

RECURSO DE ANULACION - Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA - Competencia en única instancia del Consejo de Estado

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 los recursos de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, proferido con ocasión de las controversias contractuales suscitadas en virtud de un contrato 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.

RECURSO DE ANULACION - Características / CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACION - Ley 1150 de 2007

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 con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, como se observó la causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 y aplicable a los contratos estatales; y la segunda, en el artículo 38 de la Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambos en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Empero, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 31 de la Ley 142 de 1994. Por consiguiente, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 de la Decreto 1818 de 1993, con independencia de que el contrato origen del conflicto en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o también por el estatuto de contratación pública.

RECURSO DE ANULACION - 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

La causal de nulidad contra fallos ultra y extra petita sanciona la falta de competencia del tribunal de arbitramento en la decisión. En efecto, 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 parte, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En oportunidades anteriores, ha dicho también la Sala que para determinar el cumplimiento del principio que consagra la congruencia de las providencias judiciales es menester realizar un proceso comparativo no solo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, con la sentencia o laudo arbitral, sino también entre la parte considerativa o motiva de la providencia y la parte resolutive de la misma, dado que las providencias judiciales deben guardar armonía tanto interna como externa. De acuerdo con lo expuesto, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe: a) 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 b) 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 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.

ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS - Potestad para decretar y repartir las utilidades sociales

La utilidad es la ganancia, interés o beneficio económico que reporta la sociedad en desarrollo de su objeto y sus actividades, a cuyo reparto tienen vocación todos los socios o accionistas en proporción o en la medida de su efectiva participación en su capital pagado (art. 150 C. Co.) o de los privilegios válidamente establecidos (381 del C.Co.), conforme a la ley y a los estatutos de la misma. Este elemento esencial del contrato social, en caso de reportarse en cada ejercicio social, está destinado a ser dividido, distribuido o repartido entre los socios (art. 98 C. Co), luego de realizar las reservas legales, estatutarias u ocasionales y las apropiaciones para pagos de impuestos (arts. 110, 154, 350, 371, 452, 453 C. de Co.), operación de la cual surge el dividendo, utilidad líquida o ganancia neta obtenida por la sociedad. Es absolutamente claro que según el estatuto mercantil la decisión sobre distribución, decreto y reparto de las utilidades de las sociedades comerciales, materialización del ánimo de lucro común que motiva a los socios a celebrar el contrato de sociedad, es una competencia propia y exclusiva de la asamblea de accionistas o junta de socios.

ACTOS PROFERIDOS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS - Impugnación / ACCION ESPECIAL PROCEDENTE - Término de caducidad / CADUCIDAD - Irrenunciable

La impugnación de las decisiones, acuerdos y decretos del supremo órgano societario se tramita a través de una acción especial que debe ser instaurada ante los jueces de la República, con el objetivo de controvertir la legalidad de las actuaciones decisorias, y en cuyo trámite incluso puede solicitarse la suspensión provisional del acto acusado mientras se surte el proceso, para evitar perjuicios

graves; no obstante, también es posible atacar las decisiones de la asamblea o junta de socios promoviendo esta misma acción ante la Superintendencia de Sociedades, pero con el sólo propósito de que sea anulada, dado que la indemnización derivada de los perjuicios ocasionados con su adopción, es del exclusivo conocimiento de los jueces; finalmente, en uno y otro evento, la Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención del asunto. Así pues, se colige que los socios ausentes o disidentes, los administradores y los revisores fiscales de las sociedades inconformes con una disposición, determinación o acuerdo tomado por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad, como puede ser, por ejemplo, aquella relacionada con la distribución, asignación y reparto de dividendos, pueden impugnarla ante el juez intentando su nulidad por violación a la ley o a los estatutos sociales y solicitar el resarcimiento de perjuicios a que haya lugar, o deprecar tan solo su nulidad ante la Superintendencia de Sociedades en el caso de que se emita por una sociedad sujeta a su control y vigilancia. En cuanto toca con el ejercicio oportuno de la acción tendiente a la impugnación de decisiones de la asamblea general de accionistas, el Legislador fijó un plazo corto de dos meses siguientes a la fecha del acto que la contenga o desde la fecha de su inscripción en el caso de que esté sujeto a registro, transcurrido el cual y ante la inactividad de la parte interesada en interponerla operará el fenómeno procesal de la caducidad (arts. 191 del C. Co., y 421 del C.P.C.). Cabe precisar que, dado el carácter irrenunciable de la caducidad, no es posible que sea materia de transacción, de disposición y afectación por las partes de una relación o situación jurídica, como si se tratara de un derecho o interés subjetivo con una proyección patrimonial a su favor; en tal sentido, el término para el ejercicio oportuno de la acción de impugnación de decisiones de juntas o asambleas de socios, no puede ser desconocido por acuerdos o convenciones entre las partes del contrato social -como sería el pacto arbitral-, los cuales no tienen en manera alguna la virtualidad de restablecer o revivir los plazos que para instaurarla hayan expirado. Entonces, el inconforme con una decisión de la asamblea de accionistas o junta de socios tiene la carga procesal de impulsar el litigio en ese plazo de dos meses establecido en la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderá la posibilidad de accionar ante la jurisdicción o ante la superintendencia para controvertirla y hacer efectivo su derecho por la ocurrencia de la caducidad, sanción prevista ante la inactividad de su titular o por su ejercicio tardío y extemporáneo con la finalidad de dotar -como se indicó- de estabilidad y seguridad jurídica las determinaciones sociales, las cuales no pueden quedar expuestas al vaivén de la voluntad individual de los socios, administradores o revisores fiscales eventualmente inconformes ni sujetas a una larga y latente pendencia de un eventual litigio, dado que el tráfico mercantil exige celeridad, confianza y certeza en las actividades y en el desenvolvimiento de las relaciones externas e internas de las sociedades. En síntesis, el Legislador consagró como mecanismo para atacar las manifestaciones de voluntad expresadas en la Asamblea General de Accionistas la acción de impugnación dirigida contra la sociedad, y asignó su conocimiento a los jueces de la República -esto es, que se radica en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción contencioso administrativa, según los factores de atribución y objeto de una y otra-, mediante el procedimiento abreviado y dentro de los dos meses a la fecha del acto o de su registro, según el caso. En forma excepcional, en el mismo término, puede acudir a la Superintendencia de Sociedades, para que a través de un proceso verbal sumario, se pronuncie en torno a su nulidad, con exclusión de lo referente al decreto de una indemnización de perjuicios originados por la expedición del acto, que siempre será del resorte de los jueces.

JUSTICIA ARBITRAL - Falta de competencia para dirimir las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades

Aunque jurídicamente resulta procedente y además frecuente que en el contrato social se incluya una cláusula compromisoria para dirimir las disputas y controversias de la sociedad y sus socios con ocasión del desarrollo de su actividad y de las relaciones entre ellos surgidas, esta regla general del arbitraje tiene limitaciones o prohibiciones tanto de carácter contractual como legal, que impiden en ciertos asuntos la aplicación de la cláusula compromisoria y, por ende, acudir a la justicia arbitral para resolver determinados conflictos. Una de esas materias excluidas del conocimiento de los árbitros por virtud expresa de la ley, y por tal motivo intransigible e indisponible, es precisamente aquella relacionada con la acción de impugnación de las decisiones tomadas por una asamblea de accionistas o junta de socios, cuya competencia corresponde únicamente a la justicia ordinaria o contencioso administrativa (arts. 194 C.co.; 408-6 y 421 del C.P.C.) o a la Superintendencia de Sociedades (art. 137 de la Ley 446 de 1998). En efecto, el artículo 194 del Código de Comercio antes citado, exceptuó del conocimiento de la acción de impugnación de los aludidos actos societarios a los tribunales arbitrales, cuando expresamente indicó que obligatoriamente deben intentarse ante los jueces, pese a la existencia de una cláusula compromisoria, de manera que una estipulación contraria a esta disposición es ineficaz. Esto significa, que si en el contrato social se pactó una cláusula compromisoria, en virtud de la cual cualquier controversia, conflicto o divergencia susceptible de transacción debe ser dirimida por un tribunal de arbitramento, habrá de ser entendida en el sentido de que la misma no cubre supuestos de inconformidad de actos de la asamblea de accionistas o junta de socios, y en caso de que se convoque con fundamento en ese tipo de cláusula el tribunal arbitral y se prosiga el trámite de la disputa por este mecanismo alternativo de justicia, la decisión a la que se llegue o el laudo que se profiera se encontraría viciado o afectado por una nulidad por haberse dictado sin competencia por parte de los árbitros. En suma, los árbitros no tienen competencia para conocer de la acción de impugnación de decisiones de juntas o asambleas de socios, por cuanto su trámite fue expresamente sustraído de la justicia arbitral, según los preceptos del estatuto mercantil y del procedimiento civil a los cuales se hizo arriba referencia.

JUSTICIA ARBITRAL - Falta de competencia para conocer de procesos ejecutivos / PROCESO EJECUTIVO - Mecanismo judicial para el cobro de las utilidades

Una vez distribuidas y repartidas las utilidades por la Asamblea de Accionistas, surge la obligación para la sociedad de pagar los dividendos decretados a los accionistas en los términos aprobados y, en el evento de insatisfacción de este crédito a su favor, se estableció el proceso ejecutivo como vía para su cobro judicial, en cuyo caso el balance con fundamento en el cual se decretaron y las actas en donde conste la respectiva decisión servirán de título de recaudo, dado que la ley les otorga mérito ejecutivo, o sea, son documentos contentivos de una obligación clara, expresa y exigible que proviene de la sociedad deudora y constituyen plena prueba contra ella (art. 488 C.P.C.). Ahora bien, surge la inquietud de si resulta viable tramitar por el mecanismo arbitral un proceso ejecutivo tendiente al cobro forzoso de unas utilidades decretadas válidamente por la asamblea de accionistas, en el caso de incumplimiento de su pago por parte de la sociedad en las condiciones y términos previstos en la respectiva acta en la que conste la decisión. En principio, no es posible tramitar el proceso ejecutivo mediante el mecanismo arbitral, porque, de una parte, el arbitramento resulta

ajeno al trámite de los procesos ejecutivos en tanto en ellos no hay “conflicto” por resolver, dado que la finalidad de éstos es el cobro coactivo de una “obligación expresa, clara y exigible”; y porque, de otra parte, aún en el evento de considerar procedente -como de hecho lo hizo la jurisprudencia constitucional- la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos, resulta evidente que ello sólo es posible si el Legislador, dentro de su libertad de configuración legislativa, de manera expresa así lo autorice y regule para determinados eventos en los que lo considere pertinente y procedente y, además, las partes hayan acordado tal posibilidad en el respectivo pacto arbitral. De cuanto se ha expuesto, se concluye que, aún cuando gravite en el ámbito jurídico la hipótesis de que los árbitros puedan tramitar un proceso ejecutivo, ello requiere de una regulación normativa expresa, toda vez que se recuerda que, en las voces del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, aquellos sólo pueden administrar en forma transitoria justicia “...en los términos que determine la ley...” y de conformidad con los procedimientos señalados en la misma (No. 3 art. 13 Ley 270 de 1996), por lo que tal posibilidad resulta actualmente improcedente, incluso para el cobro judicial coactivo de unos dividendos válidamente decretados por el órgano social competente.

UTILIDADES SOCIALES - Su distribución, decreto y reparto es competencia privativa de la Asamblea General de Accionistas / JUSTICIA INSTITUCIONAL O ARBITRAL - Falta de competencia

Dentro de las súplicas de la demanda arbitral (numerales 6.1 a 6.6.), como consecuencia de las pretensiones declarativas, los FONDOS solicitaron condenar a la ETB al pago de las sumas de dinero “por concepto de dividendo ordinario”, decretado en su criterio a favor de las mismas en las reuniones ordinarias de Asamblea General de Accionistas celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, incluyendo los intereses de mora. Y, efectivamente, en la parte resolutive del laudo arbitral, se puede apreciar que el Tribunal de Arbitramento declaró que estaba la ETB obligada “...a pagar a las sociedades Convocante (sic) por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB de las que son titulares, en adición al dividendo privilegiado, las sumas de VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$24.76), VEINTIDÓS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$22.13) y OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$8.96) por cada acción, correspondientes a los dividendos ordinarios decretados en las asambleas ordinarias celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, respectivamente, con lo cual prospera la pretensión primera de la demanda”, y la condenó por dichas sumas más los intereses moratorios. Sin embargo, emerge en forma palmaria la incongruencia u oposición del laudo arbitral con el ordenamiento jurídico, dado que la materia a la que se refiere la citada pretensión de los FONDOS y a la cual accedió el Tribunal de Arbitramento, esto es, la decisión sobre el pago de unos dividendos ordinarios “...en adición al dividendo privilegiado...”, equivale a disponer, decretar y repartir utilidades sociales, lo cual escapa de la esfera del conocimiento de los árbitros, pues, como mencionó, este asunto es competencia de la Asamblea General de Accionistas, de conformidad con los artículos 155, 187-3, 420-2, 422 y 455 del Código de Comercio. Por consiguiente, cuando el Tribunal Arbitral se atribuyó la competencia para condenar “por concepto de dividendos ordinarios”, “en adición al dividendo privilegiado” en los años 2004, 2005 y 2006, a favor de los FONDOS por cada unas de las acciones privilegiadas de las que son titulares, invadió el ámbito funcional de la Asamblea General de Accionistas y sustituyó sin habilitación legal a este órgano societario en el ejercicio de una facultad que no corresponde a los jueces, ni siquiera a los arbitrales. En efecto, repárese que en el caso de que una decisión de la Asamblea General de Accionistas vulnere las prescripciones legales o los estatutos de la sociedad, el

accionista afectado con ella cuenta con la posibilidad de ejercer la acción de impugnación, para que el juez declare nula la decisión y conceda la correspondiente indemnización de perjuicios, pero lo que no puede hacer la autoridad judicial es disponer en torno de las utilidades de una sociedad ni modificar la distribución de las mismas, facultad privativa de aquél órgano social. En definitiva, es evidente la falta de competencia del Tribunal Arbitral para solucionar la controversia que le fue puesta en conocimiento y para condenar al pago de unos dividendos, dado que no es procedente que los árbitros o los jueces dispongan el reparto y pago de unos dividendos, motivo por el cual se configura también por este aspecto la causal de anulación alegada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00064-00(34595)

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

Demandado: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y OTROS

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP. ETB -en adelante sólo ETB-, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 15 de agosto de 2007 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, S.A., COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA SANTANDER S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. -en adelante los FONDOS-, con ocasión del pago de unas utilidades en los años 2004, 2005 y 2006, según el contrato de sociedad previsto en los Estatutos de la ETB,

contenidos en la Escritura Pública No. 00012 de 7 de enero de 2004; y mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

“PRIMERO. Por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP está obligada a pagar a las sociedades Convocante (sic) por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB de las que son titulares, en adición al dividendo privilegiado, las sumas de VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$24.76), VEINTIDÓS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$22.13) y OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$8.96) por cada acción, correspondientes a los dividendos ordinarios decretados en las asambleas ordinarias celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, respectivamente, con lo cual prospera la pretensión primera de la demanda.

SEGUNDO. Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP no ha pagado a los Demandantes las sumas correspondientes al dividendo ordinario al que se hace referencia en el numeral anterior, con lo cual prospera parcialmente la pretensión cuarta de la demanda.

TERCERO. Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP incurrió y desde el 10 de julio de 2006 - fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral a la parte convocada- está en mora de pagar las sumas correspondientes a los dividendos ordinarios decretados en las Asambleas Generales Ordinarias de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, con lo cual prospera parcialmente la pretensión quinta de la demanda.

CUARTO. Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP a pagar a favor de cada una de las sociedades demandantes, por concepto del dividendo ordinario decretado en las Asambleas Generales Ordinarias de la sociedad convocada celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, las sumas que se indican a continuación, junto con los intereses moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, causados desde el 10 de julio de 2006 - fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral a la parte convocada, hasta la fecha de este laudo, en las sumas que también se indican a continuación, con lo cual prosperan las pretensiones 6.1 y 6.3 y parcialmente las pretensiones 6.2 y 6.4 y 6.5 de la demanda:

a.- A favor de la sociedad convocante **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, la suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MONEDA LEGAL (\$984.949.712) por concepto de dividendos ordinarios de los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL (\$228.373.284) por concepto de intereses moratorios para un total de UN MIL DOSCIENTOS TRECE MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL

NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$1.1213.322.996).

b. A favor de la sociedad convocante **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS** la suma de SETECIENTOS VEINTIUN MILLONES CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$721.109.956) por concepto de dividendos ordinarios de los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$167.198.636) por concepto de intereses moratorios para un total de OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL (\$888.308.592).

c. A favor de la sociedad convocante **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la suma de CUATROCIENTOS TRECE MILLONES CUATROCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA LEGAL (\$413.412.479) por concepto de dividendos ordinarios de los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL ONCE PESOS MONEDA LEGAL (\$95.855.011) por concepto de intereses moratorios para un total de QUINIENTOS NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$509.267.490).

d. A favor de la sociedad convocante **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$2.633.935.036) por concepto de dividendos ordinarios de los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de SEISCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL (\$610.711.782) por concepto de intereses moratorios para un total de TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$3.244.646.818).

e. A favor de la sociedad convocante **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA SANTANDER S.A.** la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$641.283.367) por concepto de dividendos ordinarios decretados en los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS MONEDA LEGAL (\$148.689.813) por concepto de intereses moratorios para un total de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO OCHENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$789.973.180).

f. A favor la sociedad convocante **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SESENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$649.643.067). por concepto de dividendos ordinarios de los años 2004, 2005 y 2006 y la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIEZ Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$150.628.117) por concepto de intereses moratorios para un total de OCHOCIENTOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL (\$800.271.184).

QUINTO. Por lo expuesto en la parte motiva de este laudo, declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda arbitral.

SEXTO. Por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, declarar que no prosperan las excepciones de mérito denominadas 'El derecho a percibir los dividendos, adicionales a los ya recibidos por parte de las convocantes, que ellas reclaman en la demanda, nunca nació a la vida jurídica', 'La asamblea de accionistas actuó de conformidad con los estatutos y demás normas aplicables' con los fundamentos que la sustentan, 'Con sus actuaciones las convocantes han violado los principios de buena fe y 'contra factum proprium quis venire non potest', 'Falta de jurisdicción y de competencia', 'Caducidad de la acción', 'Falta de integración del litisconsorcio necesario', y parcialmente aquella referida a la improcedencia del cobro de intereses de mora, formuladas por la parte convocada.

SÉPTIMO. Abstenerse de imponer condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la Secretaría. El Presidente efectuará los pagos correspondientes.

NOVENO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo incluidas las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO. Ordenar que en la oportunidad de ley, se protocolice este expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización." (fls. 96 a 100 cd. ppal.).

El recurso interpuesto será declarado fundado y, por tanto, se declarará la nulidad del laudo arbitral impugnado.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Las controversias decididas mediante el laudo impugnado se originan en los Estatutos del contrato de sociedad de la ETB, contenidos en la Escritura Pública No. 00012 de 7 de enero de 2004 de la Notaría 46 del Círculo de Bogotá D.C. (fls. 144 a 177 cd. ppal.), con ocasión de la interpretación de los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los mismos y otros actos jurídicos celebrados en desarrollo de ellos, en particular el pago de dividendos en los años 2004, 2005 y 2006.

2. El pacto arbitral

La cláusula compromisoria fundamento de la convocatoria del trámite arbitral, se encuentra contenida en el artículo 84 de la citada Escritura Pública No. 00012 de 7 de enero de 2004, otorgada en la Notaría 46 del Círculo de Bogotá D.C., en la que se pactó lo siguiente:

“Artículo 84. ARBITRAMIENTO: Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja entre los accionistas o entre éstos y la sociedad en relación con estos estatutos o con respecto a su interpretación, ejecución o cumplimiento, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación, o relativo a una violación a los mismos (en lo sucesivo una «Disputa») se resolverá mediante arbitraje, bajo y conforme a las Reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que se encuentre en vigor en la fecha de la Disputa (las «Reglas»); no obstante, en caso de que las Reglas estén en conflicto con las disposiciones de este artículo, prevalecerán las disposiciones de este artículo. Todas las Disputas que se sometan a arbitraje conforme a lo aquí previsto, se resolverán mediante un arbitraje que se llevará a cabo en Bogotá, Colombia. El accionista que desee someter una Disputa a arbitraje notificará por escrito dicha circunstancia a la sociedad, a los otros accionistas y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (el «Tribunal»). El Tribunal funcionará con base en las siguientes reglas: (i) los árbitros serán tres y los nombrará el Tribunal. Los árbitros serán abogados que tengan cuando menos diez años de experiencia en asuntos legales de naturaleza comercial bajo derecho colombiano dentro de los veinte años inmediatamente anteriores al inicio del arbitraje; (ii) el arbitraje se llevará a cabo bajo y conforme a las Reglas, reglas que se consideran incluidas en este artículo en virtud de la referencia a las mismas; (iii) el lugar del arbitraje será Bogotá, Colombia, se considerará que cualquier laudo fue emitido en dicho lugar y el idioma que se utilizará en el procedimiento de arbitraje será el idioma español; (iv) todos los testimonios directos se presentarán mediante declaración juramentada o preguntas y respuestas por escrito; se permitirán las búsquedas de información razonables, mismas que en todo caso se limitarán a solicitudes de información; (v) la decisión de los árbitros se proferirá en derecho y se emitirá dentro de los 180 días calendario siguientes al nombramiento del último árbitro y será definitiva y obligatoria para todos los accionistas y la sociedad; (vi) todo laudo será por escrito, en idioma español, e indicará las razones y mencionará los fundamentos legales en los que se basa; (vii) el laudo será público;

(viii) los árbitros no tendrán ni ejercerán facultad alguna para actuar como amigables componedores ni para decidir en equidad y justicia, y
(ix) los costos del arbitraje se fijarán conforme lo dispongan las Reglas.”
(Fl. 171 del cd. de pruebas No.1)

3. La demanda arbitral

El 16 de mayo de 2006, los Fondos, a través de apoderado judicial, presentaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda contra la ETB, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con la interpretación de los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los Estatutos de la ETB, contenidos en la Escritura Pública No. 00012 de 7 de enero de 2004 y otros actos jurídicos celebrados en desarrollo de ellos, en particular el pago de dividendos en los años 2004, 2005 y 2006 (fls. 1 a 57 cd. ppal. 1), para lo cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 7 a 10 cd. ppal. 1):

“1. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP está obligada a pagar a los Demandantes por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB de las que son titulares, en adición al dividendo privilegiado, las sumas de VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$24.76), VEINTIDÓS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$22.13) y OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$8.96) por cada acción, correspondientes a los dividendos ordinarios decretados en las asambleas ordinarias celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, respectivamente.

2. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP está obligada a pagar a los Demandantes, por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB que hayan enajenado durante períodos ex-dividendo, reglamentados mediante la Circular Externa 13 de 1998 de la Superintendencia de Valores y el Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia, en adición al dividendo privilegiado, la suma del dividendo ordinario decretado en las Asambleas Ordinarias celebradas en los años 2004, 2005 o 2006, según sea el caso, correspondiente al período ex- dividendo en el que la acción o acciones fueron enajenadas.

3. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP está obligada a pagar a los Demandantes las sumas que la Asamblea General de Accionistas decreta como dividendo ordinario por cada acción ordinaria de esa empresa, durante el periodo que transcurra a partir de la presentación de esta demanda y hasta la notificación del laudo, petición que hago conforme lo permite el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 34 del Decreto 2282 de 1989.

4. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP no ha pagado a los Demandantes las sumas que les debe conforme a las declaraciones incluidas en las pretensiones anteriores.

5. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP incurrió y está en mora de pagar parte de las sumas a las que se refieren las pretensiones primera y segunda anteriores, desde el día siguiente a la fecha en la cual se haya efectuado el pago del dividendo ordinario a los demás accionistas de la ETB, según resulte probado en este proceso

6. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP a pagar a los Demandantes, por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB referidas en las pretensiones primera, segunda y tercera anteriores, las siguientes sumas de dinero:

6.1. La suma de VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$24.76) por acción, por concepto del dividendo ordinario decretado en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada en el 2004.

6.2. Los intereses moratorios, a la máxima tasa de interés moratorio prevista en la ley comercial, sin exceder el límite de la usura, sobre la suma referida en el numeral 6.1 anterior, desde el día siguiente a la fecha en la cual se haya efectuado el pago del dividendo ordinario a los demás accionistas de la ETB, según resulte probado en este proceso

6.3. La suma de VEINTIDÓS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$22.13) por acción, por concepto del dividendo ordinario decretado en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada en el 2005.

6.4. Los intereses moratorios, a la máxima tasa de interés moratorio prevista en la ley comercial, sin exceder el límite de la usura, sobre la suma referida en el numeral 6.3 anterior, desde día siguiente a la fecha en la cual se haya efectuado el pago del dividendo ordinario a los demás accionistas de la ETB, según resulte probado en este proceso.

6.5. La suma de OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$8.96) por acción, por concepto del dividendo ordinario decretado en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada en el 2006, suma que la Convocada deberá pagar dentro del plazo señalado en la referida asamblea, en las mismas fechas y cuotas que la Convocada disponga para el pago a los accionistas titulares de acciones ordinarias, más los intereses de mora que se causen a partir de estas fechas hasta cuando los pagos se realicen.

6.6. Las sumas que la Asamblea General de Accionistas de la Convocada haya decretado como dividendo ordinario, de conformidad con la pretensión tercera y si la circunstancia prevista en esta ocurre; más los intereses de mora que se causen sobre estas sumas, desde la fecha de mora hasta cuando tales sumas sean pagadas.

7. Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP a pagar tanto las costas como las agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso arbitral, las cuales solicito liquidar en el laudo.”

4. La causa de la solicitud

En la demanda se presentan, en síntesis, los siguientes hechos que dieron lugar a la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento:

Que la Asamblea General de Accionistas de la ETB aprobó en reunión ordinaria de 27 de marzo de 2003 (acta No. 16), el proyecto del programa de emisión de acciones denominado “Programa Acciones ETB Colombia”, aprobada previamente por la Junta Directiva de la entidad, mediante el cual se pretendía llevar a cabo un proceso de democratización de la propiedad accionaria, para lo cual se reformaron sus estatutos en materia de capital y el tipo de acciones (arts. 6, 7, 8, 9, 13, 13A, 24, 43,60 y 90), según Escritura Pública número 877 de 22 de abril de 2003 de la Notaría 46 de Bogotá, y se aprobó la emisión y colocación de *“QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES (554.000.000) de acciones privilegiadas de ETB con valor nominal CERO PUNTO CINCUENTA Y CUATRO DOS CERO CINCUENTA Y CUATRO UNO NUEVE NUEVE DOS NUEVE CERO DOS SIETE CENTAVOS (\$0,542005419929027) CADA UNA...”*

Que, así mismo, la Asamblea General de Accionistas de la ETB, en reunión extraordinaria celebrada el 19 de agosto de 2003 (acta 17), reformó el artículo 78 de los estatutos referente al pago de los dividendos, reforma que fue solemnizada mediante escritura pública número 2454 de fecha 22 de octubre de 2003 de la Notaría 46 de Bogotá.

Que según los estatutos de la ETB, contenidos en la Escritura Pública No. 12 de 7 de enero de 2004, en sus artículos 9 -clases de acciones-, 13 A –acciones privilegiadas, 77 -reparto de utilidades- y 78 –derechos al dividendo preferencial-, se confiere a los titulares de las acciones privilegiadas ETB además del pago de los dividendos ordinarios, un dividendo preferencial, que se pagaría de manera prevalente respecto de las acciones ordinarias.

Que, en efecto, en el Prospecto y en el Aviso de Oferta Pública, el cual fue publicado en el Diario La República el día 12 de mayo de 2003, documentos que

contienen el reglamento de emisión de acciones, ETB ofreció el citado privilegio a las personas que aceptaran esta oferta, la cual es vinculante para la ETB, *“...equivalente a CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$52.50), para los años 2003, 2004, 2005 y 2006 y a los dividendos ordinarios que sean decretados en su oportunidad por la Asamblea General de Accionistas a celebrarse el año siguiente a aquel en que fueron suscritas las acciones con base en las utilidades con corte a diciembre 31 del año inmediatamente anterior.”* (Resaltado de la demanda).

Que los FONDOS demandantes son titulares de acciones privilegiadas por adquisición realizada dentro del plazo de la oferta pública y con posterioridad al mismo, en virtud de lo cual se obligaron a pagar un aporte a la ETB y ésta se obligó a reconocerle la calidad de accionistas y a entregarle los derechos sobre el título correspondiente: BBVA HORIZONTE es titular de 17.635.626; COLFONDOS tiene 12.911.548; PORVENIR es titular de 7.402.193; PROTECCIÓN es titular de 46.637.044; SANTANDER S.A. es titular de 11.482.243, y SKANDIA es titular de 7.841.286, 3.348.786 y 441.854 como administradora de diferentes fondos.

Que los FONDOS tienen derecho sobre los dividendos pendientes de pago de las Acciones Privilegiadas ETB que hayan enajenado durante los períodos ex-dividendo, según los define la Circular Externa 13 de 1998 expedida por la Superintendencia de Valores y el Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia, así como también se adquirieron por ellos ese tipo de acciones durante dichos períodos, las cuales deben ser excluidas del cálculo para el pago correspondiente.

Que la Asamblea General de Accionistas de la ETB, en reuniones ordinarias celebradas en los meses de marzo de los años 2004, 2005 y 2006, decretó un dividendo ordinario de \$24.76, \$22.13 y \$8.96 por acción, respectivamente, con base en las utilidades del período contable (actas Nos. 18, 19 y 20), sumas que no han sido pagadas a los FONDOS como titulares de las acciones privilegiadas, razón por la cual se encuentra la ETB en mora respecto de los dos primeros años y en cuanto al último año aún tiene un plazo para pagar hasta la fecha en que lo haga a los demás accionistas o, en su defecto, hasta el 29 de marzo de 2007.

Que los FONDOS demandantes han solicitado a la Convocada el pago de los dividendos que son objeto de las pretensiones de esta demanda, con base en los

artículos 9, 13A, 77 y 78 de los estatutos de la Convocada, y los actos jurídicos celebrados en desarrollo de ellos.

Que la ETB ha rechazado esa solicitud de pago y ha controvertido el derecho que las Convocantes afirman tener, bajo la consideración de que tales artículos de los estatutos y los actos jurídicos celebrados en desarrollo de ellos, no confieren a los demandantes el derecho que pretenden.

5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 10 de julio de 2006, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1), fecha en la cual también se resolvió admitir la demanda (Auto No. 1), se ordenó correr traslado de ella a la convocada ETB e informar a la Procuraduría General de la Nación (fls. 281 a 283 cd. ppal. 1).

6. La oposición

La convocada, en la contestación de la demanda (fls. 329 a 401 cd. ppal. 1) se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Enfaticó que sólo hasta la presentación de la misma las Convocantes solicitaron el pago de las sumas que son objeto de las pretensiones, y que no era cierto que los artículos 9, 13A, 77 y 78 de los estatutos de ETB sustenten algún derecho en cabeza de las Convocantes, a cobrar y recibir las sumas pretendidas, pues si bien la Asamblea de Accionistas de la ETB actuó en aplicación de los estatutos de la empresa, no decretó a favor de ellas los dividendos que se reclaman en la demanda.

Agregó que tampoco había rechazado alguna petición relacionada con el pago cuestionado, y que contestó las diferentes solicitudes que, en virtud del derecho de petición, elevaron en el mes de abril de 2005 las Convocantes, explicando la metodología utilizada para el cálculo y la distribución de las utilidades.

Aclaró que la ETB ha cumplido las disposiciones que han tomado los socios de la empresa, reunidos en Asamblea de Accionistas, especialmente el referido artículo

78 de los estatutos respecto del pago de dividendos a los accionistas, así como los demás compromisos adquiridos desde el año 2003 hasta la fecha.

Señaló que, en efecto, la aprobación por parte de la Junta Directiva “de las condiciones generales del proyecto del programa de emisión de acciones”, fue precedida por una presentación de la misma y a los interesados –incluyendo a los FONDOS- de cómo se determinaron las características y el valor de la acción, hecha por los Agentes Líderes Estructuradores y Asesores del proceso de emisión y colocación de acciones, según consta en el Acta de Junta Directiva ETB No. 071 de 19 de diciembre de 2002, en la cual se explicó también la metodología del privilegio otorgado para las acciones privilegiadas que las Convocantes posteriormente comprarían, según la cual al valor apropiado por la Asamblea para dividendos, se le resta el valor correspondiente al dividendo por acción privilegiada equivalente a \$52.50 centavos por cada una de estas acciones, el cual es pagado de manera preferente a cada uno de sus titulares y una vez descontado este valor el saldo restante es repartido entre los accionistas ordinarios, sin que el dividendo por cada acción ordinaria exceda el valor correspondiente al dividendo repartido para cada acción privilegiada.

Anotó que la Junta Directiva de la ETB, en la que se encontraban representadas todas las Convocantes, a través del Presidente de ASOFONDOS y de otro miembro designado por la ETB de una terna enviada también por ASOFONDOS, elaboró, y aprobó en aplicación del mencionado artículo 78 de los estatutos de la ETB, y con el voto favorable de los mismos, los proyectos de distribución de utilidades y decreto de dividendos, correspondientes a los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, los cuales fueron presentados a la Asamblea de Accionistas para su aprobación.

Subrayó, que dichos miembros designados por los FONDOS tuvieron conocimiento detallado de la información financiera y contable en la cual se basaron los proyectos de distribución de utilidades y pago de dividendos en los ejercicios sociales aludidos, así como el derecho a votar en contra, pero que lo hicieron a favor. Añadió que, así mismo, los socios de la ETB en Asamblea de Accionistas, aprobaron los proyectos de distribución de utilidades y decreto de dividendos de los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, los cuales fueron votados favorablemente por los representantes de los FONDOS Convocantes; y que sólo en la asamblea llevada a cabo el 29 de marzo de el

2006, en la que se aprobó el proyecto de distribución de utilidades del año 2005, contrariando sus propias actuaciones anteriores, parte de las Convocantes votaron en contra del mismo, sin dejar constancia alguna de las razones de su voto.

Aseveró que los apartes citados por las Convocantes (numeral 1.15. del Prospecto de Colocación de Acciones Privilegiadas del Programa ETB Colombia, texto similar incorporado en el artículo 13 A de los Estatutos de la ETB) fueron entendidos por la Junta Directiva de la ETB y por la Asamblea de Accionistas (instancias en las cuales participaron representantes de las Convocantes), en el sentido de que, en cuanto a las utilidades correspondientes a los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, los titulares de acciones privilegiadas tenían derecho a recibir las sumas correspondientes al dividendo privilegiado decretado, pero no al dividendo ordinario, pues este último fue decretado únicamente en cabeza de los titulares de acciones ordinarias.

Agregó que la Asamblea General de Accionistas de la ETB, en reuniones ordinarias celebradas en los meses de marzo de los años 2004, 2005 y 2006, decretó un dividendo ordinario de \$24.76, \$22.13 y \$8.96 (actas Nos. 18, 19 y 20), respectivamente, “por acción ordinaria” y no “por acción”, como lo interpretan a conveniencia los FONDOS, debiendo aclararse que en dichos ejercicios sociales se decretó a favor de las mismas un dividendo preferencial de \$55.80, \$58,73, y \$61,19 y un dividendo adicional tanto para la acciones privilegiadas como ordinarias de \$22.08 y \$19.72 en los años 2004 y 2005.

Concluyó que ha dado estricto cumplimiento a las decisiones adoptadas por la Asamblea de Accionistas de la ETB, razón por la cual no está en mora de pagar suma alguna de dinero a los FONDOS pues a ellos no les corresponde recibir el dividendo que fue decretado para los titulares de acciones ordinarias, sino el que fue decretado para los titulares de acciones privilegiadas, encontrándose únicamente pendientes de pago dos cuotas, cada una por un monto de \$15,30 por acción privilegiada, según decretó la Asamblea General de Accionistas ETB en reunión ordinaria de 29 de marzo de 2006 (Acta No. 020), los cuales se harían en los meses de septiembre y noviembre de ese año.

De otra parte, formuló las siguientes excepciones: i) *“el derecho a percibir los dividendos, adicionales a los ya recibidos por parte de las convocantes, que ellas reclaman en la demanda, nunca nació a la vida jurídica”,* ii) *“la asamblea de*

accionistas actuó de conformidad con los estatutos y demás normas aplicables”, con la participación de los representantes de las convocantes; iii) *“con sus actuaciones las convocantes han violado los principios de buena fe y ‘contra factum proprium quis venire non potest”*, iv) falta de jurisdicción y de competencia, toda vez que la prosperidad de las pretensiones desconocerían las decisiones tomadas por la Asamblea de Accionistas de la ETB, materia sustraída del arbitramento, por expresa disposición legal, [arts. 191 y 194 C. Co., 408 C.P.C. 137 Ley 446/98]; v) caducidad de la acción [arts. 191 C. Co. y 421 C.P.C.]; vi) falta de integración del litisconsorcio necesario [art. 83 C.P.C], pues no se ha vinculado al proceso a los demás accionistas de la ETB; y vii) excepción genérica.

7. La competencia del Tribunal

En audiencia de trámite celebrada el 3 de octubre de 2006, el Tribunal se declaró, mediante Auto No. 10 de esa fecha, competente para conocer y resolver en derecho, las diferencias sometidas a su consideración que dan cuenta la demanda arbitral, y su contestación (Acta No. 8 a fls. 39 a 49 cd. ppal. 2).

8. El Laudo arbitral recurrido

8.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 15 de agosto de 2007 (Acta No. 26 a fls. 1 a 2 cd. ppal.), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas.

Para el Tribunal la controversia, se centra, por un lado, en el derecho que los FONDOS convocantes tienen a percibir dividendos ordinarios, en su calidad de accionistas privilegiados ETB y, por otro, en el sentido, contenido y efectos de las decisiones adoptadas por las Asambleas Generales Ordinarias de la ETB celebradas en los años 2004, 2005 y 2006.

Señaló en primer lugar el Tribunal que al fallar el recurso de reposición interpuesto por la parte convocada contra el auto de competencia, había analizado con detenimiento el tema, para concluir que no es éste un caso de impugnación de decisiones de Asamblea, y que por ello, no es posible, con fundamento en el artículo 194 del C. de Co., alegar que el Tribunal carece de competencia y jurisdicción para fallar las pretensiones de la demanda.

Aludió, así mismo, que en el auto correspondiente se había expuesto con claridad que la competencia está circunscrita a las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda, junto con los hechos y las excepciones, y que, el caso examinado versa sobre un pago por la ETB a los accionistas demandantes, titulares de Acciones Privilegiadas ETB, de los dividendos ordinarios para los períodos indicados, derecho que, según la parte convocante, había sido ofrecido en el Prospecto de Emisión y Colocación de Acciones ETB y, posteriormente, quedó consagrado en los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los estatutos de la sociedad convocada.

En este punto destacó el Tribunal que las pretensiones del trámite arbitral, difieren totalmente de aquellas que las convocantes, en proceso de impugnación de decisiones de las Asambleas de la ETB formularon ante la justicia ordinaria, tal como se apreciaba al revisar las respectivas demandas que fueron decretadas de oficio como prueba documental.

Así, observó el Tribunal que en el presente caso las partes acordaron someter las diferencias que ocurrieren entre *“los accionistas o entre éstos y la sociedad en relación con estos estatutos o con respecto a su interpretación, ejecución o cumplimiento”*, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, tal y como consta en el artículo 84 de los Estatutos de la ETB, y que las pretensiones de la demanda se encuentran dentro del marco establecido por la cláusula compromisoria, pues se trata de diferencias entre algunos accionistas y la sociedad, relacionadas con el alcance de los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los estatutos de la misma y de actos jurídicos celebrados en desarrollo de éstos, en particular el pago de dividendos en los años 2004, 2005 y 2006, razón por la cual resulta competente y, la excepción de falta de jurisdicción y de competencia no podía prosperar.

En relación con la excepción de caducidad, consideró que tampoco podía prosperar, dado que su análisis se encontraba atado a lo expuesto respecto de la excepción de falta de jurisdicción y de competencia, en tanto el argumento con el cual se soporta es el mismo, de manera que, si bien se reconoce que la competencia respecto de acciones de impugnación de decisiones de asamblea y de juntas de socios, reside en cabeza de los jueces, no obstante que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria, no resultaba aplicable en este caso el artículo 191 del C.Co., que establece el término de dos meses a la fecha de la reunión para impugnar las decisiones de las asambleas, puesto que no se está

frente a una acción de impugnación de decisiones adoptadas por las asambleas de la ETB realizadas en los años 2004, 2005 y 2006, según el análisis del contenido de las pretensiones de la demanda.

A propósito del fondo del *sub lite*, consideró el Tribunal respecto de los derechos de los accionistas privilegiados de la ETB:

Que el derecho de los accionistas de una sociedad a recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, corresponde a una situación normal u ordinaria establecida en la ley, lo tienen todas las acciones en que está dividido el capital suscrito (Art. 150 C. de Co.), y es el derecho básico al cual se refiere el numeral segundo del artículo 379 del C. de Co., en concordancia con el artículo 381 *ibídem*, de manera que cada accionista tiene el derecho esencial y sustancial a recibir de la suma que determine la asamblea para repartir como dividendo ordinario, el porcentaje que le corresponde en el total del capital suscrito, según el número de acciones que posea.

Que de los estatutos de la sociedad convocada, y en particular del artículo 13A, se colige que las acciones privilegiadas están estrechamente ligadas con las acciones ordinarias, por cuanto incorporan las mismas características esenciales que tienen éstas, como es el derecho a tener voz y voto en las asambleas y designar mediante elección miembros de las juntas directivas, percibir dividendos, entre otras, pero incorporan una o varias características adicionales, las cuales se traducen generalmente en prerrogativas de tipo económico o de representación, como en este caso un derecho a un dividendo ordinario y, además de éste, un derecho privilegiado en montos y fechas de pago preestablecidos, según se consagró en el reglamento de emisión y colocación de acciones privilegiadas bajo el programa “Acciones ETB Colombia”

Que, en consecuencia, se concluye que decretados los dividendos ordinarios, a ellos tienen derecho los accionistas titulares de acciones privilegiadas, derecho consagrado entonces en el reglamento de emisión y colocación de acciones privilegiadas bajo el programa “Acciones ETB Colombia”, en el numeral 5.8., documento de carácter obligatorio, cuya claridad no deja espacio para dudas o interpretaciones.

Que interpretaciones diferentes a la expuesta no son procedentes, toda vez que reñirían con los derechos consagrados en el reglamento de colocación de acciones, en el cual la ETB estipuló las condiciones de las acciones que emitía, y, además, serían contrarias a los derechos consagrados en el contrato social, cuyo texto es claro y no puede ser objeto de entendimientos particulares.

Que, así mismo, en el numeral 1.15 del prospecto de colocación presentado a los potenciales inversionistas a fin de vincular capital privado a la Empresa a través del Programa ETB Colombia, en iguales términos se consagra lo que previamente se consignó en el reglamento de colocación de acciones y en los estatutos de la sociedad.

Que, por tanto, de la lectura de los estatutos de la convocada, así como del prospecto de colocación, y del reglamento elaborado por la Asamblea de Accionistas, se evidencia un común denominador: los titulares de las acciones privilegiadas tienen derecho a recibir el dividendo ordinario que decreta la Asamblea sobre las utilidades de los ejercicios de los años 2003, 2004, 2005 y 2006, y además de éste al dividendo privilegiado, en la cuantía y plazos de pago establecidos en tales documentos, en ninguno de los cuales aparece condicionamiento o limitación alguna para las acciones privilegiadas en cuanto al dividendo ordinario y el pago correspondiente a que sus titulares tienen derecho en su condición de accionistas privilegiados.

Que de la lectura del numeral 1.15 del Prospecto de Colocación de Acciones emitido por la ETB, se advierte que este documento contiene igual descripción que aquella dispuesta en el numeral 13 A de los estatutos de la ETB, así como del numeral 1.16. Dividendos de Acciones suscritas.

Que en virtud de lo previsto en los estatutos de la sociedad, y obviamente en todos los demás documentos, las convocantes, en su condición de accionistas privilegiados ETB, tienen derecho al dividendo ordinario que decreten las asambleas generales ordinarias celebradas en los años 2004, 2005, 2006 y 2007 al igual que al dividendo privilegiado que se definió en el artículo 13 A del contrato social, según se consagra claramente en todos los documentos estudiados, motivo por el cual la excepción de mérito formulada por la parte convocada, denominada *“El derecho a percibir los dividendos adicionales a los ya recibidos por parte de las*

convocantes, que ellas reclaman nunca nació a la vida jurídica”, no podía prosperar.

Que las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de la ETB, en las reuniones realizadas el 14 de marzo de 2004, 29 de marzo de 2005 y 29 de marzo de 2006, en las que se decretó un dividendo ordinario de \$24.76, \$22.13 y \$8.96 para los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, respectivamente, y no se excluyó del mismo a las acciones privilegiadas, tienen fuerza vinculante para todos los accionistas, y además, no pueden ser objeto de revocación en cuanto crean situaciones particulares en favor de cada accionista, según los artículos 188 del C. de Co. y 49 de los Estatutos.

Que, expuesto lo anterior, era menester concluir que: i) la convocada debe a las convocantes los dividendos ordinarios que las Asamblea General de Accionistas decretó en los años 2004, 2005 y 2006, montos que, tal como lo afirman las convocantes y lo ha reconocido la sociedad convocada, no han sido pagados, con lo cual prosperaba parcialmente la pretensión cuarta de la demanda arbitral; y ii) que a tales dividendos ordinarios tienen derecho las convocantes por estar así consagrado en los estatutos sociales y en el Reglamento de Colocación de las Acciones Privilegiadas ETB, contenido en el Acta No. 16 de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, acciones que las convocantes adquirieron y de las que son titulares.

De otra parte, señaló el Tribunal que no prosperaba la excepción relacionada con la violación de los principios de buena fe y “*contra factum proprium quis venire non potest*” propuesta por las convocadas, teniendo en cuenta que los miembros de junta directiva son independientes y autónomos en las decisiones que toman, y las votaciones realizadas por algunas de las convocantes en las Asambleas tampoco constituyen una conducta que evidencie mala fe, ni permiten concluir que al presentar la demanda arbitral hayan obrado contra sus propios actos.

Por último, el Tribunal desestimó la excepción de indebida conformación del litisconsorcio necesario, dado que no consideró que la comparecencia del total de socios ordinarios y privilegiados de la ETB fuera indispensable para proferir el laudo arbitral, más aún cuando no se está propendiendo por la nulidad de una decisión de la Asamblea que requiera de su concurso obligatorio, sin perjuicio de que se dé un litisconsorcio facultativo.

8.2. Las partes solicitaron la aclaración, complementación y corrección del laudo arbitral, las cuales fueron negadas en Auto No. 42 de 6 de septiembre de 2007 (Acta No. 27, fl. 149 a 159 del cd. ppal.).

9. La impugnación

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente la convocada, ETB, formuló el 23 de agosto de 2007 recurso de anulación contra el mismo (fl. 120 a 123. cd. ppal.), para lo cual invocó y sustentó como causales de anulación del Laudo Arbitral (folios 173 a 225 cd. ppal.) las siguientes:

9.1 “No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal.”

Manifestó el recurrente que la cláusula compromisoria prevista en el artículo 84 de los Estatutos, con base en la cual fue convocado el Tribunal de Arbitramento dispone que el accionista que desee someter una disputa a arbitraje, comunicará por escrito, dicha circunstancia a la sociedad y a los otros accionistas, lo cual constituye un requisito de procedibilidad del arbitramento, con el propósito de dar la oportunidad a los demás accionistas de la ETB de que se enteren y permitirles buscar el arreglo directo de la controversia antes de iniciar el trámite judicial, así como dar a esos accionistas restantes la posibilidad de vincularse al proceso que se convoque, desde el inicio del mismo, pudiendo contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas, acumular su propia demanda, o coadyuvar la de alguna de las partes, según sea el caso.

Sin embargo, acusó que las sociedades convocantes no dieron cumplimiento a este requisito, pues sólo comunicaron por escrito a los demás accionistas de la ETB cuando el Tribunal de Arbitramento ya había sido convocado y la demanda ya había sido notificada y contestada por la ETB, y no previamente a adelantar esos actos procesales, como lo exige la cláusula compromisoria, omisión que fue puesta en conocimiento del Tribunal desde el momento de contestar la demanda arbitral.

Añadió que, pese al incumplimiento del aludido requisito de procedibilidad, el Tribunal se declaró competente por Auto N° 10, proferido el 3 de octubre de 2006 (Acta N° 8), decisión contra la cual ETB interpuso recurso de reposición,

impugnación que fue resuelta negativamente mediante Auto N° 13 del 17 de octubre de 2006, sobre la base de que quedaba en manos de la ETB que los FONDOS convocantes pudiesen dar cumplimiento a lo previsto en la citada cláusula, en tanto la información de los accionistas se encuentra en su poder.

Aseveró que las sociedades convocantes no intentaron comunicar a los demás accionistas de la ETB su decisión de convocar al Tribunal de Arbitramento, dado que sólo enviaron una comunicación con fecha 10 de mayo de 2006 a la ETB, informando su intención y señalando que lo hacían por su intermedio; así, puntualizó que esa era una obligación de las sociedades convocantes y no de la ETB, pero el Tribunal curiosamente la trasladó a esta última.

Sostuvo que para cumplir con su obligación de comunicar a los demás accionistas acerca de su intención de convocar el Tribunal de Arbitramento, las sociedades convocantes habrían podido acudir a "DECEVAL", o solicitar a la ETB los datos de los accionistas y, previa suscripción de un acuerdo de confidencialidad, la ETB los habría suministrado, pero nada de eso hicieron.

Concluyó que, por lo expuesto, en el presente Tribunal de Arbitramento no se cumplió con el requisito previo de comunicar a los accionistas de la ETB la intención de convocarlo, y, por ende, no se cumplió con un supuesto para la habilitación del Tribunal.

9.2. "Haber dejado de practicar, sin fundamento legal, las diligencias necesarias para evacuar pruebas decretadas."

Afirmó el recurrente que, mediante el Auto No. 14 de 17 de octubre de 2006 (Acta No. 9), el Tribunal de Arbitramento decretó una inspección judicial con exhibición de documentos y con la intervención de perito contador, incluyendo las actas de junta directiva de las sociedades convocantes, con el propósito de constatar las discusiones que habían tenido los órganos de administración de las Convocantes y las decisiones que habían tomado, acerca de los hechos materia del proceso.

Agregó que, a pesar de que el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil determina que la oportunidad procesal para oponerse a la exhibición de documentos es dentro del término de ejecutoria del auto que la decreta y de que la ETB advirtió sobre el particular, al momento de adelantarse la diligencia, las

sociedades convocantes se opusieron a exhibir las actas de junta directiva, y el Tribunal aunque había ordenado esa exhibición cuando decretó las pruebas, decidió no practicarla en los términos ordenados, sino limitarla a aquellas actas que quisieron exhibir las sociedades convocantes, a criterio de éstas, según consta en el Acta N° 18 de 21 de febrero de 2007.

Así las cosas, reprochó que las sociedades convocantes exhibieron las actas de junta directiva que quisieron, y no todas las que la convocada había pedido y el Tribunal decretó; o sea, se les permitió a las sociedades convocantes negarse a exhibir documentos que bien podrían haber sido definitivos para la decisión adoptada, diligencia que no era un capricho, pues tenía fundamento en la importancia que tenía para la decisión que debía adoptar el Tribunal, conocer la interpretación que los FONDOS tenían acerca de su reclamación.

Por las razones señaladas, en criterio del impugnante, se cumplen los requisitos definidos para la procedencia de esta causal, pues se dejaron de practicar diligencias necesarias para evacuar una prueba decretada, omisión que tuvo incidencia en la decisión y que fue oportunamente reclamada por la ETB.

9.3. “Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos y disposiciones contradictorias.”

En su opinión existe una contradicción evidente en la parte resolutive del Laudo Arbitral, toda vez que, por un lado, el Tribunal condena al pago de dividendos, pero, por otro lado, señala -incluso en la parte resolutive al denegar la primera excepción propuesta por la ETB- que su decisión no modifica las decisiones tomadas por la asamblea de accionistas de la ETB, particularmente aquellas relacionadas con la apropiación de sumas para el pago de dividendos, cuando en realidad sí ocurrió así. En efecto, en su concepto, no es posible dar cumplimiento al numeral cuarto de la parte resolutive del Laudo, dado que en el mismo el Tribunal ordenó pagar más dinero a los FONDOS por concepto de dividendos ordinarios siendo accionistas privilegiados y la única vía para hacerlo sería alterar o modificar esa distribución de utilidades que hizo la asamblea en las reuniones ordinarias de los años 2004, 2005 y 2006 y que fueron ya pagadas a los accionistas de la ETB.

Acusó que lo anterior se evidencia a partir de los cálculos relacionados con el ejercicio social de los años 2003, 2004 y 2005, en los que los valores de las utilidades apropiadas y destinadas por la Asamblea para ser repartidas como dividendos, después de hechas las correspondientes reservas, fueron de \$99.715.464.805,64, \$93.617.935.033,28 y \$53.298.664.786,59, respectivamente, mientras si se agregase el valor de los dividendos a que se refiere la decisión del Tribunal ya no serían esas sumas, sino las de \$102.395.101.321,04, \$96.012.941.358 y \$54.268.355.562,59, en su orden.

Concluyó, entonces, que no existe identidad matemática entre lo efectivamente apropiado por la Asamblea de Accionistas de la ETB para los años 2003, 2004 y 2005, y lo condenado por el Tribunal, de donde se deduce que existen errores aritméticos en la parte resolutive del Laudo, incongruencia que dice haber sido puesta de presente por la ETB al Tribunal de Arbitramento, por medio de la solicitud de aclaraciones y corrección de errores aritméticos del laudo arbitral.

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

Indicó el impugnante que, en el caso *sub examine*, con el pretexto de interpretar el alcance de las decisiones tomadas por la asamblea de accionistas relacionadas con el decreto de dividendos, el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral suplantó, de facto, a la asamblea de accionistas para ordenar el pago de unos dividendos que no fueron decretados, punto que la ley sustrae de la competencia de cualquier jurisdicción.

Reiteró que, en efecto, en las reuniones ordinarias de la Asamblea General de Accionistas de la ETB celebradas los días 24 y 29 de marzo de los años 2004, 2005 y 2006, fueron aprobadas las propuestas de distribución de utilidades y decreto de dividendos formuladas por la Junta Directiva de ETB, correspondientes a los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, y en aplicación de los Estatutos y del Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones Privilegiadas, se decretó el dividendo ordinario sólo a favor de los accionistas ordinarios pero no de los accionistas privilegiados; y a los accionistas privilegiados les fue decretado únicamente el dividendo privilegiado (actas Nos. 18, 19 y 20).

Enfatizó que, sin embargo, el día 16 de mayo de 2006, los FONDOS presentaron demanda arbitral contra la ETB, en cuyas pretensiones (1., 2. y 6., 6.1. a 6.6.) partieron de la base de que la asamblea de accionistas, había decretado para esos años, dividendos ordinarios a favor de los accionistas privilegiados, en adición a los dividendos privilegiados y que estaba dicha entidad en mora de cumplir con su pago, conducta abiertamente contradictoria con lo indicado en acciones previas ante la Superintendencia de Valores y en demanda de impugnación presentada el 26 de mayo de 2006 ante el Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá -paralela a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento-, contra la decisión de la Asamblea General de Accionistas del mes de marzo de ese año, por considerar que era nula al no haber decretado dividendos ordinarios en cabeza de los accionistas privilegiados.

Subrayó que desde el comienzo había informado al Tribunal que de prosperar alguna de las pretensiones de las Convocantes -como a la postre ocurrió-, el laudo arbitral implicaría inevitablemente la modificación de las decisiones tomadas por los accionistas de la ETB en las Asambleas Ordinarias de los años 2004, 2005 y 2006, mediante una vía judicial completamente improcedente, en la medida en que la única acción legal contra las decisiones de asambleas de accionistas es la acción de impugnación de dichas decisiones, que tiene un término perentorio para que se produzca la caducidad de 2 meses desde la fecha de la decisión impugnada; exige que el impugnante sea ausente o disidente, y se encuentra expresamente proscrita al conocimiento de un tribunal arbitral, pues está reservada a los jueces ordinarios de acuerdo con los artículos 191 C. de Co. y 421 del C. P. Civil y, en ciertos casos, a la Superintendencia de Sociedades, según el artículo 137 de la Ley 446 de 1998.

Recalcó que, con todo, el Tribunal se pronunció acerca de asuntos que van más allá, no solamente de la competencia que la ley y las partes le otorgaron, sino de la competencia que él había establecido, pues no se limitó a fijar el alcance de los estatutos sociales, sino que decidió interpretar qué decisiones había tomado la asamblea de accionistas en sus reuniones ordinarias y, con la excusa de interpretar actas cuyos textos son claros, decretó dividendos por vía judicial, suplantando a la asamblea de accionistas, en asuntos que son de su competencia privativa.

Consideró que, en efecto, basta con dar un vistazo a las actas de las Asambleas Ordinarias de Accionistas de la ETB, llevadas a cabo en los años 2004, 2005 y 2006, para corroborar que en esas reuniones se decidió decretar dividendos ordinarios únicamente a favor de accionistas ordinarios y dividendos privilegiados a favor únicamente de accionistas privilegiados, como quedó plasmado en las mismas. Sin embargo, manifestó que el Tribunal de Arbitramento se las arregló para tergiversar las actas, atribuyéndoles lo que no dicen y afirmar que los accionistas decidieron algo que no decidieron, y con base en su acomodación, condenar a la ETB a pagar a favor de los FONDOS Convocantes unos dividendos ordinarios que los accionistas nunca decretaron. Al efecto plantea el interrogante de que si hubiera sido cierto que la Asamblea decretó dividendos ordinarios a favor de las acciones privilegiadas y las convocantes así lo hubieran creído, *“¿cómo explicar que no hubieran promovido el correspondiente proceso ejecutivo?”*

En síntesis, en su sentir, el Tribunal de Arbitramento condenó a la ETB con base en una decisión que los accionistas nunca tomaron y que era totalmente clara en las actas de la asamblea de accionistas, y así, con su decisión, el Tribunal cambió las decisiones que los accionistas válidamente tomaron en el seno de la asamblea, suplantando de manera ilegal, por fuera de su competencia, este órgano social, a quien corresponde disponer en forma privativa de las utilidades sociales y decreto de dividendos, según los artículos 187 Nos. 2 y 3, 420 No. 2, y 455, del C. de Co.

De lo anterior infirió que en el ordenamiento jurídico ningún juez puede reemplazar la voluntad de la Asamblea, y si la decisión es contraria a los estatutos o a la ley los accionistas ausentes o disidentes, éstos pueden ejercer la acción de impugnación, caso en el cual el juez ordinario (nunca el arbitral), podrá declarar nula la decisión y ordenar la correspondiente indemnización de perjuicios, pero jamás podrá sustituir la voluntad de la Asamblea para disponer de las utilidades sociales.

Así las cosas, concluyó que el Tribunal de Arbitramento, al momento de resolver sobre el fondo de la litis, decidió cambiar materialmente las decisiones de distribución de utilidades y decreto de dividendos, que habían sido tomadas por los accionistas de la ETB -entre ellos el Distrito Capital de Bogotá- reunidos en las Asambleas de Accionistas llevadas a cabo el 24 de marzo de 2004, el 29 de

marzo de 2005 y el 29 de marzo de 2006, para decretar por vía judicial dividendos ordinarios a favor de las sociedades convocantes en su calidad de accionistas privilegiados de la ETB y también modificó, de hecho, la decisión en cuanto al monto total de utilidades apropiadas como dividendos para cada uno de esos ejercicios sociales, lo cual no solamente está por fuera de la competencia del Tribunal, sino que es absurdo e imposible.

Por lo anterior, estimó que se configura la causal de anulación alegada y consideró que lo sucedido no sólo implicó una violación del debido proceso, por cuanto las normas de jurisdicción y competencia prohíben a los árbitros conocer de los procesos de impugnación de decisiones de asamblea de accionistas y a todo juez usurpar las funciones privativas de la asamblea de accionistas, sino *“...un escamoteo de los principios básicos del derecho de sociedades como es el de la firmeza de las decisiones del máximo órgano social, una vez expirado el término de caducidad de dos meses...”*

10. Los alegatos al recurso

En la oportunidad correspondiente los FONDOS presentaron escrito (fls. 226 a 260 cd. ppal.), en el cual se opusieron al recurso impetrado por la ETB y solicitaron declararlo infundado. Consideran que la sustentación del recurso de anulación presentada por la recurrente es un alegato de fondo, propio de una segunda instancia judicial y totalmente extraño al recurso de anulación de laudos arbitrales, con el cual, por tanto, se pretende reabrir un debate ajeno a esta jurisdicción; en él la ETB se duele de las conclusiones a las que llegó el Tribunal Arbitral que condenó un incumplimiento suyo de los estatutos y del prospecto de colocación de acciones.

(i) En cuanto a la causal de “no haberse constituido el tribunal en forma legal”, manifiestan que la notificación del deseo de someter la disputa a los accionistas, prevista en el artículo 84 de los Estatutos, no es un requisito de procedibilidad. En su criterio, cuando la ETB considera que no se cumplió con el requisito previo de comunicar a sus más de cuarenta mil accionistas la intención de convocar el tribunal, tergiversa el texto del artículo 84 de los Estatutos al decir que éste pretende otorgar a los accionistas la *“posibilidad de vincularse al proceso que se convoque, desde el inicio del mismo, pudiendo contestar la*

demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas, acumular su propia demanda, o coadyuvar la de alguna de las partes, según sea el caso”.

Alegan que para la ETB lo que es simplemente una notificación a los accionistas del deseo de iniciar demanda arbitral, realmente se constituye en un litisconsorcio necesario, o notificación de demanda, o convocatoria para arreglo directo, *“...línea expuesta por su accionista mayoritario (el Distrito Capital) en recientemente fracasada acción de tutela cuya decisión adjunto, una inadmisibles y peligrosa teoría de litisconsorcio necesario de la ETB, como demandada, y todos sus accionistas...”*

En su criterio, la tesis de la ETB consiste, en resumen, en que sus estatutos condicionaron el acceso a la institución arbitral a requisitos contractuales, no previstos ni autorizados procesalmente, y que además son imposibles de cumplir por un simple accionista, que no conoce ni tiene acceso a un listado sujeto a reserva, de los más de cuarenta mil accionistas de la ETB, de manera que tiene como propósito impedir que contra la ETB se presente cualquier tipo de reclamación. Así, denuncian que, incluso, la ETB exigió unos compromisos de confidencialidad de alta peligrosidad para entregar la legalmente reservada lista de accionistas, lo que llevó a que el Tribunal considerara que solo la ETB debía manejar esa información.

No obstante lo anterior, señalan que sí cumplieron, antes de iniciar el trámite arbitral, con la notificación del deseo de presentar demanda arbitral a la ETB a los demás accionistas, cuando solicitaron a la misma transmitirles dicha notificación, y lo hicieron así porque no disponían, ni dispusieron durante el trámite arbitral, de las bases de datos de aquéllos y sin ella era imposible dar tal notificación.

Aseveran que la ETB sí comunicó la notificación referida a todos sus accionistas desde el 15 de mayo de 2006 a través de la información eventual de la ETB publicada en su página web www.accionesetb.com, aviso éste que consideran más que suficiente para cumplir con la estipulación contractual que, en caso de duda, debe ser interpretada en la forma en que garantice el acceso a la administración de justicia y mejor permita la resolución arbitral del conflicto, y no en la forma que impidiera la convocatoria del tribunal o dejara de producir efectos.

Sostienen que, al insalvable requisito al que la ETB ha pretendido acudir para

evitar que sus accionistas la demanden, se debe sumar un argumento económico que no puede ser pasado por alto, según el cual debieron asumir su costo, superior a los \$50.000.000, valor inalcanzable para la gran mayoría de los 40.000 accionistas minoritarios de la ETB, de manera esa tesis conlleva a que el accionista que no tenga esos recursos no tiene una verdadera acción o facultad para demandarla.

Finalmente, concluyen que, con todo, una vez dado el aviso directo a los accionistas, así fuera innecesario, se saneó cualquier vicio que ahora pudiera alegar la ETB.

(ii) En relación con la causal “haber dejado de practicar, sin fundamento legal, las diligencias necesarias para evacuar pruebas decretadas”, advierten que la inconformidad del recurrente no es realmente sobre la práctica o no de una prueba de inspección judicial con exhibición de documentos que incluyó las actas de la Junta Directiva de las Sociedades Convocantes, sino en relación con la valoración que el Tribunal Arbitral le dio a la afirmación de las convocantes acerca de haber exhibido la totalidad de las actas relevantes, dado que consideró que hubo renuencia y aspiraba a que se sancionara a los FONDOS con la valoración en su contra de esta conducta.

Aducen que la prueba que la recurrente reclama como omitida sí fue practicada a completa satisfacción del propósito pedido, toda vez que los FONDOS, aportaron al trámite arbitral cada una de las actas de la junta directiva, asamblea de accionistas y comités de presidencia en las que constan la totalidad de discusiones sostenidas por dichos órganos de dirección en relación con temas objeto del debate en el proceso. Así pues, en su sentir, la inconformidad del recurrente no es realmente en cuanto a si las Sociedades Convocantes exhibieron o no un documento, sino a los efectos que el Tribunal Arbitral atribuyó a dicha conducta en el ejercicio de la valoración probatoria.

Además, esgrimen que la entidad recurrente no solo no prueba cómo el resultado hubiera sido distinto al practicar la prueba, sino que omite incluso afirmaciones sobre tales diferencias; sencillamente “...se aferra a un argumento, fracasado en el trámite arbitral, según el cual pretende dar más valor a una supuesta intención de una parte que a la literalidad del prospecto de colocación de acciones lo cual carece de sentido en el mercado público de valores...”. Por lo anterior, coligen que

debe rechazarse esta causal pues se trata de cuestionamientos a errores *in iudicando*, y no errores *in procedendo*.

(iii) En relación con la causal “contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos y disposiciones contradictorias”, puntualizan que el recurrente aspira a una curiosa y novedosa pero inexistente causal de extinción de obligaciones o exoneración de responsabilidad, según la cual la ETB sólo podría ser condenada a pagar la condena en la medida que el dividendo apropiado por la Asamblea sea suficiente para satisfacer los montos de la condena, como si un propio error blindara a la sociedad de reclamos de los accionistas y equivale a decir que un deudor puede liberarse de la obligación simplemente mediante el no reconocimiento de ésta dentro de sus estados financieros.

En consecuencia, afirman que la parte resolutive del laudo no contiene errores aritméticos, y los que el recurrente pretende presentar como tales, no son del Tribunal, sino de la Asamblea de Accionistas de la ETB o de la administración de la ETB, al haber apropiado, según se acusa, sumas por dividendos insuficientes para pagar sus obligaciones por este concepto. De ahí que, en su sentir, las contradicciones alegadas no son en la parte resolutive del laudo, sino que se refieren a oposiciones de fondo a los argumentos y conclusiones del Tribunal Arbitral.

(iv) En lo atinente a las manifestaciones sobre la causal de nulidad “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo pedido”, para los FONDOS resulta inexplicable que el recurrente insinúe que ella se ha configurado, pues, en su concepto, la correspondencia entre la pretensión y la decisión es plena y se soporta en argumentos de fondo expuestos por el Tribunal Arbitral en los temas relativos al dividendo ordinario decretado, el hecho de venir contra actos propios anteriores, las posiciones expresadas en otras acciones judiciales, las decisiones de la Asamblea de Accionistas en sus reuniones ordinarias, etcétera.

De manera que, puntualizan, el recurso no cuestiona la congruencia, la armonía entre pretensiones y resoluciones, sino las interpretaciones de derecho y las consideraciones *in iudicando*, razón para desestimar la causal. A su juicio, basta comparar las pretensiones de la demanda con lo resuelto por el Tribunal, para inferir que éste no hace otra cosa que resolver, en armonía con lo pedido, la

prosperidad de las pretensiones cuarta, quinta (parcialmente) y sexta de la demanda.

11. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Quinto Delegado ante la Corporación, presentó concepto, en el que consideró que ninguna de las causales invocadas estaba llamada a prosperar, pues el recurrente *“...dedica la totalidad de su discurso a cuestionar la valoración probatoria y los argumentos jurídicos que llevaron al Tribunal de Arbitramento a proferir su decisión...”*, lo cual no es materia de este recurso (fls. 282 a 296 cd. ppal.).

A su juicio, la primera causal de indebida conformación del Tribunal Arbitral resulta improcedente, porque no se demostró el cumplimiento de su requisito de procedibilidad, esto es, que el recurrente hubiere manifestado expresamente durante la primera audiencia de trámite que el tribunal no se había constituido en forma legal, dado que si bien en esa oportunidad la ETB manifestó algunas inconformidades, ninguna de ellas estaba dirigida a cuestionar la legalidad de la constitución del tribunal de arbitramento.

Igualmente, considera que no puede prosperar la segunda causal, porque el decreto y práctica de la inspección judicial se adelantó en legal forma y, además, cumplió con el objetivo pretendido, dado que la exhibición de los libros de actas de Junta Directiva y Asamblea de Accionistas únicamente puede decretarse y efectuarse -tal como se hizo- sobre aquellos documentos que tuvieran relación con los hechos materia de controversia -acciones de ETB-, tal como lo disponen los artículos 61, 64 y 65 del Código de Comercio.

Tampoco estima que se hubiese configurado la tercera causal, por cuanto el recurrente no precisa en qué numerales de la parte resolutive del laudo se hallan los errores aritméticos que en su criterio vician de nulidad la decisión arbitral, ni cuáles son las contradicciones que existen entre las disposiciones adoptadas en la providencia arbitral, sino que se limita a cuestionar los motivos que condujeron al Tribunal a proferir su decisión y a exponer las razones por las cuales considera que la estimación de las cuantías a favor de las Sociedades convocantes, a título de dividendos, modifican y desconocen las decisiones de la Asamblea de Accionistas.

Finalmente, no encuentra fundada la última causal “*extra o ultra petita*”, sino que, por el contrario, observa que la decisión guarda congruencia con las pretensiones de la demanda y los argumentos defensivos expuestos por la convocada, “...*las cuales fueron objeto de un juicioso estudio por parte de los árbitros, que les condujo a declarar su prosperidad...*”

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará:

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.

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 los recursos de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, proferido con ocasión de las controversias contractuales suscitadas en virtud de un contrato 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.

Al amparo del criterio mayoritario de la Sala y de la mencionada jurisprudencia, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la entidad convocada, como quiera que según se desprende de dicha providencia al ser una entidad pública una de las partes del negocio jurídico fuente del conflicto (contrato de sociedad), esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que la referida Ley 1107 de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 33.645, 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 mediante el cual se había declarado la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción en dicho proceso.

2006, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”².

2. DEL ARBITRAMIENTO Y DEL RECURSO DE ANULACIÓN

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

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

“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116³ 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

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

³ Nota original de la providencia transcrita: “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.”

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.

“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^[4].

“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 ^[5], 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:

⁴ Nota original de la providencia transcrita: “El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, no simplemente señala ahora que este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.”

⁵ Sistema de causales que fue unificado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, según se explicará más adelante.

“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)⁶, 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.

⁶ Nota original de la providencia transcrita: “La Sala ha manifestado que las causales instituidas en normas anteriores, como en el Decreto 2779 de 1989, no son aplicables contra laudos que versen sobre contratos estatales. (...) Sentencia de 1 de agosto de 2002; Exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp.19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez.”

“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 privado⁷, 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 o 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.

“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

⁷ Nota original de la providencia transcrita: “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”.

Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

(...)

“Un nuevo análisis del asunto induce a la Sala a reconsiderar este criterio porque, en casos como el presente, las causales de anulación aplicables deben ser las contenidas en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, dado que el contrato suscrito el 16 de junio de 1997 (...) se rigió por el derecho privado, según lo disponía el artículo 31 original de la ley 142 de 1994^{8.}”⁹

“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 desarrollado¹⁰, 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 judicando*, 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

⁸ Nota original de la providencia transcrita: “Esta norma fue modificada, en el año 2001, por la ley 689, pero mantuvo el mismo sentido normativo de la derogada.”

⁹ Nota original de la providencia transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31024, C.P. Alier Hernández Enríquez.”

¹⁰ Nota original de la providencia transcrita: “Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809 y el 24 de octubre de 1996, Exp. 11632. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en esta última se hace una descripción de los límites a los que está sometido el juez de anulación.”

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.¹¹
- 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 laudo¹²; 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 Política¹³. [14]¹⁵

De la jurisprudencia que antecede, y que ahora se reitera, la Sala 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.

¹¹ Nota original de la providencia transcrita: “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.”

¹² Nota original de la providencia transcrita: “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.”

¹³ Nota original de la providencia transcrita: “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.”

¹⁴ Actualmente, de acuerdo con la Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32.871, 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; igualmente, indicó que 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.

¹⁵ 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.

De otra parte, conviene también puntualizar que con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, como se observó las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 y aplicable a los contratos estatales; y la segunda, en el artículo 38 de la Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Empero, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 31 de la Ley 142 de 1994, conclusión que se apoyó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

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

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

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

“La variación del juez, sin embargo, no lleva ínsito 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.”¹⁶

No obstante, este tema se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son 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”.

Por consiguiente, a partir de la vigencia del anterior precepto¹⁷, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 de la Ley 1818 de 1993, con independencia de que el contrato origen del conflicto en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o también por el estatuto de contratación pública.

En tal virtud, si bien cuando en el *sub examen* se interpuso el recurso extraordinario contra el laudo arbitral (23 de agosto de 2007) no se encontraba vigente la reforma al sistema de causales, la Sala estima, con apoyo en su jurisprudencia, que, por tratarse el contrato fuente del conflicto dirimido en la providencia arbitral impugnada de un negocio jurídico regido por el derecho privado (contrato de sociedad) y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las causales de nulidad que resultan aplicables,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

¹⁷ Vigente en la mayor parte de su articulado incluyendo el citado a los seis (6) meses después de su promulgación de acuerdo con el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

corresponde a las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

La Sala anulará el laudo arbitral impugnado proferido el 15 de agosto de 2007, dado que estima que en el *sub examen* se configuró la causal señalada en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1991), *“Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*.

Por tal motivo, la Sala advierte de entrada que, teniendo en cuenta que la mencionada causal prosperará, no se pronunciará en relación con las demás causales invocadas (*“No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal”*, *“Haber dejado de practicar, sin fundamento legal, las diligencias necesarias para evacuar pruebas decretadas”*, y *“Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos y disposiciones contradictorias”*), pues al infirmar el laudo arbitral con base en ella resulta innecesario el estudio de fondo de las otras.

3.1. Causal invocada: *“...Haberse (sic) 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 recurrente

Según el recurrente esta causal se configura porque un Tribunal de Arbitramento no es competente para modificar la decisión acerca del reparto de utilidades sociales tomada por la asamblea de accionistas, pues, por disposición legal, es la asamblea de accionistas quien tiene la competencia privativa para tomar esa decisión, y ningún juez puede suplantarla para modificar la decisión acerca del decreto y distribución de dividendos, ni siquiera el juez que conoce de la impugnación de actas de la asamblea, dado que, en ese caso, sólo está habilitado legalmente para declarar nulas esas decisiones y ordenar el pago de una indemnización equivalente al monto de las utilidades que el impugnante dejó de recibir como consecuencia de la decisión nula, pero no para sustituir a la asamblea y decretar dividendos.

Agregó que si hubiera sido cierto que la Asamblea decretó dividendos ordinarios a favor de las acciones privilegiadas y las convocantes así lo hubieran creído, *“¿cómo explicar que no hubieran promovido el correspondiente proceso ejecutivo?”*

Así, consideró que lo que hizo el Tribunal fue cambiar las decisiones que los accionistas válidamente tomaron en el seno de la asamblea, suplantando de manera ilegal, por fuera de su competencia, este órgano social, a quien corresponde disponer de las utilidades sociales y decreto de dividendos (artículos 187 Nos. 2 y 3, 420 No. 2, y 455, del C. de Co.); y, también, por una vía judicial completamente improcedente, en la medida en que la única acción legal contra las decisiones de asambleas de accionistas es la acción de impugnación de dichas decisiones, que tiene un perentorio término de caducidad de 2 meses desde la fecha de la decisión impugnada, exige que el impugnante sea ausente o disidente y está expresamente proscrita al conocimiento de un tribunal arbitral, pues se encuentra reservada a los jueces ordinarios de acuerdo con los artículos 191 C. de Co. y 421 del C. P. Civil y, en ciertos casos, a la Superintendencia de Sociedades, según el artículo 137 de la Ley 446 de 1998.

El impugnante concluyó denunciando un artilugio en el proceso arbitral, el cual explicó así:

“...Para ‘sortear’ la evidente falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, las sociedades convocantes afirmaron en el proceso arbitral que no estaban impugnando las decisiones de la asamblea de accionistas de la ETB, pese a que ellas, en procesos anteriores, por cierto fallidos, que iniciaron ante la Superintendencia de Valores, ante la evidencia de que la Asamblea no había decretado dividendos ordinarios para las acciones privilegiadas, pidieron la nulidad de la decisión por violatoria de los Estatutos y el Reglamento de Colocación. Y en otro proceso actualmente en curso (iniciado ante el juez ordinario unos pocos días después de haber presentado la convocatoria arbitral) sí decidieron impugnar una de estas decisiones (la correspondiente al ejercicio social del año 2005 que consta en el acta de asamblea de la reunión ordinaria del 2006), por considerar que está en contra de los estatutos.

Valga resaltar acá la incoherencia jurídica y ética de las convocantes en sus planteamientos y comportamiento, pues en tanto que allá pidieron la nulidad de las decisiones de la Asamblea por considerarlas contrarias a los estatutos, en el proceso arbitral disfrazaron su verdadero propósito de obtener dividendos no decretados por la Asamblea diciendo que ésta sí los había decretado. (...)

Pero, siendo conscientes de que no podían aparecer, en el proceso arbitral, controvirtiendo las decisiones de la asamblea, pues los árbitros carecen de competencia para esa controversia, las sociedades convocantes dijeron negar, en el proceso arbitral —y sólo en el proceso arbitral—, lo que antes habían afirmado y hoy siguen sosteniendo en el otro proceso en curso. Así, mientras en esas otras actuaciones los Fondos reconocieron que la asamblea de accionistas no había decretado los dividendos reclamados, que es lo que se desprende de manera evidente del texto de las actas de asamblea, por lo cual pedían su nulidad, en el proceso arbitral los Fondos aparecieron afirmando que la Asamblea había decretado dividendos ordinarios en su favor y reclamando su pago, como si pudiera concebirse la prosperidad de esa pretensión sin alterar la decisión de la Asamblea.

Según las sociedades convocantes del proceso arbitral (¡¡y el Laudo les dio gusto!!), las actas de asamblea "deberían" leerse como si hubieran incorporado la decisión que las convocantes consideraban más apegada a los estatutos de la ETB. Leídas así, como por ensalmo, dejarían de contrariar los estatutos para estar completamente de acuerdo con ellos y, con el mismo sortilegio, el Tribunal de Arbitramento, guiado por las convocantes, asumió competencia, "superando" los "incómodos" obstáculos de legitimación en la causa, caducidad, competencia y jurisdicción que la ley prevé para el ejercicio de la acción de impugnación.

Los árbitros, al fallar a favor de las convocantes, cambiaron la distribución de dividendos que había adoptado la asamblea de accionistas de la ETB..."

3.1.2. La oposición

En concepto de los FONDOS, el recurso no cuestiona la congruencia, que es a lo que refiere la causal, esto es, la armonía entre pretensiones y resoluciones, sino las interpretaciones de derecho y las consideraciones *in iudicando* que hizo el Tribunal Arbitral, razón para desestimar este cargo. A su juicio, basta comparar las pretensiones de la demanda con lo resuelto por el Tribunal, para inferir que éste no hace otra cosa que resolver, en armonía con lo pedido, la prosperidad de las pretensiones cuarta, quinta (parcialmente) y sexta de la demanda; de manera que *"[h]ay perfecta armonía entre las pretensiones de la demanda y las decisiones del Tribunal que el recurrente pretende cuestionar"*.

Finalmente, el apoderado de los Fondos manifestó que no podía pasar por alto ciertas afirmaciones del recurrente y que aclaraba que *"...el verdadero imperativo de conducta profesional impone que, ante dos interpretaciones posibles, que dan lugar a dos acciones distintas, una contractual y otra de impugnación [escrito que dice haber allegado al trámite arbitral], existiendo frente a una ellas un término de*

caducidad, el actor actúe en concordancia e inicie ambas acciones en lugar de esperar pasmado a que una sola de ellas se agote o fructifique, mientras la otra caduca...”; y, además, que “[n]o es la primera y única vez que un conflicto admite varias interpretaciones (que por demás, reitero, no hacen parte de lo discutido en un recurso de anulación). Ni es falta de ética asumir que los jueces acojan una u otra...”

3.1.3. Concepto de la vista fiscal

Observa que la decisión guarda congruencia con las pretensiones de la demanda y los argumentos defensivos expuestos por la convocada, *“...las cuales fueron objeto de un juicioso estudio por parte de los árbitros, que les condujo a declarar su prosperidad...”*

3.2. Análisis de la Sala

El problema jurídico que se plantea en el recurso se concreta en establecer si los árbitros tenían o no competencia para conocer y dirimir la controversia planteada por los FONDOS, relacionada con el incumplimiento de una obligación de pago de unos dividendos por parte de la ETB para los años 2004, 2005 y 2006, a los que creen tener derecho en su calidad de socios titulares de acciones privilegiadas, de acuerdo con los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los Estatutos de la ETB, contenidos en la Escritura Pública No. 00012 de 7 de enero de 2004 y otros actos jurídicos celebrados en desarrollo de ellos.

Para efectos de resolver el cargo por falta de competencia de los árbitros que, según el recurrente, configura la causal invocada de nulidad del laudo (haber recaído sobre puntos no sujetos a decisión), la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: i) ámbito y alcance de la causal invocada; ii) la potestad de la Asamblea General para decretar y repartir las utilidades sociales; iii) la impugnación de las decisiones y actos de la Asamblea General de Accionistas o Junta de socios; iv) la prohibición de ventilar ante la justicia arbitral las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades; v) el proceso ejecutivo como vía para el cobro judicial de las utilidades, y la regla general de inadmisibilidad de su procedencia en el arbitramento; y vi) la configuración de la causal en el *sub examine*.

3.2.1. Ámbito y alcance de la causal invocada

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.¹⁸

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

¹⁸ 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...”

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).¹⁹

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 1993²⁰, 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.²¹(...)²² (Subraya la Sala).

La causal de nulidad contra fallos *ultra* y *extra petita* sanciona la falta de competencia del tribunal de arbitramento en la decisión. En efecto, 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 parte, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia.

En verdad, ya la Sala de tiempo atrás lo había explicado, así:

“En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser

¹⁹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁰ Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19.090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²¹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356, C.P. María Elena Giraldo Gómez (...).”

²² 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.

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 del concreto tema arbitral."²³

Y en otra oportunidad, manifestó:

"...Se ha entendido que dicha causal tiene que ver con el principio de la congruencia, que consiste en que el laudo arbitral deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas. La causal prospera cuando el laudo decide más allá de lo pedido, esto es, ultra petita o, cuando el laudo decide sobre puntos no sometidos a la decisión arbitral, es decir, extra petita.

Sin embargo, dicha causal es aplicable también cuando los árbitros exceden los límites de su competencia determinada en la ley. (...)

Es necesario precisar, también, en que consiste el error in procedendo y su diferencia con el error in judicando. Al respecto, la sentencia de 17 de agosto de 2000 dijo lo siguiente:

Para precisar este aspecto e insistir en la diferencia que existe entre lo que es materia de impugnación por la vía del recurso de apelación y lo que es por la vía del recurso de anulación, único recurso posible para revisar el laudo arbitral (con la salvedad hecha del recurso extraordinario de revisión), tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.

*Y por error in judicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir "en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo", cuya consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia²⁴.*²⁵

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁴ "En tal sentido puede verse a EDUARDO J. COUTURE en su obra *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981. P.344-345."

²⁵ "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente: 17.704, actor: Sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. INCONSTRUC LTDA."

Conforme a la jurisprudencia citada, cuando los árbitros se pronuncian sobre asuntos que no son de su competencia, se puede entender como puntos no sujetos a su decisión, por lo que prosperaría la causal establecida en el ordinal cuarto del artículo 72 de la ley 80 de 1993. Dichas actuaciones encuadran perfectamente dentro del llamado error in procedendo, pues los árbitros se apartan de las normas procesales que regulan el juicio arbitral...”²⁶

En oportunidades anteriores, ha dicho también la Sala que para determinar el cumplimiento del principio que consagra la congruencia de las providencias judiciales es menester realizar un proceso comparativo no solo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, con la sentencia o laudo arbitral, sino también entre la parte considerativa o motiva de la providencia y la parte resolutive de la misma, dado que las providencias judiciales deben guardar armonía tanto interna como externa²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe: a) 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 b) 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 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:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 1992, Exp. 21.217, C.P. Alir E. Hernández Enríquez.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de junio de 2001, Exp. 17369. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. En esta providencia se cita la Sentencia de 13 de febrero de 1998, Exp. 8714, Sección Cuarta, según la cual la incongruencia “...*interna, está referida a la armonía entre la parte considerativa y la resolutive de la sentencia. La externa, se traduce en la concordancia debida entre el pedido de la partes en la demanda y su corrección, las excepciones con la sentencia y encuentra su fundamento en el artículo 170 del C.C.A., armónico con los artículos 304 y 305 del C.P.C...*”.

- i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos sustraídos a la decisión arbitral o 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 materiales y temporales 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.

En suma, la falta de jurisdicción o competencia, en cuanto al recurso de anulación se refiere, materialmente, según lo ha explicado la Sala en varias oportunidades, se encuadra en la causal de "*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, o numeral 4 del artículo 72 original de la Ley 80 de 1993)²⁸, pues, en esencia, lo que envuelve esta causal de anulación es que los árbitros se han extralimitado total o parcialmente de las facultades o atribuciones decisorias (competencia), al otorgar más de lo pedido o resolver asuntos que no estaban sometidos a arbitramento por la Constitución y la ley, el pacto arbitral y las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso.

3.2.2. La potestad de la Asamblea General para decretar y repartir las utilidades sociales.

La utilidad es la ganancia, interés o beneficio económico que reporta la sociedad en desarrollo de su objeto y sus actividades, a cuyo reparto tienen vocación todos

²⁸ Desde la perspectiva procesal de los juicios de instancia constituyen hechos constitutivos de nulidades insaneables (art. 140 Nos. 1 y 2 del C.P.C).

los socios o accionistas en proporción o en la medida de su efectiva participación en su capital pagado (art. 150 C. Co.²⁹) o de los privilegios válidamente establecidos (381 del C.Co.), conforme a la ley y a los estatutos de la misma. Este elemento esencial del contrato social, en caso de reportarse en cada ejercicio social³⁰, está destinado a ser dividido, distribuido o repartido entre los socios (art. 98 C. Co), luego de realizar las reservas legales, estatutarias u ocasionales y las apropiaciones para pagos de impuestos (arts. 110, 154, 350, 371, 452, 453 C. de Co.), operación de la cual surge el dividendo, utilidad líquida o ganancia neta obtenida por la sociedad.

Hay que recalcar que desde el artículo 155 del Código de Comercio, se enuncia la competencia que para la distribución de utilidades corresponde a la Asamblea o Junta de Socios, cuando se indica que:

“Artículo. 155. (Modificado. L. 222/95, art. 240) Mayoría para la distribución de utilidades. Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.”

Igualmente, de acuerdo con el artículo 187 del mismo código, se puntualiza esta función de la asamblea de accionistas o junta de socios de decidir la distribución y reparto de utilidades o dividendos de la sociedad, en los siguientes términos:

“Artículo 187.- La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: (...)

2. Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores.

3. Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes...”

²⁹ C. Co.: “Artículo 150. La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.”/ “Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.”/ “Párrafo: A falta de estipulación expresa del contrato, el solo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.”

³⁰ También puede sufrir pérdidas que entonces deben primeramente enjugarse.

En armonía con esta disposición, los artículos 420, 422 y 455 *ejusdem*, reiteran esta función privativa del órgano de la asamblea general de accionistas, así:

“Artículo 420. La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:

1. Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales;

2. Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará; (...)”

“Artículo 422. **Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año**, en las fechas señaladas por los estatutos y, en silencio de éstos dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del ejercicio, **para** examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices de económicas de la compañía, considerar las cuentas y el balance del último ejercicio, **resolver sobre la distribución de utilidades** y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social (...)

“Artículo 455. Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas.

El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago. (...)
(Negrilla ajena al texto original).

Por lo tanto, es absolutamente claro que según el estatuto mercantil la decisión sobre distribución, decreto y reparto de las utilidades de las sociedades comerciales, materialización del ánimo de lucro común que motiva a los socios a celebrar el contrato de sociedad, es una competencia propia y exclusiva de la asamblea de accionistas o junta de socios.

3.2.3. La impugnación de las decisiones y actos de la Asamblea General de Accionistas o Junta de socios.

Las decisiones de la asamblea general o junta de socios, adoptadas de acuerdo con el *quórum* y número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, y que constan en actas aprobadas por dicho órgano, obligan a todos los socios o accionistas, aun a los ausentes o disidentes, siempre que se ajusten a las leyes y a los estatutos (arts. 188 y 189 C. Co.).

Sin embargo, las decisiones a las que llegue y los actos expedidos por la asamblea general o junta de socios de las sociedades civiles y comerciales, pueden contrariar el derecho y afectar los intereses de los mismos, razón por la cual el ordenamiento jurídico ha previsto vías jurídicas para atacar y controlar la legalidad de ese tipo de determinaciones del máximo órgano social.

Con este propósito se encuentra establecida la acción de impugnación de las decisiones, actos y acuerdos de la asamblea general de accionistas, incluyendo, por supuesto, dentro de éstos los que versen sobre el reparto de utilidades, en el artículo 191 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

“Artículo 191. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de las asambleas de accionistas o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos de que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.”

Así mismo, el artículo 194 de la misma obra, indica:

“Artículo 194. Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados...”

Por su parte, el numeral 6 del artículo 408 del C. de P. Civil, dentro de los procesos sujetos al procedimiento abreviado, contempló el trámite de esta acción en los siguientes términos:

“Artículo 408 (Modificado por el artículo 1 numeral 211 del Decreto 2282 de 1989) Asuntos sujetos a su trámite. Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía: (...)

6. La impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, cuando con ellos se contravenga la ley o los estatutos sociales, y su correspondiente indemnización.”

Y, a su vez, el inciso primero del artículo 421 del mismo régimen procesal civil, reiteró este mecanismo así:

“Artículo 421. (Modificado por el artículo 1 numeral 224 del Decreto 2282 de 1989). Impugnación de actos de asamblea, juntas directivas o de socios. La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas o de socios de sociedades civiles o comerciales, sólo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, y deberá dirigirse contra la sociedad; si se tratare de acuerdos o de actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquel señale. Este auto es apelable en el efecto devolutivo.”

Igualmente, en tratándose de sociedades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, dispuso que podía ventilarse ante dicho organismo la impugnación de las decisiones de sus asambleas y juntas de socios:

“...ARTÍCULO 137. Competencia. La impugnación de actos o decisiones de Asamblea de Accionistas o Juntas de Socios y de Juntas Directivas de Sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario ante dicha Superintendencia.

Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez...”

Adicionalmente, el artículo 147 de la citada Ley 446 de 1998, a propósito de la competencia para conocer de la acción de impugnación señaló:

“ARTICULO 147. Competencia a Prevención. La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte [entre ellas la impugnación de decisiones de asamblea de accionistas].

El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como [sic] tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada.”

De conformidad con el panorama normativo expuesto, sea oportuno asentar que la impugnación de las decisiones, acuerdos y decretos del supremo órgano societario se tramita a través de una acción especial que debe ser instaurada ante los jueces de la República, con el objetivo de controvertir la legalidad de las actuaciones decisorias, y en cuyo trámite incluso puede solicitarse la suspensión provisional del acto acusado mientras se surte el proceso³¹, para evitar perjuicios graves; no obstante, también es posible atacar las decisiones de la asamblea o junta de socios promoviendo esta misma acción ante la Superintendencia de Sociedades, pero con el sólo propósito de que sea anulada, dado que la indemnización derivada de los perjuicios ocasionados con su adopción, es del exclusivo conocimiento de los jueces; finalmente, en uno y otro evento, la Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención del asunto.

Así pues, se colige que los socios ausentes o disidentes, los administradores y los revisores fiscales de las sociedades inconformes con una disposición, determinación o acuerdo tomado por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad, como puede ser, por ejemplo, aquella relacionada con la distribución, asignación y reparto de dividendos, pueden impugnarla ante el juez intentando su nulidad por violación a la ley o a los estatutos sociales y solicitar el resarcimiento de perjuicios a que haya lugar, o deprecar tan solo su nulidad ante la Superintendencia de Sociedades en el caso de que se emita por una sociedad sujeta a su control y vigilancia.

En cuanto toca con el ejercicio oportuno de la acción tendiente a la impugnación de decisiones de la asamblea general de accionistas, el Legislador fijó un plazo corto de dos meses siguientes a la fecha del acto que la contenga o desde la fecha de su inscripción en el caso de que esté sujeta a registro, transcurrido el cual y ante la inactividad de la parte interesada en interponerla operará el fenómeno procesal de la caducidad (arts. 191 del C. Co., y 421 del C.P.C.)³².

³¹ Medida cautelar instituida en forma parecida a la suspensión provisional de los actos administrativos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³² Como es conocido la caducidad es una institución procesal y de orden público, en virtud de la cual se limita en un período de tiempo el ejercicio de la acción ante la Administración de Justicia, para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de ciertas relaciones o situaciones en el mundo del derecho; no es susceptible, por lo mismo, de renuncia o limitación por convenio particular; se aplica por el sólo transcurso del tiempo, y no admite suspensión del término respectivo, que cursa de manera inexorable, salvo la excepción con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 678 de 2001; opera *ipso iure* y debe ser declarada de oficio, de suerte que cuando ella se configura impide el ejercicio de la acción pues jurídicamente la extingue y, por tanto, el proceso no puede iniciarse o proseguirse válidamente. Ahora, en esta materia, de tiempo atrás, la Corporación ha sido enfática en manifestar que: "El término de caducidad de la acción de impugnación de las decisiones de la asamblea o junta de socios, se cuenta desde la expedición de esos actos (los impugnados) o de su inscripción en el registro mercantil. Por consiguiente, es manifiesto y ostensible que, si para invalidar dichos actos es preciso promover

Cabe precisar que, dado el carácter irrenunciable de la caducidad, no es posible que sea materia de transacción, de disposición y afectación por las partes de una relación o situación jurídica, como si se tratara de un derecho o interés subjetivo con una proyección patrimonial a su favor; en tal sentido, el término para el ejercicio oportuno de la acción de impugnación de decisiones de juntas o asambleas de socios, no puede ser desconocido por acuerdos o convenciones entre las partes del contrato social -como sería el pacto arbitral-, los cuales no tienen en manera alguna la virtualidad de restablecer o revivir los plazos que para instaurarla hayan expirado.

Entonces, el inconforme con una decisión de la asamblea de accionistas o junta de socios tiene la carga procesal de impulsar el litigio en ese plazo de dos meses establecido en la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderá la posibilidad de accionar ante la jurisdicción o ante la superintendencia para controvertirla y hacer efectivo su derecho por la ocurrencia de la caducidad, sanción prevista ante la inactividad de su titular o por su ejercicio tardío y extemporáneo con la finalidad de dotar - como se indicó- de estabilidad y seguridad jurídica las determinaciones sociales, las cuales no pueden quedar expuestas al vaivén de la voluntad individual de los socios, administradores o revisores fiscales eventualmente inconformes ni sujetas a una larga y latente pendencia de un eventual litigio, dado que el tráfico mercantil exige celeridad, confianza y certeza en las actividades y en el desenvolvimiento de las relaciones externas e internas de las sociedades.

Justo en relación con esta temática, el tratadista Gabino Pinzón rememora que uno de los vacíos más graves de la legislación precedente al Código de Comercio de 1971, era la falta de acciones de impugnación de las decisiones de una asamblea general, para facilitar la adecuada protección de los negocios y para clausurar en corto tiempo la posibilidad de tales impugnaciones; y al efecto justifica este plazo, así:

“...Estas acciones de impugnación constituyen evidentemente medidas de protección de los socios; pero no deben estar por mucho tiempo al alcance de quienes puedan proponerlas, con el fin

una acción jurisdiccional, dentro del término de dos meses siguientes a su registro, ante los jueces ordinarios, los defectos o irregularidades que se les observan en la resolución acusada no pueden servir de fundamento para abstenerse de inscribirlos en el registro público de comercio; de lo contrario se incurriría en el círculo vicioso consistente en que no se podría promover la acción precisamente porque aún no se ha efectuado el registro...” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 31 de agosto de 1976, C.P. Humberto Mora Osejo.

de que no degeneren en factor de inseguridad y hasta desorden en la vida de una compañía comercial. Porque es necesario que se consoliden en poco tiempo las situaciones creadas con la actividad colectiva de los socios en forma de asamblea general. Esta es la razón justificativa del corto tiempo en que tales acciones pueden ser ejercidas ante los jueces, que es de solo dos meses, a partir de la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, si estas no han de ser inscritas en el registro público de comercio, como en el caso de la aprobación de un balance o de un proyecto de distribución de utilidades; porque, si son decisiones sujetas a dicha inscripción, como en el caso de una reforma del contrato social, los dos meses han de contarse desde la fecha de la inscripción, como dispone el artículo 191 del Código de Comercio.

(...)

No hay, pues, vía alguna legal [ordinaria] procedente después del vencimiento del término indicado. Como ya se dijo, el orden en la vida de los negocios resulta incompatible con la inestabilidad y la consecencial inseguridad que podría causar la posibilidad de impugnar los acuerdos de una asamblea en un término mayor, como ocurría en derecho anterior, en el cual la acción de nulidad de esta clase estaban sujetas a la tramitación propia de un interminable juicio ordinario...”³³ (Negrilla ajena al texto original).

Como puede apreciarse, en el orden jurídico se reguló un procedimiento especial para la impugnación de las decisiones de la junta o asamblea de socios y se señaló un término breve y perentorio de dos meses para evitar que se abuse de la figura con el objetivo de dilatar en el tiempo la ejecución de las medidas tomadas por aquel órgano, en perjuicio de la buena marcha de la sociedad y de los propios socios.

En esta misma línea de principio, la Corte Suprema de Justicia, ha pregonado sobre el particular:

“...bien vista esa motivación del recurso, aflora que la base de su disensión es contra lo decidido en la reunión de socios, cuestionamiento que, a decir verdad, no es factible por esta vía, pues para esos efectos, vale decir, impugnación de actos o decisiones de asambleas y juntas directivas o de socios de sociedades civiles y comerciales, debe acudir al proceso abreviado, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto o de su registro, si este fuere necesario, de acuerdo con los artículos 408-6 y 421 del estatuto procesal.

De esa manera, **es totalmente improcedente abandonar los lindes del proceso abreviado, y más grave aún, escapar a los efectos deletéreos de la caducidad, para reclamar en juicio ordinario la nulidad de los actos de la junta de socios, y, como secuela de tal declaración, derivar la nulidad de la venta autorizada en la**

³³ Pinzón, Gabino, Sociedades Comerciales, Vol. I. Quinta Edición, Ed. Temis, 1998, Pág. 199.

decisión colectiva. Justamente la caducidad de la impugnación de los actos sociales sirve al propósito de dotar de estabilidad las determinaciones sociales no impugnadas en oportunidad...³⁴
(Negrilla ajena al texto original).

En tal virtud, los administradores, revisores fiscales o socios ausentes o disidentes disconformes con las decisiones tomadas por el máximo órgano social, disponen únicamente de la vía legal de la acción de impugnación y de ese término preclusivo de dos meses para intentar la anulación de la decisión que consideren contraria a la ley y a los estatutos sociales y que les afecten o menoscaben sus intereses y derechos, así como para perseguir la indemnización de perjuicios, pasado el cual pierden la posibilidad de controvertirla, enervar sus efectos jurídicos y obtener un resarcimiento de perjuicios, por cuanto se produce el fenómeno procesal de la caducidad, con el cual se extingue la acción y con ello el poder o la facultad para demandar.

En síntesis, el Legislador consagró como mecanismo para atacar las manifestaciones de voluntad expresadas en la Asamblea General de Accionistas la acción de impugnación dirigida contra la sociedad, y asignó su conocimiento a los jueces de la República -esto es, que se radica en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción contencioso administrativa, según los factores de atribución y objeto de una y otra-, mediante el procedimiento abreviado y dentro de los dos meses a la fecha del acto o de su registro, según el caso. En forma excepcional, en el mismo término, puede acudir a la Superintendencia de Sociedades, para que a través de un proceso verbal sumario, se pronuncie en torno a su nulidad, con exclusión de lo referente al decreto de una indemnización de perjuicios originados por la expedición del acto, que siempre será del resorte de los jueces.

De lo dicho se sigue, en resumen:

(i) Que los actos o decisiones de asambleas de accionistas o junta de socios de las sociedades civiles o comerciales son impugnables, mediante una acción especial ejercida o ventilada ante los jueces o ante la Superintendencia de Sociedades, según el caso.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de diciembre de 2005, Exp. No. 80013103000-1997-00050-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

(ii) Que son titulares de la acción y, por lo mismo, están legitimados para interponerla los socios ausentes o disidentes, los administradores y los revisores fiscales de las sociedades, así como cualquier interesado afectado (arts. 191, inc. 2 C. Co. y 421 C.P.C.). La legitimación pasiva recae siempre en la sociedad contra quien se dirige la demanda.

(iii) Que la acción debe proponerse en el término de dos meses siguientes a la fecha de la reunión del órgano social en la que se tomó la decisión, o de la inscripción del acto en el registro mercantil, en caso de que fuere necesario.

(iv) Que la acción se tramita mediante el procedimiento abreviado ante los jueces, o verbal sumario ante la prenombrada superintendencia, aunque se haya pactado cláusula compromisoria. El actor en demanda de impugnación en el trámite del procedimiento abreviado ante el Juez puede pedir la suspensión de los actos impugnados hasta cuando haya decisión de fondo para así evitar graves perjuicios.

3.2.4. La prohibición de ventilar ante la justicia arbitral las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades.

Como se expuso al comienzo de esta providencia, es posible que existan determinadas materias prohibidas o vedadas a los árbitros, cuyo conocimiento, trámite y resolución se encuentra reservada a las autoridades judiciales o a otras autoridades a quienes el Legislador expresamente en el marco de la Constitución Política (art. 116) se las haya asignado, entre ellas, la impugnación de las decisiones de juntas o asambleas de socios.

En el campo del derecho societario, señala Benedetti Salgar³⁵ que es una tradición incluir una cláusula compromisoria en los estatutos de las sociedades, figura que patrocinó el Código de Comercio de 1971 (Decreto - ley 410 de 1971), en cuyo artículo 110 numeral 11, prescribió como una de las estipulaciones a expresar en el contrato social, aquella relativa a “...[s]i las diferencias que ocurran entre los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso

³⁵ Benedetti Salgar, Julio, El Arbitraje en el Derecho Colombiano, Segunda Edición, Ed. Temis, 2001, Págs. 95 y ss.

*afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables compondores...*³⁶.

No obstante, aunque jurídicamente resulta procedente y además frecuente que en el contrato social se incluya una cláusula compromisoria para dirimir las disputas y controversias de la sociedad y sus socios con ocasión del desarrollo de su actividad y de las relaciones entre ellos surgidas, esta regla general del arbitraje tiene limitaciones o prohibiciones tanto de carácter contractual como legal, que impiden en ciertos asuntos la aplicación de la cláusula compromisoria y, por ende, acudir a la justicia arbitral para resolver determinados conflictos.

Así, como atrás se anotó, una de esas materias excluidas del conocimiento de los árbitros por virtud expresa de la ley, y por tal motivo intransigible e indisponible, es precisamente aquella relacionada con la acción de impugnación de las decisiones tomadas por una asamblea de accionistas o junta de socios, cuya competencia corresponde únicamente a la justicia ordinaria o contencioso administrativa (arts. 194 C.co.; 408-6 y 421 del C.P.C.) o a la Superintendencia de Sociedades (art. 137 de la Ley 446 de 1998).

En efecto, el artículo 194 del Código de Comercio antes citado, exceptuó del conocimiento de la acción de impugnación de los aludidos actos societarios a los tribunales arbitrales, cuando expresamente indicó que obligatoriamente deben intentarse ante los jueces, pese a la existencia de una cláusula compromisoria, de manera que una estipulación contraria a esta disposición es ineficaz.

Esto significa, que si en el contrato social se pactó una cláusula compromisoria, en virtud de la cual cualquier controversia, conflicto o divergencia susceptible de transacción debe ser dirimida por un tribunal de arbitramento, habrá de ser entendida en el sentido de que la misma no cobija supuestos de inconformidad de actos de la asamblea de accionistas o junta de socios, y en caso de que se convoque con fundamento en ese tipo de cláusula el tribunal arbitral y se prosiga el trámite de la disputa por este mecanismo alternativo de justicia, la decisión a la que se llegue o el laudo que se profiera se encontraría viciado o afectado por una nulidad por haberse dictado sin competencia por parte de los árbitros.

³⁶ Por ejemplo los artículos 137 y 222 del mismo estatuto mercantil también hacen mención a la institución arbitral, para permitir este mecanismo heterocompositivo en los casos de disputas de derechos del socio industrial o las controversias acerca de la configuración de causales de disolución de la sociedad.

Al respecto, resulta importante traer a colación que la Corte Constitucional, en Sentencia C-378 de 2008, declaró la exequibilidad del artículo 194 del Código de Comercio en el aparte correspondiente a la inoperancia de la cláusula compromisoria para dichas acciones de impugnación y, por lo mismo, amparó desde la perspectiva constitucional la prohibición de ventilar ante la justicia arbitral las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades, para lo cual manifestó:

“[N]o obstante la cláusula de habilitación en cabeza de las personas particulares para someter a la justicia arbitral la resolución de sus controversias, existen materias que no pueden ser sometidas genéricamente a la decisión de árbitros. La Corte ha sido clara en destacar cómo **resulta inadmisibles extender la materia objeto de arbitramento a asuntos que trasciendan la capacidad de disposición de las partes y respecto de las cuales no existe habilitación alguna (...).**

[L]a previsión legal contenida en el precepto demandado (C. Co., art. 194) se justifica desde el punto de vista constitucional y no contradice lo dispuesto por el artículo 116 ni por el artículo 333 superiores al prohibir que se ventilen ante la justicia arbitral las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades.

Dicho de otra manera: **la cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan, sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales.** Dada la trascendencia de las cuestiones en juego —la validez o legitimidad de los actos societarios— ha de garantizarse que las discrepancias al respecto no sean decididas de manera ad hoc —por un árbitro o centro de arbitraje— sino que sean resueltas por la justicia estatal (...).

Por ser problemas relacionados con la validez de los actos societarios, **la Ley puede resolver que tales aspectos no sean llevados ante árbitros sino que sean decididos por medio de la justicia estatal y al hacerlo de manera expresa convierte el legislador tales normas en asuntos indisponibles por parte de los particulares. (...)**

[S]i se cierra la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, los administradores de la sociedad así como el revisor fiscal, quienes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 193 del Código de Comercio pueden ejercer acción de impugnación de las actuaciones societarias, se verían privados para ejercer tales acciones por cuanto ellos no son parte del contrato social y tampoco de la cláusula compromisoria. No en última instancia, resulta indispensable destacar que según lo establecido por el artículo 241 [Sic: 421] del Código de Procedimiento Civil, quien acude a la acción de impugnación puede solicitar la suspensión de las actuaciones impugnadas hasta el mismo

momento en el que se presente una decisión de fondo, lo que tiene por finalidad evitar que se provoquen graves perjuicios. Esta posibilidad no se presenta dentro el trámite arbitral...”.³⁷ (Negrilla por fuera del texto original).

En suma, los árbitros no tienen competencia para conocer de la acción de impugnación de decisiones de juntas o asambleas de socios, por cuanto su trámite fue expresamente sustraído de la justicia arbitral, según los preceptos del estatuto mercantil y del procedimiento civil a los cuales se hizo arriba referencia.

3.2.5. El proceso ejecutivo como vía para el cobro judicial de las utilidades, y la regla general de inadmisibilidad de su procedencia en el arbitramento.

El Código de Comercio en punto al pago de utilidades y cobro judicial, señaló:

“Artículo 156. Las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. **Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios.**

Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad...” (Resalta la Sala).

Es decir, una vez distribuidas y repartidas las utilidades por la Asamblea de Accionistas, surge la obligación para la sociedad de pagar los dividendos decretados a los accionistas en los términos aprobados y, en el evento de insatisfacción de este crédito a su favor, se estableció el proceso ejecutivo como vía para su cobro judicial, en cuyo caso el balance con fundamento en el cual se decretaron y las actas en donde conste la respectiva decisión servirán de título de recaudo, dado que la ley les otorga mérito ejecutivo, o sea, son documentos contentivos de una obligación clara, expresa y exigible que proviene de la sociedad deudora y constituyen plena prueba contra ella (art. 488 C.P.C.).

Ahora bien, surge la inquietud de si resulta viable tramitar por el mecanismo arbitral un proceso ejecutivo tendiente al cobro forzoso de unas utilidades decretadas válidamente por la asamblea de accionistas, en el caso de incumplimiento de su pago por parte de la sociedad en las condiciones y términos previstos en la respectiva acta en la conste la decisión.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-378, de 23 de abril de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Al respecto, hay que poner de presente que la jurisprudencia de la Corporación no ha sido pacífica en torno a la posibilidad de que cuestiones sometidas al proceso ejecutivo, esto es, aquel que se sustenta *“en una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se deduce pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa”*³⁸, como sería, *verbi gratia*, el cobro de las utilidades debidas a los asociados previstas en el balance y las copias auténticas de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios, puedan ser materia de arbitraje.

En un primer momento, señaló la Sección que, pese a que se hubiese pactado cláusula compromisoria, no era jurídicamente posible el conocimiento de los procesos ejecutivos por los tribunales arbitrales, por cuanto la naturaleza del arbitramento así lo impedía, según se desprende de las siguientes razones:

“-. El juez de la ejecución tiene poderes coactivos que no son propios de los árbitros. El arbitramento es una figura de conocimiento a la cual acuden las partes de una relación negocial para dirimir controversias de suyo transigibles, por voluntad propia; con el fin de sustraer del conocimiento de la jurisdicción (ordinaria o administrativa), los conflictos que entre ellas se presenten. Si la figura tiene como finalidad permitir que las partes sustraigan la solución de sus conflictos de la jurisdicción estatal, no se compadece con su naturaleza, que los árbitros asuman funciones propias de las autoridades que ejercen poderes coercitivos.

- . Los terceros interesados o afectados por el proceso ejecutivo, en especial por las medidas cautelares (piénsese en quien se opone al embargo y secuestro), no suscriben la cláusula compromisoria y, por tanto, no tienen porqué someter sus litigios a la competencia de los árbitros. No hay que olvidar que éstos sólo tienen la calidad de jueces para el caso concreto, por disposición de la ley unida a la voluntad de las partes que suscribieron el pacto arbitral.

.- Los árbitros no ejercen jurisdicción amplia, total y de manera permanente, no tienen superior jerárquico que revise sus decisiones con facultades para conocer del fondo del asunto litigioso, puesto que los recursos de anulación y revisión que se ejercen contra los laudos arbitrales, no permiten toda clase de decisiones jurídicas sobre las cuales se funda la decisión arbitral. Inclusive el juez de la anulación, tan solo de manera excepcional, tiene competencia para entrar a modificar el laudo, cuando se encuentra equivocada la decisión arbitral.

³⁸ Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I., Duodécima Edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1987, Pág. 166.

Esto implica que las partes y los terceros afectados se quedarían sin la posibilidad inmediata de que en instancia superior, se conozcan y decidan las objeciones que surjan respecto de las decisiones que se adopten por los árbitros en el proceso ejecutivo.

- Frente a un título ejecutivo, del cual se deriva una obligación clara, expresa y exigible, no hay controversia alguna respecto de la existencia o no de la prestación a cargo del deudor, que deba someterse al conocimiento de los árbitros. Por ello se habla de obligación indiscutida, como despegue del trámite de ejecución.

.- Finalmente, el proceso ejecutivo termina de manera normal con el pago voluntario o compulsivo, situación que no puede enmarcarse en un término o plazo previamente establecido por la ley ni por las partes.

Se concluye entonces, que en caso *sub iudice* esta sí es la jurisdicción competente ante la cual se puede adelantar el cobro ejecutivo de las obligaciones derivadas del contrato estatal suscrito entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, a pesar de que en el contrato estatal se hubiese pactado cláusula compromisoria.

Todo lo anterior lleva a la Sala³⁹ a precisar que se separa de la orientación que, sobre el arbitramento y el proceso ejecutivo, ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C 294 del 6 de julio de 1995, MP: Dr. Jorge Arango Mejía, que ha sido recogida en otros fallos de la misma Corporación⁴⁰...⁴¹

Pero, posteriormente, la Sala, bajo la égida de la Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995 proferida por la Corte Constitucional, encontró procedente el arbitraje en el proceso ejecutivo, para lo cual manifestó:

“...Si bien la Sala, en anteriores pronunciamientos había sostenido que no es jurídicamente posible pactar la cláusula compromisoria para el conocimiento de los procesos ejecutivos que se deriven de los contratos estatales, por cuanto los tribunales arbitrales son jueces excepcionales, investidos de autoridad temporal, para decidir sobre precisas materias en donde los derechos reclamados se encuentran en controversia, la Corte Constitucional ha sentado el criterio jurisprudencial según el cual el art. 116 de la Carta Política no limitó dicha posibilidad; al respecto dijo la Corte:

‘Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, solo tienen estas limitaciones:

³⁹ Nota original de la providencia transcrita: “Esta fue también la posición adoptada en el auto 13703 del 9 de octubre de 1997. MP: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.”

⁴⁰ Nota original de la providencia transcrita: “Veáse por ejemplo la Sentencia T 299 del 8 de julio de 1996. MP: Vladimiro Naranjo.”

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 10 de diciembre de 1998, Exp. 15407, C.P. Daniel Suárez Hernández.

'La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

'La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.

'Y una última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

'Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De donde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?.

'De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

'Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro.

'A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad.⁴²

(...)

Si bien es cierto que la aseguradora ejecutada garantizó el cumplimiento del contrato de obras públicas suscrito entre el referido ente territorial y la Sociedad Pablo Alfonso Sánchez y Cia. Ltda., es un

⁴² Nota original de la providencia transcrita: "CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294/95 de junio 6 de 1995, Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional, T. 7, julio de 1995, pp. 75-76."

tercero a esta relación, y en consecuencia, no la obliga la cláusula compromisoria antes transcrita.

En gracia de discusión, si el pacto compromisorio tuviera efectos para el garante, las partes contratantes no confirieron en forma expresa y clara competencia al tribunal de arbitramento para conocer de los procesos ejecutivos y, menos aún, para el cobro coercitivo de la póliza única de cumplimiento.

De conformidad con el pacto compromisorio las controversias que surjan durante la ejecución del contrato, sometidas a la decisión de árbitros, son aquéllas que se produzcan en la realización del objeto contractual y no las que se originen por la instauración de procesos ejecutivos con ocasión del contrato.”

En consecuencia, corresponde a esta jurisdicción conocer de este proceso.”⁴³

En esta misma línea, luego indicó la Sala:

“...en relación al argumento de falta de competencia de esta jurisdicción con fundamento en que las partes acordaron someter el litigio al conocimiento de árbitros, cabe precisar que si bien es cierto que se ha reconocido la competencia de los árbitros para adelantar juicios ejecutivos⁴⁴, también lo es que se ha condicionado su procedencia a que la cláusula compromisoria comprenda claramente esa voluntad de las partes.

Así lo precisó la Sala cuando al pronunciarse sobre los efectos de la cláusula compromisoria respecto de la aseguradora y en relación con los procesos ejecutivos, precisó: (...)”⁴⁵

En el caso concreto es improcedente la tramitación del proceso ejecutivo ante la justicia arbitral porque las partes no sometieron el adelantamiento del proceso ejecutivo de manera **expresa** al conocimiento de la justicia arbitral, toda vez que la cláusula compromisoria contenida en el contrato 494 de 1996 es del siguiente tenor:...”⁴⁶

De modo pues que la Sección estimó en las sentencias precedentes que sería viable el proceso ejecutivo en el arbitramento, a condición de que así se hubiese expresamente estipulado en el pacto arbitral.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 12 de agosto de 1999, Exp. 16380, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁴ Nota original de la providencia transcrita: “CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294/95 de junio 6 de 1995, Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional.”

⁴⁵ Nota original de la providencia transcrita: “Auto proferido el 12 de agosto de 1999, expediente 16380.”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 13 de diciembre de 2001, Exp. 15.310, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sin embargo, conviene precisar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995, en la que se amparó la anterior tesis, declaró exequible el artículo 2 del Decreto 2651 de 1991, norma que contemplaba un supuesto circunscrito tan solo a aquellos procesos ejecutivos en los que no se hubiera proferido sentencia de primera o única instancia, que versaran total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de los que alguna de las partes estuviera representada por curador *ad litem*; y en los cuales, además, se hubieran formulado excepciones perentorias y las dos partes de común acuerdo llevarán el conocimiento de las mismas a un tribunal arbitral; pero, con todo, si se encontraban infundadas las excepciones, el proceso debía regresar al juez competente con el fin de continuar con la ejecución. Es decir, en realidad, los árbitros por acuerdo de las partes de un proceso ejecutivo en curso, eran competentes únicamente para lo relacionado con la resolución del trámite de excepciones de fondo formuladas dentro del mismo, o sea, de la parte de cognición y no coactiva o forzada propiamente dicha⁴⁷.

Nótese, por tanto, que no puede generalizarse la aplicación de las consideraciones y menos de los efectos de la sentencia aludida en relación con otras hipótesis en las que no existía regulación, máxime cuando la vigencia de la aludida norma expiró, dado que no fue adoptada como legislación permanente por la Ley 446 de 1998.

De otra parte, si bien con posterioridad las leyes 510 (art. 87 y ss.) y 546 de 1999 (art. 35 y ss.), consagraron la posibilidad de estipular el arbitramento en los contratos hipotecarios y permitieron expresamente el adelantamiento en este campo de procesos ejecutivos ante tribunales arbitrales, el procedimiento contemplado para el efecto por los artículos 35 a 37 de la última ley fue declarado

⁴⁷ El texto de dicho artículo del Decreto 2651 de 1991, dictado para descongestionar la justicia, era del siguiente tenor: "Artículo 2. En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviera representada por curador *ad litem*, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al Juez que aquéllas se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición. La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. Cuando existan trámites o incidentes propuestos por terceros, el juez conservará competencia para resolverlos y en general para todo lo relacionado con medidas cautelares. Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo las partes podrán acudir directamente al proceso arbitral." Esta disposición, como anotó, fue exceptuada como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1140 de 30 de agosto de 2000⁴⁸.

En este contexto, la tesis que se esgrimió para permitir la hipótesis del proceso ejecutivo en el arbitramento, con la condición de que las partes así lo acuerden explícitamente en el respectivo pacto arbitral, encontraba varios obstáculos jurídicos al momento de ponerla en práctica, toda vez que no existe un procedimiento legal expreso para el trámite del mismo por esta vía, en tanto la normatividad actual del proceso arbitral lo concibe para que a través del mismo se diriman controversias de naturaleza declarativa y no de ejecución forzada.

Dichos obstáculos por los cuales no resultaba procedente en el escenario normativo vigente para el arbitramento, que mediante éste se tramitaran procesos ejecutivos, eran señalados con meridiana claridad en la primera jurisprudencia reseñada de la Sala, entre otros: i) no tienen los árbitros poderes de carácter coactivo, y aunque existe la posibilidad de que decreten algunas medidas cautelares, no se contempla la de embargar bienes, o las facultades para ordenar el avalúo y remate de bienes, aspectos fundamentales para el proceso ejecutivo; ii) no existe una regulación para los terceros afectados con medidas cautelares o con el proceso ejecutivo, de forma que los vincule en el proceso arbitral, a diferencia de los suscriptores del pacto arbitral; iii) de ordinario, no es posible determinar el aspecto temporal de estos procesos, dado que el pago con el que termina en forma regular el proceso ejecutivo puede o no exceder los límites temporales de la existencia del Tribunal de Arbitramento y con ello de sus poderes; y, iv) el sistema de causales del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales no está estructurado por errores *in procedendo* en los que puedan incurrir los árbitros, en la definición de procesos ejecutivos.

Por ello, en reciente jurisprudencia esta Sala consideró:

⁴⁸ Estimó esa Corporación que la implantación del trámite arbitral destinado a resolver los conflictos contractuales que se presenten con ocasión del crédito para adquisición de vivienda, viola el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), el principio de igualdad (artículo 13 ibídem) y el objetivo constitucional de un orden justo (Preámbulo), además de frustrar -por contera- el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.), toda vez que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor -parte débil de la relación- limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero. Para esa Corporación, resulta ostensiblemente inconstitucional, que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria, pues, considera el arbitramento como un valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la condición de que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C - 1140 de 30 de agosto de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“[E]n materia de contratación estatal, no existe norma legal alguna que autorice la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos derivados de contratos de la Administración, los cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; como tampoco se ha regulado por parte del legislador, como mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para los derivados de los contratos estatales, proceso arbitral distinto al consagrado en el Decreto Ley 2279 de 1989, el cual corresponde a un proceso de conocimiento tendiente a la definición de controversias mediante la expedición de un laudo arbitral que decida sobre las pretensiones y defina el derecho en cuestión; no sobra observar, además, cómo el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, define el arbitraje como “... un mecanismo por medio del cual las partes **involucradas en un conflicto de carácter transigible**, defieren su solución a un tribunal arbitral (...)”, definición en la que resalta precisamente, el hecho de que debe existir una **controversia**, sobre la cual puedan transigir las partes, circunstancia que, en principio, no se presenta en una demanda ejecutiva.”⁴⁹

Según esta nueva posición jurisprudencial, en principio, no es posible tramitar el proceso ejecutivo mediante el mecanismo arbitral, porque, de una parte, el arbitramento resulta ajeno al trámite de los procesos ejecutivos en tanto en ellos no hay “conflicto” por resolver, dado que la finalidad de éstos es el cobro coactivo de una “obligación expresa, clara y exigible”; y porque, de otra parte, aún en el evento de considerar procedente -como de hecho lo hizo la jurisprudencia constitucional- la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos, resulta evidente que ello sólo es posible si el Legislador, dentro de su libertad de configuración legislativa, de manera expresa así lo autorice y regule para determinados eventos en los que lo considere pertinente y procedente y, además, las partes hayan acordado tal posibilidad en el respectivo pacto arbitral.

De cuanto se ha expuesto, se concluye que, aún cuando gravite en el ámbito jurídico la hipótesis de que los árbitros puedan tramitar un proceso ejecutivo, ello requiere de una regulación normativa expresa, toda vez que se recuerda que, en las voces del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, aquellos sólo pueden administrar en forma transitoria justicia “...en los términos que determine la ley...” y de conformidad con los procedimientos señalados en la misma (No. 3 art. 13 Ley 270 de 1996), por lo que tal posibilidad resulta

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. No. 110010326000200900026-00 (36.478), Actor: Asmet Salud E.S.S. A..R.S., Demandado: Municipio del Charco, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

actualmente improcedente, incluso para el cobro judicial coactivo de unos dividendos válidamente decretados por el órgano social competente.

3.2.6. La configuración de la causal en el *sub examen*

Sea lo primero manifestar que el cargo invocado por el recurrente de falta de competencia de los árbitros se enmarca, ciertamente, dentro de la causal del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Esta causal, conforme quedó anotado, sanciona la extralimitación total o parcial de las facultades o atribuciones decisorias (competencia) de los árbitros, al resolver asuntos que no estaban sometidos a arbitramento de acuerdo con la Constitución y la ley, el pacto arbitral y las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso, u otorgar más de lo pedido.

Entonces, para definir la censura por falta de competencia del Tribunal Arbitral es menester determinar si en realidad la materia objeto del litigio resuelta en el laudo arbitral atacado y la misma decisión adoptada en él, se encontraba no sólo dentro del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria del contrato de sociedad previsto en los estatutos de la ETB, sino si su conocimiento estaba autorizado legalmente a los árbitros, para lo cual debe verificarse la relación jurídica procesal que emana de las pretensiones de la demanda, la causa *petendi* en que se fundamenta, y las defensas y excepciones esgrimidas frente a lo resuelto finalmente por el Tribunal.

En ese sentido, vista la demanda arbitral se observa que las pretensiones y los hechos en que se sustentan, están dirigidos a provocar unas declaraciones y condenas en contra de la ETB, para obtener el pago de unos dividendos ordinarios en los años de 2004, 2005 y 2006, así como los que se decretaren durante el proceso arbitral, que en el sentir de los FONDOS les fue ofrecido en el Prospecto de Emisión y Colocación de Acciones privilegiadas ETB y está consagrado en los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de sus estatutos.

De acuerdo con los antecedentes, en el proceso arbitral se alegó por los FONDOS convocantes que la demanda no contiene una sola pretensión de impugnación de las decisiones de la asamblea de accionistas, sino que se trata de una acción en la que se pretende el ejercicio de un derecho; así, en su criterio, la demanda a través del proceso arbitral no se formuló para que se anule o declare ineficaz unas

decisiones de la asamblea, por violar la ley o los estatutos, sino que se pide declarar la existencia de una obligación de pago de unos dividendos ordinarios correspondientes a los ejercicios sociales mencionados y los que durante el proceso arbitral se causaran, en desarrollo de unas decisiones de la asamblea para esos años que no ha cumplido la ETB y que está en mora de hacerlo.

Por su parte, el Tribunal consideró que era competente, en el entendido de que las pretensiones de la demanda se encuentran dentro del marco establecido por la cláusula compromisoria y no están encaminadas a impugnar las decisiones adoptadas por la Asamblea de la ETB, pues, en su concepto, se trata de diferencias entre algunos accionistas y la sociedad, relacionadas con el alcance de los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los estatutos de la misma y de actos jurídicos en desarrollo de éstos, en particular el pago de dividendos en los años de 2004, 2005 y 2006.

A su vez, el recurrente siempre argumentó que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción y de competencia para dirimir las diferencias que le sometieron los FONDOS, dado que consideró que las pretensiones de la demanda sólo podían abrirse paso previa modificación o desconocimiento de las decisiones de la Asamblea de Accionistas, intención que fue disfrazada por aquellos durante el proceso y que fue lo que ocurrió con lo resuelto en el laudo, cuando únicamente se podían controvertir mediante el ejercicio de la acción de impugnación, en virtud de lo previsto en el artículo 194 del C. de Co.

La Sala, al descender las reflexiones realizadas en los acápites anteriores al *sub examine* y contrastarlas con lo ocurrido en el trámite que dio lugar a la expedición del laudo arbitral atacado, considera que le asiste razón al impugnante cuando afirma que el Tribunal Arbitral actuó sin competencia, porque:

(i) Las decisiones y actos de la Asamblea General de Accionistas que distribuyen y reparten las utilidades únicamente se pueden controvertir a través de la acción de impugnación interpuesta ante los jueces o ante la Superintendencia y, por lo mismo, es una materia que no es posible ventilar ante los Tribunales de Arbitramento.

Las pretensiones previstas en los numerales 1 a 5 de la demanda, persiguen que se declare que la ETB está obligada a pagar por cada una de las acciones

privilegiadas de las que son titulares, en adición al dividendo privilegiado, unas sumas de dinero a los FONDOS correspondientes a unos dividendos ordinarios, que alegan como decretados a su favor en las asambleas celebradas en los años 2004, 2005 y 2006.

Observa la Sala que para determinar la procedencia o improcedencia de este tipo de súplicas, resulta necesario realizar un análisis de legalidad de las decisiones adoptadas en los meses de marzo de los años de 2004, 2005 y 2006 por la Asamblea General de Accionistas de la ETB para los ejercicios sociales precedentes a cada uno de ellos, en especial, establecer si ellas se ajustan o no a los artículos 9, 13 A, 77 y 78 de los estatutos de la misma, tal y como lo terminó haciendo el Tribunal Arbitral, en particular, en el numeral 6 del laudo arbitral, estudio que sólo podía adelantarse mediante la acción de impugnación, ejercida o ventilada ante los jueces o ante la Superintendencia de Sociedades, en el plazo de dos meses siguientes a la fecha de la reunión del órgano social en la que se tomaron, de conformidad con los artículos 191 y 194 del Código de Comercio, 408-6 y 421 del C. de P. Civil, y 137 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, según las actas contentivas de las decisiones de la Asamblea General de Accionistas de la ETB la apropiación y distribución de utilidades para los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, fue la siguiente:

a) En el Acta No. 18 (Fls. 62 a 85 del Cuaderno de Pruebas No.3) correspondiente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas celebrada el 14 de Marzo de 2004, se señala en el punto séptimo del orden del día, que se discutió y aprobó por unanimidad el *“Proyecto de apropiación y distribución de utilidades del año 2003”* presentado por parte de la Junta Directiva de la sociedad, así:

“La Junta Directiva propone a la Honorable Asamblea de Accionistas que las utilidades generadas en el año 2003, las cuales ascienden a la suma de \$142.532.877.941.47, sean apropiadas así:

“Reserva Legal	\$ 106'218.698,70
Apropiación para dividendos	\$ 99.715'464.805,64
Reserva para depreciación fiscal	\$ 42.711'194.437,13
Total:	\$142.532'877.941.47

(...)

“Se propone a la Honorable Asamblea una distribución de dividendos de la siguiente manera:

“• Un dividendo privilegiado de \$55,80 por cada una de las acciones privilegiadas. Se resalta que este dividendo corresponde al que se

estableció en el Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones Privilegiadas y en el Prospecto de Colocación del programa *Acciones ETB Colombia*, actualizado, tal como se señala en el mencionado Reglamento y en el Prospecto de Colocación, con base en el IPC de los doce meses anteriores.

“• Un dividendo ordinario de \$24,76 por cada una de las acciones ordinarias, pagaderos dentro del año siguiente a su apropiación de acuerdo con el artículo 156 del Código de Comercio. (...)

“(...)

“La asamblea impartió la aprobación al proyecto de apropiación y distribución de utilidades incluyendo la propuesta complementaria presentada por el Distrito Capital de Bogotá, por unanimidad.”

b) En el acta No. 19 correspondiente a la Asamblea General de Accionistas celebrada el 29 de marzo del año 2005 (Fls. 86 a 98 del Cuaderno de Pruebas No.3), se indica en el punto séptimo del orden del día que se estudió y aprobó por unanimidad el “*Proyecto de Distribución y Apropiación de Utilidades del Año 2004*”, en los siguientes términos:

“El (...) Vicepresidente financiero realizó la exposición del Proyecto de Distribución de Utilidades presentado por la Administración a la Asamblea de accionistas señalando que tal y como se ha venido haciendo, y en cumplimiento tanto de los Estatutos sociales como del prospecto de colocación, en primer lugar se hacen las reservas legales y para la depreciación fiscal, el saldo se apropia para pagar dividendos en primer lugar a los accionistas privilegiados y luego a los accionistas ordinarios. Señala igualmente que dado que el valor del dividendo para los accionistas ordinarios es inferior al del dividendo para los accionistas privilegiados, no hay lugar al reparto adicional de utilidades para éstos últimos. El proyecto presentado es el siguiente:

“Proyecto de apropiación y Distribución de Utilidades año 2004

“La Junta Directiva propone a la Honorable Asamblea de Accionistas que las utilidades netas en el año 2004 que ascienden a la suma de **\$183,922,414,104.55**, sean apropiadas de la siguiente manera:

“Reserva legal	\$	4,479,071.27
“Reserva para depreciación fiscal	\$	90,300,000,000.00
Apropiación para dividendos	\$	93,617,935,033.28

“(...)

“Así mismo, la Junta Directiva propone a la Honorable Asamblea de Accionistas, la distribución de los dividendos de la siguiente manera:

“•Un dividendo privilegiado de \$58,73 por cada una de las acciones privilegiadas.

“Cumplida esta preferencia en el pago, del saldo de las utilidades a repartir resulta el dividendo para las acciones ordinarias así:-

“•Un dividendo ordinario de **\$22,13*** por cada una de las acciones ordinarias.

“Dado que este valor es inferior al del Dividendo Privilegiado no haya lugar el reparto adicional de utilidades.

(...)

“La asamblea general impartió la aprobación por unanimidad (...) al proyecto de apropiación y distribución de utilidades...”

c) En el acta No. 20 correspondiente a la Asamblea General de Accionistas celebrada en el 29 de marzo del año 2006 (Fls. 99 a 132 del Cuaderno de Pruebas No.3), se menciona en el punto doce del orden del día que se analizó y aprobó el “*Proyecto de Distribución y Apropiación de Utilidades del Año 2005*”, así:

“El (...) Vicepresidente financiero encargado realizó la exposición del Proyecto de Distribución de Utilidades presentado por la Administración a la Asamblea de accionistas señalando que tal y como se ha venido haciendo, y en cumplimiento tanto de los Estatutos sociales como del prospecto de colocación, en primer lugar se hacen las reservas legales y para la depreciación fiscal, el saldo se apropia para pagar dividendos en primer lugar a los accionistas privilegiados y luego a los accionistas ordinarios. Señala igualmente que dado que el valor del dividendo para los accionistas ordinarios es inferior al del dividendo para los accionistas privilegiados, no hay lugar al reparto adicional de utilidades para éstos últimos. El proyecto presentado y que fue publicado como información eventual en la página de la Superintendencia Financiera de Colombia es el siguiente:

“Proyecto de apropiación y distribución de utilidades año 2005.

“La Junta Directiva propone a la Honorable Asamblea de Accionistas que las utilidades netas en el año 2005, que ascienden a la suma de **\$144,298,664,786.59**, sean apropiadas de la siguiente manera:

“RESERVA PARA DEPRECIACION FISCAL	\$ 91,000,000,000.00
“APROPIACION PARA DIVIDENDOS	\$ 53,298,664,786.59
“Total	\$144,298,664,786.59

“(...)

“Así mismo, la Junta Directiva propone a la Honorable Asamblea de Accionistas, la distribución de dividendos de la siguiente manera:

“• Un **dividendo privilegiado** de sesenta y un pesos con diecinueve centavos moneda corriente (\$61.19) por cada una de las acciones privilegiadas en circulación.

“El pago de éste dividendo se realizará en cuatro cuotas así: (...)

“Cumplida esta preferencia para el pago, del saldo de las utilidades a repartir resulta el dividendo para las acciones ordinarias así.

“• Un **dividendo ordinario** de ocho pesos con noventa y seis centavos moneda corriente (\$8,96*) por cada una de las acciones ordinarias.

“Los dividendos ordinarios serán cancelados dentro del año siguiente a su apropiación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 del Código de Comercio (...) Agotada la discusión se sometió a votación de la Asamblea el proyecto de distribución de utilidades presentado, el cual fue aprobado así:

Votos que aprueban: 3,106,462,529	87.54%
Votos que no aprueban: 108,326,479	3.05%
Votos que se abstienen: 0	0.00%...

Ahora bien, para efectos exclusivos de la competencia del juez arbitral, nótese como el Tribunal Arbitral encontró, entre otros aspectos, según se lee de lo consignado textualmente en el propio laudo arbitral a partir del numeral 6 del mismo (Fls. 68 y ss. cd. del recurso), que la Asamblea General de Accionistas de la ETB, en reuniones ordinarias celebradas en los meses de marzo de los años 2004, 2005 y 2006 decretó un dividendo ordinario de \$24.76, \$22.13 y \$8.96, por cada una de las acciones ordinarias; y un dividendo privilegiado de \$55.80, \$58,73, y \$61,19 por cada una de las acciones privilegiadas, respectivamente en esos ejercicios sociales (actas No. 18, 19 y 20); y a reglón seguido interpretó que la Asamblea “...decretó el dividendo ordinario (...) y no excluyó del mismo a las acciones privilegiadas, ello en acatamiento de lo previsto en los estatutos, en el reglamento de colocación de acciones y en el prospecto de emisión de las mismas. Decretado el dividendo a él tienen derecho los accionistas privilegiados, tal y como quedó expuesto en el numeral precedente de este laudo.” Además, en el caso del Acta 19, correspondiente al año 2005, realizó el Tribunal Arbitral consideraciones como la que sigue: “...en cuanto a la mención referida a continuación en el acta en el sentido de que ‘Dado que este valor es inferior al del Dividendo Privilegiado no hay lugar al reparto adicional de utilidades’, el Tribunal entiende que la misma, referida a utilidades, no altera la decisión previa de decretar un dividendo ordinario, al cual, como se ha reiterado en este laudo, los accionistas privilegiados tienen derecho, por expresa disposición estatutaria.” (Fl. 72 ídem).

Con independencia de que sea o no acertado el fondo de las anteriores consideraciones del Tribunal Arbitral y sin entrar a una valoración del caso concreto, advierte la Sala que la materia sobre la cual descansa la controversia, según el laudo arbitral atacado, más allá de un simple conflicto entre los socios y la sociedad por la interpretación de unas normas de los estatutos, involucra un

análisis acerca de la legalidad o ilegalidad de las decisiones que tomó la Asamblea General de Accionistas y que constan en las citadas actas.

Es decir, en tales decisiones de carácter obligatorio contenidas en las respectivas actas se define por parte del máximo órgano social los derechos que reclaman los FONDOS en calidad de accionistas y las obligaciones de la ETB en relación con el reparto de utilidades, manifestaciones de voluntad societaria cuyo control legal está reservado exclusivamente a los jueces o a la Superintendencia de Sociedades, dado que, como se explicó, una vez decretados los dividendos el accionista inconforme que se crea lesionado en un derecho por violación a la ley o a los estatutos tiene como única vía judicial la de ejercer la acción de impugnación ante dichas autoridades para obtener su nulidad y la indemnización de perjuicios, y no una acción ordinaria para perseguir la redistribución utilidades o dividendos adicionales.

En otras palabras, lo que se quiere significar es que no podía resolverse el conflicto sobre el ajuste jurídico frente a la ley y a las disposiciones estatutarias de la conducta de la sociedad al no cancelar las utilidades reclamadas con base en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de la ETB en los meses de marzo de los años 2004, 2005 y 2006, o el cumplimiento o incumplimiento del contrato societario (lo cual no fue materia de pretensión expresa), sin que se entrara a revisar la legalidad de dichas decisiones en las cuales se materializó el reconocimiento de los derechos que correspondía en esos ejercicios sociales a cada accionista titular de acciones ordinarias o de acciones privilegiadas, revisión que está vedada a los árbitros por existir un procedimiento especial (acción de impugnación) que regula la ley para el efecto y de cuyo conocimiento quedaron excluidos aquéllos.

Dicho otro modo, el conflicto y su origen, como lo acusó el impugnante, implica una revisión de fondo y legal del contenido de las actas (18, 19 y 20), en las cuales quedaron consignadas las determinaciones de la Asamblea General de Accionistas de la ETB, y cuya forma o medio de controvertirlas por encontrarse en oposición o no a ley o a los estatutos de acuerdo con el ordenamiento jurídico no es otra que a través de la acción de impugnación contra las mismas, y no mediante la acción ordinaria que se esgrimió con fundamento en la cláusula compromisoria prevista en los estatutos de la ETB para convocar el Tribunal

Arbitral, pacto que, como se anotó, no puede contemplar esta clase de controversias.

En consecuencia, considera la Sala que en el caso concreto los árbitros no tenían competencia para conocer de las pretensiones de la demanda, por cuanto se trataba de controvertir las decisiones de las asambleas de accionistas de la ETB de los años 2004, 2005 y 2006, materia que fue expresamente sustraída de la justicia arbitral, según los preceptos del estatuto mercantil y del procedimiento civil a los cuales se hizo arriba referencia, que, por ser atributivos de competencias, ostentan la naturaleza de normas de orden público, imperativas e indisponibles por parte de los particulares y, por ende, de estricto acatamiento, so pena de que su inobservancia acarree consecuencias negativas, como la nulidad del laudo arbitral, pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, cuando los árbitros se pronuncian sobre asuntos que son ajenos a su competencia y para los cuales no estaban expresamente habilitados por la ley, resuelven sobre puntos no sujetos a su decisión, supuesto que encaja en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

(ii) La distribución, decreto y reparto de las utilidades sociales es una competencia privativa de la Asamblea General de Accionistas y no de los jueces, sean estos institucionales o arbitrales.

Dentro de las súplicas de la demanda arbitral (numerales 6.1 a 6.6.), como consecuencia de las pretensiones declarativas, los FONDOS solicitaron condenar a la ETB al pago de las sumas de dinero “por concepto de dividendo ordinario”, decretado en su criterio a favor de las mismas en las reuniones ordinarias de Asamblea General de Accionistas celebradas en los años 2004, 2005 y 2006, incluyendo los intereses de mora.

Y, efectivamente, en la parte resolutive del laudo arbitral, se puede apreciar que el Tribunal de Arbitramento declaró que estaba la ETB obligada *“...a pagar a las sociedades Convocante (sic) por cada una de las Acciones Privilegiadas ETB de las que son titulares, en adición al dividendo privilegiado, las sumas de VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$24.76), VEINTIDÓS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$22.13) y OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$8.96) por cada acción, correspondientes a los dividendos ordinarios decretados en las asambleas ordinarias celebradas en los*

años 2004, 2005 y 2006, respectivamente, con lo cual prospera la pretensión primera de la demanda”, y la condenó por dichas sumas más los intereses moratorios.

Sin embargo, emerge en forma palmaria la incongruencia u oposición del laudo arbitral con el ordenamiento jurídico, dado que la materia a la que se refiere la citada pretensión de los FONDOS y a la cual accedió el Tribunal de Arbitramento, esto es, la decisión sobre el pago de unos dividendos ordinarios “...en adición al dividendo privilegiado...”, equivale a disponer, decretar y repartir utilidades sociales, lo cual escapa de la esfera del conocimiento de los árbitros, pues, como mencionó, este asunto es competencia de la Asamblea General de Accionistas, de conformidad con los artículos 155, 187-3, 420-2, 422 y 455 del Código de Comercio.

Por consiguiente, cuando el Tribunal Arbitral se atribuyó la competencia para condenar “por concepto de dividendos ordinarios”, “en adición al dividendo privilegiado” en los años 2004, 2005 y 2006, a favor de los FONDOS por cada unas de las acciones privilegiadas de las que son titulares, invadió el ámbito funcional de la Asamblea General de Accionistas y sustituyó sin habilitación legal a este órgano societario en el ejercicio de una facultad que no corresponde a los jueces, ni siquiera a los arbitrales.

En efecto, repárese que en el caso de que una decisión de la Asamblea General de Accionistas vulnere las prescripciones legales o los estatutos de la sociedad, el accionista afectado con ella cuenta con la posibilidad de ejercer la acción de impugnación, para que el juez declare nula la decisión y conceda la correspondiente indemnización de perjuicios, pero lo que no puede hacer la autoridad judicial es disponer en torno de las utilidades de una sociedad ni modificar la distribución de las mismas, facultad privativa de aquél órgano social.

En definitiva, es evidente la falta de competencia del Tribunal Arbitral para solucionar la controversia que le fue puesta en conocimiento y para condenar al pago de unos dividendos, dado que no es procedente que los árbitros o los jueces dispongan el reparto y pago de unos dividendos, motivo por el cual se configura también por este aspecto la causal de anulación alegada.

(iii) Si las decisiones de la Asamblea General de Accionistas del ETB reconocían los dividendos reclamados en los ejercicios sociales de los años 2003, 2004 y 2005, la vía judicial era la del proceso ejecutivo para su cobro efectivo, para el cual tampoco tenía competencia el tribunal arbitral.

El recurrente planteó el interrogante según el cual si hubiera sido cierto que la Asamblea decretó dividendos ordinarios a favor de las acciones privilegiadas y las convocantes así lo hubieran creído, “¿cómo explicar que no hubieran promovido el correspondiente proceso ejecutivo?”

Sobre este particular, llama la atención de la Sala la circunstancia de que en verdad las pretensiones de la demanda arbitral fueron estructuradas sobre la base de que la Asamblea General de Accionistas había decretado el dividendo ordinario reclamado a favor de los FONDOS en sus reuniones de los meses de marzo de 2004, 2005 y 2006.

Y si las pretensiones partían de esta premisa y, por tanto, lo que se discutía era tan solo el pago de esos dividendos, en ese caso el artículo 156 del Código de Comercio establece la vía judicial ejecutiva para cobrar coactivamente las sumas que por concepto de dividendos sociales se hayan aprobado por el prenombrado máximo órgano social, decisión que, en el *sub iudice*, por cada año debería estar contenida en las respectivas actas que dan cuenta de la distribución de utilidades para los ejercicios sociales de 2003, 2004 y 2005.

Dicho de otro modo, en este marco delimitado por la demanda, según el cual la controversia puesta a consideración de los árbitros se trataba de una simple lectura atenta de las actas en las que constaba las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de la ETB (Nos. 18, 19 y 20), y de las cuales se podía supuestamente concluir que en ellas se reconoce el derecho a los dividendos ordinarios reclamados por los FONDOS, según los estatutos de la ETB, el proceso indicado era el ejecutivo y no un proceso de conocimiento o declarativo del derecho, materia, por lo demás, también excluida del conocimiento de los árbitros, tanto porque en la cláusula compromisoria (art. 84 de los Estatutos de a ETB) no se contemplaba la ejecución forzada de obligaciones disputadas

entre los socios y la sociedad⁵⁰, como porque actualmente no existe regulación normativa que haga posible su trámite en el arbitramento.

No se quiere señalar con esto que se haya adelantado ni mucho menos por los árbitros un juicio ejecutivo, sino precisar que las pretensiones se edifican en un supuesto que de ser cierto (obligación indiscutida que emana de las actas de asamblea de accionistas, en las que constan las decisiones en los citados años que dieron cumplimiento a los estatutos sociales por concepto de distribución de dividendos ordinarios adicionales a los titulares de acciones privilegiadas, pero insatisfecha en cuanto el pago por la ETB), era propio del proceso de ejecución forzada y no de uno de conocimiento, asunto que escapa de la competencia de los árbitros.

En consecuencia, lo anterior constituye una razón más que permite deducir la falta de competencia de los árbitros para dictar el laudo que se impugna, dado que, luego de decretadas las utilidades por parte del máximo órgano social en el ejercicio correspondiente y vertidas en unas actas, no se vislumbra en la Legislación otro medio ordinario procesal de reclamación de esa decisión por parte de los accionistas diferente, como se señaló, al del ejercicio de la acción de impugnación y, en caso del incumplimiento de la obligación de pago de la utilidad decretada, la instauración de una acción ejecutiva, acciones una y otra ajenas a la competencia del Tribunal Arbitral.

(iv) Conclusión: el Tribunal Arbitral resolvió sin competencia asuntos que no estaban sometidos al arbitramento de acuerdo con la Constitución y la ley.

En este orden de ideas, considera la Sala, sin adentrarse en la calificación que pudiera ameritar el fondo de la decisión, esto es, sin cuestionar el sentido de ella ni las razones en las cuales se sustentó la resolución contenida en el laudo, que el juez arbitral cometió un yerro de actuación o *in procedendo* al asumir el conocimiento de asuntos que por ley se encuentran exceptuados o no son susceptibles de arbitraje, motivo por el cual terminó arrogándose atribuciones que no estaban conferidas ni autorizadas en el orden jurídico y, por ende, se pronunció sobre aspectos que no estaban sometidos a su decisión.

⁵⁰ De esta estipulación contractual no se deduce que las partes contratantes hubieren atribuido a un tribunal de arbitramento, facultades para que eventualmente pudiera conocer sobre un proceso ejecutivo en relación con el contrato social.

Ahora bien, debe recalcar la Sala que es conforme a derecho señalar que, por regla general, no puede el actor o el demandante elegir a su arbitrio cualesquiera de las acciones que el ordenamiento jurídico consagre para materializar el derecho sustancial que pretende le sea reconocido, sino que debe sujetarse a los supuestos fácticos que desencadenan la procedibilidad de cada una de ellas, de acuerdo con las disposiciones jurídicas que las establecen, toda vez que esa adecuación es desarrollo del principio constitucional del debido proceso, en tanto corresponde a las formas propias de cada juicio e incluso incide en la determinación del juez natural (art 29 C.P.).

En este sentido, no puede pasar desapercibido para la Sala el hecho de que los FONDOS hubiesen ejercido en forma paralela tanto la acción de impugnación ante los jueces, como la acción ordinaria contractual ante el Tribunal Arbitral, respecto de la decisión correspondiente al ejercicio social del año 2005 que consta en el acta de asamblea No. 20 de la reunión ordinaria del mes de marzo de 2006, tal y como lo reconoce el propio apoderado en sus alegatos presentados en sede de este recurso extraordinario, quien considera que *“[n]o es la primera y única vez que un conflicto admite varias interpretaciones (que por demás, reitero, no hacen parte de lo discutido en un recurso de anulación). Ni es falta de ética asumir que los jueces acojan una u otra...”*

Con independencia de la rectitud o no de la conducta desplegada por los FONDOS y la coherencia o incoherencia jurídica que puede implicar aducir a la vez en dos escenarios judiciales posiciones contradictorias, como solicitar, por un lado, la nulidad de las decisiones de asamblea por violar los estatutos al no decretar los dividendos reclamados (juicio de impugnación) y, por otro lado, señalar que la Asamblea decretó unos dividendos que no fueron cancelados (juicio arbitral), lo cierto es para la Sala que conocían que la ley establece el cauce legal de la impugnación para tramitar sus inconformidades en relación con lo resuelto por la Asamblea General de Accionistas a propósito del decreto y distribución de dividendos, sin que parezca válida la excusa esgrimida de que ello se fundamenta en el hecho de que tal decisión admite dos interpretaciones⁵¹, *“que dan lugar a dos acciones distintas, una contractual y otra de impugnación”*, por cuanto es claro

⁵¹ Expone que la primera interpretación es aquella conforme a la cual tal decisión no excluye a los titulares de acciones privilegiadas el derecho a recibir el pago del dividendo ordinario decretado; y la segunda, que tal decisión si la excluye, de manera que si el de la impugnación concluye que la aplicable es la primera entonces no contraria a los estatutos, y si, en contraste, es la segunda entonces la decisión si es contraria a los estatutos (fls. 258 y 259).

que desentrañar el sentido de dicha decisión corresponde a un juicio de legalidad de las mismas frente a lo establecido en los estatutos, propio de la acción de impugnación y extraño a la institución arbitral, como se ha venido sosteniendo.

De ahí que, subraya y advierte la Sala que para impugnar los actos o decisiones de asamblea no es posible desconocer los cauces que el ordenamiento jurídico estableció para reclamar en juicio estos asuntos (procedimiento abreviado ante los jueces ordinarios o administrativos, o verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades), como tampoco se puede soslayar el término indicado para el efecto por la ley, mediante el ejercicio de acciones o vías diferentes, como sería acudir en acción ordinaria a la Jurisdicción o ante la justicia arbitral, con el propósito de eludir y esquivar la acción de impugnación, con una grave alteración de la competencia y jurisdicción que la ley establece.

Queda, claro entonces, que en el caso concreto se configuró la causal de anulación del laudo arbitral prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, de manera que el cargo propuesto con fundamento en la misma está llamado a prosperar.

3.3. Efectos de la nulidad del laudo arbitral

En relación con los efectos cuando se configura la causal de nulidad del laudo arbitral del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la Sala precisó:

“...cuando se configura esta causal, “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, y que refleja el desbordamiento de su competencia por parte del tribunal de arbitramento, lo que verifica el juez del recurso es que los árbitros expidieron disposiciones que no les correspondía adoptar y que por lo tanto, deben desaparecer del laudo, en caso de que se trate de una nulidad parcial del mismo [corrección], o que conducen a que sea declarado nulo en su totalidad, si el vicio lo cobija íntegramente; por esta razón, resulta improcedente la solicitud del recurrente que alega esta causal, y pide que una vez declarada la nulidad del laudo, se acceda a sus pretensiones, pues esa no es la consecuencia que se desprende de la configuración de la misma, la cual no da lugar a que el juez del recurso extraordinario de anulación profiera nuevas decisiones que reemplacen a las que sean declaradas nulas, en caso de prosperar el recurso; como lo ha dicho la Sala (...)

“(...

“Significa lo anterior, que la regla general, es que el laudo arbitral será anulado por el juez del recurso siempre que encuentre configurada

alguna de las causales taxativamente contempladas por la ley, excepto en los eventos en los que la misma autoriza su corrección; es decir que, como lo manifestó la Sala en la providencia citada, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, en concordancia con lo establecido en el último inciso del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, no procederá la declaratoria de nulidad del laudo arbitral cuando se advierte la existencia de errores aritméticos o disposiciones contradictorias, pues en tal caso procederá la corrección de estas irregularidades y el laudo subsistirá; así mismo, si se trata de disposiciones que desbordaron la competencia del tribunal de arbitramento, habrá lugar también a corregir el laudo, pero en este caso, tal corrección consistirá en la declaratoria de nulidad parcial, que recaerá exclusivamente sobre tales disposiciones, subsistiendo el laudo arbitral en lo demás; y finalmente, si el vicio advertido es el de no haber decidido los árbitros sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto, procederá, ahí sí, el juez del recurso, a **adicionar el laudo**, resolviendo aquellos extremos que fueron omitidos, único medio, en este caso, de efectuar la corrección del error *in procedendo* en que incurrió el laudo, que en este caso resulta viciado no por exceso, sino por defecto de la decisión; así lo ha establecido la Sala en otras ocasiones...”⁵² (Subraya la Sala).

Para decirlo de otra forma, si el vicio de “...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 1993), cobija íntegramente el laudo arbitral por desbordamiento total de la competencia por parte del tribunal de arbitramento, tiene por efecto la declaratoria de nulidad de todo el laudo, pues, en estos eventos la corrección o remedio del error *in procedendo* es la supresión de la parte viciada y el aniquilamiento de sus efectos, pero no se cuenta con la posibilidad de sustituir la decisión o adoptar nuevas decisiones que replacen las que sean declaradas nulas, facultad esta última que sólo está prevista para cuando el vicio es el de no haber decidido los árbitros sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto (No. 9 *ibídem*).

Por manera que, no existe habilitación para entrar en el fondo del asunto y dictar un nuevo fallo total a la manera de una segunda instancia, dado que ese no es el sentido ni la naturaleza, según se explicó al comienzo de esta providencia, del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, remedio previsto para examinar que el proceso arbitral se prosiguió legalmente y que lo resuelto se ajustó y respetó los límites fijados a los árbitros, y en donde el juez de este medio de impugnación tiene un poder restringido para establecer nuevas disposiciones que no puede ejercer sino en los precisos eventos que la ley lo permite.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de abril de 2008, Exp. 34.072, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral tiene vocación de prosperidad, por cuanto se probó la causal del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, razón por la cual será anulado íntegramente.

Igualmente, de acuerdo con lo anterior, se reitera que al prosperar la primera causal invocada para declarar la nulidad del laudo arbitral, queda la Sala relevada del estudio de las otras.

Finalmente, como la causal que ha prosperado no tiene como consecuencia la pérdida de los honorarios pagados a los árbitros, la Sala no se pronunciará en la parte resolutive respecto de ellos (inciso 4 del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998).

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP. ETB, contra el laudo arbitral proferido el 15 de agosto de 2007, por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, S.A., COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA SANTANDER S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el pago de dividendos en los años 2004, 2005 y 2006, por el cargo de configuración de la causal de nulidad correspondiente al numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818

de 1998 por “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, de conformidad con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **ANULÁSE** el laudo arbitral proferido el 15 de agosto de 2007, por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la ETB y los citados FONDOS de Pensiones y Cesantías, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el pago de dividendos en los años 2004, 2005 y 2006, por configurarse la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 de “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR