya por la CRT, quedaba claro que el mismo estaba excluido de la habilitación impartida a los árbitros por expresa estipulación al respecto incluida por las propias partes en su correspondiente cláusula compromisoria; en consecuencia - bueno es reiterarlo-, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula arbitral del contrato de interconexión, el Tribunal de Arbitramento no estaba habilitado para avocar el conocimiento de la demanda arbitral y proferir el respectivo laudo y así ha debido declararlo la Sala puesto que, se insiste, la controversia era de competencia de la autoridad regulatoria al punto que ésta ya la había decidido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP.

Demandado: COMUNICACION CELULAR S.A. COMCEL

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, en el caso de la sentencia adoptada dentro del proceso de la referencia debí separarme del criterio mayoritario por cuanto no comparto la tesis central expuesta en dicha providencia, la cual, a su turno, sirvió de fundamento para la adopción de las decisiones correspondientes.

1.- Precisiones iniciales:

Antes de entrar a expresar las razones que me llevaron a disentir de la posición mayoritaria de la Sala en el expediente de la referencia, considero fundamental señalar, en aras de brindar total claridad al respecto, que los recursos de anulación decididos por la Sala el 27 de marzo de 2008 respecto de los expedientes números **33.644** -EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- vrs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL (CELCARIBE)- en el cual el suscrito fue Ponente y el **33.645** - EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- vrs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL- fallo del cual me aparté y que motiva el presente Salvamento de Voto, registran diferencias sustanciales que se derivan fundamentalmente tanto del contenido de la cláusula arbitral como de la formulación y sustentación de los cargos de anulación propuestos, distinciones que necesariamente dieron lugar a análisis y respuestas jurídicas diferentes, aun cuando finalmente ninguno de tales recursos prosperó.

En efecto, dentro del **expediente 33.644** -EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB- Vrs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL (CELCARIBE)- la causal octava de anulación estuvo sustentada en los siguientes dos cargos:

- i) La CRT tenía competencia para conocer del conflicto entre ETB y CELCARIBE y en efecto la CRT lo decidió; por esa razón la controversia respectiva estaba por fuera de la competencia del Tribunal de Arbitramento.
- ii) El Tribunal se ocupó de estudiar y de determinar la vigencia de las resoluciones 463/01 y 489/00 expedidas por la CRT y en esa medida juzgó la legalidad de las mismas, que son actos administrativos de carácter general.

Respecto del primer señalamiento, se tuvo en cuenta que el contenido de la cláusula compromisoria -vigésima segunda- del contrato de interconexión que originó la controversia, habilitaba plenamente al Tribunal de Arbitramento para conocer y decidir sobre el asunto que fue objeto de la demanda arbitral, en tanto que dicha estipulación únicamente delimitaba su competencia material a que se tratara de *“diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación”* del respectivo contrato de interconexión y, por lo tanto,

estando absolutamente claro que la controversia sometida al conocimiento de los árbitros correspondía al ámbito material descrito, el cargo así formulado resultaba infundado, **amén de que el cargo correspondiente -en una actuación de carácter extraordinario y eminentemente dispositiva que le impide por completo al juez de la anulación ir más allá de lo expresamente planteado por el recurrente-, no incluyó cuestionamiento alguno acerca de un supuesto juicio de validez o de legalidad que el Tribunal de Arbitramento hubiere podido realizar, de manera directa o indirecta, acerca de los actos administrativos concretos y particulares que la CRT finalmente expidió con ocasión de la solicitud que en su momento elevó CELCARIBE.**

De igual manera, estudiado el segundo de los referidos cuestionamientos, el cargo resultó infundado toda vez que si bien existe claridad respecto de que los árbitros carecen de competencia para juzgar la legalidad de actos administrativos de carácter general, como es el caso de las Resoluciones 489/00 y 463/01 expedidas por la CRT, en esa específica oportunidad el respectivo Tribunal de Arbitramento no desconoció dicha restricción toda vez que en estricto rigor se limitó a estudiar y determinar la vigencia de un acto administrativo - que no su validez-, asunto que en relación con cualquier acto normativo no constituye ni implica la realización de un juicio de legalidad.

Ahora bien, en el asunto sobre el cual versa el presente Salvamento de Voto, **expediente 33.645**, la misma causal octava de anulación estuvo sustentada en los siguientes dos cargos, aparentemente iguales a las del **expediente 33.644**:

- i) De conformidad con la cláusula compromisoria el Tribunal solo tenía competencia para resolver las diferencias que no fueran competencia de la CRT y esa entidad ya había dirimido el conflicto.
- ii) El Tribunal juzgó la legalidad de las resoluciones proferidas por la CRT y se dedicó a pronunciarse sobre la vigencia de la Resolución 463 de 2001 que también constituye un juicio de legalidad, sin que tenga competencia para ello.

En cuanto al primer cargo cabe destacar que, a diferencia del litigio antes aludido, la cláusula compromisoria del contrato de interconexión - cláusula vigésima cuarta-, fue pactada por la ETB y COMCEL en términos distintos a los pactados en el

contrato suscrito por la ETB y COMCEL (CELCARIBE), al punto que las partes escogieron los conflictos que llevarían ante un Tribunal de Arbitramento, excluyendo de la justicia arbitral “**los asuntos que no sean competencia del ente regulador**”, esto es de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT-. La restricción así señalada, a mi juicio claramente incidía en la habilitación del Tribunal de Arbitramento, asunto sobre el cual me pronunciaré en la segunda parte de este escrito por ser precisamente el que dio lugar a que me apartara de la opinión mayoritaria de la Sala, no sin antes reafirmar que esa limitación material convenida en la cláusula compromisoria respecto de la habilitación de los árbitros, es una limitación que las partes respectivas **no incluyeron**, en modo alguno, dentro de la cláusula compromisoria relativa al contrato sobre el cual giró el litigio correspondiente al primer expediente mencionado, esto es el **No. 33.644**.

El segundo de los referidos cuestionamientos también presenta una diferencia importante en relación con el caso anterior y es que la alegada falta de competencia de los árbitros para juzgar la legalidad de actos administrativos no sólo estuvo circunscrita a la Resolución 463/01 expedida por la CRT, sino que también involucró las Resoluciones de contenido particular expedidas por la Comisión al resolver la controversia puesta en su conocimiento por COMCEL S.A., luego, si bien respecto de éste cargo también resultaba procedente decir, como en efecto se dijo, que la determinación de la vigencia de la Resolución 463/01 como acto administrativo de carácter general no comporta un juicio de legalidad, en todo caso la otra parte del cargo, según la cual el Tribunal de Arbitramento juzgó la legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, sí daba lugar a un análisis distinto, al cual me referiré más adelante.

En síntesis, tanto en relación con el contenido y alcance de cada una de las correspondientes cláusulas compromisorias, como acerca de la formulación de los cargos estructurados en cada uno de los aludidos recursos extraordinarios de anulación, existen tan importantes y marcadas diferencias, que, a pesar de la similitud aparente, en realidad no hay identidad entre los asuntos debatidos en los expedientes **33.644** y **33.645**, diferencias que precisamente me llevaron a asumir posturas opuestas en cada uno de ellos.

Hechas las anteriores precisiones, proseguiré con el asunto de fondo.

2.- Razones del disentimiento:

Según la tesis adoptada por la Sala en este caso, en síntesis, se tiene que el argumento que dio lugar a declarar impróspera la causal 8a. de nulidad consiste en el entendimiento que se le dio a la cláusula arbitral pactada en el contrato de interconexión, la cual se interpretó en el sentido de señalar que las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones son de naturaleza administrativa y no judicial y que en esa medida se debe distinguir en cada caso concreto si el conflicto suscitado entre los contratantes involucra, o no, el cumplimiento de las funciones administrativas de dicha Comisión.

Al respecto se sostuvo que la controversia que tuvo lugar en el caso concreto de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL., era contractual y patrimonial y que en esa medida se encontraba sustraída del ámbito de competencias administrativas de la autoridad regulatoria, razón por la cual la decisión proferida sobre ese específico asunto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en tanto es de índole administrativa, no resultaba excluyente ni incompatible frente a la decisión judicial del Tribunal de Arbitramento, en la medida en que la naturaleza de los conflictos sometidos a cada una de estas autoridades comportaba una naturaleza diversa.

Concluye el fallo que, en esa medida, el Tribunal de Arbitramento sí estaba habilitado para conocer y decidir la demanda arbitral sometida a su conocimiento por la empresa COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Mi disentimiento estriba entonces en los siguientes aspectos:

En primer lugar estimo que los análisis tendientes a concluir enfáticamente que las Comisiones de Regulación no cumplen funciones judiciales, en éste caso resultaban totalmente innecesarios tanto por su falta de pertinencia como por lo inanes, puesto que dicho asunto jamás ha estado en discusión en tanto de lo dispuesto en los artículos 68, 69, 70, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 surge con absoluta claridad y evidencia que tales entidades cumplen las funciones presidenciales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos

domiciliarios y que su naturaleza jurídica corresponde a la de Unidades Administrativas Especiales adscritas al respectivo Ministerio, a lo cual se agrega el hecho de que las funciones que legalmente les fueron asignadas no se encuentra una sola de naturaleza jurisdiccional.

En efecto, aun cuando la Ley 142 de 1994 en el artículo 73.8 atribuyó expresamente y de manera general a las Comisiones de Regulación la facultad de **“Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas”** sin que en el contenido de dicha facultad se haya hecho distinción alguna respecto del contenido del conflicto, como tampoco alude a determinados tipos contractuales, lo cierto es que la referida atribución funcional fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005, precisamente al considerar que:

*“las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas **son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial.** Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos **corresponde a la denominada función arbitral** de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.”*

En éste último aspecto considero que la sentencia de la Sala a la cual se refiere el presente Salvamento de Voto, entra también en contradicción con el reconocimiento efectuado por la Corte Constitucional a la función arbitral que se desprende del ejercicio de la facultad de resolución de conflictos que cumplen las Comisiones de Regulación, pues en dicha providencia se afirmó enfáticamente que *“no es posible asimilarlas a sus homólogas foráneas... que tienen “competencias parajudiciales”,... en donde su intervención se trata de un verdadero arbitraje”*.

En tal sentido vale la pena citar las siguientes apreciaciones doctrinales:

“En las regulaciones de las comisiones independientes, es un fenómeno común la atribución de competencias de tipo arbitral. (...). [La] crítica a los poderes arbitrales de la Administración está ahora ya del todo vencida por la evolución del papel de las Administraciones Públicas en la

*ordenación y supervisión del funcionamiento de los sectores económicos. Una de las competencias que en todos los ordenamientos se considera indispensable es la que permite la resolución inmediata de los conflictos que se generan entre los operadores que actúan en los mercados. Estas controversias requieren una solución casi instantánea, que es imposible que pueda esperar al debate judicial, que siempre se produce de un modo irremediablemente más lento. Las comisiones reguladoras independientes han sido, por ello, llamadas a ejercer una función de arbitraje que resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. Es esta función un componente esencial de las competencias de regulación que se atribuyen a las indicadas comisiones.”*³⁶

Partiendo de las elementales pero necesarias precisiones que acabo de señalar surge, en consecuencia, otro cuestionamiento a la sentencia proferida por la Sala consistente en que, en mi criterio, no es posible llegar a calificar en un momento dado si un conflicto o controversia contractual es de naturaleza administrativa o de carácter judicial, para saber si su conocimiento le compete entonces a la autoridad administrativa o a la autoridad judicial, toda vez que toda diferencia que surja entre las partes de una relación negocial lleva necesariamente el asunto al mismo punto, cual es el de conseguir que el conflicto se resuelva.

De manera que a mi juicio la distinción que en tal sentido hizo la Sala resulta desafortunada y contraria a los fundamentos de orden normativo y constitucional expuestos.

Refuerza la anterior conclusión el hecho de que las partes, en ejercicio libre y voluntario de su autonomía negocial determinaron el contenido de la cláusula compromisoria en cuya virtud decidieron excluir de la justicia arbitral los conflictos contractuales que pudieran ser resueltos por la autoridad regulatoria, circunstancia que impide interpretar su alcance de manera general e irrestricta, so pena de quedar en evidencia el desconocimiento de la voluntad e intención³⁷ que suele acompañar a las partes en la configuración de la cláusula arbitral y ésta no es otra que procurar la solución de las controversias que determinado asunto suscite por conducto de jueces privados, criterio que se enfatiza si se tiene en cuenta que resultaría contrario a la lógica³⁸ y a la naturaleza misma de esta clase de

³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “*Servicio Público y Mercado. I. Los Fundamentos*”. Primera edición. Editorial Cívitas S.A. Madrid. 1998. Pags. 301, 302.

³⁷ Código Civil, artículo 1618. “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*”

³⁸ Código Civil, artículo 1620. “*El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.*”

contratos³⁹, estipular una cláusula compromisoria en la cual se limitara a tal punto la competencia del Tribunal que se hiciera realmente inoperante el recurso a la justicia arbitral por quedar vacía de contenido la habilitación que formalmente se estaría impartiendo a los árbitros.

Así pues, siguiendo estos razonamientos y teniendo en cuenta que en el trámite de este específico recurso de anulación se acreditó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dio trámite a la solicitud presentada por COMCEL S.A., para que dirimiera el conflicto suscitado con la ETB S.A. E.S.P. por el pago de los cargos de acceso, tanto es así que la precitada Comisión expidió las Resoluciones 980 y 1038 de 2004 por medio de las cuales decidió de fondo las pretensiones del peticionario al negarlas por considerar que COMCEL S.A., carecía de legitimidad para impetrar tal solicitud, resulta evidente que la Sala pasó por alto los siguientes aspectos:

- La controversia existente entre COMCEL S.A. y la ETB S.A. ESP ya se encontraba expresamente decidida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, autoridad que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 tiene atribuida la competencia para resolver los conflictos que surjan entre las empresas por razón de los contratos que existan entre ellas; éstas decisiones estaban en firme y como todo acto administrativo, gozan de la presunción de legalidad.

- Aun cuando la decisión de la Comisión se haya fundado en el hecho de que COMCEL S.A., no estaba legitimada para ejercer el derecho pretendido, dicha motivación no constituye jurídicamente razón suficiente para sostener que se trató de una decisión inhibitoria y, que por lo mismo, la cuestión de fondo aún estaba por resolverse, pues como bien es sabido, el efecto que produce la falta de legitimación en la causa por activa es sustancial y de fondo, pues comporta la denegación de las pretensiones, dejando en evidencia la carencia del derecho pretendido.

En tal sentido la jurisprudencia ha sido absolutamente clara al puntualizar que:

*“La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. **Cuando ella falte bien en el***

³⁹ Código Civil, artículo 1621. *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (...).”*

demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.⁴⁰ (Se resalta)

Así mismo que:

*Como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, la ausencia de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre la demanda formulada, dado que **no se trata de un elemento de la acción, sino de la pretensión.** Es, en ese sentido, una **condición propia del derecho sustancial** y no una condición procesal...*⁴¹ (Se resalta)

- Por último, el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 señala expresamente que la resolución que adopte la Comisión al dirimir los conflictos contractuales “*estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad*” y, por lo tanto, cualquier cuestionamiento o desacuerdo para con la actuación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el caso concreto, ya por el posible traspaso del ámbito funcional de sus competencias o por cualquiera otra circunstancia, debía ser puesto en conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siendo por lo tanto improcedente su debate en el ámbito del proceso arbitral.

En conclusión, si la controversia surgida entre la ETB S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., fue puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones con el propósito de que ésta autoridad lo resolviera, como en efecto ocurrió, forzoso es concluir que con tal actuación quedaba excluida la posibilidad de presentar demanda tendiente a convocar un Tribunal de Arbitramento para que se pronunciara sobre ese mismo asunto puesto que si el tema había sido resuelto ya por la CRT, quedaba claro que el mismo estaba excluido de la habilitación impartida a los árbitros por expresa estipulación al respecto incluida por las propias partes en su correspondiente cláusula compromisoria; en consecuencia -bueno es reiterarlo-, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula arbitral del contrato de interconexión, el Tribunal de Arbitramento no estaba habilitado para avocar el conocimiento de la demanda arbitral y proferir el respectivo laudo y así ha debido declararlo la Sala puesto que, se insiste, la controversia era de competencia de la

⁴⁰ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054. Actor: Ricardo José Cabrales Castillo.

⁴¹ Sentencia del 1 de marzo de 2006, expediente 13.764.

autoridad regulatoria al punto que ésta ya la había decidido, todo ello según lo ya explicado.

Luego, desde este punto de vista la causal octava de nulidad sí estaba llamada a prosperar.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales no comparto la providencia expedida por la Sala.

RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

LAUDO ARBITRAL - Causal octava de anulación del artículo 163 del decreto 1818 de 1998

Esta causal de anulación corresponde, con similar redacción, a la contemplada en el numeral 4 del art. 72 de la ley 80 de 1993. No obstante, es claro que su fuente, para efectos del estudio del caso concreto, es el del primer ordenamiento jurídico citado. Sin embargo, para su análisis, desde el punto de vista de su explicación, contenido y justificación, se tendrán en cuenta los criterios jurisprudenciales que respecto de una y otra disposición ha emitido esta Sala, por ser exactamente idénticos. En tal sentido se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. Para establecer cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. En tal sentido, en junio de 2002, sobre el alcance de esta causal, la Sala afirmó que: “De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal

deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial. Nota de relatoría: Ver Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488

COMISION DE REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Competencia para resolver conflictos entre operadores

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que abarca todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma amplia, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, proferidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa. Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado está legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término abarca diversas significaciones, lo que genera dificultades, al momento de definir su naturaleza, pues la discusión en torno al papel que juega el Estado en la economía no es pacífica. Entre la variedad de competencias asignadas a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, en manos de las Comisiones de Regulación por delegación, se encuentra la potestad de resolver conflictos entre empresas, según lo indica la ley 142 de 1994. En efecto, en desarrollo del art. 367 de la Constitución, según el cual al legislador le corresponde fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos, bajo el título V de la ley 142 de 1994, sobre "Regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos", se plasmaron las funciones generales y especiales de las Comisiones de Regulación. En particular, entre las competencias asignadas a la Comisión de Regulación se encuentra una que ha sido objeto de debates en la doctrina y la jurisprudencia, en razón de su posible vicio de inconstitucionalidad. Se trata de la función de resolución de conflictos. Esta potestad de resolver conflictos, en sede administrativa, ha sido objeto de inconformidad por parte de la doctrina jurídica de los SPD, de las mismas empresas de servicios públicos e incluso la jurisprudencia, quienes han dudado de su ajuste adecuado a la Constitución, pues esta función se comporta, en un sentido amplio, de manera parecida a la jurisdiccional, generándose discrepancias sobre su alcance y contenido, bien porque limita el acceso a la administración de justicia o bien porque confiere potestades de solución de controversias a autoridades administrativas. Esta potestad de resolver conflictos encarna y realiza, como lo dice la Corte Constitucional, la función regulatoria, de manera que su resultado es un acto administrativo particular, que afecta a una empresa o persona determinada, lo cual evidencia que la regulación se puede contener en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en actos administrativos particulares o generales, y, en otras ocasiones, en reglamentos y en otro tipo de instrumentos jurídicos que sirven de medio de expresión de la voluntad de la administración que regula. En particular, la doctrina moderna viene denominando esta función resolutoria de conflictos, como la "función arbitral de la administración". No se puede pasar por alto que, efectivamente, la ley 142 de 1994, confirió una función regulatoria especial a las comisiones de regulación, que consiste en la potestad administrativa de resolver conflictos entre empresas, derivadas, entre otros, de los contratos que suscriben aquéllas entre sí -como el de interconexión celebrado en

1998, en el caso concreto-. Esta facultad, además, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, de manera que, efectivamente, la CRT tenía competencia para resolver el conflicto puesto a consideración por COMCEL. La Sala niega esta competencia aduciendo que el conflicto tenía naturaleza jurisdiccional, no administrativa, y que por eso no podía conocerlo -ni lo conoció- la CRT. Insisto en que la CRT sí tenía competencia para dirimir el conflicto, pues se equivoca la Sala en decir que las comisiones de regulación sólo pueden resolver conflictos administrativos, y que este era judicial. De hecho, el presente asunto se trata del típico conflicto surgido entre operadores, con ocasión de un contrato de interconexión celebrado entre ellos. Además, la Sala también dice, erradamente, que admitir la competencia de la CRT para resolver estas controversias "... conllevaría... la eliminación en la práctica del contencioso contractual en los servicios públicos...", argumento inadmisiblemente, pues este tipo de temores, infundados por demás, no puede conducir al juez a declarar que, entonces, las comisiones de regulación no pueden resolver conflictos, cuando el legislador les ha asignado claramente esta función, y la Corte encontró que no viola la Constitución Política.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP.

Demandado: COMUNICACION CELULAR S.A. COMCEL

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 27 de marzo de 2007, en el proceso de la referencia, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la decisión mayoritaria.

Vale la pena aclarar que el caso objeto de estudio coincide con otro, exactamente igual, en cuanto a los hechos, la cláusula arbitral y las pretensiones - exp. 33.643-, que me correspondió tramitar como ponente, pero cuyo proyecto fue

derrotado en la misma Sala en la que se decidió el presente caso. Por este motivo, a continuación expondré en detalle las razones que frente al caso presenté en su oportunidad.

1. Razones del disentimiento frente a la argumentación de la sentencia.

Para fundamentar mi posición analizaré los siguientes temas: *i)* primero, la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, así como el régimen de las causales de anulación aplicables en este tipo de laudos, en virtud a que una de las partes del proceso es una empresa mixta de servicios públicos domiciliarios, y recientemente se profirió una sentencia de constitucionalidad sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, la cual tiene incidencia directa sobre este aspecto del proceso, *ii)* luego, consideraciones sobre la causal octava de anulación del art. 163 del decreto 1818 de 1998 -"Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"-, para analizar, posteriormente, *iii)* su aplicación al caso concreto, al interior de lo cual se desarrollarán los siguientes temas: *i')* la competencia de las Comisiones de Regulación para resolver conflictos entre operadores -art. 73.8 ley 142 de 1994-, *ii')* La primera razón expuesta por el recurrente para anular el laudo -alcance de la cláusula arbitral pactada- y *iii')* la segunda razón expuesta por el recurrente para anular el laudo -controversias sobre actos administrativos-.

2. Competencia del Consejo de Estado para conocer del presente recurso de anulación. Consideración especial tratándose de Empresas Mixtas de SPD.

El laudo que se estudia dirimió las controversias surgidas entre la ETB SA. ESP. y COMCEL, con ocasión de un contrato de interconexión de redes celebrado en 1998.

No hay duda que se está en presencia de un contrato suscrito por una empresa de servicios públicos domiciliarios -en adelante ESP- cuya naturaleza jurídica es la de ser mixta⁴², su socio mayoritario es el Distrito Capital.

⁴² Dice el artículo 14 de la ley 142 de 1994: "Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones. (...) "

2.1. Problemática sobre el juez competente en los conflictos de las empresas de SPD, y redefinición de las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tras la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006.

Esta Corporación, en varias ocasiones, ha definido la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias donde son parte las empresas de SPD. Lo significativo de la sentencia de la cual me aparto, en relación con este punto, es que la Magistrada Ponente, quien siempre salvó su voto en esta materia, ahora acepta que esta jurisdicción es la competente para conocer de los conflictos de las empresas mixtas de SPD⁴³. De esta forma, no sólo se mantiene el criterio que desde hace varios años se sostenía, sino que ahora existe consenso y unanimidad en la Sección.

En efecto, es necesario recordar que luego de la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, por medio de las cuales se reguló el régimen de prestación de los SPD, se suscitaron diferencias entre las distintas corporaciones judiciales, quienes vacilaban al momento de establecer cuál era el juez de estas controversias, en razón al derecho privado y al régimen de libre competencia al que se sujetan las empresas.

El tema adquirió estabilidad con la entrada en vigencia de la ley 1.107, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., al precisar aquella jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las “entidades públicas”. Sin

“14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

⁴³ Se afirma que: “La Sala, mediante providencia de 12 de diciembre de 2007, consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente el Consejo de Estado, es competente de conformidad con el artículo 82 de Código Contencioso Administrativo, modificado por la ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, para conocer de manera privativa y en única instancia el presente recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, proferido con ocasión de las controversias contractuales suscitadas en virtud de un contrato de interconexión en el que una de las partes, como en este caso la E.T.B., es un Empresa de Servicios Públicos mixta, entidad cuya naturaleza jurídica, según señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 de 2007, es pública y, por tanto, forma parte de la estructura del estado, concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden descentralizado.” -fl. 21 de la sentencia-

embargo, el párrafo del art. 2 de dicha normatividad señaló que se mantenían, entre otras, las competencias previstas en las leyes 142 de 1993 y 712 de 2001⁴⁴.

Frente a esta circunstancia, en proveído de esta Sección, de febrero 8 de 2007 -Actor: Aguas de la Montaña. Exp. 30.903. MP. Enrique Gil Botero-, la Sala interpretó y precisó los efectos de la nueva ley, entre otros, en materia de conflictos de las empresas de SPD, con especial énfasis en una de aquellas de carácter mixta.

Allí se destacó y analizó el cambio que sufrió la interpretación que empleaba la norma derogada -art. 82 CCA.- para definir las materias que correspondía asumir a esta jurisdicción, pasando de un “criterio funcional” -controversias suscitadas por el “ejercicio de la función administrativa”- a un “criterio orgánico” -controversias donde sea parte una “entidad estatal”-, dejando de lado, por tanto, la idea de si la actividad que ejerce la entidad pública es administrativa, pues lo determinante ahora es estar enfrente de una de naturaleza pública⁴⁵.

Respecto al alcance e incidencias de este cambio normativo, sobre las empresas de SPD, y la tarea de establecer cuáles operadores del servicio son

⁴⁴ Dice esta ley: “Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“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.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Párrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

⁴⁵ Criterio reiterado por esta Sala en auto de marzo 27 de 2007, exp. 25.619.

estatales y quienes no, aclaró la Corporación lo siguiente, lo cual se mantiene y justifica su cita *in extenso*:

“2.2. Efectos de la ley 1.107 de 2006 sobre los SPD.

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la ley 1.107 establece algunas excepciones:

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas.

No obstante lo previsto en la nueva norma, **resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

Para definir este tema resulta ilustrativo, pero sobre todo decisivo, revisar la Exposición de Motivos del proyecto de ley que se convirtió, luego, en la ley 1.107 de 2006. Sin embargo, también se debe acudir a los demás antecedentes legislativos -Informes de Ponencias de cada debate-, porque pueden ilustrar, de mejor manera, cuál fue el sentido, propósito e intención del legislador, al expedir esta ley. (...)

En la Exposición de Motivos quedó claro, atendiendo a los comentario que se hicieron, que la intención o razón de ser de la iniciativa tenía que ver con la necesidad de definir, con precisión, quién era el juez de las controversias estatales, **tendiendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos recurrencia, algunos problemas de competencia de manera contradictoria⁴⁶.**

Con el paso de los años se hizo evidente que la determinación del juez competente se convirtió, en algunos casos, en un verdadero problema que incidía en el derecho de acceso a la justicia. En particular, la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, universidades públicas, empresas sociales del Estado, entre otras entidades públicas, en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso

⁴⁶ Dice la exposición de motivos que “De esta rápida reseña jurisprudencial se deduce que existen criterios encontrados en los altos tribunales a los que se ha hecho alusión, en lo que tiene que ver con la definición de un criterio material de competencia, tal como lo establece el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuando se refiere a litigios y controversias administrativos.”

desesperadamente contradictoria, en lapsos relativamente cortos, llegando a tornarse el tema particularmente problemático. Por esta razón, en la Exposición de Motivos se dijo que:

‘La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia. En efecto, la concepción según la cual existe correspondencia entre la aplicación del régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa se ha estimado, en unos casos, superada y, en otros, en cambio, se ha entendido vigente. El Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada¹⁴, y tratándose de responsabilidad contractual ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.: (...)

‘En efecto, al establecer el citado artículo 82, que la competencia se define por el carácter administrativo de la controversia, está fundándose en un criterio material de muy difícil definición o, al menos, de una definición única.

‘En efecto, aun aceptando la tesis del Consejo de Estado, según la cual litigio administrativo es aquel que se origina en el ejercicio de una función administrativa, definir cuándo el Estado ejerce una función pública y cuándo no, ha sido un tema muy controversial; volviendo al ejemplo de los servicios públicos, existen, por lo menos, tres respuestas que la doctrina ha propuesto frente a la pregunta de si su prestación constituye o no el ejercicio de una función pública. En primer lugar, hay quienes afirman que, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, toda la prestación de los servicios públicos debe ser considerada función pública, por tratarse de una actividad relacionada con los fines del Estado Social de Derecho¹⁷; sin duda esta ha sido la posición adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al menos en las últimas providencias citadas. En segundo lugar, están quienes sostienen que, si el servicio público es prestado por un particular, no debe ser considerado función pública, pero si la prestación la realiza una entidad pública, la misma adquiere tal carácter¹⁸. Por último, unos terceros sostienen que, de acuerdo con la forma en que se estableció el régimen de servicios públicos en la Constitución de 1991, su prestación, por regla general, no constituye una función pública; no obstante, esta última posición señala que, en su prestación, aquellas actividades que resultan del ejercicio de prerrogativas propias del Estado sí revisten tal carácter¹⁹. Esta es la tesis que prohija el Consejo de Estado en la providencia citada, acudiendo a un análisis sistemático de la Constitución Política y la ley²⁰. Esta posición es compartida por la Corte Constitucional, que, en la Sentencia C-037 de 2003²¹, expuso lo siguiente:’ (...)

En estos términos, se percibe con facilidad, el propósito que tuvo el proyecto de reforma, determinante de sus móviles, fue la problemática

de los SPD, de ahí que se sugiriera, como se insinúa en el último párrafo citado, que el juez de las empresas de SPD debía ser esta jurisdicción.

Esta idea se hace aún más evidente en los siguientes apartes de la exposición de motivos, según la cual:

‘7. No se pretende modificar las leyes que establecen reglas de competencia en materia laboral y de servicios públicos domiciliarios. Por último, el proyecto no pretende modificar las reglas de competencia ya establecidas en la ley, como es el caso... (...)

‘En el mismo sentido, se mantiene la vigencia de las reglas de competencia establecidas en la Ley 142 de 1994, así como las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, que en el artículo 130, establece que el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción coactiva cuando se trata de empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos.’

Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la ley 142 -modificado por el art. 18 de la ley 689 de 2001-.

En esta medida, según el texto del proyecto de ley, esta jurisdicción conocería de todas las controversias relacionadas con los operadores de los SPD -procesos contractuales, de responsabilidad extracontractual, de nulidad, entre otros-, pero los juicios ejecutivos, exclusivamente de facturas del servicio, se mantendrían en la justicia ordinaria. (...)

La norma, así aprobada, reiteró, con precisión en la indicación de los artículos, que la competencia que se mantenía de la ley de SPD sería la relativa a los juicios ejecutivos de facturas, por eso remitió al art. 18 de la ley 689, que modificó el art. 130 de la ley 142 de 1994. De alguna manera, en este debate de la Comisión Primera de la Cámara se entendió, de mejor forma, el propósito del Senador que tuvo la iniciativa legislativa -expresado claramente en la Exposición de Motivos-, y aclaró el articulado en ese sentido. (...)

Según esta historia legislativa, es indiscutible que el Congreso dispuso entregarle a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juzgamiento de las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, pues, no en vano los procesos contractuales y extracontractuales fueron los que sirvieron de paradigma, durante los 4 debates, para expresar que existía una diferencia profunda en las altas Cortes, con respecto al tema de la jurisdicción, y que era necesario reformar el art. 82 del CCA para resolver el problema. (...)

Ante este panorama controversial, el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para

juzgar las controversias donde son parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el “criterio material o funcional”, como factor de distribución de competencias, al “criterio orgánico”, donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado.

Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no se incluyen las relacionada con los ejecutivos de facturas del servicio, las cuales se continuarán tramitando ante la justicia ordinaria, en los términos previstos en el artículo 130 de la ley 142 de 1994.⁴⁷ (Resaltos fuera de texto)

Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura, como autoridad judicial facultada para dirimir los conflictos de competencia que se presentan entre las distintas jurisdicciones⁴⁸, definió, en idéntico sentido, una contienda similar - relacionada con empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios-, suscitada entre la justicia civil y la contencioso administrativa, manifestando, en providencia de julio de 2007, que :

”La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia emitida el 8 de febrero de 2007 dentro del radicado 05001-23-31-000-1997-02637-01. M.P. Dr. Enrique Gil Botero, hizo un extenso análisis sobre los conflictos que se vienen suscitando entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la ordinaria con relación a procesos en los cuales se demanda a Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios (ESP), y al referirse a la reciente expedida Ley 1107 de diciembre 27 de 2006 precisó: (...)

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que en el asunto que ocupa la atención de la Sala se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual se demanda a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, la cual es una Unidad Administrativa Especial adscrita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA que tiene como misión regular los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible de manera técnica, independiente y transparente, promoviendo el desarrollo sostenido de estos sectores, regulando los monopolios, incentivando la competencia donde sea posible y atendiendo oportunamente las necesidades de los usuarios y las empresas de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley, luego, la legalidad de los actos que

⁴⁷ Auto de febrero 8 de 2007. Actor: Aguas de la Montaña. Exp. 30.903.

⁴⁸ Dispone el art. 256 de la Constitución Política que: “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (...)

“6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.”

ésta emite, tales como las resoluciones de las cuales se duele la demandante, porque según su sentir afectan sus intereses económicos, deben ser controvertidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo dispone el reformado artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

“En efecto, con la expedición de la Ley 1107 de 2006 quedó establecido que la competencia se determina es por el criterio orgánico, es decir que el requisito para establecer si el conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa, es que la entidad demandada sea una entidad pública, y en este caso, a no dudarlo, la CREG lo es.

De igual manera sucede con la sociedad demandada INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP (ISA), pues se trata de una Empresa de Servicios Públicos vinculada al Ministerio de Minas y Energía cuyo negocio fundamental es el transporte de energía, en la que la Nación cuenta con el 59.30% de la composición accionaria, de tal manera que sobre la legalidad de sus actos, conforme a la precitada Ley 1107 de 2006 le corresponde conocer a la jurisdicción contenciosa administrativa.”⁴⁹

Nótese que en dicho caso una de las partes del proceso también era una empresa de SPD de carácter mixto -ISA SA. ESP.-, la cual fue calificada por el Consejo Superior de la Judicatura como “entidad estatal”, luego, el juez de sus controversias es el contencioso administrativo, según dispone la ley 1.107.

2.2. Reiteración, frente a las nuevas circunstancias y con argumentos adicionales, sobre la naturaleza estatal de las empresas mixtas de SPD y de las privadas con participación estatal, sin importar el porcentaje de capital público, e incidencia sobre la competencia de esta jurisdicción para conocer de sus conflictos.

Frente al presente caso, además de reiterar la anterior posición, examinaré la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD -tema que la sentencia abordó de manera excesivamente rápida, pese a la importancia que tenía en este momento en particular-, teniendo en cuenta que se han proferido nuevas decisiones judiciales que han incidido poderosamente en la consolidación de la postura que tradicionalmente ha manejando esta Sección, de las que se ocupa y comparte la sentencia de la cual me aparto, lo que, en esta materia, creo es un gran acierto.

⁴⁹ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Providencia de 11 de julio de 2007. Rad. 2007-01389.

De tal manera, ahora se insiste en que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que se había asumido en reiteradas ocasiones⁵⁰. Al respecto, dijo la Sala, en la sentencia de marzo 2 de 2006 -Exp. 32.302-, que:

“... 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

⁵⁰ Esta posición fue iterada, posteriormente, en la sentencia de abril 27 de 2006. Exp. 30.096. Actor: Gloria Mosquera de Rivera. Ddo.: ETB SA. ESP.-. En esa ocasión se dijo, de nuevo, que las empresas mixtas de SPD son entidades descentralizadas.

Del mismo modo, en el auto de febrero 8 de 2007 ya citado, se sostuvo que la empresa de SPD denominado Aguas de Oriente, era una entidad estatal, porque se trata de una empresa de SPD de naturaleza mixta.

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.

“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 privada. 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 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 142. 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 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. (Negrillas 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 elección.

“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 2004- 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 1999.

“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. 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... (...)

“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.”

Este criterio fue recientemente admitido y compartido por la Corte Constitucional, con algunas variaciones, a través de la sentencia C-736 de 2007 - que examinó la exequibilidad de los numerales 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994, así como del art. 38, lit. d) de la ley 489 de 1998- y dispuso que este tipo de entidades -las empresas mixtas de SPD-, sin importar el porcentaje de participación pública que se tenga en la empresa, son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público.

Incluso, precisó además, que las empresas privadas, con participación estatal, es decir -en términos del art. 14.7 de la ley 142⁵¹-, las que tiene un capital inferior al 50% del Estado, también pertenecen a la rama ejecutiva del poder público y son entidades descentralizadas. Es decir, que en esta materia la Corte unificó el régimen que para este mismo sector de participación había comentado

⁵¹ Dispone esta norma: “Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones. (...)

“14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

“14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

en la sentencia C-953 de 1999, a propósito de las sociedades de economía mixta convencionales, con capital público inferior al 50%.

La Magistrada Ponente, quien no compartía este criterio, finalmente lo admitió en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional a que se alude, la cual dispuso que las empresas mixtas de SPD son entidades públicas. Debo destacar en este punto, a manera de aclaración a la sentencia, que no es porque la Corte Constitucional lo haya dicho, sino porque esta Sección lo tenía ya definido desde hace muchos años, de manera que en estos términos es que debe entenderse la competencia en relación con las empresas mixtas de SPD.

Esclarecido esto, bien vale la pena estudiar los efectos que sobre la tesis consolidada de la Sección Tercera tuvo la sentencia C-736 de 2007.

En este orden, apareció, como consecuencia de lo dispuesto por la Corte Constitucional, una nueva tipología de entidad estatal: las empresas de servicios públicos privadas, pero con algún porcentaje de participación pública, en todo caso inferior al 50%. Para la Corte Constitucional se trata de entidades descentralizadas, pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, por ende son estatales. En este sentido dijo la Corte que:

Nótese cómo en el literal d) (sic) 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.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), **la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.**

Para llegar a esta conclusión la Corte se apoyó en dos argumentos: i) en primer lugar, precisó que si bien las empresas mixtas y las privadas de SPD con algún porcentaje de participación estatal, así como las sociedades de economía

mixta, no están mencionadas en el artículo 115 CP.⁵², eso no significa que estén por fuera de la organización administrativa, pues de otras normas constitucionales, que se deben integrar para interpretar este tema, se deduce que también ellas pertenecen al Estado, pues hacen parte de la estructura de la administración pública⁵³.

ii) De otro lado, sostuvo que los conceptos de “rama administrativa” y “administración central” se identifican, de tal manera que todas las entidades descentralizadas pertenecen a la rama administrativa o, lo que es igual, a la administración central⁵⁴.

⁵² Dice el art. 115 CP. que “El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

“El Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el gobierno.

“Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y directores de departamentos administrativos y aquéllos expedidos en su calidad de jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la rama ejecutiva.”

⁵³ En este sentido dice la sentencia C-736 de 2007: *“3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público.* En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de *“determinar la estructura de la Administración.”* Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.⁵³ **De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la Administración”.**

“Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la Estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta.⁵³ Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentre por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen *“la estructura de la Administración”*, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, que se acaban de mencionar.

“En efecto, diversos criterios de interpretación constitucional indican que **resulta imposible entender que el listado contenido en el artículo 115 sea taxativo, es decir excluyente de otras entidades.**” (Negrillas fuera de texto)

⁵⁴ Dijo la Corte que “Así las cosas, la noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como **todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa**

También señaló, apartándose de uno de los argumentos dados por el Consejo de Estado en la sentencia de marzo 2 de 2006, que las Empresas Mixtas de SPD no son formas o especies de las Sociedades de Economía Mixta -que constituiría el género-, sino una categoría de entidad pública descentralizada, autónoma y diferente. En tal sentido, dice la providencia que:

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 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.

Corroborar la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador

clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.” (Negrillas fuera de texto)

para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “*otras entidades del orden nacional*”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto. Por eso señaló el constituyente que al Congreso le corresponde, mediante ley, “*determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.* (Destaca la Corte).

(...)

5.2.2 No obstante, **después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”.** A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, **se trata de entidades de tipología especial** expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad. (resaltos fuera de texto)

La consecuencia de esta decisión de constitucionalidad, en materia de competencia jurisdiccional para conocer de controversias de empresas de SPD, a la luz de la ley 1.107, es que estas entidades, por ser estatales, las juzga esta jurisdicción, pero ya no en consideración al porcentaje de participación estatal en su capital, sino por ser, sencillamente, entidades estatales, de naturaleza especial.

De tal manera que, por no constituir una especie de sociedad de economía mixta -como lo había dicho el Consejo de Estado-, el porcentaje del 50% a que se refiere la ley 1107 no les es aplicable para definir cuándo las controversias vienen a esta jurisdicción, quedando más atadas a esta justicia que las sociedades de economía mixta, las cuales sólo vienen cuando el capital estatal sea superior al

50%. Tal conclusión se desprende con claridad de la sentencia de la Corte, quien afirma que:

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que *mayoritariamente* pertenece a particulares, lo cual, *a contrario sensu*, significa que *minoritariamente* pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que *minoritariamente* pertenece a particulares. **Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.**

No obstante, 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 mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central: ...
2. Del Sector descentralizado por servicios:
 - a) Los establecimientos públicos;
 - b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 - d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 - f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 - 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.**(Lo subrayado es lo demandado)”

Nótese cómo en el literal d) (sic) 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.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas

oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), **la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.**

5.3.2 En cuanto al artículo 68 de la misma ley, se recuerda en seguida su tenor:

“Artículo 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.” (Lo subrayado es lo demandado)

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.

De esta posición se sigue, entre otras consecuencias enunciadas por la Corte Constitucional en la misma sentencia C-736 de 2007 -inhabilidades, controles, etc.-, que por su naturaleza pública, el juez por aplicación de la ley 1.107, es el contencioso administrativo. No obstante, vale la pena insistir en que, para la Corte Constitucional, este tipo de empresas no son formas o especies de Sociedades de Economía Mixta -como lo ha sostenido la sección tercera, en la providencia citada-, sino una categoría independiente; en cuyo caso la competencia jurisdiccional para conocer de sus conflictos corresponde a la

prevista en el primer aparte del inciso primero del artículo 82 modificado por la ley 1.107, el cual dispone que:

“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.” (Resalto fuera de texto)

En otras palabras, y en términos de la sentencia de constitucionalidad, es claro que las empresas mixtas de SPD, así como las privadas que prestan SPD con algún porcentaje de participación estatal, son entidades estatales, sin importar el porcentaje de participación pública en la sociedad, pero no son sociedades de economía mixta, de manera que por ese sólo hecho esta jurisdicción tiene competencia para conocer de sus controversias, sin importar el monto del capital público; al paso que tratándose de las Sociedades de Economía Mixta convencionales, es decir, las de la ley 489 de 1998, deben tener un porcentaje de participación pública superior al 50% para que su juez sea esta jurisdicción.

A manera de conclusión -que deduzco de la sentencia de la cual me aparto-, de esta ya larga discusión sobre la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD, que han protagonizado tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana, y con lo cual se cierra definitivamente esa etapa de indefinición e incertidumbre en que se han movido estas empresas -situación que data desde la expedición de la ley 142 de 1994 hasta hoy- y, del mismo modo, a manera de síntesis unificadora de las distintas providencias del Consejo de Estado -en particular las de la Sección Tercera de marzo 2 de 2006 (exp. 29.703) y de febrero 8 de 2007 (exp. 30.903)- y de la Corte Constitucional -en especial la sentencia C-736 de 2007-, es posible concluir lo siguiente:

i) Las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto -es decir, aquellas que tienen un capital público superior al 50%- , ii) así como las privadas con participación estatal -esto es, aquellas que tienen capital público inferior al 50%- son entidades descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, y por esta misma razón son entidades estatales. Por oposición,

iii) las empresas privadas sin participación pública -o sea, aquellas que tienen capital 100% privado- pertenecen al sector privado.

Esta síntesis se apoya en las providencias ya citadas, entre otras decisiones de estas Corporaciones, que es innecesario mencionar. Varias razones corroboran, a su vez, estas ideas, las cuales se retomarán dejando actualizadas las que el Consejo de Estado había dado en su momento para llegar a esta conclusión:

En *primer lugar*, pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD y las privadas que tienen participación estatal, por aplicación de la sentencia C-736 de 2007, pues dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 14, numerales 6 y 7, de la ley 142 de 1994, que toda sociedad donde exista participación pública y privada, sin importar el monto del capital con que concurra el Estado, forma una entidad estatal que pertenece a la estructura del Estado.

En *segundo lugar*, es incorrecto decir que la ley 489 de 1998, solo dispone que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se ha deducido equivocadamente 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**”.

Este entendimiento es equivocado, porque estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado toda vez que el propio artículo 38 establece, en la letra g), 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).

Ello explica suficientemente la integración de toda otra entidad administrativa a la rama ejecutiva, como en el caso de las empresas mixtas y de las privadas con participación pública, que requieren autorización legal, ordenanza, de acuerdo o sus equivalentes, para ser creadas.

Estas ideas -con sus correspondientes problemas- se reiteran en el art. 68 de la misma ley 489, el cual señala, 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.

(Negrillas fuera de texto)

Es así como la 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, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta y con una privada que tenga participación pública.

En *tercer 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 existentes al momento de entrar en vigencia la ley 142 de 1994 fueron constituidas de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, en desarrollo de la misma ley⁵⁵.

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, en el sentido 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 podían adoptar.

De allí que deba entenderse que la referencia expresa, en ambos artículos, a este tipo de empresa, no significa que las mixtas de SPD y las privadas con participación pública hayan quedado excluidas de la estructura del Estado, pues ellas quedaron recogidas en otros apartes de las normas citadas, según se acaba de ver.

En *cuarto lugar*, el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado no hace que su naturaleza jurídica necesariamente 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 1999⁵⁶.

⁵⁵ Esta posibilidad se contempló 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.”

También vale la pena tener en cuenta que el artículo 180 de la ley 142 estableció un plazo de dos años para que las empresas existentes al momento de entrar en vigencia la ley adoptaran una de las dos modalidades del art. 17.

Puede ocurrir, perfectamente, que una entidad estatal se cree o rijan, 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. Incluso, puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto.

Aplicado lo anterior al caso concreto, y conforme a la ley 1.107 de 2006, esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de manera que por el sólo hecho de que la ETB SA. ESP. -empresa de naturaleza mixta-, sea parte del proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción.

Una razón más que afirma la competencia para conocer del recurso de anulación, en el caso concreto, es que si una de las partes que celebró el contrato es entidad estatal, también es estatal el contrato objeto del litigio. Así, en el mismo sentido que se viene analizando, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.5 del Código Contencioso Administrativo⁵⁷ -en los términos en que fue modificado por el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998-, y en virtud de lo ordenado por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998-, esta Corporación es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación.

3. Las casuales de anulación invocadas por el recurrente.

⁵⁶ 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.”

⁵⁷ Dispone esta norma que: “Art. 128. (Modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 36). Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión. (...)”

Como advertencia preliminar, debe tenerse en cuenta que se propusieron 4 causales de anulación -numerales 1, 6, 7 y 8 del art. 163-. Ahora, la denominada en el recurso como “primera”-, no corresponde a la contemplada en la ley como “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.”

Además, el recurrente alegó la casual aduciendo falta de competencia del tribunal para fallar el proceso, cuando esta casual contempla otro supuesto muy distinto, como es la *nulidad el pacto arbitral* por objeto o causa ilícita, o por algún otro vicio alegado en el trámite arbitral. Entiendo que la circunstancia que discute el actor no vicia el pacto, pero encaja como sustentación en la casual 8 del mismo art. 163, donde también se expusieron estos argumentos invalidantes del laudo, de manera que allí se estudiará el tema.

Por tal razón, no sobra decir, como lo sostiene COMCEL, que el recurrente está creando o modificando una casual legal de nulidad, que por ser de orden público sólo la ley puede contemplar, sin que esté en manos de las partes del proceso adaptarlas a sus necesidades.

De otro lado, también advierto, como quiera que el recurso debió prosperar, es decir, se imponía infirmar el laudo, que sólo se requería estudiar la causal que conduce a tomar esta decisión, siendo innecesario considerar de fondo las otras causales, tanto por razones prácticas como de economía procesal. La Sala, en cambio, consideró que no prosperaba ninguna, de manera que estudió todas las causales alegadas.

3.1. Consideraciones generales sobre la causal 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”

Esta causal fue la que debió prosperar. A continuación haré un análisis muy detallado del tema para poner de presente como se debió dar respuesta a los argumentos del recurrente.

3.1.1. Supuestos contemplados por la causal, depurados por la jurisprudencia.

Esta causal de anulación corresponde, con similar redacción, a la contemplada en el numeral 4 del art. 72 de la ley 80 de 1993. No obstante, es claro que su fuente, para efectos del estudio del caso concreto, es el del primer ordenamiento jurídico citado. Sin embargo, para su análisis, desde el punto de vista de su explicación, contenido y justificación, se tendrán en cuenta los criterios jurisprudenciales que respecto de una y otra disposición ha emitido esta Sala, por ser exactamente idénticos.

En tal sentido se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Los anteriores criterios han sido analizados en varias providencias de la Sección, en las cuales se ha expuesto que:

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre

cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).”⁵⁸

En el mismo sentido, en junio del 2006, se sostuvo que:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”

En el caso concreto, y dado que la causal de nulidad que propuso el recurrente es la falta de competencia del Tribunal de arbitramento, i) porque decidió sobre materias que fueron excluidas, expresamente, del pacto arbitral, y ii) porque se trata de actos administrativos dictados por la Comisión de Regulación, que debieron ser atacados ante la justicia administrativa, vale la pena traer al caso la jurisprudencia que sobre esa hipótesis ha proferido la corporación.

⁵⁸ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20.356. Reiterada en sentencia de 8 de junio de 2006. exp. 29.476.

3.1.2. Delimitación material de las controversias sometidas a la jurisdicción arbitral, expresada en la cláusula arbitral.

Constituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento. Esta idea, simple pero decisiva, entraña varios conceptos que bien vale la pena comentar.

De un lado, expresa que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria, por autorización de la Constitución y la ley, para elegir la arbitral, quien asume la tarea de juzgar y definir los conflictos que se presenten entre ellas.

Esta posibilidad modificatoria del juez natural, en todo caso, no supone que las partes puedan quedarse sin juez, ni que se entorpezca para alguna de ellas el derecho de acceso a la administración de justicia; tan solo autoriza que se varíe la jurisdicción que el Estado tiene disponible, constante y permanentemente, para resolver el común de los litigios que pudieran presentarse en un caso dado.

De otro lado, esta potestad modificadora e innovadora que tienen las partes expresa la inmensa riqueza que la autonomía de la voluntad ofrece en la contratación de las entidades públicas, la cual también rige en éste ámbito, y aún de manera más fuerte tratándose de entidades que se gobiernan por el derecho privado.

En este sentido, queda claro que las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión.

Incluso, la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en este tema, respetando, desde luego, los límites que el ordenamiento jurídico impone -que la materia sea transigible, por ejemplo-, llega al punto de impedir que el legislador imponga la justicia arbitral a un negocio jurídico. Esta idea, que también ha sostenido la Corte Constitucional, se desprende del artículo 116 CP., el cual establece que son las partes quienes pueden acordar este mecanismo de solución de controversias, cuando señala, en el inciso final, que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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.” (Resalto fuera de texto)

Y como una variante de lo anterior, es decir, en el supuesto de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a dicho mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.

Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en el evento de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escapan a la jurisdicción arbitral.

No obstante, se deduce de las anteriores ideas, no es factible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es posible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, pues sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional. En este sentido, dijo la Sala, en mayo de 2002, que:

“Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros la Sala precisó:

‘cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la

Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

‘Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.’ (...)

De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”⁵⁹

En consideración a lo anterior, resulta obvio decir que para establecer cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. En tal sentido, en junio de 2002, sobre el alcance de esta causal, la Sala afirmó que:

“De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial.”⁶⁰

Posteriormente, en julio de 2002, la Sala dijo al respecto que:

“Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las

⁵⁹ Sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. 20.472.

⁶⁰ Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488.

partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que **implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.**⁶¹

En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y **dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.**”

En esta misma línea, la Corte Constitucional precisó que la voluntad de las partes establece los límites de la jurisdicción arbitral. Así, en la sentencia C-1.037 de 2002, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 -modificado por el artículo 119 de la ley 446 de 1998- y los artículos 120 y 121 de esta última ley, señaló que:

“Esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisoria o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y, únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad.

... la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo del espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.”
(Se subraya)

La Corte Constitucional, al analizar el artículo 116 de la Constitución

⁶¹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992 -exp. 5.326- se dijo: “**En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes.** Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

Política, puntualizó que los límites de la jurisdicción arbitral son: “a) la transitoriedad de la facultad que tienen los árbitros para administrar justicia, en cuanto se refiere a un solo y único conflicto actual o potencial, resuelto el cual desaparece la facultad; b) la habilitación de las partes a los árbitros para fallar; y c) el sometimiento de los árbitros a los términos que determine la ley.”

En este orden de ideas, en materia contractual, los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción.

En tal virtud, era necesario verificar, para establecer si se configuraba la causal alegada, si los puntos cuestionados, sobre los cuales se pronunció el laudo, estaban contemplados en la cláusula compromisoria. Este aspecto se analizará más adelante.

3.1.3. Controversias contractuales derivadas de actos administrativos sometidos a la justicia arbitral.

En muchas ocasiones esta Sección se ha pronunciado sobre el tema, señalando, esencialmente, lo que se transcribe a continuación, que sintetiza perfectamente la posición más destacada al respecto. En la sentencia del 8 de junio de 2000 -exp. 16.973-, la Sala determinó que no era posible que la justicia arbitral conociera sobre la validez de los actos administrativos:

“En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

“En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

“Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y

adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 1993⁶².

“De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:

“ ‘En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (...)

“ ‘Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo -primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ...⁶³

“ ‘En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, “no está permitido transigir sobre materias de orden público”; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas⁶⁴.

(...)

⁶² Cf. Régler Autrement Les Conflits. Concliation, Transaction, Arbitrage en matière administrave”. Conseil d’État, Sction du rapport el des études. Paris: La Documentation française. 1993.

⁶³ Ibidem p. 22.

⁶⁴ Ibidem p. 51.

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.”

En esta sentencia se volvió a mencionar, previo estudio sobre los alcances y límites de la justicia arbitral, el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, de una parte, y el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, de otro lado. En este sentido se llegó a las siguientes conclusiones:

1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible”.

Sin embargo, al respecto del tema, esta Corporación ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades⁶⁵. En una de ellas, traída a colación

⁶⁵ Sentencia de 5 de septiembre de 1968. Exp. 973. Actor: Empresa Puertos de Colombia. Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 12 de julio de 1972. Exp. 656, consulta formulada por el Ministro de Justicia y de 23 de mayo de 1977. Exp. 1.143, consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sentencia de 8 de junio de 2000. Exp. 16.973. Actor: Consorcio Amaya Salazar

por el recurrente, la Sección Tercera expresó lo siguiente en la sentencia dictada el día 23 de febrero de 2000⁶⁶:

"Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucrados normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos. ()

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley. ()

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato. ()

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la Ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional".

⁶⁶ Expediente 16.394. Actor: Consorcio Hispano Aleman. Demandado: ETMVA LTDA.

No obstante la anterior posición, estimo que es perfectamente posible que la justicia arbitral juzgue algunos actos administrativos contractuales -no todos-, expedidos por la entidad estatal⁶⁷: Se trata de los que no se profieren en ejercicio de los poderes exorbitantes que contempla la ley de contratación estatal.

De acuerdo con esta idea, que es armónica con la sentencia de la Corte Constitucional C-1436 de 2000⁶⁸, los actos administrativos que no se produzcan con ocasión de la exorbitancia pública es posible que los controle la justicia arbitral, si acaso alrededor suyo, o con ingerencia de los mismos, surge un debate entre las partes del contrato⁶⁹. Varias razones apoyan esta idea:

De un lado, el hecho de que la Corte Constitucional sólo condicionó, en la sentencia antes mencionada, la exequibilidad de los arts. 70 y 71 a que los árbitros no puedan juzgar controversias contractuales que estén relacionadas con

⁶⁷ Este criterio también había sido planteado en un salvamento de voto de Ricardo Hoyos Duque a la sentencia de 20 de junio de 2002 -Exp. 19.488 Actor: Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados A.A.T y Citeco consultora S.A.-

⁶⁸ La sentencia C-1436 de 2000 declaró la exequibilidad condicionada de los arts. 70 y 71 de la ley 80 -que se refieren a la justicia arbitral en materia contractual- con los siguientes argumentos:

“Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. **Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral**, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.
(...)

“**La discusión que plantea la ciudadana demandante no se presentaría si el legislador expresamente hubiese excluido la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración contratista y producto de las cláusulas exorbitantes**, tal como lo hiciera en regulaciones anteriores en esta materia, específicamente en relación con la cláusula de caducidad.” (Negrillas fuera de texto)

⁶⁹ Este criterio había sido expuesto por el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, quien afirma que “Como quiera que el condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, dice relación, únicamente, con los ‘actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales’ resulta de la mayor importancia que esa clase de facultades, que la ley ha consagrado a favor de las entidades estatales en materia contractual, como su propio nombre lo indica, son de carácter excepcional; por tanto, su creación corresponde únicamente a la ley, deben interpretarse de manera restrictiva y no admiten aplicación por vía de analogía.” (Perspectivas del arbitraje en la contratación estatal. En: Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación.” Ed. Universidad del Rosario. 2007. págs. 32 a 33)

actos administrativos que desarrollen algún poder excepcional⁷⁰. Por el contrario, otros actos administrativos contractuales sí podría juzgarlos la justicia arbitral.

De otro lado, la circunstancia de que el art. 116 de la Constitución Política faculta a la justicia arbitral a administrar justicia, en los términos que determine la ley -para el caso concreto la ley 80 de 1993, que autoriza el arbitramento en la contratación estatal-. De la lectura de esta norma se infiere que no existen limitaciones especiales para ello -salvo las impuestas por la sentencia C-1436 de 2000-, como para deducir, tratándose de controversias contractuales donde sea parte el Estado, que puedan dirimirse todos los conflictos, excepto los que están mediados por un acto administrativo.

Contrario sensu, si la ley 80 no contempla una limitación expresa, mal podría inferirse alguna en particular. En tal sentido, dice el art. 70 -sobre la cláusula compromisoria- que “En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria **a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación**”. (Negrillas fuera de texto)

Esta norma es suficientemente amplia, en decir que el tribunal de arbitramento puede dirimir controversias derivadas i) de la ejecución del contrato, ii) de su liquidación o iii) de la terminación del mismo, de manera que ningún obstáculo debería interponerse, pues la ley no lo establece, que es la que podría hacerlo.

En el mismo sentido, el decreto 1.818 de 1998 -que compila las normas sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias- tampoco establece una limitante del tipo que se viene analizando. Tan sólo pone como condición para que opere este sistema de solución que se trate de un “conflicto de carácter transigible”⁷¹, concepto que debe entenderse en los términos de lo que la ley 80 establece.

⁷⁰ De hecho, la parte resolutive de la sentencia C-1436 de 2000 dispuso que: “Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.**” (Negrillas fuera de texto)

Además del anterior argumento, también se puede llegar a la misma conclusión, teniendo en cuenta que el acto administrativo que no desarrolla un poder excepcional sí es transigible, porque a través de la conciliación, que también es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es posible disponer de los efectos de un acto administrativo ilegal, de manera que es incorrecto e ilógico afirmar que sólo la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede tocar esta clase de decisiones administrativas.

En efecto, para nadie es desconocido que desde la ley 23 de 1991 hasta hoy se ha permitido que “Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el Acta de Conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.” -art. 62-. Esta norma es un buen reflejo de la idea de que, de los actos administrativos se puede disponer, sin la intervención exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo que se viene diciendo de los actos administrativos contractuales, esta teoría no resuelve el caso concreto, porque los actos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones no tienen naturaleza contractual, por ser una autoridad ajena al negocio mismo.

3.2. El caso concreto: La cláusula compromisoria del contrato de interconexión suscrito entre COMCEL y la ETB SA. ESP.

Para determinar si se configuró la causal en estudio, esto es, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, era necesario confrontar la cláusula compromisoria pactada con la materia que fue objeto del tribunal de arbitramento.

Tal verificación se debió hacer teniendo en cuenta que el recurrente aduce que, según la cláusula compromisoria acordada, i) las controversias sólo podía

⁷¹ Dice el inciso 1 del art. 115 del decreto 1.818 de 1998 que “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 quedará transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.”⁷¹ (Destaca la Sala).

dirimir las un tribunal de arbitramento, siempre que no fueran de competencia del ente regulador, y que ii) el caso concreto no sólo le competía a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sino que efectivamente fue dirimido por ésta. Ahora bien, iii) en caso de que COMCEL, hubiera quedado inconforme con la decisión, debió demandar la nulidad de esos actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De acuerdo con esto, las partes dispusieron, en la cláusula vigésima cuarta, sobre el “Procedimiento para solución de diferencias”⁷², que se acudiría a los

⁷² Dispone esta cláusula, la cual se transcribe nuevamente, en este lugar, para facilitar el estudio del tema, que:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

“En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudiría a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudiría a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudiría a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se lograra llegar a un acuerdo, se acudiría a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto, 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el

medios de solución de controversias -entre los que se encontraba el Tribunal de Arbitramento- cuando se tratara de asuntos “que no sean competencia del ente regulador”.

Creo, al interpretar esta cláusula, que las partes no le asignaron a la justicia arbitral competencia plena para dirimir cualquier controversia que surgiera entre ellas, sino que se condicionó a que el litigio fuera o no de competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de manera que, a partir de dicho criterio surgían dos grupos de conflictos: i) los que debía resolver,

conflicto será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarla o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará por mutuo acuerdo y a falta de acuerdo en un término no superior de veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los Árbitros será en derecho a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberá pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en determinadas ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1.998. En cualquier caso el fallo de los Árbitros tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente fallo arbitral.

“PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.” (negrilla fuera de texto)

administrativamente, la CRT y ii) los que debía resolver el tribunal de arbitramento, previo agotamiento de algunas etapas de arreglo directo.

Así las cosas, en la cláusula compromisoria se delimitó el marco de acción del Tribunal, es decir, se especificaron, aunque confusamente, las controversias que no se someterían a su conocimiento.

En estos términos se debía analizar si el caso concreto correspondía a una controversia que debía resolver la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cuyo supuesto carecería de competencia el Tribunal de arbitramento para asumir su solución, o si se trataba de un tema ajeno a ella, evento en el cual, por el contrario, sí operaría dicho mecanismo judicial.

3.2.1. Competencia de la Comisión de Regulación para resolver conflictos entre operadores.

La Sección Tercera, en diversa ocasiones, ha estudiado el contenido y alcance de la función regulatoria de los servicios públicos domiciliarios, y ha llegado a las siguientes conclusiones generales, con fundamento también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien igualmente se ha pronunciado al respecto.

En primer lugar, ha señalado que se trata de una función pública de origen constitucional, contemplada en los arts. 365 y 370 CP.⁷³, la cual fue asignada, en la parte que se contiene en el último artículo citado, al Presidente de la República, y en la primera norma referida al Estado, de manera general.

⁷³ Disponen estas dos normas que “Art. 365.—Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

“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. En todo caso, **el Estado mantendrá la regulación**, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

“ART. 370.—Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.” (Negrillas fuera de texto)

Esta potestad es delegable, en los términos de la ley 142 de 1994, en las Comisiones de Regulación, que son órganos de naturaleza legal, y que gozan de autonomía administrativa y presupuestal, pero carecen de personalidad jurídica.

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que abarca todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma amplia, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, proferidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa.

Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado está legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término abarca diversas significaciones, lo que genera dificultades, al momento de definir su naturaleza, pues la discusión en torno al papel que juega el Estado en la economía no es pacífica.

La regulación económico-social obedece, de un lado, a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, en su calidad de consumidores y usuarios, frente a los abusos del poder del mercado; y, de otro lado, también pretende obtener la eficiencia económica y el perfecto funcionamiento de un sector económico determinado. Para lograrlo, el Estado dicta normas jurídicas a las que deben someterse los sujetos que intervienen en un mercado, de tal modo que se pueda alcanzar un equilibrio satisfactorio entre derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual genera seguridad jurídica respecto de las pautas que deben seguirse, especialmente en el ámbito económico. Por esto puede decirse que el mercado se desarrolla sobre un escenario de normas y regulaciones, puesto que, aunque en la actualidad ocupe un papel protagónico en la economía, lo cierto es que no puede funcionar aisladamente.

A través de la regulación se fijan criterios y políticas para actuar en el mercado, pero también se establecen condiciones a la misma, de modo que la

libertad de empresa no interfiera en los derechos ni en la realización de los proyectos de las demás personas, lo que, en definitiva, constituye el interés general. Especialmente a través del control de la economía se interviene, directamente, sobre las actividades de mercado, a tal punto que pueden llegarse a modificar las condiciones previamente establecidas, imponiendo nuevas reglas de juego, que finalmente cobijan a todos los sujetos.

Surge, de este modo, el concepto de regulación económica -fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y de salida, etc.⁷⁴- en cabeza del Estado, como una respuesta para mitigar los fallos del mercado -es decir, la competencia imperfecta y el monopolio natural⁷⁵-, y también para dirigir a éste, y lo hace el Estado porque es el representante del interés común, lo que le faculta para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, traduciéndose, finalmente, en un aumento del bienestar general⁷⁶.

Por tanto, la preocupación por el interés general es lo que promueve el desarrollo de una regulación que se interesa por preservarlo, a través de una administración que se caracteriza por ser altamente técnica y capaz de prever resultados indeseables, para tratar de evitarlos.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, existen posturas políticas y económicas que buscan limitar -incluso eliminar- la intervención estatal en el ámbito económico. Así, las opiniones oscilan, constantemente, entre ésta posición y aquella que sostiene que el Estado sí debe intervenir, con el propósito de corregir los fallos del mercado, pero, además, defender la justicia social.

⁷⁴ DE LA CRUZ FERRER, Juan. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la ley 54/1997. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales SA., Madrid. 1999. Pág. 121.

⁷⁵ El monopolio natural se presenta cuando dentro de un mercado no se requiere de la presencia de dos o más empresas para satisfacer la demanda, pues ésta se satisface con una sola empresa, al costo más bajo posible.

⁷⁶ Dice el art. 3 de la ley 142 que la regulación es una técnica de intervención del Estado en la economía.

“Art. 3. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: (...)”

“3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.”

La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compaginarse con la economía social del mercado⁷⁷, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, toda vez que la incidencia es diversa.

No obstante, la actividad reguladora no sólo actúa en el momento en el cual se descubren las fallas del mercado -los cuales, al ser corregidos, benefician a la sociedad en general, pues no se puede perder de vista que la regulación surge, precisamente, con el propósito de preservar el interés público-, sino que también actúa *ex ante*, es decir, para prevenir los defectos del mercado, e igualmente para orientar el sector económico de que se trate. Luego de tomar partido por una

⁷⁷ Al respecto señala PETER HABERLE en “Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar.” *Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, (Perú. Palestra editores S.A.C, 2004), “(...) ‘Las relaciones económicas deberán estar constituidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, el trabajador y el empleador, el productor y el consumidor’. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales como la “economía social de mercado” o el “pluralismo económico”. Ello confirma la “importancia” política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello en una nueva fase del “desarrollo de los niveles del texto” en el moderno Estado constitucional. (...)”

“No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza *instrumental* del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la “economía al servicio del hombre”, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos de un lado, el modelo de mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquel de la investigación y de la familia; así mismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho al trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos a la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la “interdependencia de los ordenamientos” o la indivisibilidad de la libertad política y económica, la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirven a tal fin el postulado constitucional “subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado.” (Págs. 109 y 113 a 114).

política reguladora concreta, llega el momento de aplicar y hacer efectivas las decisiones adoptadas, procurando darles cabal cumplimiento.

Por su parte, entre las nociones propuestas por la doctrina, sobre lo que se entiende por regulación, se tiene aquella que la concibe como un “conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por la autoridad o por una agencia administrativa, que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”⁷⁸.

En la actualidad, la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que abarca potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos.

Pero un modelo de regulación que tenga en cuenta solo criterios económicos e ignore las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionamientos sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, está orientado al fracaso, pues la regulación exige un enfoque multidisciplinario⁷⁹.

Entre la variedad de competencias asignadas a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, en manos de las Comisiones de Regulación por delegación, se encuentra la potestad de resolver conflictos entre empresas, según lo indica la ley 142 de 1994.

En efecto, en desarrollo del art. 367 de la Constitución⁸⁰, según el cual al legislador le corresponde fijar las competencias y responsabilidades relativas a la

⁷⁸ ARGADOÑA, A. Regulación y desregulación de servicios. P.E.E, N° 42, 1990, pág. 218.

⁷⁹ DE LA CRUZ FERRER. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Primera edición. Palestra editores. Lima. 2005. Pág. 185.

⁸⁰ “Art. 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

prestación de servicios públicos, bajo el título V de la ley 142 de 1994, sobre “Regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos”, se plasmaron las funciones generales y especiales de las Comisiones de Regulación.

En particular, entre las competencias asignadas a la Comisión de Regulación se encuentra una que ha sido objeto de debates en la doctrina y la jurisprudencia, en razón de su posible vicio de inconstitucionalidad. Se trata de la función de resolución de conflictos, la cual se encuentra contemplada en los siguientes términos. Según el art. 73.8, todas las Comisiones de Regulación tienen competencia para resolver, a petición de parte, los conflictos contractuales que surjan entre las empresas:

“Artículo 73. -Modificado parcialmente por el Decreto 1165 de 1999, artículo 28-. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales: (...)

“73.8. **Resolver**, a petición de cualquiera de las partes, **los conflictos que surjan entre empresas**, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.” (Negrillas fuera de texto)

73.9. **Resolver**, a petición de cualquiera de las partes, **los conflictos que surjan entre empresas**, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

En idéntico sentido el art. 74.3, literal b, dispone que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones tiene, entre sus funciones particulares, resolver los conflictos que se presenten entre operadores:

“Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

“La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.”

“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: (...)

“74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones: (...)

“b) **Resolver los conflictos que se presenten entre operadores** en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.”

A estas disposiciones se suman las contempladas en el Decreto 1.130 de 1999 -art. 37⁸¹- y en la ley 555 de 2000 -art.15⁸²-, que dan perfecta razón de la competencia con que cuenta la CRT para resolver los conflictos contractuales que se susciten entre las empresas y/o los operadores de los servicios de telecomunicaciones, con fundamento en la actividad arbitral con que cuenta la administración, por expresa habilitación legal.

Esta potestad de resolver conflictos, en sede administrativa, ha sido objeto de inconformidad por parte de la doctrina jurídica de los SPD, de las mismas empresas de servicios públicos e incluso la jurisprudencia, quienes han dudado de su ajuste adecuado a la Constitución, pues esta función se comporta, en un sentido amplio, de manera parecida a la jurisdiccional, generándose discrepancias sobre su alcance y contenido, bien porque limita el acceso a la administración de justicia o bien porque confiere potestades de solución de controversias a autoridades administrativas⁸³.

⁸¹ “**Artículo 37. Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.** Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

(...)

14. **Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte.”**

⁸² “Artículo 15. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y **dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.**

“La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual.”

⁸³ En la sentencia C-560 de 2004 la Corte se inhibió para fallar en relación con esos mismos artículos, por desconocer las razones por las cuales el actor consideraba que se vulneraban las disposiciones superiores. Sin embargo, en dicha providencia sostuvo que:

No en vano, la Corte Constitucional señaló al respecto, en la sentencia T-088 de 2004, en un caso similar a este, resuelto por la CRT, donde las partes en conflicto eran ORBITEL SA. ESP. y ETELL SA. ESP., que “La Sala advierte que ETELL contaba y cuenta con serios elementos de juicio para promover esta controversia: Es discutible que una entidad que está llamada a cumplir funciones administrativas, se halle legitimada para avocar el conocimiento de una controversia contractual derivada de la pretensión de una de las partes de variar las cláusulas de un contrato con base en un acto administrativo proferido con posterioridad a la suscripción de aquél.

“Reflexiónese en esto: Si la regulación de los monopolios y la promoción de la competencia entre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios comprendiera la solución de controversias contractuales, susceptibles de alterar las condiciones económicas de los contratos suscritos por aquellas; se impondría concluir que la solución de estas controversias es privativa de la administración y que está excluida de la rama judicial del poder público. No obstante, esto no es cierto pues razones de índole constitucional y legal desvirtúan esa connotación de las funciones de inspección y vigilancia que le asisten a la administración en ese ámbito y reafirman la competencia de la jurisdicción para asumir el conocimiento de controversias contractuales.”

Empecé a lo anterior, ambas disposiciones fueron recientemente declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1120 de 2005,

“Pues bien. El actor manifiesta que las normas jurídicas demandadas que se acaban de citar, vulneran los artículos 116, 228 y 229 de la Carta. Y el cargo lo circunscribe a la restricción ilegítima del derecho al acceso a la administración de justicia.

“No obstante, la Corte advierte, siguiendo el tenor literal de una de las normas demandadas- Artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994-, que las decisiones proferidas por las comisiones de regulación son susceptibles de control de legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

“De acuerdo con esto, si esas decisiones son susceptibles de control de legalidad ante la jurisdicción, no se advierte el motivo por el cual el actor afirma que con la atribución a las comisiones de regulación de la facultad para proferir tales decisiones se restringe ilegítimamente el derecho de acceso a la administración de justicia.

“Es decir, si es la misma ley la que, de manera expresa y clara, reconoce la facultad de cuestionar la legalidad de tales decisiones por vía judicial, no se advierten, al menos en principio, razones que conduzcan a afirmar que las normas demandadas restringen de manera ilegítima el citado derecho. De allí que, si el actor afirma que la atribución de esas facultades restringe ese derecho y que en razón de tal restricción las normas demandadas contrarían la Carta Política, aquél se encontraba en el deber de indicar las razones que sustentaban tal afirmación.”

quien descartó que tales funciones fueran judiciales y, por el contrario, destacó su carácter administrativo, en los siguientes términos:

“Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

i) **Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios**, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.

En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) **son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular** los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

En estas condiciones, **tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación**, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

ii) Por otra parte, **las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción**, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del Art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el Art. 74, Num. 74.3, Lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

De lo anterior se concluye que **las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa**, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.

Por consiguiente, los apartes normativos impugnados no establecen un trato diferente entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las demás personas, respecto de la administración de justicia, por no ser los conflictos entre las primeras objeto de una decisión judicial, sino de una decisión administrativa reguladora de la prestación de dichos servicios. Ello significa que el trato otorgado por el legislador a dichas empresas en relación con la resolución de los mencionados conflictos es distinto porque su situación es distinta de la de las personas que no prestan esos servicios, por lo cual no es procedente efectuar el examen de igualdad conforme a la jurisprudencia constitucional.

En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia.” (negritas fuera de texto)

En estos términos, para la Corte es claro, como lo ha sido para mí, que la potestad de resolución de conflictos es una función administrativa a cargo de los órganos reguladores, de manera que no comporta el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, la función pública de regulación de los SPD, ejercida en este caso, es una expresión de la función administrativa, a la cual pertenece aquélla.

La Corte Constitucional, según esta sentencia, declaró que no viola la Carta Política el poder atribuido a las comisiones reguladoras para resolver, administrativamente, de manera previa a la jurisdicción, los conflictos que se presenten entre empresas, en las condiciones previstas en los numerales 8 y 9 del art. 73, así como en el literal b, numeral 3, del art. 74 de la ley 142 de 1994.

Esta facultad, sin más límites materiales de los que impone la misma norma que la autoriza, y desde luego la Constitución, supone que toda controversia, que se enmarque en los supuestos normativos declarados exequibles -conflictos entre empresas, relacionados con contratos o servidumbre, o con la atención a usuarios, entre otros- pueden ser sometidos a dicho mecanismo de composición administrativo, sin perjuicio del control de legalidad a cargo de esta jurisdicción, que puede tener el acto administrativo que decide el tema.

Además, esta potestad de resolver conflictos encarna y realiza, como lo dice la Corte Constitucional, la función regulatoria⁸⁴, de manera que su resultado es un acto administrativo particular, que afecta a una empresa o persona determinada, lo cual evidencia que la regulación se puede contener en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en actos administrativos particulares o generales, y, en otras ocasiones, en reglamentos y en otro tipo de instrumentos jurídicos que sirven de medio de expresión de la voluntad de la administración que regula.

⁸⁴ Sobre la naturaleza de esta potestad, dijo la Corte, en la sentencia C-1120 de 2005, que **“En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.”**

En particular, la doctrina moderna viene denominando esta función resolutoria de conflictos, como la “función arbitral de la administración”, sobre la cual se ha dicho que:

“c) La regulación económica dentro de la clasificación tradicional de las actividades administrativas. -A efectos de encuadrar la técnica estatal de la regulación económica dentro de la clasificación tradicional de las actividades administrativas, seguiremos la clasificación tradicional. (...)

5. ACTIVIDAD ARBITRAL. Esta es la actividad que realiza la Administración (Poder Ejecutivo) cuando resuelve conflictos o controversias entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Se da en aquellos casos en que de forma voluntaria o compulsiva (por ej.: en materia de conflictos laborales) la Administración, a través de sus órganos, debe resolver una controversia.”⁸⁵

No obstante lo anterior, la sentencia de la cual me aparto dispone que las comisiones de regulación tienen competencia para resolver conflictos de naturaleza administrativa, no así de carácter jurisdiccional, los cuales, desde luego, corresponden a los jueces, incluido el arbitral, si acaso se pacta cláusula compromisoria o compromiso. Dice en este sentido la Sala:

“Sin embargo, ello no significa que sea la Sala, quien en esta oportunidad debe entrar a determinar por vía general en qué eventos la competencia de las comisiones es admisible por ser administrativa y cuando no por tratarse de un ejercicio jurisdiccional; por ello, aunque, en veces, no sea tarea fácil desentrañar una y otra función pública, en cada caso particular habrá de analizarse el tipo y la naturaleza de la controversia que se presenta entre los operadores para concluir materialmente el ámbito de la función pública en que queda inmersa y determinar cuál es la autoridad con competencia para conocerla y resolverla; si lo es la Administración con fundamento en sus funciones de señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, o ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten o regular los monopolios y promover la libre y leal competencia; o lo es la Jurisdicción en desarrollo de su función de administrar justicia.” -fl. 56 a 57 de la sentencia- (...)

“De manera que, la controversia que se suscitó entre las partes del contrato, COMCEL y ETB, no está involucrando en forma exclusiva y preponderante la función administrativa de la CRT, verbigracia, para regular los cargos de acceso, uso e interconexión de las

⁸⁵ CARBAJALES, Mariano. El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 2006. P. 108.

redes de telecomunicaciones o de un monopolio -siguiendo los términos de la Corte Constitucional para indagar la naturaleza del conflicto y la autoridad que lo habría de dirimir-, sino que entraña una verdadera controversia contractual de tipo patrimonial susceptible de pronunciamiento judicial para su definición, que se endereza a provocar una condena que en manera alguna puede proferir una comisión de regulación.” -fl. 59 de la sentencia- (...)

“Por lo tanto, es claro que el conflicto resuelto en el laudo atacado versaba en relación con los efectos de la Resolución 463 de 2001 proferida por la CRT sobre el pago de un contrato de interconexión, en el que se tenía convenido unos valores diversos a cancelar por acceso a la red, hipótesis que se traduce en un controversia contractual de carácter patrimonial que involucra el reconocimiento y pago o no de una prestación económica del negocio jurídico de interconexión, cuya competencia para conocer de la misma y resolverla corresponde a la Jurisdicción o, en el evento de mediar pacto arbitral -como ocurrió en este caso-, al Tribunal de Arbitramento convocado para ello, y no a una instancia que como la CRT está habilitada para emitir pronunciamientos en actos administrativos y únicamente respecto de aquellos asuntos que involucren función administrativa, los que en todo caso no escapan del control de los jueces.” -fl. 60 de la sentencia-

La posición que asume la Sala es inconcebible, porque introduce una extraña división entre i) controversias de naturaleza administrativa y ii) controversias de naturaleza jurisdiccional, cuando es evidente que todos los conflictos administrativos tienen la vocación de ser jurisdiccionales, pues siempre será posible enjuiciar el acto administrativo que los resuelva.

En realidad la Sala introdujo esta distinción con el único propósito de declarar la validez del laudo arbitral, el cual se pronunció sobre la decisión que, en el caso concreto, profirió la CRT. Se trata de un artificio, de un argucia conceptual, pues las leyes 142, 550 y el decreto 1130 disponen que las comisiones de

regulación pueden resolver los conflictos entre empresas, derivados de sus contratos, materia que, por lo demás, fue declarada exequible por la Corte Constitucional -sentencia C-1122 de 2005-, luego es contradictorio que la Sala afirme que la justicia arbitral puede conocer de unos conflictos pero no de otros, dizque porque unos tiene naturaleza judicial y otros administrativa, cuando todos pueden ser, finalmente, judiciales.

La postura de la Sala obliga a preguntarse, por tanto, cuáles son los conflictos judiciales y cuáles los administrativos. La respuesta queda en manos de lo que en cada caso diga la Sala, con el riesgo que para la seguridad jurídica esto entraña.

En otros términos, a la sentencia de la Corte Constitucional se le sumó una condición creada en la providencia de la que me aparto, según la cual las comisiones de regulación no conocen de todo tipo de controversias que surjan entre los operadores de los SPD, derivadas de sus contratos: deben ser aquellas de tipo administrativo. Esta postura desconoce la exequibilidad declarada sobre el art. 73.8 de la ley 142 y expone a la Sala a un desobedecimiento a dicha providencia y al debido proceso -juez natural-.

3.2.2. Alcance de la controversia sometida a consideración de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y de la planteada ante el tribunal de arbitramento: Primera razón que justifica la anulación del laudo arbitral.

Teniendo como presupuesto el análisis que he hecho del tema anterior, es decir, definido constitucionalmente que las comisiones de regulación sí pueden resolver controversias entre empresas, es necesario analizar lo ocurrido en el caso concreto, a propósito del trámite administrativo adelantado por la CRT en el año 2004.

En tal sentido, se encuentra probado en el proceso que, a solicitud de COMCEL, la CRT conoció de una controversia, entre las mismas partes del contrato de interconexión, sobre la cual se pronunció mediante dos actos administrativos.

En la solicitud, presentada el 5 de agosto de 2003, se pidió la intervención de la CRT para que resolviera, el problema de interconexión allí descrito, sobre el reconocimiento y pago, a favor de COMCEL, del valor del cargo de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante, bajo la opción de capacidad. En últimas, se trataba de la diferencia existente entre la ETB SA. ESP. y COMCEL, sobre la aplicación de la resolución CRT 463 de 2001, que contemplaba la posibilidad de que las interconexiones se remuneren de una de dos maneras: pagando cargos de acceso por minutos o por capacidad.

La CRT resolvió dicha solicitud a través de la resolución CRT 980 de 2004, previa observancia del derecho al debido proceso, que aseguró el derecho de audiencia y defensa de la ETB SA ESP.

Se argumentó en esta decisión lo siguiente: i) En primer lugar, que la CRT es competente para resolver el conflicto -cuestión debatida por la ETB SA. ESP. al contestar la solicitud de convocatoria de dicho trámite administrativo-. ii) En segundo lugar, dijo que la empresa que tiene derecho a elegir si paga cargos de acceso por minutos o por capacidad -alternativa ofrecida por el art. 5 de la resolución CRT 463 de 2001, objeto del debate- es el operador de larga distancia, es decir, la ETB SA. ESP. iii) En tal sentido, y luego de hacer una interpretación sobre el alcance del art. 5 mencionado, la CRT negó las pretensiones de COMCEL, por carecer de legitimidad para ejercer el derecho contemplado en esa norma.

Contra esta decisión COMCEL interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución CRT 1.038 de 2004, y confirmó la decisión inicial. Se expuso en esta ocasión, con lo cual se agotó la vía gubernativa, que COMCEL había variado la pretensión contenida en la solicitud de solución de la controversia, y que no era cierto que la CRT la hubiera mal interpretando. De esta manera, adujo la Comisión, no era posible decidir lo pretendido en el recurso de reposición, pues se violaría el derecho de defensa de la ETB SA ESP.

Finalmente, en la parte resolutive de la resolución se dispuso negar las pretensiones del recurrente y, en su lugar, confirmar en todas sus partes la resolución CRT 982 de 2003.

Posteriormente, esta misma discusión -la obligación de pagar cargos de acceso por minuto o por capacidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5 de la resolución CRT 463 de 2001- fue llevada, por parte de COMCEL, al tribunal de arbitramento, cuyo laudo es el que revisó la Sala.

En esa ocasión se solicitó que se le ordenara a la ETB SA. ESP., que pagara a COMCEL, los cargos de acceso bajo la modalidad de minuto, en cumplimiento del art. 5 de la resolución CRT 463 de 2001.

Evaluado el procedimiento administrativo adelantado ante la CRT, resultó extraño el comportamiento asumido por COMCEL, quien niega en la instancia arbitral, y también durante el trámite de este recurso, la competencia del ente regulador para resolver el conflicto que puso en manos de ella, y luego del tribunal de arbitramento, máxime cuando dicha empresa fue quien, invocando las disposiciones aludidas anteriormente, solicitó a la CRT que resolviera el conflicto que posteriormente llevó ante el Tribunal de Arbitramento.

Así fue como, en el documento denominado “Solicitud de Solución de conflicto de interconexión”, manifestó que:

“La CRT es competente para resolver conflictos de interconexión surgidos entre operadores de telecomunicaciones, con base en lo establecido, entre otros, en el artículo 73.8 de la ley 142 de 1994 y en el numeral 14 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999.”

De otro lado, en el escrito que contiene el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra de la Resolución CRT 980 de 2004, “Por la cual se resuelve una solicitud”, reiteró los siguientes fundamentos de derecho:

“Lo que COMCEL solicita con el presente recurso, es que la CRT, en virtud de la facultad que le asiste de resolver conflictos de interconexión a solicitud de parte⁸⁶, defina en la parte resolutive del acto administrativo, si el valor de cargo de acceso que debe pagar

⁸⁶ Numeral 14 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999.

ETB SA. ESP. a COMCEL por el tráfico de larga distancia internacional entrante es el establecido en la Resolución CRT 463 de 2001 (bajo cualquiera de las dos modalidades a elección de ETB SA. ESP.) o es el valor que los operadores de TPBCLDI deben pagar a los operadores locales cuando usan sus redes.

La CRT es competente y tiene plenas facultades para determinar qué régimen de cargos de acceso aplica para el tráfico de larga distancia internacional entrante que un operador de TPBCLDI entrega a un operador de TMC. Esta facultad se encuentra contenida, entre otros, en los numerales 3 y 7 del artículo 37 del decreto 1130 de 1999, disposiciones que facultan a la CRT para regular de manera general y aún particular, el régimen de interconexión y definir los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexiones de redes⁸⁷.

En tal sentido, COMCEL solicita a la CRT modificar la Resolución 982 de 2004 para que revoque el Artículo 1 y en su lugar declare que el valor del cargo de acceso con que la ETB SA. ESP. debe remunerar el uso de la red de COMCEL, es el establecido en la Resolución 463 de 2001; y que mientras ETB SA. ESP. no opte por alguna de las alternativas previstas en dicha resolución, debe continuar remunerando el uso de la red de COMCEL bajo el esquema de minuto, a los valores allí definidos. Visto de otra

⁸⁷ El numeral 3 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 establece como función de la CRT la de “3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios.”

manera, el presente recurso persigue simplemente que la CRT resuelva el conflicto presentado por COMCEL y traduzca en una declaración, los argumentos expuestos en la parte motiva del acto recurrido, de manera que se zanje el conflicto de interconexión existente entre ETB SA. ESP. y COMCEL relacionado con el valor del cargo de acceso pagadero al operador de TMC por el tráfico de larga distancia internacional.” (Negrillas fuera de texto)

Para agregar a este aspecto, no se puede pasar por alto que, efectivamente, la ley 142 de 1994, confirió una función regulatoria especial a las comisiones de regulación, que consiste en la potestad administrativa de resolver conflictos entre empresas, derivadas, entre otros, de los contratos que suscriben aquéllas entre sí -como el de interconexión celebrado en 1998, en el caso concreto-.

Esta facultad, además, fue declara exequible por la Corte Constitucional, de manera que, efectivamente, la CRT tenía competencia para resolver el conflicto puesto a consideración por COMCEL. La Sala niega esta competencia aduciendo que el conflicto tenía naturaleza jurisdiccional, no administrativa, y que por eso no podía conocerlo -ni lo conoció- la CRT.

Ahora bien, para corroborar de mejor modo si el tema sometido por ésta misma empresa a la decisión de los árbitros estaba por fuera de su competencia, según lo pactado en la cláusula vigésima cuarta del contrato, por ser del resorte de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, es necesario comparar -en el cuadro que se presenta a continuación- cuál fue la petición presentada a la CRT por parte de COMCEL -consciente de su competencia-, en lo que tiene que ver con el valor del cargo de acceso y cuál la pretensión que formuló al Tribunal de arbitramento:

Solicitud de solución de conflicto de interconexión” fl- 111 a 114, Cdn. de pruebas No. 2	Pretensiones de la demanda
--	-----------------------------------

“Ordenar el reconocimiento y pago a COMCEL del valor del cargo de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante, bajo la opción de capacidad, previsto en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 DE 1997, más los intereses que correspondan, por la totalidad del tráfico de larga distancia internacional entrante cursado desde la fecha del presente escrito; el valor de cargo de acceso se continuará ajustando según lo establecido en dicho artículo y en el artículo 4.3.8, o las normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen.

“PRIMERA (1ª).- Que EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S.A. ETB SA. ESP. ESP., está obligada a pagar a... COMCEL, por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

SEGUNDA (2ª).-Cómo consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S.A. ETB SA. ESP. S.A E.S.P., a pagar a OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. COMCEL **S.A.**, la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiera el Laudo o a la más próxima a éste. En subsidio hasta la fecha de presentación de la corrección de la demanda.

	En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses. (...)
--	---

Observo, soportado en el análisis detallado de la fundamentación jurídica y fáctica que sirvió de sustento a las solicitudes que dieron inicio a ambos procedimientos -el administrativo y el judicial arbitral- que, indiscutiblemente, los dos trámites tienen la misma *causa petendi*, de manera que el conflicto sometido por COMCEL, al tribunal de arbitramento, efectivamente, era de aquellos que correspondía resolver a la Comisión de Regulación, de manera que este litigio, atendiendo al hecho de que las partes lo llevaron a la instancia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -en los términos analizados anteriormente-, quedaba excluido del conocimiento de los árbitros, según lo dispuesto en el pacto arbitral.

En efecto, este conflicto claramente fue tratado por las resoluciones CRT 980 y 1.038 de 2004, de manera que eso acredita que se desató un procedimiento administrativo de solución de la controversia, lo que impedía que se pudiera acudir a la cláusula arbitral, pues esta sólo operaba -tal como lo pactaron las partes- si se trataba de controversias que no correspondieran a la Comisión de Regulación, y ellos fueron quienes pusieron en sus manos el tema. Dispone la cláusula arbitral, en este sentido, y en lo pertinente, que:

"En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: (1...) 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento." (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, y en sentido contrario al manifestado por la Sala, en mi criterio la CRT no se declaró inhibida para conocer del asunto, sino que, por el contrario, resolvió negativamente la petición formulada por COMCEL, la cual, según la misma CRT se modificó al momento de proponer el recurso de reposición.

Así, la resolución CRT 980 decidió negar las pretensiones de COMCEL a las que hizo referencia en la “solicitud de solución de conflicto” del escrito radicado en la CRT, por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001.

Por su parte, la Resolución CRT 1.038 de 2004 confirmó la anterior. En estas condiciones, el laudo incurrió en la causal de nulidad contemplada en la casual 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, pues se pronunció sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en los términos analizados en la primera parte de este salvamento de voto, pues el tribunal extendió su competencia a materias no incluidas en la cláusula arbitral.

Insisto en que la CRT sí tenía competencia para dirimir el conflicto, pues se equivoca la Sala en decir que las comisiones de regulación sólo pueden resolver conflictos administrativos, y que este era judicial. De hecho, el presente asunto se trata del típico conflicto surgido entre operadores, con ocasión de un contrato de interconexión celebrado entre ellos.

Además, la Sala también dice, erradamente, que admitir la competencia de la CRT para resolver estas controversias “... conllevaría... la eliminación en la práctica del contencioso contractual en los servicios públicos...” -fl. 61 de la sentencia-, argumento inadmisiblemente, pues este tipo de temores, infundados por demás, no puede conducir al juez a declarar que, entonces, las comisiones de regulación no pueden resolver conflictos, cuando el legislador les ha asignado claramente esta función, y la Corte encontró que no viola la Constitución Política.

Vale la pena agregar, finalmente, que COMCEL, se defiende del recurso de anulación aduciendo, lo cual acepta la Sala, que la CRT expresó, en la parte motiva de la resolución CRT 1.038 de 2004, que ella no era competente para imponer el cumplimiento integral de actos administrativos generales expedidos por el ente regulador -se refiere a la resolución CRT 463 de 2001-. De allí también dedujo la Sala que, por tanto, la decisión administrativa fue inhibitoria -fl. 62 de la sentencia-, de manera que sí era posible convocar el tribunal de arbitramento.

Advierto que la afirmación expresada en la parte motiva de la resolución de la CRT no se compadece con la también declaración de competencia que expuso

la misma CRT al iniciar el procedimiento administrativo -ver resolución CRT 980 de 2004-, de manera que la acreditación de la competencia para sumir el tema se manifiesta en el hecho de que profirió una decisión negativa de las pretensiones.

Además de esto, lo determinante del caso es que la ley 142 de 1994 sí le asignó a la CRT la competencia para “**Resolver**, a petición de cualquiera de las partes, **los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos** o servidumbres **que existan entre ellas** y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas” -art. 73.8- (Negrillas fuera de texto), de manera que la competencia viene determinada por la ley. Aun más, en el caso concreto, fueron COMCEL y la ETB quienes acudieron a la Comisión para dirimir la controversia, de manera que ellas, con este comportamiento claro, interpretaron, concluyeron y definieron que la controversia sí correspondía resolverla a la Comisión.

Incluso -se reitera-, esta norma fue declarada exequible, de manera que la competencia para asumir el tema sí le correspondía a la comisión de regulación, luego, en el evento en que no lo hiciera, dado el caso, era necesario insistir ante las instancias judiciales competentes para compelerla a ello.

Del mismo modo, tampoco se debe perder de vista que la parte resolutive de las dos resoluciones de la CRT negaron expresamente las pretensiones de COMCEL, de allí que, y al margen de lo bien o mal decidido que haya quedado el tema, lo cierto es que no puede afirmarse que esa decisión haya sido inhibitoria -como lo afirma la Sala-, pues sí hubo pronunciamiento de fondo acerca de lo pedido.

También ocurrió durante el trámite administrativo, y esto se debe tener en cuenta, es que para la CRT lo pedido por COMCEL, en la solicitud inicial, y lo pretendido en el recurso de reposición no eran idénticos, de manera que esto llevó a la Comisión a adoptar una decisión determinada, que no puede ser ahora mal entendida por COMCEL, para decir que la Comisión no era competente para resolver el tema, pues tal decisión no fue la que tomó la CRT.

Incluso, todo indica, por la argumentación expuesta por la CRT en ambas decisiones -sobre la cual, obsérvese, no hago ningún juicio de validez ni de conformidad- que ella sí podría resolver el conflicto, siempre que quien formulara la solicitud fuera la ETB SA. ESP., decisión que, en caso de no compartir

COMCEL, debió discutir ante la justicia competente, según se pasa a analizar a continuación.

3.2.3. Pronunciamiento del tribunal de arbitramento sobre el mismo conflicto planteado por COMCEL ante la CRT, y contenido en los “actos administrativos” expedidos por ésta: Segunda razón que justificaba la anulación del laudo arbitral.

Además del vicio que recae sobre el laudo, en virtud de lo analizado en el punto anterior; pero continuando con el análisis de la misma causal de nulidad del art. 163.8 del decreto 1818 de 1998, paso a examinar el otro argumento expuesto por el recurrente, según el cual el tribunal de arbitramento se pronunció sobre materias que estaban decididas en actos administrativos, cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

He dicho hasta ahora que el conflicto sometido por COMCEL, a consideración de la CRT, y luego al tribunal de arbitramento, es el mismo. Por tanto, lo que se tiene claro es que la CRT sí se pronunció, de un modo u otro, sobre la controversia que se le puso de presente. En este sentido, tanto en la parte motiva como en la resolutive expresó su pensamiento como su decisión del caso, criterios que bien pudieron servir, total o parcialmente, a los propósitos de cada una de las partes del contrato de interconexión, quienes estaban a la espera de que la Comisión diera su veredicto o pronunciamiento.

No cabe duda que lo expresado en las resoluciones, pero, sobre todo, la parte resolutive que negó las pretensiones de COMCEL, constituye un acto administrativo, tal como la Corte Constitucional lo determinó en la sentencia C-1120 de 2005. En tal virtud, considero que cualquier cuestionamiento o juicio que se les formule -porque se decidió bien, porque se decidió mal, porque se inhibió, porque se declaró incompetente de manera velada, etc.- debió dirigirse al juez competente, lo cual está expresamente contemplado en el artículo 73.8 de la ley 142 de 1994, que dispone que es competencia de las comisiones de regulación:

“73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. **La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.**” (Negrillas fuera de texto)

La parte final de esta norma señala que la decisión podrá someterse a control de legalidad, que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien por naturaleza, aplicando un entendimiento obvio de las expresiones legales, es el que realiza este tipo de control.

En igual sentido, puede inferirse de lo aseverado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1120 de 2005, que el juez es el contencioso administrativo, en efecto se dice que “la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del Art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el Art. 74, Num. 74.3, Lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, **debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.**”⁸⁸ (Negrillas fuera de texto)

⁸⁸ En el mismo horizonte, dijo la Corte Constitucional, en el caso ya citado de ORBITEL SA. ESP. contra ETELL SA. ESP.- sentencia T-088 de 2004-, idéntico al ahora analizado, que “6. No obstante lo expuesto, en su momento se imponía una reflexión sobre el espacio institucional en el que debía cuestionar ese proceder de la CRT. En efecto, se estaba ante una actuación de la administración desatada con base en la solicitud formulada por quien era parte en un contrato y tal actuación se cuestionaba dado que no existía norma legal alguna que radicara en ese organismo la competencia para conocer de ella. Es decir, se trataba de cuestionar la legalidad de una actuación de la administración pública y bien se sabe que los actos administrativos son cuestionables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, ETELL debió ejercer las acciones correspondientes ante esa jurisdicción pues ellas constituían el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos. Ellas le permitían cuestionar la legalidad de los actos de trámite y de la decisión tomada por la CRT e incluso pretender el restablecimiento de los derechos en caso de estimar que ellos le habían sido vulnerados.

“Existiendo una jurisdicción especializada en controversias suscitadas con ocasión del cuestionamiento de la legalidad de un acto de la administración, debía acudirse a ella y no a la jurisdicción constitucional por vía de la acción de tutela. Ello es así porque ésta comporta un mecanismo excepcional de protección de los derechos humanos fundamentales. Su finalidad no se orienta a sustraer las controversias de los legítimos espacios de decisión previstos en otros ámbitos del sistema jurídico. Ni esa fue la pretensión del constituyente, ni tampoco los jueces constitucionales pueden atribuirle ese alcance.

“De allí que la única posibilidad con la que ETELL podía pretender el amparo constitucional de los derechos fundamentales que esgrimía como vulnerados, era planteando la necesidad de evitar un perjuicio irremediable pues únicamente en estos casos el juez constitucional está habilitado para brindar protección a tales derechos de manera transitoria, hasta tanto los jueces competentes emitan una decisión definitiva. Sin embargo, ni tal perjuicio fue planteado por ETELL, ni se advierte tampoco que como consecuencia de la actuación de la CRT haya surgido esa necesidad ineludible.

“En consecuencia, no puede haber lugar a la tutela de manera definitiva, pues la actuación administrativa a la que se imputa la vulneración de derechos fundamentales es cuestionable ante otra jurisdicción. Tampoco puede haber lugar al amparo como mecanismo transitorio, pues nada indica que la Sala se halle ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.”

Además, no podría ser de otro modo, pues la entidad demandada, que sería la Nación-Ministerio de Comunicaciones, en caso de que se enjuicien los actos administrativos, no podría ser llevada ante el tribunal de arbitramento pactado en un contrato de interconexión suscrito por dos empresas que prestan servicios de telecomunicaciones -COMCEL y la ETB SA. ESP.-, del cual no es parte la comisión de regulación. En este entendimiento, no puede ser sino la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juez de este conflicto, y es a él a quien se refiere esta norma.

Por tal razón, a COMCEL, frente a su inconformidad con la decisión de la CRT, le correspondía ejercer el control jurisdiccional de legalidad, y no le era suficiente manifestar que la decisión de la CRT fue “antitécnica” o que en realidad lo que la CRT quería decir era algo diferente a negar las peticiones de COMCEL, o que la decisión fue inhibitoria, pues era eso, precisamente, lo que debió controvertir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho -art. 85 CCA.-.

Atendiendo las anteriores consideraciones, la Sala, verificado que la decisión del tribunal de arbitramento versó sobre temas que no eran transigibles - los actos administrativos expedidos por la CRT-, es decir, que se trataba de asuntos que no podían estar contenidos en la cláusula compromisoria, debió anular el laudo, lo cual se enmarca en la causal contemplada en el numeral 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998.

En estos términos dejo sustentado mi diferencia con la Sala.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO