

**SECTOR DE LAS COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES -
Jurisdicción y competencia / LEY 142 DE 1994 - Vigencia / LEY 1341 DE 2009
- Vigencia**

En estos términos, el efecto práctico de la nueva ley es que el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones ya no se rige por la ley 142 de 1994, de manera que ningún servicio que lo comprende constituye, en adelante, un servicio público domiciliario, pero sí un servicio público –art. 10 de la ley 1.341-, o lo que es igual, un servicio público no domiciliario. Y como las comunicaciones – particularmente las telecomunicaciones - ya no se rigen por la ley 142 de 1994, entonces se deben precisar, por primera vez, algunos aspectos que inciden sobre la jurisdicción que conoce de las controversias y litigios de las personas que prestan estos servicios, porque si bien esta Sección tenía definido el tema - tratándose de las personas que lo hacen en la ley 142-, la modificación que introdujo la ley 1.341 de 2009 exige revisar el asunto, para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 10

PRESTADORES DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES - Naturaleza jurídica / NATURALEZA JURIDICA - Proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones / REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Ley 142 de 1004 / REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS NO DOMICILIARIOS - Ley 1341 de 2009 / APLICACION EXCEPCIONAL NORMAS LEY 142 DE 1994 - Ley 1341 de 2009. Artículo 73 / NATURALEZA JURIDICA DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES - No se regula. Ley 1341 de 2009. Se regirán por las normas del derecho privado

En estos términos, la nueva normatividad modificó las categorías tradicionales de la ley 142 de 1994, porque introdujo otras denominaciones técnicas. (...) Se debe recordar que el art. 73 de la ley 1.341 de 2009 dispuso que para las telecomunicaciones, y las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia -como es el caso de la demandada - ya no aplica la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Y no se aplica porque, sencillamente, los servicios públicos de la ley 1.341 ya no son domiciliarios. Esta es la regla general, porque el mismo art. 73 dispone que, excepcionalmente, aplican las siguientes normas de la ley 142: i) el artículo 4, sobre el carácter esencial del servicio público; ii) el art. 17, sobre la naturaleza jurídica de las empresas; iii) el art. 24, sobre el régimen tributario; y iv) el Título Tercero, artículos 41, 42 y 43, sobre el régimen laboral; garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En estos términos, la duda surge en relación con la vigencia del art. 17 de la ley 142 de 1994 (...) De la lectura integral de la ley 1.341 se desprende con claridad que no se regula la naturaleza jurídica de los operadores de las telecomunicaciones, es decir, de los proveedores de redes y servicios, de manera que tampoco ofrece una definición sobre la clasificación de quienes pueden prestarlos. Esta perspectiva se confirma con la lectura del art. 55, que define el régimen jurídico de los proveedores, señalando que: “Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”. De esta norma se desprende que la naturaleza de los prestadores no es única, pues por algo contempla la posibilidad de que existan

varias, al decir que “los proveedores... cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital”, tendrán por régimen jurídico el privado.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 55 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 73 / LEY 142 DE 1998 - ARTICULO 4 / LEY 142 DE 1998 - ARTICULO 17 / LEY 142 DE 1998 - ARTICULO 24

EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES. Definición / EMPRESAS OFICIALES / Capital cien por ciento estatal / EMPRESAS MIXTAS - Combinación de capital público con privado / EMPRESAS PRIVADAS - Capital cien por ciento privado / EMPRESAS OFICIALES - Naturaleza. Sociedades por acciones. Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Aplicación artículo 17 Ley 142 de 1994 / PROVEEDORES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - Naturaleza jurídica. Aplicación artículo 17 de la Ley 142 de 1994

Hay que determinar la naturaleza que tendrán los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. La Sala entiende, por razones también lógicas, que al interior de este concepto se encuentran tres categorías: i) las empresas oficiales, ii) las mixtas y iii) las privadas. Las primeras, ya se dijo, tienen capital cien por ciento estatal; las últimas, tienen capital cien por ciento privado; y las segundas, combinan el capital público con el privado, en porcentajes que varían ampliamente. Las oficiales, pueden adoptar dos naturalezas posibles: ser sociedades por acciones, o convertirse en empresas industriales y comerciales del Estado –en los términos que contempla el parágrafo del art. 17 de la ley 142-. Efectivamente, el inciso tercero del art. 73 de la ley 1.341 de 2009 estableció que el artículo 17 de la ley 142, sobre la naturaleza jurídica de las empresas, se aplicará a los proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Así las cosas, esta ley dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos a que se refiere esa ley, y que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. Una interpretación lógica de la norma indica que, efectivamente, todas las empresas tendrán por naturaleza jurídica la forma de sociedades por acciones, es decir, tanto las privadas, como las oficiales y las mixtas. Pero si las estatales no desean esta forma de organización, entonces de entre ellas sólo las empresas oficiales -es decir, las que tienen capital cien por ciento público - pueden adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado; por tanto, ni las mixtas ni las privadas se pueden acoger al parágrafo. Las empresas mixtas son sociedades de economía mixta, que se ajustarán a la forma de sociedades por acciones, por aplicación del inciso primero del art. 17 de la ley 142. Su naturaleza deriva del art. 97 de la ley 489 de 1998 (...) Finalmente, la empresa privada proveedora de redes y servicios es aquella donde los particulares poseen el cien por ciento del capital social, de manera que también son proveedores de redes y servicios, en virtud de la liberalización que se conservó sobre el mercado de las comunicaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 17 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 97 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 73

EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES - Naturaleza jurídica / EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES - Vigencia Ley 442 de 1994 / EMPRESAS

OPERADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES - Vigencia Ley 1341 de 2009

¿Qué ocurre con la naturaleza jurídica de las empresas operadoras de los servicios de telecomunicaciones que existían antes de la ley 1.341, es decir, que se ajustaban a la ley 142 de 1994, y por ende compartían la naturaleza jurídica de los operadores que se rigen por dicha norma? La Sala entiende que, por razones obvias, se deben ajustar a la nueva ley, porque si ella regula el régimen de las comunicaciones, es natural que los prestadores deben cumplir sus orientaciones, en todos los puntos de vista. Por tanto, la exclusión de esta actividad del régimen de la ley 142 de 1994, de ninguna manera justifica que las empresas que existían antes de 2009 permanezcan ancladas a dicho régimen, en todo o en parte –salvo lo previsto en el inciso tercero del art. 73-, incluida la naturaleza jurídica de las empresas. En conclusión, las empresas que preexistían se deben ajustar a la nueva ley, y las nuevas empresas con mayor razón se deben organizar de conformidad con ella.

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Particulares que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Criterio orgánico / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Criterio material

Con fundamento en lo expuesto hasta ahora, y aplicado al caso concreto, la Empresa Colombia Telecomunicaciones es una sociedad de economía mixta, con participación pública inferior al 50% del capital social, de allí que la jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, a juzgar por el art. 82 CCA., sería –en principio - la justicia ordinaria, porque a ella corresponden las controversias de las sociedades de economía mixta con capital estatal igual o inferior al 50%. Pero esta conclusión no es definitiva, por lo que se explicará a continuación. La Sala entiende que en esta ocasión se requiere examinar, adicionalmente, un aparte del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuya inteligencia no se ha considerado para casos como este. La norma también dispone que 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.” En virtud de la última parte del precepto, esta jurisdicción conoce las controversias surgidas entre algunos particulares -en lugar de hacerlo la justicia ordinaria-, siempre que la actividad que desarrollen sea de aquellas propias de los distintos órganos del Estado. En estos términos, el criterio que define la jurisdicción no es el orgánico, como acontece con la primera parte del art. 82 CCA. –analizado, entre otras providencias de esta Sección, en el auto de febrero 8 de 2007, exp. 30.903-, sino el criterio material, entendiendo por éste la realización, por parte de las organizaciones privadas, de funciones propias de los distintos órganos del Estado. De manera que ya no surge la competencia, en estos casos, por la ejecución de funciones administrativas, como lo exigía el art. 82 original del CCA. En consecuencia, queda claro que el CCA vigente combina tanto el criterio orgánico como el material, para definir la jurisdicción. El primero, para juzgar las controversias donde son parte las entidades estatales, y el segundo, para atraer a los particulares que cumplen actividades propias de los órganos del Estado. En estos términos, la complejidad de la segunda parte de la norma ya no radica, como en el pasado lo estuvo, en determinar qué es y qué no es función administrativa, para inferir cuándo el juez de la administración y de los particulares era la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A partir de 2006 el criterio cambió, porque lo determinante es dilucidar e identificar las funciones que son

propias del Estado, y que también cumplen los particulares. La aproximación más inmediata a la solución permite deducir que no sólo el ejercicio de funciones administrativas, sino de toda otra función pública, ejercida por particulares, queda a cargo del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 42 DE 1993 - ARTICULOS 31 A 34

NOTA DE RELATORIA: Con relación al tema ver auto de febrero 8 de 2007, expediente número 30.903, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros

SECTOR TELECOMUNICACIONES - Telefonía local móvil. Telefonía pública básica conmutada. Telefonía móvil en el sector rural y larga distancia / ACTIVIDADES O FUNCIONES PROPIAS DE LOS DISTINTOS ORGANOS DEL ESTADO - Análisis material actividades propias del Estado. Definición expresa que hace el Constituyente o el Legislador / PROVISION DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - Servicio público bajo la titularidad del Estado

En este orden de ideas, hay que definir si las telecomunicaciones –en particular, la telefonía pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural y la larga distancia-, son actividades o funciones propias de los distintos órganos del Estado. La respuesta a esta compleja pregunta puede tener dos soluciones: una, a partir del análisis material de lo que son las actividades propias del Estado; la otra, por definición expresa que haga el Constituyente o el legislador del asunto. Sobra decir que la segunda vía es la más expedita para definir este asunto, y que la primera es la más compleja, por que exige del juez un razonamiento que explique, y justifique, en qué sentido una actividad tiene estas características. En el caso concreto, y para los solos efectos de las telecomunicaciones, la Sala considera que el segundo criterio operó para concretar el problema en los servicios públicos no domiciliarios enumerados en el párrafo anterior, según los términos del art. 10 de la ley 1.341 de 2009 (...) Esta norma declaró que se trata de actividades que se encuentran “bajo la titularidad del Estado”, concepto con el que la Sala entiende cumplida la condición o exigencia del art. 82, para que las controversias de los particulares, relacionadas con estas materias, se tramiten en esta jurisdicción. Por tanto, si estas actividades constituyen un servicio público, bajo la “titularidad” del Estado, es decir, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “cualidad o condición de titular. Propiedad de algo legalmente reconocido”, entonces se trata de una actividad que le pertenece, a juzgar por el sentido natural y obvio de las palabras usadas por la ley. En consecuencia, aplicado el criterio material al caso concreto, la empresa demandada cumple funciones propias de los órganos del Estado, porque la ley 1.341 de 2009 estableció que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo la titularidad del Estado, luego, la competente para conocer del caso sub examine es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 10

SOCIEDAD COLOMBIA TELECOMUNICACIONES - Jurisdicción. Sociedad de economía mixta con capital estatal inferior al 50 por ciento. Particulares que desempeñan funciones propias de los órganos estatales / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Conflicto. Aplicación de la regla

especial sobre la general. Código Contencioso Administrativo. Artículo 82 / JURISDICCION ORDINARIA - Sociedad de economía mixta con capital minoritario del Estado y no cumple funciones propias de los órganos del Estado

Se debe hacer una precisión adicional. Recuérdese que la sociedad Colombia Telecomunicaciones es de economía mixta, con capital estatal inferior al 50%, de allí que por este sólo aspecto sus controversias no corresponderían a esta jurisdicción. No obstante, como también hay que atenerse a la parte final del art. 82 CCA., incluso los particulares que desempeñan funciones propias de los órganos estatales los juzga esta jurisdicción, de donde resulta que la aplicación de una regla los excluye y la otra los incluye. La Sala considera que este conflicto se debe resolver aplicando la regla especial sobre la general, que para el caso concreto es la segunda parte del art. 82, pues si en dicho supuesto hasta los particulares se someten al juez administrativo, con mayor razón las empresas mixtas, sin importar el porcentaje de capital público que tengan. Por el contrario, si una sociedad de economía mixta, con capital minoritario del Estado, no cumple funciones propias de los órganos del Estado, entonces la jurisdicción se rige por la primera parte de la norma, es decir, que la justicia ordinaria conocería de las controversias.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82

ACCION CONTRACTUAL - Naturaleza jurídica / NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION CONTRACTUAL - Código Contencioso Administrativo artículo 87 / CADUCIDAD DE LA ACCION EN LA ACCION CONTRACTUAL - Inaplicabilidad del artículo 1329 del Código de Comercio

El principal argumento en que se fundamenta el recurso de apelación consiste en diferenciar la naturaleza de la acción contractual –art. 87 CCA. - de la que procede del artículo 1.329 Co. de Co., para señalar que la ejercida en el caso concreto es esta, cuya caducidad es de 5 años. La Sala no considera que esta perspectiva del problema sea la correcta, como quiera que la acción que se ejerce, para reclamar cualquier derecho, procedente de una relación contractual –sin importar si el negocio jurídico se rigió por el derecho privado o por el público-, es la prevista en el art. 87 CCA. De hecho, en otras ocasiones ha abordado problemas técnicamente similares, como cuando se ejercita la cláusula compromisoria o el compromiso (...) En este orden de ideas, no queda duda que la acción procedente para acudir a esta jurisdicción, por parte del actor de este proceso, sí era la prevista en el artículo 87 CCA., y no una especial, como lo da a entender en el recurso. Por esta misma razón, el término de caducidad aplicable es el previsto para las acciones contractuales, es decir, el art. 136.10 CCA. De manera que el art. 1.329 Co. de Co., no es aplicable a la acción de controversias contractuales, porque sencillamente la acción que se ejerce aquí se rige, en todo, por el CCA., salvo en los vacíos, caso en el cual aplica el CPC.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1329 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136.10

NOTA DE RELATORIA: En relación con la acción que se ejerce, para reclamar cualquier derecho, procedente de una relación contractual - sin importar si el negocio jurídico se rigió por el derecho privado o el público-, es la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ver sentencia de febrero 18 de

2010, expediente número 37004, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor Hospital el Tunal E.S.E.

CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Cómputo. Contratos regidos por el derecho privado / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO - Derecho privado. Liquidación bilateral o unilateral. Autonomía de la voluntad. Inaplicación de la Ley 80 de 1993. / CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL - Celebración con una entidad que no se rige por la Ley 80 de 1993 / CADUCIDAD DE LA ACCION - Contrato que no requiere liquidación. Aplicación del artículo 136.10 del Código Contencioso Administrativo

El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció. Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-. Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado. En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron. En los términos indicados, está acreditado que las partes terminaron el contrato de agencia comercial el 31 de agosto de 2004, y la oportunidad para acudir a esta jurisdicción venció el 31 de agosto de 2006. Como la demanda se presentó en septiembre de 2009 la acción estaba caducada. Incluso, en gracias de discusión, si la caducidad que se tomara fuera la de cinco años que propone el apelante –pero es claro que no lo es - también habría caducado la acción, porque los cinco años habrían vencido el 31 de agosto de 2009.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136.10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00762-01(38344)

Actor: COMUNICACIONES REGIONALES LTDA.

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

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el 18 de noviembre de 2009, por la Subsección "B" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se rechazó la demanda, porque encontró configurada la caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de septiembre de 2009, Comunicaciones Regionales Ltda. demandó a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., con el fin de que se declare que el 14 de abril de 1998 se celebró entre ellas el contrato de agencia comercial S.A.I. No. 98-CUD-001670, en virtud a que éste fue subrogado por la Empresa Nacional de Comunicaciones –TELECOM– a la demandada, y continuado en las mismas condiciones.

Además, solicitó el pago del valor equivalente a la doceava parte del promedio de las participaciones o utilidades recibidas en los últimos 3 años, por cada uno de los 7 años, 2 meses y 29 días de vigencia del contrato, en calidad de agente comercial exclusivo en la distribución, comercialización y venta de sus productos y servicios en el municipio de Anolaima –Cundinamarca-. Además, pide la suma que por concepto de indemnización equitativa será fijada por peritos, como retribución a los esfuerzos realizados para acreditar la marca y la línea de productos "TELECOM", durante el tiempo de duración del contrato.

2. Como fundamento de las pretensiones, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 14 de abril de 1998, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM– y la sociedad de Comunicaciones Regionales Ltda., suscribieron el contrato de agencia comercial No. 98-CUD-001670, cuyo objeto fue la prestación del Servicio de Atención Indirecta S.A.I. en el municipio de Anolaima – Cundinamarca-, y cuya duración sería de 3 meses; sin embargo, se prorrogó en varias oportunidades.

2.2. Con el decreto No. 1.616, de 13 de junio de 2003, el Gobierno Nacional creó la empresa de servicios públicos domiciliarios Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., vinculada al Ministerio de Comunicaciones. Este decreto dispuso la subrogación en la nueva entidad de los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones celebrados por TELECOM en liquidación, entre los que se encuentra el No. 98-CUD-001670.

2.3. El 31 de agosto de 2004, las partes suscribieron un acta de terminación del contrato de agencia comercial.

3. El 18 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda, al considerar que no se interpuso dentro del término de dos años que ordena la ley, como quiera que el contrato No. 98-CUD-001670 se terminó el 31 de agosto de 2004 -de conformidad con el acta de esa fecha-, y como se trata de un contrato de tracto sucesivo, debía liquidarse, y las partes contaban hasta el 31 de diciembre siguiente, que corresponde a los 4 meses que el artículo 60 de la ley 80 de 1993 establece para tal efecto.

Ante la falta de liquidación bilateral, la ley otorga a la administración la facultad de liquidar unilateralmente el negocio, en un lapso de 2 meses más, que vencieron el 28 de febrero de 2005. El *a quo* señaló, entonces, que la parte actora contaba hasta el 1 de marzo de 2007 para presentar la demanda, en ejercicio de la acción contractual, evento que ocurrió el 17 de septiembre de 2009, fecha en que ya se encontraba caducada.

4. El 27 de noviembre de 2009, la parte actora presentó el recurso de apelación contra la anterior providencia. Considera que el *a quo* no tuvo en cuenta que el derecho alegado tiene un término de prescripción propio y particular, señalado en una norma especial, como es el artículo 1.329 del Código de Comercio, que dispone que *las acciones que emanan del contrato de agencia comercial*

prescriben en 5 años, razón por la que no debió aplicarse el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. CONSIDERACIONES

1. De la jurisdicción y de la competencia para conocer de controversias donde son parte los “proveedores y de bienes y servicios de comunicaciones”, a que se refiere la ley 1.341 de 2.009.

Antes de analizar las razones de inconformidad que expresó el recurrente, la Sala observa que esta controversia involucra a las empresas COMUNICACIONES REGIONALES LTDA., sociedad de carácter privado, y a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., creada mediante el Decreto No. 1.616 de 13 de junio de 2003 del Ministerio de Comunicaciones, como una empresa de servicios públicos domiciliarios¹, con participación pública inferior al 50% de su composición accionaria -para suceder a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación, que era la contratante inicial²-. Por esta razón, antes de estudiar el recurso de apelación se analizará si la jurisdicción

¹ “Artículo 1. Creación, naturaleza jurídica y régimen aplicable.- Créase la empresa de servicios públicos domiciliarios que se denominará "Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.", como una sociedad anónima prestadora de servicios públicos domiciliarios, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, cuya constitución se protocolizará mediante el procedimiento establecido en las normas legales aplicables.

“El régimen jurídico aplicable a los actos y contratos y a las relaciones laborales de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P será el establecido en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.”

² “Artículo 14. Contratos de interconexión y de prestación del servicio público.- Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se subroga en los contratos de interconexión celebrados con operadores de telecomunicaciones, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom en liquidación y por las Telesociadas en liquidación, en las mismas condiciones que fueron pactados.

“Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se subroga en los contratos de condiciones uniformes y en los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones celebrados con los usuarios de dichos servicios, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom y por las Telesociadas, en las mismas condiciones que fueron pactadas.”

“ARTÍCULO 19. ATRIBUCIONES DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. E.S.P. EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN. Para la celebración del Contrato de Explotación al que se refiere el artículo anterior, Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P. se sujetará a los siguientes parámetros: (...)

“19.3 Los contratos en curso celebrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y las Telesociadas, que a la fecha del presente Decreto se encuentren en ejecución y que están afectos a la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, continuarán ejecutándose de acuerdo con lo pactado y la coordinación y administración contractual sobre los mismos corresponderá a Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P.”

de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio, pues de no serlo sobraría este análisis.

Para empezar, se debe tener en cuenta que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., se creó como una empresa de servicios públicos domiciliarios, con capital estatal inferior al 50% -según certificación que obra a folio 46 del cdno. ppal.-, y en términos de la sentencia C-736 de 2007, de la Corte Constitucional, se trataba de una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter privado con participación pública, categoría que la hace parte de la estructura del Estado:

“5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.

(...)

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

“No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

(...)

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

(...)

“Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual

haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.”

Esta misma idea la compartió la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras providencias en las distinguidas con los radicados No. 33.624 y 33.645; así como las sentencias proferidas en marzo 27 de 2008, procesos 33.644 y 33.645; de mayo 21 de 2008, expediente 33.643 y de junio 18 de 2008, proceso 34.543³.

³ Sin embargo, en el auto de diciembre 3 de 2008 -exp. 34.745- la Sección sostuvo lo contrario, es decir, que las empresas de SPD de carácter privado, pero con alguna participación pública, no eran entidades descentralizadas: “En consecuencia, en cuanto todas las reflexiones y anotaciones que la Corte Constitucional consignó en su fallo C-736-07 acerca de la naturaleza especial que correspondería a la totalidad de las empresas de servicios públicos -incluidas las que prestan servicios públicos domiciliarios, ESP, y de entre estas las oficiales, las mixtas y las privadas- apenas si constituyen un *obiter dictum* y al revisar la materia a la luz de las disposiciones legales vigentes, cuestión a la que obligatoriamente debe atenderse el Consejo de Estado en atención a los precisos e imperativos dictados del artículo 230 de la Carta Política, según los cuales “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, la Sala estima necesario revisar de nuevo el asunto relacionado con la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuyo capital social la participación de aportes estatales no supera el 50% -tal como ocurre en el caso concreto que aquí debe estudiarse y resolverse-, para definir si al Consejo de Estado le asiste competencia para conocer del recurso de anulación citado en la referencia que actualmente se encuentra en trámite.

(...)

“De acuerdo con lo anterior y en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puede concluir que esta jurisdicción es competente para conocer de aquellos que hubieren sido celebrados por las empresas oficiales y por empresas mixtas en las cuales el capital social sea mayoritariamente público; por el contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de todos los contratos celebrados por las empresas con participación pública inferior al 50% o por las empresas privadas, salvo que se trate de contratos que incluyan cláusulas excepcionales.

(...)

“Como atrás se expresó, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., es una Empresa de Servicios Públicos con participación pública minoritaria, luego, en términos de lo expuesto y con fundamento en el criterio orgánico, no tiene el carácter de entidad estatal, en tanto no es una empresa de servicios públicos oficial o mixta, de acuerdo con los artículos 14.5 y 14.6 de la Ley 142 de 1994; es más, según los dictados del apartado 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, dicha compañía encaja en la definición de empresa de servicios públicos domiciliarios **privada**; en esa medida es claro que los contratos que celebra no son estatales y, por tanto, a la luz de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, esta Jurisdicción no es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación señalado en la referencia.

(...)

“A la luz del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, tampoco conocería esta Jurisdicción de este asunto, en tanto COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.:

En estos términos, la jurisdicción de este proceso perfectamente podría resolverse con alguna de las posiciones que la Sección ha mantenido durante estos años, en relación con esta clase de empresas. Sin embargo, la diferencia consiste en que el asunto ya no es el mismo, porque el 30 de julio de 2009 se expidió la ley 1.341⁴, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC⁵–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, que se ocupa de los siguientes temas:

- Su objeto consiste en “determina[r] el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.” –art. 1-

- Redefinió al Ministerio de Comunicaciones, con sus objetivos, y en adelante se denomina Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –arts. 16 y 17-.

-
- i) No tiene el carácter de entidad pública, lo cual sólo es predicable en relación con las empresas oficiales y las mixtas;
 - ii) No es una entidad mixta con participación pública mayoritaria;
 - iii) El objeto del contrato, referido a la agencia mercantil, no constituye una función que sea propia de los distintos órganos del Estado.
 - iv) El contrato si bien fue celebrado por la mencionada entidad de carácter privado organizada como empresa de servicios públicos domiciliarios, no guarda relación alguna con las actividades, las funciones o el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se encuentra desprovisto de cláusulas excepcionales.

“Es por ello que esta Jurisdicción especializada no cuenta, por tanto, con competencia para pronunciarse sobre el recurso de anulación que se encuentra en trámite.”

⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.

⁵ El art. 6 de la ley establece que “Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.”

- Transformó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT-, creada por la ley 142 de 1994, en la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC - (art. 19)
- Creó la Agencia Nacional del Espectro, cuyo objeto es “brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo.” –art. 25-
- Conservó el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, adscrito al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Su objeto consiste en “financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal, y del servicio universal cuando haya lugar a ello, de todos los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como apoyar las actividades del Ministerio y la Agencia Nacional Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones.” -art. 34-
- Conservó el régimen de libertad de empresa y de libre competencia en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)⁶ (arts. 2.2, 4.5, 7, 10 y 22 num. 2 y 3); el mismo que introdujo la ley 142, para los servicios de telecomunicaciones que antes se regían por ella.
- El anterior derecho no se opone a la exigencia de que los proveedores de redes y servicios obtengan previamente un permiso para usar el espectro radioeléctrico –arts. 11 y 12-, y que paguen una contraprestación –arts. 11, 13, 15 parág. y 36-.
- El art. 10 declaró que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público, además esencial –art. 73, inciso 3-, cuyo titular es el Estado.
- Declaró la libertad de precios, como regla general, salvo circunstancias especiales en que la CRC puede intervenir –art. 23-.

⁶ Según el art. 9 de la ley, “El sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones está compuesto por industrias manufactureras, comerciales y de servicios cuyos productos recogen, procesan, crean, transmiten o muestran datos e información electrónicamente.”

- Regula exhaustivamente el procedimiento para la imposición de servidumbres de uso, acceso e interconexión de redes; así como el de solución de controversias entre proveedores de redes y servicios, a cargo de la CRC. –arts. 41 a 52-.
- Define los derechos de los usuarios de las comunicaciones, entre otros: la libertad de escoger operador, planes y tarifas; la posibilidad de presentar reclamaciones; la configuración del silencio positivo, en caso de que no se respondan las solicitudes en 15 días hábiles; el derecho a obtener una factura; entre otros –arts. 53 y 54-.
- Establece que el régimen jurídico de los actos y contratos, así como el laboral, de los proveedores de redes y servicios, será el derecho privado – art. 55-.
- Crea un régimen sancionatorio, que incluye las faltas, las sanciones, el titular del *ius puniendi* y el procedimiento administrativo –arts. 63 a 67-.
- Finalmente, establece un régimen de transición para las licencias y permisos otorgados a los proveedores de redes y servicios que prestan los servicios con anterioridad a la vigencia de la ley –art. 68-.

En estos términos, el efecto práctico de la nueva ley es que el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones ya no se rige por la ley 142 de 1994, de manera que ningún servicio que lo comprende constituye, en adelante, un *servicio público domiciliario*, pero sí un *servicio público* –art. 10 de la ley 1.341-, o lo que es igual, un *servicio público no domiciliario*.

Y como las comunicaciones –particularmente las telecomunicaciones - ya no se rigen por la ley 142 de 1994, entonces se deben precisar, por primera vez, algunos aspectos que inciden sobre la jurisdicción que conoce de las controversias y litigios de las personas que prestan estos servicios, porque si bien esta Sección tenía definido el tema -tratándose de las personas que lo hacen en la ley 142-, la modificación que introdujo la ley 1.341 de 2009 exige revisar el asunto, para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

2. Naturaleza jurídica de los prestadores de los servicios de telecomunicaciones.

La estructura creada en la ley 1.341 de 2009, para garantizar la prestación de los servicios de comunicaciones, así como el régimen y el marco en que se deben desarrollar estas actividades, establece que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, la Agencia Nacional del Espectro, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones son los encargados de esta actividad.

Y no se discute la naturaleza jurídica pública que tienen el Ministerio, la CRC –que es el organismo regulador, adscrito a aquél, y que no goza de personalidad jurídica-, la Agencia Nacional del Espectro y el Fondo de Tecnologías de la Información –estos dos últimos con personalidad jurídica propia-, con la incidencia que esto tiene sobre la jurisdicción, cuando alguno de ellos es parte en un proceso.

En cambio, no es clara la naturaleza jurídica de los que prestan el servicio, es decir, de quienes materialmente atienden a los usuarios de las comunicaciones, como es el caso de las partes de este proceso. Y esto se debe esclarecer, para responder a la pregunta ¿cuál es la jurisdicción que puede conocer del presente litigio?

Como precisión conceptual inicial, hay que indicar que a estos actores del sector la ley los denominó de tres formas parecidas, pero una de ellas es dominante:

i) En una sola norma la ley alude a los “Proveedores u operadores” –art. 2.4-,

ii) en otras pocas se refiere a las “empresas” proveedoras de redes y servicios de comunicaciones –arts. 21.4 y 73 inc. 3-, y

iii) en la gran mayoría de las disposiciones alude a los “proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones” –arts. 2.5, 4.7, 4.10, 8, 13, 15, 18.21, 21 nums. 1 y 2, 22 nums. 9 y 19, 23, 24, 42, 53 nums. 7 y 8, 54, 55, 64.2 y parág., 68 y 69-.

En estos términos, la nueva normatividad modificó las categorías tradicionales de la ley 142 de 1994, porque introdujo otras denominaciones técnicas. Así, pues, hay que indagar por la naturaleza jurídica de los denominados “proveedores de redes y servicios”, para lo cual se debe distinguir entre: i) quienes fueron creados con posterioridad a la ley 1.341 de 2009 y ii) quienes venían prestándolo, bajo las formas organizacionales que establecía la ley 142 de 1994 -norma que regulaba el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de larga distancia, así como la telefonía móvil rural-.

Se debe recordar que el art. 73 de la ley 1.341 de 2009⁷ dispuso que para las telecomunicaciones, y las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia -como es el caso de la demandada - ya no aplica la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Y no se aplica porque, sencillamente, los servicios públicos de la ley 1.341 ya no son domiciliarios. Esta es la regla general, porque el mismo art. 73 dispone que, excepcionalmente, aplican las siguientes normas de la ley 142:

i) el artículo 4, sobre el carácter esencial del servicio público;

ii) el art. 17, sobre la naturaleza jurídica de las empresas;

iii) el art. 24, sobre el régimen tributario; y

iv) el Título Tercero, artículos 41, 42 y 43, sobre el régimen laboral; garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores.

En estos términos, la duda surge en relación con la vigencia del art. 17 de la ley 142 de 1994, que dispone:

⁷ “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”

“Art. 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

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

“Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

“PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.”

De la lectura integral de la ley 1.341 se desprende con claridad que no se regula la naturaleza jurídica de los operadores de las telecomunicaciones, es decir, de los *proveedores de redes y servicios*, de manera que tampoco ofrece una definición sobre la clasificación de quienes pueden prestarlos. Esta perspectiva se confirma con la lectura del art. 55, que define el régimen jurídico de los proveedores, señalando que: “Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito **de los proveedores** de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ***cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital***, se regirán por las normas del derecho privado” –resaltos fuera de texto-.

De esta norma se desprende que la naturaleza de los prestadores no es única, pues por algo contempla la posibilidad de que existan varias, al decir que “los proveedores... *cualquiera que sea su naturaleza*, sin importar la composición de su capital”, tendrán por régimen jurídico el privado –resaltos fuera de texto-. En estos términos, la Sala entiende que la expresión “proveedor de bienes y servicios”, no alude ni es una categoría especial o propia de operador de estos servicios, sino la identificación general de los distintos gestores que se ocupan de las telecomunicaciones. La naturaleza, por tanto, será la que adopte cada uno de ellos, al constituirse de conformidad con las normas de organización que les sean aplicables, pero con una precisión especial, que proviene de la ley 142 de 1994.

¿Quiere esto decir que todas las empresas de telecomunicaciones son sociedades por acciones, y que en caso de que alguna no desee que su capital se represente en acciones, entonces puede convertirse en empresa industrial y comercial del Estado? En estos términos, hay que determinar la naturaleza que tendrán los *proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*.

La Sala entiende, por razones también lógicas, que al interior de este concepto se encuentran tres categorías: i) las empresas oficiales, ii) las mixtas y iii) las privadas. Las primeras, ya se dijo, tienen capital cien por ciento estatal; las últimas, tienen capital cien por ciento privado; y las segundas, combinan el capital público con el privado, en porcentajes que varían ampliamente.

Las oficiales, pueden adoptar dos naturalezas posibles: ser sociedades por acciones, o convertirse en empresas industriales y comerciales del Estado –en los términos que contempla el parágrafo del art. 17 de la ley 142-. Efectivamente, el inciso tercero del art. 73 de la ley 1.341 de 2009 estableció que el artículo 17 de la ley 142, sobre la naturaleza jurídica de las empresas, se aplicará a los proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Así las cosas, esta ley dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos a que se refiere esa ley, y que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Una interpretación lógica de la norma indica que, efectivamente, *todas* las empresas tendrán por naturaleza jurídica la forma de *sociedades por acciones*, es decir, tanto las privadas, como las oficiales y las mixtas. Pero si las estatales no desean esta forma de organización, entonces de entre ellas sólo las empresas oficiales -es decir, las que tienen capital cien por ciento público - pueden adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado; por tanto, ni las mixtas ni las privadas se pueden acoger al parágrafo.

Las *empresas mixtas* son sociedades de economía mixta, que se ajustarán a la forma de sociedades por acciones, por aplicación del inciso primero del art. 17 de la ley 142. Su naturaleza deriva del art. 97 de la ley 489 de 1998⁸, que dispone:

“Art. 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

“Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

“Paragrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”

La Sala acude a la aplicación de esta ley, porque contiene el régimen general de la descentralización por servicios en el país, así que constituye la legislación que recoge la forma de organización general del Estado, rama administrativa, y a ella se debe atener cualquier sector administrativo, salvo ley especial que regule la materia.

Ahora, del artículo 17 de la ley 142 -al que remite la ley 1.341 - se aplica, con preferencia a la ley 489 de 1998, la naturaleza jurídica allí prevista para esta clase de empresas proveedoras de redes y servicios, es decir, que deben adoptar la categoría de *sociedades por acciones*, sin posibilidad de escoger otra forma de representación accionaria, lo que no riñe con su condición de sociedad de economía mixta, regulada por la ley 1.341, y en lo no previsto allí por la ley 489 de 1998.

Finalmente, la *empresa privada* proveedora de redes y servicios es aquella donde los particulares poseen el cien por ciento del capital social, de manera que también son proveedores de redes y servicios, en virtud de la liberalización que se conservó sobre el mercado de las comunicaciones.

⁸ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

Para mayor claridad, la Sala entiende que no se debe acudir a la clasificación tripartita que la ley 142 hizo de las empresas -en el art. 14, num. 5, 6 y 7⁹-, porque a ella no remitió la ley 1.341, así que para los efectos de las telecomunicaciones estas normas también quedaron excluidas de la aplicación, por decisión del inciso tercero del art. 73¹⁰. Por esta razón, la norma a la que se puede remitir para llenar de contenido la clasificación de las formas de organización pública que prestan los servicios de telecomunicaciones es la ley 489 de 1998, en el sentido que se viene de indicar.

Sin embargo, falta considerar un aspecto adicional: ¿Qué ocurre con la naturaleza jurídica de las empresas operadoras de los servicios de telecomunicaciones que existían antes de la ley 1.341, es decir, que se ajustaban a la ley 142 de 1994, y por ende compartían la naturaleza jurídica de los operadores que se rigen por dicha norma?

La Sala entiende que, por razones obvias, se deben ajustar a la nueva ley, porque si ella regula el régimen de las comunicaciones, es natural que los prestadores deben cumplir sus orientaciones, en todos los puntos de vista. Por tanto, la exclusión de esta actividad del régimen de la ley 142 de 1994, de ninguna manera justifica que las empresas que existían antes de 2009 permanezcan ancladas a dicho régimen, en todo o en parte –salvo lo previsto en el inciso tercero del art. 73-, incluida la naturaleza jurídica de las empresas.

⁹ “Art. 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)”

“14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.”

“14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

“14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

¹⁰ “A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.” (Negrillas fuera de texto)

En conclusión, las empresas que preexistían se deben ajustar a la nueva ley, y las nuevas empresas con mayor razón se deben organizar de conformidad con ella.

Con fundamento en lo expuesto hasta ahora, y aplicado al caso concreto, la Empresa Colombia Telecomunicaciones es una sociedad de economía mixta, con participación pública inferior al 50% del capital social, de allí que la jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, a juzgar por el art. 82 CCA., sería –en principio - la justicia ordinaria, porque a ella corresponden las controversias de las sociedades de economía mixta con capital estatal igual o inferior al 50%. Pero esta conclusión no es definitiva, por lo que se explicará a continuación.

3. La jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a los particulares que “*desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado*”.

La Sala entiende que en esta ocasión se requiere examinar, adicionalmente, un aparte del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuya inteligencia no se ha considerado para casos como este. La norma también dispone que 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.*”

En virtud de la última parte del precepto, esta jurisdicción conoce las controversias surgidas entre algunos particulares -en lugar de hacerlo la justicia ordinaria-, siempre que la actividad que desarrollen sea de aquellas propias de los distintos órganos del Estado. En estos términos, el criterio que define la jurisdicción no es el *orgánico*, como acontece con la primera parte del art. 82 CCA. –analizado, entre otras providencias de esta Sección, en el auto de febrero 8 de 2007, exp. 30.903-, sino el *criterio material*, entendiendo por éste la realización, por parte de las organizaciones privadas, de *funciones propias de los distintos órganos del Estado*. De manera que ya no surge la competencia, en estos casos, por la ejecución de *funciones administrativas*, como lo exigía el art. 82 original del CCA.

En consecuencia, queda claro que el CCA. vigente combina tanto el *criterio orgánico* como el *material*, para definir la jurisdicción. El primero, para juzgar las

controversias donde son parte las entidades estatales, y el segundo, para atraer a los particulares que cumplen actividades propias de los órganos del Estado. En estos términos, la complejidad de la segunda parte de la norma ya no radica, como en el pasado lo estuvo, en determinar qué es y qué no es función administrativa, para inferir cuándo el juez de la administración y de los particulares era la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A partir de 2006 el criterio cambió, porque lo determinante es dilucidar e identificar las funciones que son propias del Estado, y que también cumplen los particulares.

La aproximación más inmediata a la solución permite deducir que no sólo el ejercicio de funciones administrativas, sino de toda otra función pública, ejercida por particulares, queda a cargo del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos términos, para citar un ejemplo, no solo los órganos del control fiscal ejercido por las contralorías, sino también el realizado por empresas privadas contratadas para estos efectos, queda a cargo de dicha jurisdicción, porque claramente se trata de una actividad cuya titularidad pertenece a los órganos del Estado, que extraordinariamente pueden contratar con particulares, en los términos autorizados por el art. 267 de la CP.¹¹, y por los arts. 31 a 34 de la ley 42 de 1993¹².

¹¹ “Art. 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. **Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.**
(...)” (Negrillas fuera de texto)

¹² “Art. 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

- “a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.
- “b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.
- “c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

“PARÁGRAFO. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

“Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante.”

En este orden de ideas, hay que definir si las telecomunicaciones –en particular, la telefonía pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural y la larga distancia-, son actividades o funciones propias de los distintos órganos del Estado. La respuesta a esta compleja pregunta puede tener dos soluciones: *una*, a partir del análisis material de lo que son las actividades propias del Estado; la *otra*, por definición expresa que haga el Constituyente o el legislador del asunto. Sobra decir que la segunda vía es la más expedita para definir este asunto, y que la primera es la más compleja, por que exige del juez un razonamiento que explique, y justifique, en qué sentido una actividad tiene estas características.

En el caso concreto, y para los solos efectos de las telecomunicaciones, la Sala considera que el segundo criterio operó para concretar el problema en los servicios públicos no domiciliarios enumerados en el párrafo anterior, según los términos del art. 10 de la ley 1.341 de 2009:

“Art. 10. **HABILITACIÓN GENERAL.** A partir de la vigencia de la presente ley, **la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado**, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.” (Resaltos fuera de texto)

Esta norma declaró que se trata de actividades que se encuentran “bajo la titularidad del Estado”, concepto con el que la Sala entiende cumplida la condición o exigencia del art. 82, para que las controversias de los particulares, relacionadas

“Art. 32. Los órganos del control fiscal podrán conocer y evaluar, en cualquier tiempo, los programas, labores y papeles de trabajo de las empresas contratadas en su jurisdicción y solicitar la presentación periódica de informes generales o específicos. Las recomendaciones que formulen los órganos de control fiscal respectivos al contratista, serán de obligatorio cumplimiento y observancia.

En todo caso los órganos de control fiscal podrán reasumir la vigilancia de la gestión fiscal en cualquier tiempo, de acuerdo a las cláusulas del contrato.”

“Art. 33. El Contratista podrá revisar y sugerir el fenecimiento de las cuentas. En caso de encontrar observaciones, deberá remitirlas con todos sus soportes, para que en el respectivo órgano de control fiscal adelante el proceso de responsabilidad fiscal si es del caso.”

“ARTÍCULO 34. El hecho de contratar una entidad privada no exime al órgano fiscalizador de la responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones.”

con estas materias, se tramiten en esta jurisdicción. Por tanto, si estas actividades constituyen un servicio público, bajo la "titularidad" del Estado, es decir, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "cualidad o condición de titular. Propiedad de algo legalmente reconocido", entonces se trata de una actividad que le pertenece, a juzgar por el sentido natural y obvio de las palabras usadas por la ley.

En consecuencia, aplicado el criterio material al caso concreto, la empresa demandada cumple funciones propias de los órganos del Estado, porque la ley 1.341 de 2009 estableció que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo la titularidad del Estado, luego, la competente para conocer del caso *sub examine* es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, se debe hacer una precisión adicional. Recuérdese que la sociedad Colombia Telecomunicaciones es de economía mixta, con capital estatal inferior al 50%, de allí que por este sólo aspecto sus controversias no corresponderían a esta jurisdicción. No obstante, como también hay que atenerse a la parte final del art. 82 CCA., incluso los particulares que desempeñan funciones propias de los órganos estatales los juzga esta jurisdicción, de donde resulta que la aplicación de una regla los excluye y la otra los incluye.

La Sala considera que este conflicto se debe resolver aplicando la regla especial sobre la general, que para el caso concreto es la segunda parte del art. 82, pues si en dicho supuesto hasta los particulares se someten al juez administrativo, con mayor razón las empresas mixtas, sin importar el porcentaje de capital público que tengan. Por el contrario, si una sociedad de economía mixta, con capital minoritario del Estado, *no cumple* funciones propias de los órganos del Estado, entonces la jurisdicción se rige por la primera parte de la norma, es decir, que la justicia ordinaria conocería de las controversias.

Definido esto -es decir, que esta jurisdicción conoce del presente proceso-, entonces decidirá la Sala el recurso de apelación.

4. El caso concreto

Recuérdese que el Tribunal sostuvo en la providencia apelada que la demanda no se interpuso dentro del término de dos años que ordena la ley, porque encontró que el contrato de agencia comercial terminó el 31 de agosto de 2004, y como este era de tracto sucesivo, debía liquidarse, y las partes contaban hasta el 31 de diciembre siguiente -que corresponde a los 4 meses que el artículo 60 de la ley 80 de 1993 establece para tal efecto-. Ante la falta de liquidación bilateral, la ley otorga a la administración la facultad de hacerlo unilateralmente -en un lapso de 2 meses más-, que vencieron el 28 de febrero de 2005. El *a quo* señaló, entonces, que la parte actora contaba hasta el 1 de marzo de 2007 para presentar la demanda, evento que ocurrió el 17 de septiembre de 2009, fecha en que ya se encontraba caducada la acción.

La parte apelante -que por cierto no discute la jurisdicción, por algo presentó la demanda ante la justicia administrativa-, considera que no se ha configurado la caducidad de la acción, porque el contrato de agencia comercial terminó el 31 de agosto de 2004, y el artículo 1.329 del Código de Comercio dispone que “las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años.”, de manera que se trata de una norma especial que prevalece sobre el art. 136 CCA. Comentando aquella norma indica que “... las acciones que en virtud de dicha disposición se ejerzan y que por su naturaleza eminentemente civil y comercial, son completamente desemejantes a las acciones contractuales que tiene como fundamento disposiciones de derecho público y a las que hace mención el art. 87 del Código Contencioso Administrativo.” -fl. 33, cdno. ppal.-

Para resolver este recurso la Sala hará dos precisiones, que concentran el estudio de los problemas que subyacen a este asunto.

4.1. Naturaleza jurídica de la acción ejercida

El principal argumento en que se fundamenta el recurso de apelación consiste en diferenciar la naturaleza de la acción contractual -art. 87 CCA. - de la que procede del artículo 1.329 Co. de Co., para señalar que la ejercida en el caso concreto es esta, cuya caducidad es de 5 años.

La Sala no considera que esta perspectiva del problema sea la correcta, como quiera que la acción que se ejerce, para reclamar cualquier derecho, procedente de una relación contractual -sin importar si el negocio jurídico se rigió por el

derecho privado o por el público-, es la prevista en el art. 87 CCA. De hecho, en otras ocasiones ha abordado problemas técnicamente similares, como cuando se ejercita la cláusula compromisoria o el compromiso, en cuyo caso la Sección ha manifestado –sentencia de febrero 18 de 2.010, CP. Enrique Gil Botero. Exp. 37.004-, lo cual es aplicable al caso *sub iudice*, que:

“Para Fresenius, en cambio, la norma sobre caducidad, regulada en el art. 136 del CCA., no es aplicable al proceso arbitral, pues este se rige por las normas del derecho privado, porque los juicios arbitrales son diferentes a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ello las normas del CCA. ‘... son ajenas al trámite arbitral sino que también en nuestro ordenamiento legal no está permitida la aplicación analógica en materia de sanciones...’ –fl. 453 -

“El Ministerio Público comparte la posición del recurrente, es decir, que la acción contractual estaba caducada.

“La Sala es del mismo criterio que el Ministerio Público. En este orden de ideas, está probado que el contrato de cesión, que contiene la cláusula compromisoria, se celebró el 12 de julio de 2002, y allí consta la cesión que se hizo a Fresenius Medical Care de la participación que el Hospital El Tunal tenía en la Unión Temporal “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas”¹³.

(...)

“En este orden de ideas, el primer aspecto a definir es el régimen procesal aplicable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta que la caducidad es el asunto que origina este debate. La respuesta a esta pregunta involucra una combinación de normas, que deben armonizarse adecuadamente, de la siguiente manera.

“En primer lugar, no debe perderse de vista que el hecho de que un contrato se rija por el derecho público o por el privado no incide en la solución a este problema –como lo sugieren los árbitros en el laudo, e igualmente Fresenius-. En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues

¹³ Fls. 57 a 60, cdno. Ppal. No. 1

regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad.

“Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1.150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial.

(...)

“En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto - si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquella son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato.

“Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10.

(...)

“En el caso concreto, para la Sala no cabe duda de que si el tribunal de arbitramento era el legal, la acción ejercida ante los tribunales de arbitramento, tratándose de contratos estatales, es la contractual del art. 87 CCA., y por tanto la caducidad de la acción es la que regula ese mismo estatuto, y por esto se debe contar de la siguiente manera:

“Art. 136. Caducidad de las acciones, (...)

(...)

“Incluso, esta disposición abre la posibilidad para que se hagan otras declaraciones, de modo que si es posible pedir la declaración de existencia de un

negocio jurídico, lógicamente así mismo es posible solicitar la de inexistencia; lo cual también se admite, por defecto, cuando la norma autoriza a pedir otras declaraciones, como sería esta. Y ello es una ventaja que ofrece la amplitud de la acción contractual, tal como está regulada en el art. 87 CCA.

“Regresando al aspecto concreto de la determinación del plazo de caducidad de la acción, de la mano de las ideas especificadas en los anteriores párrafos, la Sala observa ahora que no existe regla concreta, en el art. 136.10, sobre el momento a partir del cual se empieza a contar dicho término, para el caso *sub iudice*. Pero este problema no es exclusivo de la declaración de *inexistencia* del contrato, sino incluso de la de *existencia* –que expresamente el art. 87 CCA. admite formularla-.

“No obstante, de allí no se infiere que no exista término de caducidad para la pretensión contractual, pues la norma sí lo contempla. Lo que no tiene regla precisa es la determinación del momento a partir del cual se debe contar ese plazo –el *dies a quo*-, que es algo diferente.

“Esta dificultad exige de la Sala precisar a cuál de las subreglas descritas en los distintos literales de la norma se debe acudir, y que por cierto debe ser aquella que más se parezca, como lo manda la analogía -sistema de interpretación admisible en el derecho procesal-, para casos como este.

(...)

“Con fundamento en esto, si el contrato analizado era de “cesión de la participación” de un miembro de una Unión Temporal en este negocio, entonces, el plazo de caducidad se debe contar desde que se celebró, esto es, desde el 12 de julio de 2002.

“Incluso, y sólo en gracia de discusión, puede admitirse que como este contrato era de ejecución instantánea, la caducidad -bajo este supuesto - correría ‘... a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;’ –art. 136, num. 10. lit. a)-. Y ante esto se llegaría a la misma conclusión bajo esta hipótesis.

(...)

“En estos términos, como había caducado la acción, el tribunal de arbitramento no podía resolver la controversia planteada por Fresenius, al carecer de competencia

para hacerlo, incurriendo en el vicio de anulación previsto en el numeral octavo del art. 163 del decreto 1818 de 1998, por haber resuelto asuntos no sujetos a su decisión.”

En este orden de ideas, no queda duda que la acción procedente para acudir a esta jurisdicción, por parte del actor de este proceso, sí era la prevista en el artículo 87 CCA., y no una especial, como lo da a entender en el recurso. Por esta misma razón, el término de caducidad aplicable es el previsto para las acciones contractuales, es decir, el art. 136.10 CCA. De manera que el art. 1.329 Co. de Co., no es aplicable a la acción de controversias contractuales, porque sencillamente la acción que se ejerce aquí se rige, en todo, por el CCA., salvo en los vacíos, caso en el cual aplica el CPC.

4.2. Cómputo de la caducidad de la acción contractual, en los contratos regidos por el derecho privado.

Definido lo anterior, la Sala debe definir cómo se cuenta la caducidad de la acción contractual, en el caso concreto.

El *a quo* consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

Por oposición al criterio del *a quo*, esta Sala considera que el contrato *sub iudice* no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial *sub iudice* lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor

razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron:

“Art. 136. Caducidad de las acciones, (...)”

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

“b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

“e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y

se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento." (Negrillas fuera de texto)

En los términos indicados, está acreditado que las partes terminaron el contrato de agencia comercial el 31 de agosto de 2004, y la oportunidad para acudir a esta jurisdicción venció el 31 de agosto de 2006. Como la demanda se presentó en septiembre de 2009 la acción estaba caducada.

Incluso, en gracias de discusión, si la caducidad que se tomara fuera la de cinco años que propone el apelante –pero es claro que no lo es - también habría caducidad la acción, porque los cinco años habrían vencido el 31 de agosto de 2009.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

Primero. Confirmar el auto de 18 de noviembre de 2009, proferido por la Subsección "B" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se rechazó la demanda, por caducidad de la acción, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente

Olga Mélida Valle de la Hoz

Jaime Orlando Santofimio