

CLAUSULA COMPROMISORIA - Naturaleza. Contenido / CLAUSULA COMPROMISORIA - Estipulación de requisitos para acudir al arbitramento. Efectos / ETAPA PREARBITRAL - Su estipulación no constituye requisito previo para acceder a la administración de justicia / CAUSAL 2 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Recurso de anulación. Supuestos / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / INDEBIDA INTEGRACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - El interesado debe haber alegado esta situación en la primera audiencia de trámite / ETAPA PREARBITRAL - Primera audiencia de trámite. Oportunidad / PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE - Oportunidad. Oposición. Etapa prearbitral

Para que se configure la causal “No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal” (Numeral 2º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), el legislador estableció como requisito para su prosperidad que el interesado la haya alegado en la primera audiencia de trámite, de manera que si ello no se hace se pierde la posibilidad de invocar este motivo en sede de anulación del laudo. Si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción, en tanto función pública constitucional (iudicare munus publicum est- Paulo). De ahí que las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 CN, art. 2º de la Ley 270 de 1996 LEAJ), en tanto ello supondría privar –o al menos- limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público exige para su configuración y regulación la intervención del legislador (reserva de Ley). No debe olvidarse que, por mandato constitucional (inc. 4º del artículo 116 Superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la Ley. Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, éstas últimas no pueden por acuerdo negocial modificar las reglas procesales y establecer condiciones previas como condición sine qua non para poder ocurrir ante la Justicia, sea esta institucional o arbitral. Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento. Además, tales estipulaciones no pueden generar efectos procesales para los árbitros, ante quienes una de las partes acude en la búsqueda de la solución de una controversia, por cuanto la autonomía privada encuentra sus precisos límites en la Constitución y en la Ley que garantizan el ejercicio y goce de dicho derecho. No es tampoco admisible que las partes estén indefectiblemente obligadas a negociar, cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de las mismas para resolver directamente el conflicto y en el entre tanto corre en contra de sus intereses un plazo legal para el ejercicio oportuno de una acción y, por ende, hay riesgo de que opere el fenómeno jurídico de caducidad. Para la Sala -contrario a lo aducido por el recurrente- la negativa, pretermisión o falta de agotamiento de las etapas previas de arreglo directo, no son óbice para acudir a la justicia arbitral, ni constituyen “condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surja el derecho de una de las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento”, dado que dichos trámites previos son renunciables en forma unilateral por las partes, en ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos. Otra

interpretación implicaría que la dilación y el estado de incertidumbre en la resolución de una controversia quedaría a merced del cocontratante quien sustrayéndose del pacto arbitral se podría negar estratégicamente a agotar o demorar el procedimiento de solución directa para impedir el acceso al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral y, por lo mismo, se patrocinaría una barrera injustificada para la efectividad del derecho de acceso a la justicia del otro, con violación a este derecho fundamental y de las normas constitucionales y legales que lo amparan. En los términos del numeral 2º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, para que la causal de anulación del laudo en comento prospere es preciso que la circunstancia consistente en no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite. Se trata de una condición de aplicación categórica que la prescripción en cita exige para que se desencadenen las consecuencias derivadas de su contenido. Tal y como lo advierte la doctrina, esta primera audiencia de trámite es el único momento procesal para alegar vicios de nulidad del pacto arbitral por defectos de capacidad o de consentimiento, o la indebida integración del tribunal arbitral, "requisito necesario para que se puedan invocar más tarde estas circunstancias como causales de nulidad del laudo arbitral, en supuesto de que no prosperen estas alegaciones (decreto 1818, art. 163, num. 1 y 2).

CAUSAL 6 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN CONCIENCIA - Concepto. Referencia al derecho positivo / FALLO EN CONCIENCIA - Supuestos

El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada ("ex aequo et bono"). En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión. La Sección también ha señalado que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento. Además, la jurisprudencia ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, la Sala ha sostenido que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso. En efecto, recuérdese que al

quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho. En consecuencia, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo. Por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho, pese a que no señale el mérito que le otorga a determinado medio de convicción. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la causal 6 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 1999, Rad. 15623, MP. Daniel Suárez Hernández; de 16 de abril de 2000, Rad. 18411, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 3 de abril de 1992, Rad. 6695, MP. Carlos Betancur Jaramillo; de 5 de julio de 2006, Rad. 31887, MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez. En cuanto al error de hecho y error de derecho en general, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias N° 065 de 13 de julio de 1995; N° 34 de 10 de agosto de 1999; N° 035 de 17 de agosto de 1999; N° 111 de 1° de diciembre de 1999; de 19 de octubre de 2000, Rad. 5442; de 23 de febrero de 2001, Rad. 5619. Respecto de error de hecho, de la misma Corte y Sala, sentencias N° 06 de 12 de febrero de 1998; N° 04 de 11 de marzo de 1999; de 14 de febrero de 2001, Rad. 6347; de 23 de febrero de 2001, Rad. 6399; de 21 de mayo de 2001, Rad. 5924; de 15 de marzo de 2001, Rad. 6142; N° 80 de 18 de septiembre de 1998; N° 90 de 22 de octubre de 1998; N° 006 de 12 de febrero de 1998; N° 11 de 3 de marzo de 1998; N° 80 de 18 de septiembre de 1998; N° 28 de 27 de julio de 1999; de 14 de mayo de 2001, Rad. 6752; de 14 de mayo de 2001, Rad. 6752; de 15 de septiembre de 1993; de junio 28 de 2000, Rad. 5430; de 27 de marzo de 2001, Rad. 5676; de 2 de febrero de 2001, Rad. 5670. Y Sobre error de derecho, auto N° 307 de 25 de noviembre de 1997, y sentencias N° 009 de 22 de abril de 1997; N° 019 de 8 de junio de 1999 y N° 28 del 11 de noviembre de 1999.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Principio de congruencia / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros / CAUSAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Laudo extra y ultra petita

La causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos ultra y extra

petita, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. Así, el aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con 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. De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o concedió más de lo pedido, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

LAUDO ARBITRAL - Fallo citra petita / LAUDO ARBITRAL - Complementación, aclaración, corrección y adición. Procedencia / ACLARACION CORRECCION Y ADICION DE SENTENCIAS - Aplicable a los laudos arbitrales

El artículo 311 del CPC prevé que la solicitud de adición procede cuando la sentencia judicial omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento y que es menester adoptar mediante una sentencia complementaria, para que a través de ésta se adopte la decisión que dejó de resolverse, y de esta manera se agregue o añada la providencia incompleta. Hay entonces incongruencia por citra petita (Ne eat iudex citra petita partium) cuando la sentencia omite decidir sobre algunas de las pretensiones formuladas y por ello la doctrina no duda en señalar que el órgano jurisdiccional incumple su oficio, dando lugar al vicio de incongruencia cuando no resuelve todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate. Por lo mismo la adición únicamente es procedente cuando se presentan uno o varios puntos no decididos dentro del pronunciamiento judicial y constituye un remedio procesal necesario para dar cumplimiento al mandato estatutario según el cual las sentencias judiciales deben referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (art. 55 Ley 270 de 1996 LEAJ). De otra parte es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 311 del CPC antecitado. Correctivo jurídico que, por supuesto, resulta aplicable al laudo arbitral en virtud de lo dispuesto por el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, de acuerdo con el cual el fallo de los árbitros puede ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil. En este caso, justamente a instancias del hoy recurrente -quien presentó solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral- el tribunal de

arbitramento procedió a complementar la providencia de 10 de marzo de 2008, mediante proveído de 27 de marzo siguiente respecto de la excepción de “falta de eficacia de las actuaciones de Telecom en el convenio después de su liquidación el 12 de junio de 2003” y que no había sido resuelta en el laudo. Una conclusión se impone: el tribunal arbitral no había perdido competencia para resolver la excepción en el laudo complementario cuando al acoger la solicitud de adición presentada, por quien hoy interpone el recurso de anulación, decidió expedir un laudo complementario y, por tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

CADUCIDAD - Constituye un asunto in iudicando

La ley sólo instituyó el recurso extraordinario de anulación para estudiar defectos y errores in procedendo y lo relativo a la caducidad, entiende mayoritariamente la Sala, constituye un asunto in iudicando, en tanto implica reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00032-00(35288)

Actor: PLESCOM LTDA.

Demandado: PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y SUS TELEASOCIADAS-PAR

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por PLESCOM LTDA, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo proferido el 10 de marzo de 2008 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa sociedad y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación –hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom- y Teleasociadas en liquidación, PAR (en adelante PAR), en calidad de convocante, con ocasión del contrato a riesgo compartido para la administración y gestión de teléfonos públicos, C -023-96 de 8 de agosto de 1996, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

“PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, Plescom Ltda., por las consideraciones contenidas en la parte motiva de esa providencia.

SEGUNDO. Declarar probada la excepción de caducidad de la acción para demandar en reconvencción, propuesta por la parte Reconvenida, Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en Liquidación, PAR, por las razones expuestas en este laudo.

TERCERO. Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las demás excepciones de mérito propuestas por la parte Reconvenida, Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y Telesociadas en Liquidación, PAR, diferentes a la decidida en el numeral anterior.

CUARTO. Declarar que existe un tope máximo para los Costos de Operación, Mantenimiento y Administración equivalente al veintidós por ciento (22%) de los ingresos netos reales, a partir del 8 de agosto de 1998, según quedó consignado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Declarar que el valor máximo por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración que puede ser utilizado para el cálculo de las utilidades de las partes, desde el 8 de agosto de 1998 hasta el 7 de agosto de 2003, corresponde al 22% de los Ingresos Netos Reales, como se explica en el presente laudo.

SEXTO. Declarar que Plescom Ltda. calculó las utilidades para las partes del Convenio C-023-96 desde el 8 de agosto de 1998 hasta el 7 de agosto de 2003, aplicando un valor por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración superior al 22% de los Ingresos Netos Reales, como quedó consignado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. Denegar la pretensión cuarta de la demanda, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. Declarar que Plescom Ltda. para realizar la inversión correspondiente a la ampliación del Convenio C-023-96, retuvo recursos pertenecientes a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en liquidación, PAR, de acuerdo con lo explicado en el presente laudo.

NOVENO. Declarar que Plescom Ltda. incumplió parcialmente, como se explica en la parte motiva de esta providencia, el Contrato de Asociación a Riesgo Compartido C-023-96.

DÉCIMO. Declarar que el cálculo de las utilidades para las partes, desde el 8 de agosto de 1998 hasta el 7 de agosto de 2003, debe incluir el 22% de los Ingresos Netos Reales como límite máximo por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración.

UNDÉCIMO. Negar las pretensiones octava y primera subsidiaria a la octava pretensión, por las razones contenidas en el presente laudo.

DUODÉCIMO. Declarar que Plescom Ltda. debe a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en Liquidación, PAR, los intereses bancarios corrientes, correspondientes a las utilidades

indebidamente retenidas, desde el momento en que fue efectuada hasta la fecha en que se produjo el pago.

DÉCIMO TERCERO. Declarar que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, recibió utilidades inferiores a las que, de conformidad con lo dispuestos el Convenio C-023-96, debió haber recibido.

DÉCIMO CUARTO. Negar las pretensiones décima, segunda subsidiaria a la décima y tercera subsidiaria a la décima, por las razones expuesta (sic) en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO QUINTO. Condenar a Plescom Ltda. a pagar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, de acuerdo con lo contenido en la parte motiva de esta providencia, el valor de \$9.089 millones por concepto de utilidades no percibidas; la cantidad de \$9.434 millones por concepto de los intereses corrientes sobre la suma antes mencionada, desde el momento en que aquellas debieron ser pagadas y hasta el 31 de diciembre de 2007, y la suma \$1.884.137.379.00, por concepto de intereses corrientes sobre las utilidades indebidamente retenidas.

PARÁGRAFO. Desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la fecha de ejecutoria del presente laudo, se condena a Plescom Ltda. a pagar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, sobre la suma de \$9.089 millones por concepto de utilidades no percibidas condenada a pagar en este ordinal décimo quinto, los intereses bancarios corrientes.

DÉCIMO SEXTO. Declarar que Plescom Ltda. incumplió con su obligación de pagar los cargos de acceso a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, en los plazos contractualmente establecidos en el Convenio C-023-96 para efectuar dichos pagos.

DÉCIMO SÉPTIMO. Condenar, de conformidad con lo explicado en la parte motiva del presente laudo, a Plescom Ltda. a pagar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, el 30% de los intereses de mora desde la fecha en que debió ser efectuado (sic) de conformidad con lo señalado en el Convenio 023-96 y hasta la fecha en que se efectuó el pago, por la cantidad de \$382.389.701.83.

DÉCIMO OCTAVO. Denegar las declaraciones y condenas solicitadas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, en las pretensiones décima tercera, décima cuarta, décima quinta y subsidiaria a décima quinta de la demanda, por los motivos consignados en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO NOVENO. Denegar las pretensiones décima quinta y décima séptima, por las razones expuesta (sic) en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO. Condenar a Plescom Ltda. a pagar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, la cláusula penal prevista en el numeral 26 de la cláusula cuarta, del contrato celebrado entre las partes, equivalente al diez por ciento (10%) del ingreso anual proyectado para el último año, en proporción del 20%, o sea en la suma de \$1.775.640.000.00, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO PRIMERO. Condenar a Plescom Ltda. a pagar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación, hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en Liquidación, PAR, en caso de mora en el pago de la cláusula penal, o de cualquier otra suma líquida de dinero derivada de la presente providencia al pago de intereses de mora, calculados a la máxima tasa autorizada por la ley colombiana, desde la fecha de ejecutoria del presente laudo hasta el momento en que efectivamente hiciere el pago.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Denegar, por las consideraciones contenidas en la parte motiva del presente laudo, las pretensiones vigésima y vigésima primera de la demanda.

VIGÉSIMO TERCERO. Denegar la condena en costas del proceso, por las razones ya expuestas en este laudo.

VIGÉSIMO CUARTO. Denegar cualquier otra pretensión de la demanda, distinta a las anteriormente resueltas.

VIGÉSIMO QUINTO. Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

VIGÉSIMO SEXTO. Ordenar el envío por Secretaría de copia de esta providencia, a la Procuraduría General de la Nación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y devolver a las partes las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho del proceso.

VIGÉSIMO OCTAVO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, e informarle sobre la terminación del proceso y la escritura de protocolización del expediente”.

El recurso será declarado infundado y por ende la solicitud de anulación del laudo arbitral será negada.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom en liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociadas en liquidación-PAR y PLESCOM Ltda., se celebró el 8 de agosto de 1996, el contrato a riesgo compartido C-023-96 (copia auténtica a fls. 158 a 168 c. pruebas 1), cuyo objeto reza:

“Cláusula Primera. Objeto del convenio.- El objeto de este convenio es: 1. Acordar y establecer las condiciones, derechos, obligaciones y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarán conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de administración, gestión, mantenimiento, recolección y comercialización del Sistema de Tres mil (3.000) Teléfonos Públicos Monederos marca Plessey, de propiedad de TELECOM , y sus centros de gestión. 2. Implementar planes y programas que permitan el eficiente funcionamiento del sistema de teléfonos públicos monederos y la reposición e incremento de los mismos, de acuerdo con las especificaciones del Anexo Técnico, y de conformidad con el plan de negocios y modelo económico contenido en el Anexo Financiero.”

2. El pacto arbitral

En la cláusula vigésima séptima del contrato a riesgo compartido C-023-96, modificada de común acuerdo el 2 de noviembre de 2005, se previó la solución arbitral de conflictos, mediante estipulación compromisoria (fls. 259 y 260 c. ppal. No. 2), en los siguientes términos:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. ARBITRAJE Y LEY APLICABLE. En todos los asuntos que involucren la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos, mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primer oportunidad en el Comité Coordinador. Si a pesar de ello, las partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por el Presidente de TELECOM y el Gerente de PLESCOM, quienes buscarán una solución aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, las partes acordarán finalmente resolver el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas por las Leyes Colombianas. Los procedimientos de arbitraje serán regulados por tres (3) árbitros, escogidos de mutuo acuerdo entre las partes. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Castellano y tendrán lugar en Santafé de Bogotá, D.C. El Laudo Arbitral obligará a ambas partes y será definitivo y obligatorio para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente. Los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados por cada una de las partes, en igual proporción. Los honorarios de los árbitros estarán limitados a trescientos noventa y tres (393) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes y los honorarios del secretario del Tribunal, a la mitad de lo que corresponda a dicha suma. Luego de proferirse el Laudo, la parte perdedora reembolsará, a la parte que resulte favorecida el importe que se determine por el Tribunal, según lo abonado por esta, con motivo del procedimiento”.

3. La demanda arbitral

El 8 de agosto de 2005 Telecom en liquidación, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda contra la sociedad PLESCOM Ltda., con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el Contrato C-023-96 de 8 de agosto de 1996 (fls. 001 a 0056 c. ppal. 1).

Luego, el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y sus Teleasociadas-PAR presentó reforma a la demanda arbitral con un escrito que reprodujo en un solo texto la totalidad de la demanda -y que por lo mismo *“reemplaza en su totalidad el de la demanda inicialmente presentada”*-. Al efecto, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, (fls. 1 a 109 c. ppal. 3):

“PRIMERA: Que se declare que, de acuerdo con el numeral 8.3.3 del anexo financiero (No. 8) de la adición al convenio C-023-96, suscrita el 26 de marzo de 1998, existe un tope máximo para los Costos de Operación, Mantenimiento y Administración equivalente al veintidós por ciento (22%) de los ingresos netos reales.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la pretensión anterior se declare que el valor máximo por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración que puede ser utilizado para el cálculo de las utilidades de las partes, para cada uno de los años de vigencia del convenio, corresponde al 22% de los Ingresos Netos Reales, de conformidad con lo establecido en el Estado de Pérdidas y Ganancias y en el Cuadro Anexo No. 2 que hacen parte del anexo financiero.

TERCERA: Que se declare que PLESCOM calculó las utilidades para las partes del Convenio C-023-96 correspondientes a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, aplicando un valor por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración superior al 22% de los Ingresos Netos Reales.

CUARTA: Que se declare que PLESCOM no realizó la inversión correspondiente a la adición del Convenio C-023-96, suscrita el 26 de marzo de 1998, en los plazos previstos para tal efecto en dicha adición.

QUINTA: Que se declare que para realizar la inversión correspondiente a la ampliación del convenio C-023-96, PLESCOM retuvo recursos pertenecientes a TELECOM, sin facultad contractual alguna para efectuar tal retención.

SEXTA: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta se declare que PLESCOM incumplió el Contrato de Asociación a Riesgo Compartido C-023-96.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones primera, segunda y tercera, se declare que el cálculo de las utilidades para las partes, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, debe incluir el 22% de los Ingresos Netos Reales como límite máximo

por concepto de Costos de Operación, Mantenimiento y Administración y por lo tanto, los cálculos de utilidades realizados hasta la fecha deben ser efectuados nuevamente de acuerdo con la metodología prevista en el contrato, incluyendo únicamente los costos y gastos previstos en el convenio de asociación y hasta el límite allí establecido.

OCTAVA: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones cuarta y quinta, se declare que el cálculo de las utilidades para las partes, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 debe excluir cualquier retención de utilidades y ajustarse de conformidad al cronograma de inversión previsto en el Contrato C-023-96.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones cuarta y quinta, se declare que el cálculo de las utilidades para las partes, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 debe excluir cualquier retención de utilidades y por lo tanto, debe efectuarse un nuevo cálculo para las utilidades correspondientes a tales años, siguiendo la metodología que para el efecto disponga el Tribunal.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones cuarta y quinta, se declare que PLESCOM debe al PAR, los intereses correspondientes a las utilidades indebidamente retenidas por PLESCOM a TELECOM, calculados a la máxima tasa legal permitida o a aquella que disponga el Tribunal de Arbitramento de acuerdo con lo previsto en el Convenio C-023-96 y en la ley que le es aplicable, desde el momento en que fuera efectuada la retención, y hasta que tales utilidades retenidas fueron pagadas a Telecom.

NOVENA: Que como consecuencia de lo señalado en las pretensiones séptima y octava se declare que TELECOM recibió utilidades inferiores a las que, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio C-023-96 debió haber recibido.

DÉCIMA: Que se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor de las utilidades no percibidas, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, junto con los intereses de mora causados desde el momento en que éstas debieron ser pagadas y hasta la fecha en que efectivamente sea efectuado el pago, calculados a una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente, sin que se sobrepase límite (sic) legal permitido para el cobro de intereses en Colombia.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN: Que se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor de las utilidades no percibidas, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, junto con los intereses corrientes causados desde el momento en que éstas debieron ser pagadas y hasta la fecha en que efectivamente sea efectuado el pago, calculados a una tasa equivalente al interés bancario corriente.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN: Que se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor de las utilidades no percibidas, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, actualizando el valor de las mismas, desde el momento en que debieron ser pagadas y hasta la fecha en que se efectúe el pago, utilizando para tal efecto una tasa de

actualización equivalente a la DTF mensual, certificada para cada uno de los meses del periodo durante el cual estuvo pendiente el pago.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN: Que se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor de las utilidades no percibidas, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, actualizando el valor de las mismas, desde el momento en que debieron ser pagadas y hasta la fecha en que se efectúe el pago, utilizando para tal efecto la variación del IPC certificada por el DANE, o cualquier otra tasa que proceda de acuerdo con la ley y el convenio, de conformidad con lo que los Señores Árbitros determinen.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que PLESCOM incumplió con su obligación de pagar los cargos de acceso a TELECOM en los plazos contractualmente establecidos en el Convenio C-023-96 para efectuar dichos pagos.

DÉCIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de lo señalado en la pretensión décima primera, se condene a PLESCOM a pagar al PAR los intereses de mora debidos como consecuencia del retardo en el pago de los cargos de acceso, desde el momento en que el pago de los cargos de acceso debió ser efectuado de conformidad con lo señalado en el Convenio C-023-96 y hasta la fecha en que efectivamente se haya realizado el pago, calculados a una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente, sin que se sobrepase el límite legal permitido para el cobro de intereses en Colombia –o cualquier otra tasa que proceda de acuerdo con la ley y el convenio, de conformidad con lo que los Señores Árbitros determinen- todo de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA TERCERA: Que se declare que, de conformidad con lo señalado en los numerales 1.1 y 1.2 del anexo técnico No. 3 de la Adición al Contrato de Asociación a Riesgo Compartido C-023-96, suscrita el 26 de marzo de 1998, era obligación de PLESCOM construir, instalar y entregar a TELECOM nueve (9) centros de gestión regionales.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que PLESCOM no construyó, ni instaló ni entregó a TELECOM la totalidad de los centros de gestión regionales.

DÉCIMA QUINTA: Que como consecuencia de lo señalado en la pretensión anterior, se condene a PLESCOM a construir, instalar y entregar al PAR, en los términos señalados en el anexo técnico No. 3 citado, los centros de gestión regional que, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, no fueron construidos y dotados, hasta completar nueve (9) centros de gestión regional.

SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA: Que como consecuencia de lo señalado en la pretensión anterior, se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor de los centros de gestión regional que, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, no fueron construidos ni dotados, hasta completar nueve (9) centros de gestión regional.

DÉCIMA SEXTA Que se declare que PLESCOM incumplió su obligación contractual de capacitar, transferir los conocimientos necesarios y entrenar adecuadamente a por lo menos dos (2) funcionarios de TELECOM por Departamento, para que éstos pudieran desarrollar las actividades de

operación, mantenimiento y gestión de los teléfonos públicos objeto del convenio C-023-96, en los términos señalados en el numeral 11 de la cláusula Cuarta del Convenio de Asociación.

DÉCIMA SEPTIMA Que como consecuencia de lo anterior, y considerando que el PAR ya no puede ejercer el objeto social de Telecom y por lo tanto se encuentra imposibilitado para realizar actividades de operación, mantenimiento y gestión de los teléfonos públicos, se condene a PLESCOM a pagar al PAR el valor correspondiente al entrenamiento de por lo menos dos (2) técnicos por Departamento, en los términos señalados en el numeral 11 de la Cláusula Cuarta del Convenio de Asociación.

DÉCIMA OCTAVA: Que como consecuencia de los incumplimientos de PLESCOM, se condene a pagar al PAR la cláusula penal prevista en el numeral 26 de la Cláusula Cuarta, equivalente al diez por ciento (10%) del ingreso anual proyectado para el último año, esto es la suma de ocho mil ochocientos setenta y ocho millones de pesos (\$8.878.000.000) o la otra suma que determine el Tribunal en aplicación de la ley y el convenio.

DÉCIMA NOVENA Que en caso de mora por parte de PLESCOM en el pago de la cláusula penal, o de cualquier suma líquida de dinero derivada de las pretensiones de la presente demanda, sea condenada al pago de intereses de mora, calculados a la máxima tasa autorizada por la ley colombiana, desde el vencimiento del plazo para el pago de esta suma y hasta el momento en que efectivamente hiciere el pago.

VIGÉSIMA: Que se declare, que como consecuencia de la terminación del Convenio, es obligación de PLESCOM hacer entrega en propiedad al PAR de la totalidad de la infraestructura destinada al Convenio de Asociación C-023-96, en los términos señalados en los numerales 22, 23 y 24 de la Cláusula Cuarta del Convenio de Asociación, lo cual incluye los repuestos necesarios para el consumo de un año y los equipos para el centro de reparación.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a PLESCOM a entregar los repuestos para el consumo de un año y los equipos necesarios para el Centro de Reparación.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se condene a PLESCOM a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.”

La parte convocada, por su parte, formuló demanda de reconvención en la que solicitó que se hicieran las siguientes pretensiones, declaraciones y condenas:

“PRIMERA:

Que se declare que de conformidad con los Decretos 1615 y 1616 del 12 de junio de 2003, que ordenaron la supresión y liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. E.S.P., adicionados por el Decreto 4781 del 30 de diciembre de 2005 y el oficio del 26 de enero de 2006 mediante el cual Telecom en Liquidación notificó a Plescom Ltda. la cesión del Convenio C-0023 de 1996 y sus modificatorios a la Fiducia Mercantil Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom en liquidación y

Teleasociadas en liquidación-PAR, se produjeron los siguientes efectos y consecuencias jurídicas:

- a) Suprimió e inició la liquidación de TELECOM, empresa titular que suscribió el Convenio C- 0023 de 1996 y que desde esa fecha quedó inhabilitada para ejercer actos jurídicos y demás actuaciones tendientes a cumplir y ejecutar el citado convenio.
- b) Que a partir de la supresión y orden de liquidación de TELECOM, por mandato legal y previo contrato, para todos los efectos legales Colombia Telecomunicaciones S.A., en calidad de gestora del servicio de telecomunicaciones, representante, mandataria o al título legal que fuere pertinente, continuó con la ejecución y terminación del Convenio C-0023 de 1996. Por tanto los actos, hechos, acciones u omisiones de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. en desarrollo del Convenio C-0023 de 1996 y relacionados con el mismo son imputables a TELECOM en liquidación.
- c) Que para los efectos del Convenio C-0023 de 1996 y demás aspectos relacionados con el mismo, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en liquidación desapareció de la vida jurídica y dejó de existir legalmente el 31 de enero de 2006, como expresamente ordenaron los decretos mencionados.
- d) Que para todos los efectos jurídicos y en cumplimiento de disposiciones legales, el 26 de enero de 2006 Telecom en Liquidación mediante oficio de la misma fecha notificó a Plescom Ltda. la cesión jurídica del Convenio C-0023 de 1996 a favor del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM EN LIQUIDACIÓN Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN PAR, fiducia Mercantil representada por 'la Unión Temporal constituida por Fidupopular S.A. y Fiduagraria S.A.', según manifiesta la misma comunicación; pero conforme a la realidad corresponde al Consorcio conformado por las mismas fiduciarias.
- e) Que de conformidad con lo anterior, las disposiciones legales antes citadas, las demás que rigen la materia y la Cesión del Convenio C-0023 de 1996, todas las declaraciones y condenas del Laudo arbitral que resuelva este proceso surten plenos efectos jurídicos, son imputables, exigibles y surten plenos efectos de todo orden frente a la Fiducia Mercantil Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom en liquidación y Teleasociadas en liquidación-PAR.

SEGUNDA

Que se declare que de acuerdo con las cláusulas del convenio C-0023/96, sus modificaciones y anexos, el proyecto de administración, gestión, mantenimiento, recolección y comercialización de la Telefonía Pública Básica pactado, se debió cumplir:

a- de conformidad con el plan de negocios y el modelo económico contenido en el Anexo financiero, que era parte integral del mismo convenio.

b- Que dicho modelo económico detalló los parámetros financieros que rigen el convenio e incorporó los retornos financieros que las partes proyectaron y que el propósito del convenio fue que esos retornos financieros se realizaran.

c- Que el plan de negocios debió ser revisado por circunstancias originadas en la ejecución del convenio y que ante la variación de los parámetros financieros se debió efectuar los ajustes al modelo económico.

d- Que de acuerdo con la cláusula octava del Convenio C-023-96, suscrito el 8 de agosto de 1996, TELECOM tenía la obligación de elaborar un

esquema de tarifas: 'El esquema financiero del negocio exige un modelo de tarifa para los teléfonos públicos, el cual será realizado por TELECOM'.

e- Que de acuerdo con los numerales 8.2.13 y 8.2.15 del Anexo Financiero No. 8 Ampliación de la Adición del Convenio C-023-96, suscrito el 26 de marzo de 1998, se estableció que el tráfico estimado en minutos para 1996 era de 83 millones y que el crecimiento anual del tráfico nacional para el primer año del convenio era del 15% y para el segundo y años siguientes del 10%.

f- Que de acuerdo con los numerales 8.2.14 y 8.2.16 del Anexo Financiero No. 8 Ampliación de la Adición del Convenio C-023-96, suscrito el 26 de marzo de 1998, se señaló que el valor promedio del minuto para llamadas de larga distancia nacional realizadas con teléfonos públicos para 1996 era de \$234 y que los incrementos anuales de tarifas fueron: Primer año 17%, segundo año 16%, tercer año 15% y cuarto año y siguientes 14%.

TERCERA:

Que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, denominada luego Telecom en Liquidación, en forma directa primero y luego por su representante o mandatario la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones S.A. E.S.P. , al final subrogada legalmente y cedida por contrato al Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom en liquidación y Telesociadas en liquidación-PAR, incumplió las obligaciones del Convenio C-0023 de 1996 por los hechos, actuaciones y omisiones narrados en esta demanda, entre otros, sin excluir los demás que resulten probados, los siguientes:

a-No coadyuvó en la administración del convenio.

b-No contribuyó al desarrollo del negocio.

c-De 84 reuniones pactadas sólo reunió 18 veces el Comité Coordinado.

d-La rotación permanente de Directivos de Telecom, Gerentes del Convenio y de las regionales generó dificultades para el buen desarrollo del proyecto y sus resultados.

e- No respondió requerimientos ni solicitudes de Plescom

f-No estudió ni resolvió las reclamaciones formuladas.

g-No cumplió el plan tarifario pactado pues los ajustes fueron tardíos y más bajos de lo previsto con desfases de hasta del 40%.

h- Las proyecciones del incremento de tráfico de Larga Distancia, la inflación, la devaluación y otros parámetros no se cumplieron y resultaron gravosos para los ingresos y costos del negocio.

i- Los ingresos fueron gravados con tributos no previstos como el 2 y 3 x 1000, mayores aranceles y los rendimientos se afectaron con el impuesto de guerra.

j-Advertido todo lo anterior, mes a mes, no revisó ni ajustó el Modelo Económico aunque se solicitó en forma reiterada.

k-Disponiendo del SAT, existiendo obligación contractual y orden expresa no discriminó ni facturó servicios por tráfico local y larga distancia.

m-Por falta de facturación se incurrió en mayores costos por el pago del IVA como si todo el tráfico hubiese sido de larga distancia.

n-Por falta de facturación no se hicieron las conciliaciones trimestrales pactadas.

o- Mantuvo en promedio un mínimo de 60 líneas telefónicas cada mes por fuera del servicio.

p-Un alto porcentaje de líneas o telefonía social arrojaron pérdidas con recaudos inferiores al punto de equilibrio.

q-En varios periodos no suministró oportunamente líneas telefónicas y pares aislados para la instalación de nuevos teléfonos.

r- Con la instalación de SAIS (Servicio indirecto), Reseller (venta de minutos a mayoristas) hizo competencia al convenio y afectó negativamente los ingresos.

s- Por la competencia y rebaja de tarifas –excluido el convenio- afectó los ingresos del convenio.

CUARTA:

Que en consecuencia, se condene a Telecom en Liquidación, subrogada por la Fiducia Mercantil o Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom en liquidación y Teleasociadas en Liquidación-PAR, a pagar a favor de Plescom Ltda. todas las sumas de dinero en pesos que por cualquier concepto, incumplimientos y perjuicios de todo orden resulten probados dentro del presente proceso, entre ellos:

a- Por razón del incumplimientos (sic) de obligaciones, por los hechos y omisiones relacionados y la falta de revisión y ajuste del modelo financiero, el (sic) Telecom en liquidación y Teleasociadas en Liquidación-PAR como subrogataria legal y contractual debe pagar a Plescom Ltda. todas las sumas de dinero que le corresponden por los retornos financieros, rendimientos o utilidades dejados de recibir establecidos en el modelo económico financiero del convenio y sus modificaciones, cuyo monto será determinado dentro del proceso.

Que de conformidad con lo ordenado en el Código de Procedimiento Civil el monto de las sumas a pagar, que se establezcan durante el proceso, se actualicen con indización del IPC e intereses hasta la fecha del Laudo.

b- En subsidio del literal a), que en razón del incumplimiento de obligaciones, los hechos y omisiones antes relacionados, la falta de revisión y ajuste del modelo financiero, el Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom en liquidación y Teleasociadas en Liquidación-PAR como subrogataria legal y contractual debe pagar a Plescom, Ltda. todas las sumas de dinero que corresponden por concepto de:

Las sumas de dinero dejadas de percibir por líneas fuera de servicio.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por mayor valor del IVA pagado.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por telefonía social de baja facturación.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por no reajustar tarifas ni cumplir plan tarifario.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por disminución del tráfico de larga distancia, etc.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por mayor valor de inversión.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por cualquier concepto que resulten probadas.

Que de conformidad con lo ordenado en el Código de Procedimiento Civil el monto de las sumas a pagar, que se establezcan durante el proceso, se actualicen con indización del IPC e intereses hasta la fecha del Laudo.

QUINTA:

a- Que sobre todas las sumas de dinero, en pesos colombianos, objeto de condena se actualicen en su valor adquisitivo mediante la indización o aplicación del IPC certificado por el DANE, más el costo de oportunidad de este dinero que resulte procedente.

b- Que sobre el monto total de las sumas de dinero objeto de condena se liquiden y ordenen pagar a favor de Plescom Ltda. intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o intereses corrientes o los que sean decretados por el Tribunal.

c- Que sobre el monto de las sumas que se ordenen pagar a favor de Plescom Ltda. en el Laudo, hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago, de conformidad con lo ordenado en el artículo 177 del CCA con las previsiones contenidas en la sentencia C 188 de 1999 de la Corte Constitucional.

e- (sic) Que se condene a la convocante reconvenida por conducto de su subrogataria legal y contractual, el PAR, a pagar todos los costos y gastos del proceso incluidas las agencias en derecho.”

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 el 8 de agosto de 1996, TELECOM Y PLESCOM Ltda. celebraron el convenio de asociación a riesgo compartido C-023-96, por cuya virtud el primero aportaba una infraestructura de la red de teléfonos públicos y el segundo se encargaba de su administración, operación y mantenimiento, así como del suministro de 1200 teléfonos. Una vez descontados los costos de administración, operación y mantenimiento, las partes habrían de repartirse las utilidades derivadas del negocio conjunto, en las proporciones establecidas en el anexo financiero. PLESCOM asumió la obligación de construir e instalar 6 centros de gestión regionales. Así mismo se estipuló un comité de coordinación para efectuar el seguimiento de la ejecución del proyecto.

Que a la terminación del convenio, PLESCOM se comprometió a favor de TELECOM a efectuar, antes de 6 meses, el entrenamiento de por lo menos 2 técnicos de TELECOM en cada Departamento, y a la entrega de la totalidad de la infraestructura afecta al convenio. Que el periodo transcurrido entre la suscripción el 8 de agosto de 1996, y la suscripción de la adición el 26 de marzo de 1998, se caracterizó por: (i) la dificultad a la que se vio enfrentada TELECOM para hacer entrega de los 3.000 teléfonos públicos; (ii) la insistencia de TELECOM a PLESCOM en cuanto a la necesidad de reducir los costos, y (iii) la definición de las nuevas condiciones para la ejecución del convenio C-023-96. Situación que fue tratada en varios Comité de Coordinación.

Que mediante comunicación No. 00270600-JV9-0057 de febrero 11 de 1998, dirigida por el Gerente del Convenio al Gerente de PLESCOM, se relacionaron una serie de gastos injustificados y respecto de los cuales se solicitó retirarlos de los costos imputables, en razón a que los mismos no estaban incluidos entre los definidos en el anexo financiero. Que el Vicepresidente Ejecutivo de TELECOM obtuvo aprobación de la Junta Directiva del 21 de enero de 1998 para modificar el contrato y ampliarlo a un total de 5000 teléfonos. Que el 13 de marzo de 1998, las partes suscribieron un otrosí, mediante el cual se comprometieron a establecer en el plazo de un mes las condiciones que habría de tener la ampliación del Convenio. Que PLESCOM envió la comunicación C-0283-98 del 18 de marzo de 1998, en la cual manifestó que los costos pasarían de un 45% de los ingresos netos, a un 22% de los mismos.

Que la adición, suscrita por las partes el 26 de marzo de 1998, constituyó una modificación en la estructura de riesgos del contrato a la luz de la cual deberá ser analizada la ejecución del mismo. Las modificaciones relativas a la estructura del convenio pueden sintetizarse así: (i) reducción de la inversión a cargo de PLESCOM; (ii) se incluyeron los recursos generados por el propio convenio como fuente de pago de las inversiones a ser realizada; (iii) mecanismo de cálculo de las utilidades para las partes (contenida en el anexo financiero de la adición). Que la interpretación de TELECOM respecto de la distribución de los riesgos derivada de la suscripción de la adición al convenio, descuenta la inversión directamente de los ingresos netos, antes de descontar los costos de operación, mantenimiento y administración. Que de aplicarse literalmente el modelo en esta parte, sin atender a la estructura de riesgos planteada en el convenio, TELECOM se vería abocada a buscar financiación para cumplir con sus obligaciones relacionadas con los costos, sin recibir remuneración alguna.

Que las partes decidieron mantener un término de veinticuatro meses contados desde la firma del convenio para la entrega de los teléfonos por parte de PLESCOM, plazo que habría de expirar el 8 de agosto de 1998 y que no se cumplió. Que en la adición fue incrementado el número de centros de gestión regionales que deberían ser implementados por PLESCOM. Que la intención de las partes de crear una estructura de gestión descentralizada y no dependiente de un solo centro de gestión puede evidenciarse en el acta del subcomité técnico de 7 de marzo de 2000.

Que tres meses después de suscrita la adición, TELECOM presentó a PLESCOM su primera reclamación por los costos, que continuaban estando por encima del límite del 22% de los ingresos netos reales, lo cual se ve reflejado en una disminución de las utilidades recibidas por TELECOM. Que PLESCOM manifestó en oficio C-0663/98, que dicho límite no aplica para el año 2, pues el modelo contempló una suma fija. Que luego expresó que a partir del año 3 el límite de los costos sería una suma variable, correspondiente al 22% de los ingresos netos reales. Sin embargo, PLESCOM posteriormente manifestó que el límite del 22% para todos los años corresponde a una suma fija y no a una suma variable.

Que PLESCOM no logró mantener los costos en un nivel igual o inferior al 22% de los ingresos netos y presentó ante el subcomité financiero una nueva interpretación del convenio según la cual el límite de los costos era una suma fija, no solo en el año 2 sino durante toda la vigencia del convenio. Que ante la incapacidad de PLESCOM para reducir los gastos para la ejecución del convenio a los límites señalados en la ampliación, buscó el mecanismo para que fuera TELECOM y no PLESCOM la encargada de soportar su ineficiencia, materia que fue tratada en diversos Comités del convenio.

Que el 6 de julio de 1998, en comunicación C-0552/98, PLESCOM se dirigió a TELECOM para señalarle que había problemas de financiación que aquejaban al convenio y que se haría cargo de la compra del 30% de los 3.770 teléfonos objeto de reposición con cargo a los recursos del convenio, mientras que TELECOM habría de hacerse cargo del 70% restante. Que el esquema planteaba de manera

expresa que los 3.770 teléfonos serían adquiridos con cargo a los recursos del convenio y no a los recursos propios de cada una de las partes en proporción a su participación en las utilidades del convenio.

Que en la presentación de los resultados del convenio correspondiente al mes de mayo de 1998, PLESCOM descontó el valor de las inversiones de las utilidades a ser repartidas entre las partes. Que TELECOM, en comunicación 00170600-JV9-191 del 10 de julio de 1998, indicó a PLESCOM que las inversiones no podían ser deducidas de las utilidades del ejercicio, sino de los ingresos netos. Que PLESCOM continuó efectuando la inversión a partir de la “*retención de utilidades*” como consecuencia de la supuesta imposibilidad de obtener financiación para la adquisición de los equipos, mecanismo que no estaba previsto en el contrato, y que fue utilizado de manera inconsulta y unilateral por PLESCOM. Que PLESCOM cesó el pago de los cargos de acceso a TELECOM para financiar la inversión a cargo del convenio que se encontraba pendiente de realizar y desatendió los únicos costos del convenio que no lo afectaban de manera directa. Que en el Subcomité Financiero llevado a cabo el 15 de mayo de 2002, fue efectuado el cálculo de intereses de las sumas adeudadas por PLESCOM y TELECOM señaló que los intereses por la moratoria en los cargos de acceso ascenderían a la suma de \$1.211'563.216, con una tasa equivalente al DTF. PLESCOM, por su parte, indicó que los intereses deberían ser asumidos por el convenio y no por PLESCOM, y que la tasa aplicable debería ser el interés civil previsto en el artículo 1617 del Código Civil, es decir el 6%.

Que con la suscripción de la adición la obligación de implementar los centros de gestión regional pasó de 6 a 9, pero PLESCOM adoptó una actitud elusiva. Que el convenio contemplaba la obligación contractual para PLESCOM de adquirir los 830 teléfonos y suministrar los correspondientes repuestos durante la vigencia del mismo, y supuso además la obligación contractual de transferir la propiedad de los repuestos necesarios para el consumo de un año al momento de la terminación del contrato, sin embargo Plescom condicionó el cumplimiento de esta obligación. Que el convenio finalizó el 8 de agosto de 2003 y la entrega de la infraestructura se realizó durante los meses de octubre y noviembre de 2005, pero la entrega efectuada no incluyó los repuestos necesarios para el consumo de un año, ni la transferencia de conocimientos pactada en el Convenio.

5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 16 de marzo de 2006 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal se inadmitió la convocatoria formulada por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en liquidación para solucionar las diferencias surgidas con la sociedad PLESCOM Ltda. y se decidió inadmitir la demanda. Una vez subsanada la demanda se admitió finalmente la solicitud de convocatoria mediante auto No. 8 de 18 de julio de 2006. El Tribunal dio el trámite correspondiente a la reforma presentada por la convocante (PAR) y a su respectiva contradicción (fls. 1 a 110, Auto No. 17 fls.110 a 111 y 143 a 195 c. ppal. No.3).

6. La oposición

La convocada (fls. 193 a 235 cd. ppal. 1) en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones. En su escrito adujo que las pretensiones carecen de fundamentos de hecho y que no son acertadas las interpretaciones jurídicas y los fundamentos de derecho que invoca el escrito de demanda. Que se hizo una relación de los hechos a su acomodo, creando una realidad aparente que pretende conducir a equívocos.

Expuso que sólo son hechos nuevos los atinentes a la transferencia de conocimientos y suministro de repuestos para mantenimiento de equipos durante un año después del Convenio y desfases en el cronograma de inversión acorde con la adición del Convenio. Agregó que no cumplen el requisito de procedibilidad, porque no fueron objeto de controversia por conciliar en el Comité Coordinador y en el Comité de Presidentes como imperativamente acordaron las partes en la cláusula arbitral, que es ley para las partes. Objeción que también cabe para las pretensiones y hechos atinentes a la transferencia de infraestructura y centros de gestión.

En el mismo escrito propuso *“Excepciones por improcedencia del arbitramento sobre centros de gestión, entrega de infraestructura, incumplimiento de la inversión y el cronograma previsto en la adición del convenio, transferencia de conocimientos y entrega de repuestos”*.

7. Demanda de reconversión

El convocado presentó demanda de reconversión (fls. 236 a 278 c. ppal. No. 1), en la que esgrimió que el convenio C-0023-96 firmado el 8 de agosto de 1996 contemplaba la administración, mantenimiento y explotación comercial de 3000 teléfonos de propiedad de Telecom con sus centros de control (SRT'S) por un período de siete (7) años, de los cuales Plescom se comprometía a reemplazar 1200 con recursos generados por el convenio. Telecom se comprometía a entregar los 3000 teléfonos en los primeros 3 meses; pero transcurrido más de 1 año Telecom sólo pudo entregar 2000.

Que al no obtener créditos con la banca y dada la necesidad de incurrir en costos y gastos desde el primer mes, sin aportes en dinero, se tornó imprescindible financiar la inversión con el flujo de caja. Este hecho fue mensualmente informado a Telecom quien hizo sólo una observación y durante los primeros 5 años no objetó el tema. Esta situación generó difíciles momentos de iliquidez, por la omisión de Telecom en aumentar las tarifas de conformidad con el esquema tarifario acordado. Que Telecom se limitó a cuestionar algunas partidas de gastos y en los primeros cinco años depositó su confianza en Plescom, no objetó los informes ejecutivos mensuales, estuvo de acuerdo con la aplicación del modelo y la provisión para inversiones registrados en los estados financieros.

Que desde el principio resultó evidente que el monto fijado para la financiación era insuficiente, por ello, mensualmente hecho el ejercicio de reparto de utilidades se

hacía la provisión a los asociados para cumplir con este cometido y así se informó a Telecom durante los primeros cinco años del convenio, sin ninguna objeción, salvo una observación. Que frente a los distintos informes y reclamaciones Telecom guardó absoluto silencio, actitud que contrasta un año después cuando sus asesores conceptuaron que Plescom incumplía el tope del 22% de los costos y gastos, y el tema de intereses por concepto de cargos de acceso y una presunta indebida retención de utilidades. Que Telecom se olvidó de resolver cualquier dificultad del negocio y del convenio y dedicó todos sus esfuerzos a exigir el pago de tales “obligaciones” sin estudiar ni resolver ningún requerimiento.

Que la Vicepresidencia Ejecutiva de Telecom, mediante carta circular, ordenó a todas las regionales de esa empresa cumplir con el proceso de facturación y discriminación del tráfico para conciliar cifras del convenio, orden que jamás se cumplió y por ello tampoco fue posible hacer las conciliaciones trimestrales pactadas. Que el Comité decidió que a partir de octubre de 2000 se tendría en cuenta la estadística del OPMS para liquidar el IVA y cargos de acceso realmente causados. Este hecho no ocurrió y durante todo el convenio se pagó el total del tráfico como si fuera de larga distancia con pago del IVA, porque a pesar de que se designaron funcionarios y comisiones de Telecom para establecer un método cierto y acreditarlo ante la DIAN, no fue posible por parte de la asociada Telecom homologar este sistema para hacerlo valer ante las autoridades tributarias.

Que como Telecom no cumplió su obligación de facturar estos servicios, por ello resulta imposible predicar que las sumas adeudadas por concepto de cargos de acceso se puedan considerar como una suma líquida, cierta y determinada. Que los 4 funcionarios de Telecom que actuaron en calidad de gerentes del convenio expedieron en forma periódica constancias de que Plescom cumplió con las obligaciones del convenio C-023 de 1996. Que TELECOM no cumplió oportunamente con la entrega de los teléfonos a los que se comprometió en el convenio durante su etapa inicial. Que las proyecciones del tráfico de larga distancia no se cumplieron porque los estimados iniciales fueron altos y el crecimiento esperado no se dio.

Que el artículo 20 de la Resolución 619 de 2000 de Telecom otorgó a los SAIS un descuento del 37% en las tarifas de Larga Distancia Nacional. Este descuento a los centros de llamadas telefónicas que proliferaron los últimos años y fueron denunciados por Plescom en sus informes mensuales se constituyeron en competencia de Telecom al convenio C-023, en forma por demás gravosa a Plescom. De igual forma, la Vicepresidencia Comercial por los efectos de la competencia dio a los revendedores particulares (re-sellers) descuentos hasta del 45% de la tarifa o valor del minuto de acuerdo al volumen de tráfico facturado.

Que debido a su crecimiento en número de líneas y ofrecimiento de planes cada vez mas favorables para el usuario, el tráfico originado en el servicio celular, que tiene un alto porcentaje de L.D., creció entre 1999 y 2003 un 78%, contra un decrecimiento en el tráfico de L.D. del 39%. Que entre 1998 y 2003, año de finalización del Convenio, TELECOM perdió el 56% del tráfico de larga distancia

nacional. De modo que el destino o tráfico de las llamadas tuvo un comportamiento diferente al estimado en el plan de negocios.

8. Respuesta a la reconvencción y a las excepciones

La convocante se opuso a todas las pretensiones de la reconviniendo. Propuso como excepciones las siguientes: (i) caducidad de la acción; (ii) actuación contra los actos propios; (iii) hechos no imputables a Telecom; (iv) inexistencia de una obligación de revisar el modelo económico del contrato; (v) cumplimiento del contrato por parte de Telecom y (vi) excepción genérica.

Asimismo, la convocante presentó escrito en el que contestó las excepciones propuestas por la convocada (fls. 238 a 248 cd. ppal. 2). A la excepción de improcedencia del arbitramento sobre centros de gestión señaló que la reclamación respectiva se incluyó en el Comité de Coordinación No. 8, que Telecom jamás renunció al cumplimiento de la obligación de construir, instalar y poner en funcionamiento los nueve (9) centros regionales de gestión, sino que por el contrario reiteró esa reclamación.

Que durante la ejecución del convenio el Comité de Coordinación jamás modificó la distribución de los centros de gestión regional, ni suprimió ninguno de ellos. Que no hubo retractación alguna al respecto por Telecom y que la obligación no se cumplía con la implementación de un centro de gestión nacional, porque esta es distinta de la obligación de constituir los centros regionales.

En cuanto a la excepción de improcedencia de la convocatoria por el presunto incumplimiento en la entrega de la infraestructura, precisó que quedó demostrado que el tema se debatió en primera instancia y con anterioridad al incumplimiento de la obligación por parte de Plescom, en la reunión del comité de coordinación celebrada el 28 de febrero de 2003 y nuevamente en la reunión de segunda instancia celebrada el 20 de abril de 2004.

9. La competencia del Tribunal

En audiencia de trámite celebrada el 18 de mayo de 2006, el Tribunal mediante auto No. 3 asumió competencia (Acta No. 3 a fls. 143 a 146 c. ppal. No. 1).

10. El Laudo arbitral recurrido

10.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 10 de marzo de 2008 (fls. 238 a 371 c. del recurso de anulación, Auto No. 54 a fls. 236 a 237 y fls. cd. ppal. 8, acta 44), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones.

Luego de hacer una aproximación legal, jurisprudencial y doctrinaria al contrato de *joint venture*, a la figura del equilibrio contractual a la luz de la ley 80 de 1993 y a la responsabilidad contractual, el juez arbitral hizo el análisis del material probatorio que obra en el proceso, con base en el cual, en síntesis, concluyó:

(i) Que la participación de los contratantes en los gastos propios del convenio es la misma en que se distribuyen las utilidades, o sea el 30% para Plescom y el 70% para Telecom, y que dentro de tales gastos, con el límite pactado para los OMA [costos de operación, mantenimiento y administración], las partes incluyeron expresamente los cargos de acceso y los intereses, que son parte de los gastos financieros;

(ii) que las partes pactaron en la modificación de marzo de 1998, un techo para los OMA del 22% de los ingresos netos reales obtenidos, pacto que rigió a partir del 8 de agosto de 1998;

(iii) que lo acordado en el Acta No. 11, relacionado con el nuevo cronograma de reposición de los teléfonos PP- 3031 hasta abril de 2001, debe tenerse como una conducta válida de las partes y su contenido constituye una modificación del cronograma previsto en la adición de 1998 y no el simple registro de unos hechos;

(iv) que el proceder de Plescom en el aspecto tratado, no se ajustó a las previsiones contractuales, pues es evidente que la liquidación de las utilidades debía hacerse una vez descontados los gastos, incluidas las inversiones;

(v) que el costo financiero por la demora en cancelar a Telecom los cargos de acceso, se entiende como un costo por cuenta del Convenio, pues los recursos no pagados contribuyeron a su financiación;

(vi) que los objetivos que perseguían los Centros de Gestión Regionales, se obtuvieron satisfactoriamente con el cambio de tecnología a los teléfonos Sapphire;

(vii) que si bien la Convocada no cumplió en su totalidad la obligación de suministrar capacitación al personal de Telecom, como la pretensión reclama el incumplimiento total y no existe prueba sobre la parte de la capacitación que se dejó de cumplir, ni de su costo, tampoco podrá haber condena proporcional;

(viii) que no es cierto que Plescom debía entregar, a la finalización del contrato, repuestos para los 830 teléfonos aportados por ella para el consumo por un año, obligación que se entendió agotada con su cumplimiento inicial. No se encuentra prueba de cuál era la infraestructura y el inventario de repuestos existentes que se debían transferir a Telecom a la finalización del contrato;

(ix) que en razón a que se encontró responsable a Plescom del incumplimiento de algunas de las obligaciones que le fueron asignadas en el convenio y como solamente prosperaron parcialmente algunas de las pretensiones solicitadas, Plescom debe cancelar al PAR, a título de cláusula penal la suma de \$1.775.640.000,00.

Asimismo, negó la excepción de contrato no cumplido, al estimar el incumplimiento de una de las partes, no habilita a la otra para ejecutar las cláusulas contractuales en forma diferente, pues esta figura se contrae a la mora y por consiguiente no

puede el juez darle un alcance mayor o diferente, que –además- los elementos probatorios no permiten establecer que el incumplimiento del techo del 22% previsto en el contrato fue causado por el no incremento de tarifas.

En cambio, encontró probada la excepción de caducidad del término para accionar en reconvencción, apoyado en un extenso estudio a partir de la jurisprudencia y el régimen jurídico aplicable. Subrayó que la Ley 80 de 1993 estableció un criterio orgánico para determinar la naturaleza estatal de los contratos celebrados por las entidades del Estado. Expuso que en el caso del convenio C-023 de 1996, por ser de aquellos que no requieren liquidación, el término de caducidad de dos años comienza a contar a partir de la terminación del Convenio, es decir a partir del 8 de agosto de 2003.

En este sentido, la acción contractual incoada por la Convocada, demandante en reconvencción, caducó el 8 de agosto de 2005 y la presentación de la demanda se realizó el 4 de agosto de 2006. Agregó que la previsión sobre liquidación de los contratos, consagrada en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, necesariamente tiene que entenderse aplicable a los contratos regulados por dicha disposición y no a los que la misma excluye de su amparo, como son los regidos por el derecho privado, en los que la autonomía de la voluntad junto con las normas del Código Civil y el Código de Comercio, constituyen el eje central de su directriz jurídica.

10.2. Plescom Ltda. solicitó aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral con el objeto de que se decidieran cuestiones solicitadas como pretensiones en la demanda de reconvencción, oposiciones o excepciones. Mediante auto de 27 de marzo de 2008, se resolvió así:

“PRIMERO. Complementar el laudo proferido en fecha 10 de marzo de 2008 y declarar no probada la excepción de ‘falta de eficacia de las actuaciones de Telecom en el convenio después de su liquidación el 12 de junio de 2003’, presentada por la Convocada en el alegato de conclusión.

“SEGUNDO. Denegar, por improcedentes, las demás solicitudes de aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral, formuladas por el apoderado de Plescom Ltda.

TERCERO. Se ordena al secretario entregar una copia auténtica de esta providencia al Ministerio Público y cada una de las partes.” (fls. 395 a 410 c. del recurso de anulación).

11. La impugnación

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente la convocada, Plescom Ltda., formuló el 3 de abril de 2008 recurso de anulación contra el mismo, el cual fue sustentado el 1º de septiembre siguiente (fls. 414 a 417 y 440 a 505 c. del recurso de anulación).

Se propusieron cinco causales:

- (i) Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita;
- (ii) no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal y haberse alegado de modo expreso en la primera audiencia de trámite;
- (iii) haberse fallado en conciencia, debiendo ser en derecho;
- (iv) haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y
- (v) no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Varias de estas causales, a su vez, están configuradas por diferentes cargos.

La sustentación, oposición y análisis de cada una de las causales aducidas se harán en la parte considerativa de esta providencia.

12. Los alegatos al recurso

En la oportunidad correspondiente PAR presentó escrito (fls. 506 a 556 c. ppal. del recurso de anulación), en el cual se opuso al recurso impetrado por PLESCOM LTDA. y solicitó declararlo infundado, previa advertencia de que el recurso de anulación pretende que el Consejo de Estado reemplace la mayoría de las decisiones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, con lo cual busca reabrir de manera impropia el debate propio de instancia.

13. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el que una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación y las características jurídicas del mismo, consideró que debe declararse infundado por cuanto no se configura ninguna de las causales de anulación previstas en la ley (fls. 557 a 587 c. ppal. del recurso de anulación).

II. CONSIDERACIONES

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

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue

proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato a riesgo compartido para la administración y gestión de teléfonos públicos, C-023-96 de 8 de agosto de 1996, en el que una de las partes, al momento de su suscripción, ostentaba el carácter de una entidad pública, esto es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, entonces Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, creada y organizada de acuerdo con las leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1965, 1635 de 1960 y 3267 de 1963 y reestructurada mediante decreto 2123 de 1992.

2. Del arbitramento y del recurso de anulación

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala¹ 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 por 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.

Conviene destacar que, según la jurisprudencia de la Sala desarrollada al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993², las causales de anulación aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero que se rige por el derecho privado, deben ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, tema que se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007 modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer que *“...[s]on causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan...”*, con lo

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; Sentencia de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, Sentencia de 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809, Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, Sentencia de 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, Sentencia de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez, Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. 19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp. 19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez, 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, Sentencia de 1 de agosto de 2002; Exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom—en liquidación, Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31024, C.P. Alier Hernández Enríquez, 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, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² 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.

cual a partir de su vigencia³ se **unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación** contra laudos ante el contencioso administrativo.

En consecuencia, y como en el presente caso el laudo fue proferido con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, esto es el 10 de marzo de 2008, las causales de nulidad que resultan aplicables al momento de la interposición del recurso extraordinario contra el laudo arbitral (abril de 2008), corresponden 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

El laudo arbitral de 10 de marzo de 2008 impugnado no será anulado, decisión que fundamentará en el análisis de las causales de anulación invocadas –así como los múltiples cargos que en varias de ellas se formulan- en el orden propuesto por el recurrente.

3.1. Primera causal: *“La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto y causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo se podrán invocar cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.”* (Numeral 1 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

3.1.1. Sustentación

Aseguró el censor que el laudo estableció un concepto distinto de los “cargos de acceso”, al previsto por la regulación de la CRT, situación de la cual deriva existencia de objeto ilícito tanto en el convenio como en el laudo que lo aplica para calificar sus decisiones

“Contenido del convenio C-023 de 1996, sobre aplicación de cargos de acceso, contrarios al ordenamiento legal, en la interpretación acogida sin reservas por el Tribunal.

De los ingresos obtenidos por la explotación de los teléfonos públicos, las partes estipularon la necesidad de descontar los costos que se causaran para obtener dichos ingresos.

El numeral 8.3.3 de anexo financiero de convenio, estableció que los cargos de acceso, que debieron ser los causados a favor de terceros operadores, eran un costo del convenio que se estimaron en 32% de los ingresos netos, mientras se establecía su valor definitivo, según el numeral 8.3.6 del mismo anexo.

El numeral 8.3.6. del Anexo Financiero consagró lo siguiente:

³ Vigente a los seis (6) meses de su promulgación de acuerdo con el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 16 de enero de 2008 y, por lo tanto, en aplicación a las reglas que rigen el tránsito de legislación, no resulta aplicable este artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 al presente caso, como quiera que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto con anterioridad a que entrará a regir dicha reforma, razón por la cual se seguirá la pauta jurisprudencial explicada en precedencia.

*'El plan de negocios ha estimado un valor correspondiente al 32% de los ingresos netos, valor que PLESCOM deberá girar a TELECOM dentro de las dos semanas siguientes de la finalización de cada mes de acuerdo a los ingresos netos recibidos. Una vez se tenga información real sobre el particular, **el valor de los cargos de acceso** que se incorporarán a Costos del Convenio **será el valor resultante de multiplicar la Cantidad de Minutos reales cursados a través de los teléfonos públicos monederos y de tarjeta por el valor del cargo de acceso por minuto establecido por el ente Regulador tanto de inicio como de terminación de cada llamada, es decir, de inicio y terminación de la misma.**'* (Es texto literal, el resaltado es nuestro -del censor-).

(...) Como puede observarse del texto del Anexo Financiero citado numeral (8.3.6), el convenio consagra los cargos de acceso como costo del proyecto, pero a continuación, señala que se aplicará sobre el número de minutos reales cursados. Sin aclarar si las redes interconectadas son todas de TELECOM, o de un tercer operador.

Si así es la lectura del tribunal, está incorporando un concepto distinto al legal de cargos de acceso, para aplicarlo a las redes de un mismo operador, en este caso TELECOM, y obviamente no corresponde al valor cancelado a otro operador por el uso de sus redes, como lo ordena la norma.

Obviamente, si no hay cargos de acceso, según la norma legal, no era posible reconocer su existencia, y menos su condena y pago de intereses con fundamento en el convenio, como lo hace el laudo arbitral, pues aquel desconoce e infringe la norma jurídica.

Ni el convenio, ni el Tribunal podían establecer y aplicar un concepto distinto de cargos de acceso, a los establecidos por el ordenamiento jurídico. Podían haber establecido los conceptos que convinieran, pero si estipularon cargos de acceso, no había opción distinta a respetar y acatar el régimen legal.

Esta situación le fue puesta de presente al Tribunal por la misma CRT en carta 20073 del 22 de agosto de 2007 aportada al expediente en el peritazgo financiero, y el alegato de conclusión, al poner de manifiesto la improcedencia de las pretensiones de TELECOM para reconocer intereses sobre cargos de acceso, en el literal B, página 79 y siguientes, y en especial el numeral 1 *'Regulación jurídica vigente durante la ejecución del convenio sobre cargos de acceso y cuando se causan y cobran'*.

Y el numeral 2, literal a), titulado: *'La definición legal de cargos de acceso establece como requisito para que se causen que se trate de distintos operadores.'*

Por ello, se considera que si así fuera, el convenio consagró un objeto ilícito, contrario al ordenamiento legal y regulatorio vigente, al establecer cargos de acceso contrarios a los ordenados por las normas legales vigentes, y como normas de orden público, no podían ser desconocidas por el mismo, ni el laudo arbitral, edificar sobre ellas decisiones de condenas, violatorias de la ley.

Se trató de un tema esencial que determinó las decisiones de condena del laudo, sustentadas en una estipulación del contrato contraria al ordenamiento jurídico, en la interpretación acogida sin decisión, ni análisis por el Tribunal.

Conclusión

En conclusión, hay dos posibilidades de interpretación sobre el tema de Cargos de Acceso o se estipuló en el contrato un concepto de cargos de acceso contrario al régimen legal, y por ende, no puede edificarse condena alguna, pues se trataría de un objeto ilícito y contrario a derecho. O se considera simplemente que la aplicación de cargos de acceso en la ejecución del convenio por Telecom y acogida por el Tribunal sin mayor análisis, es contraria a los actos administrativos dictados por la C.R.T. o por ende, en ambos casos, es causal de anulación las condenas sobre este punto (...)" (negritas originales).

3.1.2 Oposición

Indicó la convocante que en la sustentación no se hace referencia alguna a una supuesta nulidad de la cláusula compromisoria, sino que lo que se pretende debatir son unos apartes del convenio C-023-96, *“pese a que durante la ejecución del Convenio jamás hizo referencia a esta presunta nulidad, la cual tampoco fue solicitada en el curso del proceso arbitral”*. Que, incluso esas mismas disposiciones hoy atacadas fueron estudiadas por el Tribunal de arbitramento en cuanto a su ejecución, además *“durante la ejecución del contrato las partes encontraron que el aparte del numeral 8.3.3 del anexo financiero relacionado con el pago de los cargos de acceso y el numeral 8.3.6 del mismo anexo eran válidos y aplicables, lo cual fue confirmado por el representante legal de Plescom (...) al momento de absolver el interrogatorio de parte [cuando] reconoció la obligación de pago y la existencia de la mora”*.

Anotó que las normas de interconexión alegadas por el recurrente no son aplicables al convenio y que la denominación de la obligación y la referencia a la regulación, no cambian la naturaleza del convenio de asociación a riesgo compartido. Así, con base en lo dispuesto por el artículo 1618 del Código Civil, conforme al cual conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras, concluyó que *“[e]l hecho de que las partes hubieran decidido establecer una obligación de pago entre éstas y denominarlo ‘cargo de acceso’, en uso de la libertad dispositiva que les permite regular el contenido de obligaciones que sólo afectan su patrimonio, no quiere decir que la relación jurídica establecida entre las partes, sea de interconexión”*.

3.1.3 Concepto del Ministerio Público

En criterio de la vista fiscal en vía de recurso de anulación no es posible jurídicamente pronunciarse sobre la validez del negocio jurídico porque, como ha señalado la jurisprudencia, no es causal para el recurso y porque no actúa como juez del asunto ordinario, sino como juez del recurso de anulación.

3.1.4. Consideraciones de la Sala

La causal invocada por la parte convocada corresponde al numeral 1° del artículo 163 Decreto 1818 de 1998 (compilado del numeral 1° artículo 38 Decreto 2279 de 1989), a cuyo tenor: *“1. La nulidad absoluta del pacto 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”*.

En relación con la procedencia o no de la declaratoria de nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, en sede del recurso extraordinario de anulación de laudos, la Sala en Sentencia de 8 de junio de 2006 (Exp.32398)⁴, manifestó:

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

“Es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios del procedimiento adelantado por los árbitros, sin entrar, en principio, al fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros. Y 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.

“Por consiguiente, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las citadas normas, dependiendo claro está de si se trata de contratos de la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado⁵, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la citada ley.

4 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 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.

5 Cfr. 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”.

La conclusión anterior no ha impedido a la jurisprudencia de la Sección adoptar el criterio de que cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, procede su declaratoria de oficio. En sentencia proferida el 8 de junio de 2000 (Exp. 16973), la Sala afirmó:

‘... el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado. De otra parte, es claro que el juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo, si se reúnen las exigencias legales. En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate. La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a ‘La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.’ En efecto, su inclusión habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo -como es- indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para revolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas’. (...).” (Subraya la Sala).

En este sentido, cuando la cláusula compromisoria esté afectada en forma evidente de objeto o causa ilícita, el juez del recurso tiene la facultad y el deber legal de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de la misma, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, de conformidad con lo previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁶, lo que no obsta para que en uso de la causal primera del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, la nulidad provenga de la petición de las partes. Es decir, con la aplicación de la norma citada a todos los contratos celebrados por el Estado, la nulidad del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, por parte del juez arbitral, procede de oficio o a petición de parte.

Como ya se advirtió, el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que adicionó con el artículo 2 A el Decreto 2279 de 1989, señaló en su párrafo, lo siguiente: *“Párrafo.- La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la*

⁶ Ver entre otras Sentencias de la Sección: 8 de junio de 2000, Exp.16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; 4 de julio de 2002, Exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 1 de agosto de 2002, Exp. 21041, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 11 de marzo de 2004, Exp. 25021, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez; 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.”

Sobre la aludida disposición, la Corte Constitucional en Sentencia C- 248 de 1999, se pronunció en el siguiente sentido:

“...Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que ‘lo accesorio sigue la suerte de lo principal’ ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.”

“3. La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas. Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra ‘Tratado de arbitraje privado interno e internacional’, publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: ‘Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato.’ Cita tomada de Monroy Cabra, Marco: ‘Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia’, revista de la Cámara de Comercio de Bogotá N° 58, de 1985, p. 42. En su libro ‘Arbitraje comercial, nacional e internacional’, publicado por Legis en 1998, 2ª. edición, el mismo Monroy Cabra adhiere definitivamente a la postura moderna, al afirmar, en la página 94: ‘La cláusula compromisoria es un verdadero contrato con efectos propios, los cuales se realizan fundamentalmente con la realización del compromiso. La cláusula compromisoria no es una estipulación accesoria al contrato en el cual está contenido, sino un verdadero contrato. La doctrina está acorde en que la nulidad del contrato principal no tiene necesariamente que afectar la cláusula compromisoria.’”

“La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al

juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos..."⁷ (Subraya la Sala).

De la jurisprudencia que antecede, se colige que en nuestro ordenamiento jurídico, por disposición del legislador **la validez y eficacia de la cláusula compromisoria es independiente a la validez del contrato del cual hace parte**, de suerte que la invalidez de éste no tiene la virtualidad de afectarla, o lo que es lo mismo, implica que en los eventos en que existe nulidad del contrato, la competencia del Tribunal subsiste en cuanto a la declaratoria de ésta y las consecuenciales que de ley se desprendan. Con otras palabras, la nulidad del contrato con cláusula compromisoria en los procesos en que se debata la existencia y validez del mismo, no implica que los árbitros pierdan competencia para adoptar la decisión a que haya lugar sobre el particular.

En estas condiciones, el cargo invocado en esta causal no está llamado a prosperar, por cuanto el artículo 116 de la Ley 448 de 1996, le da **autonomía a la cláusula arbitral** y en tal virtud, aún en el evento de que se declarase la nulidad del Convenio 023 de 1996, suscrito entre la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM -hoy PAR-, ello no generaría necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, toda vez que se trata de dos negocios jurídicos autónomos, aunque tengan una relación directa según la cual esa modalidad de pacto arbitral permite dirimir las discrepancias y conflictos que se susciten por razón de la celebración del contrato del cual hace parte y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, con anterioridad a que se presenten, sustrayéndolos del conocimiento del juez natural para trasladarlo al juez arbitral.

De otra parte, es claro que las entidades públicas de que trata el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las Empresas Industriales y Comerciales del Estado a través de sus representantes legales (gerentes o presidentes), están facultados por el legislador para suscribir e incluir la cláusula compromisoria en los contratos que celebren, en atención a lo consagrado por los artículos 70 y 71 *ibídem*.

En consecuencia, concluye la Sala: i) que quien pretenda la anulación del laudo arbitral debe invocar alguna de las causales previstas por la ley al efecto y sustentarla adecuadamente y señalar la ocurrencia de los supuestos de hecho que se adecuan en las causales consagradas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989 (artículo 63 del decreto 1818 de 1998) según lo ordena el artículo 22 de la ley 1150 de 2007, y ii) que en el evento en que un contrato con pacto arbitral estuviere viciado de nulidad, ello no comporta *per se* que la cláusula

7 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 248 de 21 de abril de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

compromisoria sea nula, teniendo en cuenta que es autónoma con respecto a la existencia y validez de aquel, conforme al parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

La Sala subraya que, por un lado, las causales de anulación de laudos arbitrales son estrictas y, por otro, que la causal en comento se refiere a la nulidad del pacto arbitral y no del contrato⁸. En el *sub lite* el censor invocó la nulidad del contrato y, en consecuencia del fallo que se produjo dándole aplicación. Por lo anterior, los argumentos presentados por el recurrente en este cargo no prosperan, pues no configuran esta causal, como tampoco demuestran que exista una nulidad absoluta de la cláusula compromisoria que sea menester declarar de oficio por la Sala.

3.2 Segunda causal: *“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”* (Numeral 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.2.1 Sustentación

Argumentó el censor que no se cumplieron los requisitos señalados en la cláusula compromisoria del convenio C 023-96, relacionados con condiciones de eficacia para que el Tribunal pudiera asumir la competencia, tema que fue alegado de modo expreso durante el proceso arbitral, en especial en la primera audiencia de trámite. Que lo acordado en la cláusula vigésima séptima no son reglas que definan un procedimiento normativo propio de la ley, sino que son simplemente condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surja el derecho de una de las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento. Como ninguno de estos requisitos se cumplió en los términos y condiciones pactadas⁹, se presenta la absoluta falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver algunas pretensiones de la demanda.

3.2.2 Oposición

Puso de presente que no sólo las instancias previas sí se cumplieron a cabalidad en todas y cada una de las pretensiones, *“sino que dicha etapa previa no es un requisito de procedibilidad para acudir a dirimir un conflicto ante un Tribunal de Arbitramento, no sólo porque el establecimiento de tales requisitos es de reserva legal, sino porque este tipo de requisitos pueden convertirse en un obstáculo para el acceso a la justicia”*. Cita en respaldo varios pronunciamientos del Consejo de Estado.

⁸ Sobre las anulación de contratos estatales por parte del juez de anulación de laudos arbitrales vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1° de agosto de 2002. Ref.: Exp. No. 21.041 - Laudo Arbitral, Actor: Electricadora del Atlántico S.A. E.S.P., Demandada: Termorio S.A. E.S.P. Allí se dijo: *“en orden a preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales, el juez tiene la potestad de declarar la nulidad absoluta de los contratos, cuando quiera que aparezca plenamente probada en el proceso, la cual puede ejercer a petición de parte o de oficio, materia ésta sobre la cual, el legislador calificó como causal de nulidad absoluta la proveniente de objeto ilícito (artículo 1741 del Código Civil)”*.

⁹ i) someter la discusión o diferencia en primera oportunidad al comité coordinador, ii) si no se llega a un acuerdo, acudir a una segunda instancia conformada por el Presidente de Telecom y el Gerente de Plescom.

3.2.3 Concepto del Ministerio Público

Conceptuó que la falta de competencia no es el supuesto de esta causal, y además *“aún en el evento en que los aspectos cuestionados por la recurrente no hubieran sido objeto del Comité Coordinador y Comité de Presidentes, es indiscutible que las partes no pueden modificar, por su voluntad, la normativa procesal de acceso a la administración de justicia, imponiendo como requisitos de procedibilidad, instancias obligatorias no previstas en la ley, pues ello podría llevar a que sino se cumplen o se dilatan en el tiempo tales trámites, las partes se vieran imposibilitadas a demandar ante el tribunal arbitral por caducidad de la acción”*.

3.2.4 Consideraciones de la Sala

La indebida integración del tribunal de arbitramento atañe a situaciones relacionadas con las condiciones personales del árbitro (bien porque no reúnen los requisitos previstos por la ley o no cumplen los requisitos acordados en el pacto); con su designación (vgr. cuando no se hace con arreglo a lo establecido en la cláusula arbitral o cuando siendo institucional el nombrado no hace parte de la lista respectiva) o con el número de sus integrantes, entre otros eventos. De modo que **esta causal apunta a controvertir exclusivamente a la integración** y por ello no puede hacerse extensiva a situaciones que no se refieran a la misma.

Es preciso subrayar que para que se configure la causal *“No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal”* (Numeral 2º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), el legislador estableció como requisito para su prosperidad que el interesado la haya alegado en la primera audiencia de trámite, de manera que si ello no se hace se pierde la posibilidad de invocar este motivo en sede de anulación del laudo. O lo que es igual, si no se alega la indebida integración del tribunal de arbitramento, *ope legis*, se sana dicha irregularidad, como un castigo de la ley ante el silencio de las partes.

En el caso concreto, la censura se refiere a que el Tribunal no se constituyó en forma legal, porque en la cláusula vigésima séptima del contrato las partes acordaron un trámite previo a acudir al tribunal de arbitramento, que consistía en el agotamiento de una etapa ante un Comité de Coordinador con el fin de lograr un acuerdo frente a cuyo fracaso era preciso acudir ante una segunda instancia conformada por el Presidente de TELECOM y el Gerente de PLESCOM, para conciliar las diferencias. Señala el censor que como no se surtió dicho trámite, el Tribunal no podía resolver algunas de las pretensiones de la demanda (Pretensiones 4, sobre no realización de inversión; 13, 14 y 15, sobre centros de gestión; 16 y 17, sobre capacitación, transferencia de conocimientos y entrenamiento; 20 y 21, sobre entrega en propiedad de la totalidad de la infraestructura, y repuestos y equipos para el centro de reparación).

El planteamiento del recurrente impone a la Sala el análisis de la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento, con el fin de verificar si el Tribunal de Arbitramento se constituyó en forma legal y de no

haber sido así, si esa irregularidad se alegó de modo expreso en la primera audiencia de trámite, para lo cual seguirá este derrotero: i) examen de la cláusula vigésima séptima del Convenio 023 de 1996; ii) la estipulación de requisitos previos de arreglo directo para acudir al arbitramento; y iii) la conducta de la parte convocada en la primera audiencia de trámite.

i) Examen de la cláusula vigésima séptima del Convenio 023 de 1996

El recurrente estimó desconocida la cláusula vigésima séptima del convenio 023 de 1996. La mencionada cláusula es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEPTIMA. ARBITRAJE Y LEY APLICABLE: En todos los asuntos que involucren la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos, mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el Comité Coordinador. Si a pesar de ello, las partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por el Presidente de TELECOM y el Gerente de PLESCOM, quienes buscarán una solución aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, las partes acordarán finalmente resolver el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas por las Leyes Colombianas. Los procedimientos de arbitraje serán regulados por tres (3) árbitros, escogidos de mutuo acuerdo entre las partes. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Castellano y tendrán lugar en Santafé de Bogotá D.C. El Laudo Arbitral obligará a ambas partes y será definitivo y obligatorio para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente. Los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados por cada una de las partes en igual proporción. Los honorarios de Árbitros estarán limitados a trescientos noventa y tres (393) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes y los honorarios del secretario del tribunal, a la mitad de lo que corresponda a dicha suma.

Luego de proferirse el Laudo, la parte perdedora reembolsará a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal, según lo abonado por esta, con motivo del procedimiento.” (Fls. 42 a 44 cd. no. 1 ppal).

Como se deduce de la estipulación transcrita, las partes convinieron la creación de un comité coordinador para intentar conciliar asuntos relativos a la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación del convenio C-023-96. Igualmente, la cláusula en cita estableció para las partes una segunda forma directa de resolver sus controversias sobre los puntos indicados a través de una segunda instancia conformada por el Presidente de TELECOM y el Gerente de PLESCOM, quienes debían buscar una solución aceptable para ambas partes. Posteriormente, si el desacuerdo persistía acordaron resolverlo bajo las reglas de conciliación y arbitraje, según las leyes colombianas.

Así, de conformidad con dichas cláusulas los mecanismos de solución de controversias, operarían así: a) arreglo directo: (i) en primer lugar, discusión de las

diferencias en un comité coordinador; y (ii) en segundo lugar, en caso de persistir el desacuerdo, discusión de las diferencias entre los representantes legales de cada una; b) la conciliación o el arbitraje, de fracasar las anteriores, para todo lo que involucrara la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación del Convenio o de cualquiera de sus cláusulas.

Lo anterior permite concluir que el juez arbitral llegado el caso de una convocatoria tenía amplia competencia para resolver cualquier controversia o diferencia transigible que se presentara con ocasión a la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación del convenio 023 de 1996, con carácter vinculante y obligatorio para ambas partes. La cláusula compromisoria transcrita no delimitó el campo o materias de su aplicación, es decir, no especificó las controversias y desacuerdos que debían someterse al conocimiento de los árbitros, por lo que, como lo ha sostenido la Sala, ha de entenderse que se extiende, en principio, a todos los conflictos que tuvieran directa o indirecta relación con el contrato¹⁰.

Es claro que la discusión no se centra en las materias de que podía conocer el Tribunal de Arbitramento, sino en el momento en el cual se encontraba en posibilidad de asumir esa competencia, frente al alcance de cláusulas como la anotada en la que se establece el trámite de otros mecanismos de solución de controversias como obligación y requisito previo para la constitución del Tribunal.

ii) La estipulación de requisitos previos de arreglo directo para acudir el arbitramento

Si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción, en tanto función pública constitucional (*iudicare munus publicum est*- Paulo).

De ahí que las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 CN, art. 2º de la Ley 270 de 1996 LEAJ), en tanto ello supondría privar –o al menos- limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público¹¹ exige para su configuración y regulación la intervención del legislador (**reserva de Ley**). No debe olvidarse que, por mandato constitucional (inc. 4º del artículo 116 Superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la Ley.

¹⁰ Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, y Sentencia de 23 de febrero de 2000, Exp. 16394, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹¹ Según Locke la defensa de los derechos naturales “que pertenecen a todos los hombres por igual (Ensayo sobre el gobierno civil, II, VII, 87), es el fin primordial de la comunidad política (ibid., II, II, 13) al tiempo que es el principio que legitima (antecede) al gobierno, por medio de la ley” (Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte, en VVAA, Ideas políticas, filosofía y derecho: el maestro, *liber amicorum* en homenaje a Alirio Gómez Lobo, Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2006, p. 302 y ss).

Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, éstas últimas no pueden por acuerdo negocial modificar las reglas procesales y establecer condiciones previas como condición *sine qua non* para poder ocurrir ante la Justicia, sea esta institucional o arbitral.

Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros **no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral** y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento. La Sala reitera, entonces, que:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa¹², máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

“Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna puede tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

“La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral -cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal-, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder

¹² Tal como, por ejemplo la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos.”

acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes”.

“(…)Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”¹³.

En tal virtud los trámites pactados por las partes como requisito previo para acudir al Tribunal de Arbitramento no pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni pueden afectar la validez de sus decisiones, toda vez que ello entrañaría una vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 superior. Además, tales estipulaciones no pueden generar efectos procesales para los árbitros, ante quienes una de las partes acude en la búsqueda de la solución de una controversia, por cuanto la autonomía privada encuentra sus precisos límites en la Constitución y en la Ley que garantizan el ejercicio y goce de dicho derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que *“...el derecho a acceder a la justicia es fundamental, pues forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, como quiera que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso...”*; y, por ello, agrega que *“...resulta inadmisibles y, por consiguiente, contrario al derecho público abstracto que tiene toda persona de acceder a la justicia, en los términos del art. 229 y en concordancia con el art. 29 de la Constitución, es que a través de ordenamientos o pactos entre particulares se pretenda restringir aquél en forma definitiva, bien negando en absoluto la posibilidad de acudir a la jurisdicción, o estableciendo sanciones de extrema gravedad...”*¹⁴.

Por manera que ese derecho constitucional fundamental de acceder a la justicia, ante los jueces institucionales o ante los árbitros, no es susceptible de limitación o restricción mediante simples estipulaciones negociales acordadas por las partes

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 4 diciembre 2006, Exp. 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-268 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

del contrato, habida consideración de que “...los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Siendo ilícito su objeto, no son válidas las cláusulas contractuales que contrarían normas imperativas de la ley y, por supuesto, de la Constitución”.¹⁵

Dicho de otra forma, los acuerdos entre particulares que constituyan un obstáculo o restricción que tengan por efecto limitar y comprometer irracional y sustancialmente el derecho fundamental de acceso a la justicia son contrarios a la Constitución Política y a la Ley. No es tampoco admisible que las partes estén indefectiblemente obligadas a negociar, cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de las mismas para resolver directamente el conflicto y en el entre tanto corre en contra de sus intereses un plazo legal para el ejercicio oportuno de una acción y, por ende, hay riesgo de que opere el fenómeno jurídico de caducidad.

Para la Sala -contrario a lo aducido por el recurrente- la negativa, pretermisión o falta de agotamiento de las etapas previas de arreglo directo, no son óbice para acudir a la justicia arbitral, ni constituyen “condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surja el derecho de una de las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento”, dado que dichos trámites previos son renunciables en forma unilateral por las partes, en ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos.

Otra interpretación implicaría que la dilación y el estado de incertidumbre en la resolución de una controversia quedaría a merced del cocontratante quien sustrayéndose del pacto arbitral se podría negar estratégicamente a agotar o demorar el procedimiento de solución directa para impedir el acceso al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral y, por lo mismo, se patrocinaría una barrera injustificada para la efectividad del derecho de acceso a la justicia del otro, con violación a este derecho fundamental y de las normas constitucionales y legales que lo amparan.

Por ello, la Sala comparte el criterio expuesto por el Ministerio Público, cuando afirmó en su intervención:

“ (...) aún en el evento en que los aspectos cuestionados por la recurrente no hubieran sido objeto del Comité Coordinador y Comité de Presidentes, es indiscutible que las partes no pueden modificar, por su voluntad, la normativa procesal de acceso a la administración de justicia, imponiendo como requisitos de procedibilidad, instancias obligatorias no previstas en la ley, pues ello podría llevar a que sino se cumplen o se dilatan en el tiempo tales trámites, las partes se vieran imposibilitadas a demandar ante el tribunal arbitral por caducidad de la acción”.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-544 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido, Sentencia C-163 de 17 de marzo de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

En ese orden de ideas, la cláusula vigésima séptima del contrato a riesgo compartido para la administración y gestión de teléfonos públicos, que fija los trámites previos antes descritos, **debe ser interpretada conforme a la Constitución** en el sentido que no impida iniciar el trámite del arbitramento para dirimir el conflicto que se suscite con ocasión de la interpretación y cumplimiento del convenio 023 de 1996 o de cualquiera de sus cláusulas, negocio jurídico en el cual se pactó con efectos vinculantes para las partes la cláusula compromisoria, toda vez que lo allí previsto no constituyen requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni mucho menos un vicio constitutivo de falta de jurisdicción.

iii) La conducta de la parte convocada en la primera audiencia de trámite.

En los términos del numeral 2º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, para que la causal de anulación del laudo en comento prospere es preciso que la circunstancia consistente en no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite. Se trata de una **condición de aplicación categórica** que la prescripción en cita exige para que se desencadenen las consecuencias derivadas de su contenido.

Tal y como lo advierte la doctrina, esta primera audiencia de trámite es el único momento procesal para alegar vicios de nulidad del pacto arbitral por defectos de capacidad o de consentimiento, o la indebida integración del tribunal arbitral, *“requisito necesario para que se puedan invocar más tarde estas circunstancias como causales de nulidad del laudo arbitral, en supuesto de que no prosperen estas alegaciones (decreto 1818, art. 163, num. 1 y 2)”*¹⁶.

Revisado el expediente, la Sala constata que en la primera audiencia de trámite que contó con la participación de las partes¹⁷, vale decir la celebrada el 23 de junio de 2006, no fue alegada de modo expreso la causal en comento.

En dicha audiencia, según da cuenta el Acta No.5 (fls.163 a 169 c. ppal. No. 1 del Laudo arbitral), el apoderado no hizo ninguna manifestación relacionada con los requisitos señalados en la cláusula vigésima séptima del convenio de asociación a riesgo compartido C 023-96¹⁸. De manera que, no se reunió la condición de aplicación que prevé la norma antes reseñada, lo cual se constituye en una razón más para despachar negativamente, el cargo propuesto.

En este orden de ideas, desestimado el alcance que le da la convocada a la estipulación de requisitos previos de arreglo directo para acudir al arbitramento y no habiéndose alegado de modo expreso la situación hoy invocada, se impone desestimar el cargo propuesto.

¹⁶ BENETTI SALGAR, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, Ed. Temis, Bogotá, segunda edición, 2001, p. 200

¹⁷ En tanto después de la audiencia de instalación, la primera audiencia de trámite tuvo lugar sin presencia de las partes, según consta en Acta No. 4 de 16 de junio de 2006 (fl. 162 c. ppal. del Laudo arbitral No. 1)

¹⁸ i) acudir previo al trámite arbitral a las dos instancias previas: Comité coordinador y ii) segunda instancia integrada por el Presidente de Telecom y el Gerente de Plescom Ltda.

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

3.3.1. Sustentación

Invocó las normas procesales que en su criterio fueron desconocidas sobre decreto y práctica de la prueba pericial y resaltó la improcedencia de dos dictámenes periciales sobre un mismo punto. Luego de hacer un estudio de los dictámenes periciales concluyó que no podía el Tribunal de Arbitramento frente a una prueba pericial sobre la cual se había surtido todo el trámite para su práctica señalado en el artículo 237 del C.P.C., y sometido al proceso de contradicción, consagrado en el artículo 238 del mismo estatuto, con las solicitudes de aclaración y adición al dictamen, sin que se hubiera presentado objeción por error grave, proceder a decretar un dictamen pericial sobre los mismos puntos que habían sido objeto del primer dictamen. Por ello, a su juicio, se contravino la prohibición contenida en el artículo 233 del C.P.C. y

“[d]e esta manera, se está en presencia de un error de procedimiento, que desconoce la ritualidad procesal para la validez de una prueba sobre la cual se edificó el laudo arbitral.

Por las razones anteriores, y con fundamento en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, deberá decretarse la nulidad del laudo, pues está sustentado en una prueba prohibida por el estatuto procesal, y por ende, no corresponde a un laudo en derecho.” (se subraya)

3.3.2 Oposición

Observó el opositor que la situación descrita no concuerda con la causal invocada y cita al efecto jurisprudencia del Consejo de Estado conforme a la cual bajo esta causal no es admisible discutir si una de las pruebas contenidas en el proceso fue o no correctamente practicada, sino la existencia misma de pruebas que obren en el proceso y que soporten la decisión de los árbitros.

Agregó que en este caso no se dejó de practicar ninguna de las pruebas decretadas y su recaudo se hizo en estricto cumplimiento de las normas de procedimiento que rigen la materia. Llama la atención *“en cuanto a la forma maliciosa y equivocada con que el recurrente la presenta [la sustentación de la causal]”* ya que en el proceso no se practicaron dos pruebas periciales sino que decretada una prueba pericial el Tribunal de oficio decidió formular unas preguntas al perito financiero, adicionales a las inicialmente formuladas por las partes en sus cuestionarios.

3.3.3 Concepto del Ministerio Público

Consideró que del contenido del laudo se advierte que los árbitros no hicieron abstracción del ordenamiento normativo ni omitieron el análisis de los elementos

de juicio, todo lo cual lleva a descartar que se trató de una decisión en conciencia. Además, tal como lo señaló la convocante en sus alegatos, el Tribunal arbitral no decretó dos dictámenes sobre los mismos puntos, sino que pidió aclaración a los peritos sobre algunos tópicos, con arreglo a la ley.

3.3.4 Consideraciones de la Sala

El **fallo en conciencia** se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia.

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)¹⁹.

En cambio, en el **fallo en derecho** el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

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

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

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

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

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“..Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.”²⁰ (Subraya la Sala)

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

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

“(...) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. (...) Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica.”²¹

Sin embargo, la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia²².

Es decir que con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso. Por vía de

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887 C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Ídem.

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

En efecto, recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.²³

Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica²⁴.

A su turno, el error de derecho se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega.²⁵ Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria.

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

²⁴ Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia N° 34 de 10 de agosto de 1999.

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

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

En el caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque el Tribunal infringió el artículo 233 del C.P.C. que establece que sobre un mismo punto no se pueden decretar dos dictámenes periciales financieros: (i) se decretó un primer dictamen que no fue objetado por error grave por ninguna de las partes y (ii) con posterioridad y una vez presentados los alegatos de conclusión, el Tribunal solicitó a los peritos una prueba pericial financiera sobre varios de los puntos que ya habían sido decretados y practicados en el primer dictamen pericial, al efecto hace un paralelo entre los puntos coincidentes de los dos dictámenes.

Este cargo no está llamado a prosperar, pues, a contrariedad de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis **en derecho** que implicó abordar los siguientes aspectos:

i) Estudio legal, doctrinario y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes, los contratos de asociación a riesgo compartido, el equilibrio contractual y la responsabilidad contractual;

ii) análisis probatorio en relación con los testimonios sospechosos, las pruebas de los hechos y pretensiones de la demanda (relativas al contrato celebrado, a la primera fase de su ejecución, a la estructura de riesgos y obligaciones, al límite de los gastos de operación, mantenimiento y administración y su efecto en el cálculo de utilidades, a los sobrecostos por incumplimiento del cronograma, a la indebida retención de utilidades practicadas por Plescom, a las condenas sobre utilidades e intereses, intereses de mora sobre los cargos de acceso, a los centros de gestión, a la capacitación, a la entrega de la infraestructura y repuestos, la cláusula penal y finalmente la demanda de reconvención);

iv) estudio de las excepciones: a la demanda (improcedencia del arbitramento, excepción de contrato no cumplido, inexistencia de las obligaciones reclamadas) y a la reconvención (caducidad de la acción, las demás excepciones);

v) análisis sobre costas

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

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

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

En consecuencia, la Sala coincide con el opositor del recurso y con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales la situación descrita por el censor no se subsume en la causal invocada. El juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba no convierte a una decisión arbitral en un laudo en conciencia.

Por lo demás no se practicaron, como equívocamente asevera el recurrente, dos pruebas periciales sino que el Tribunal de oficio decidió formular unas preguntas al perito financiero, en orden a que se aclararan unos puntos mediante auto 46 de 14 de diciembre de 2007, el 27 de diciembre siguiente el perito financiero Juan Carlos Echeverry presentó la ampliación del peritaje, de la cual se dio traslado a las partes, quienes formularon las correspondientes solicitudes de aclaración y complementación. Mediante auto 47 de 14 de enero de 2008, el Tribunal ordenó al perito absolver las solicitudes de aclaración y complementación y ordenó absolver una pregunta adicional formulada oficiosamente. El 21 de enero siguiente el perito absolvió el cuestionario.

Proceder del juez arbitral que encuentra respaldo en lo preceptuado por el artículo 240 del CPC que autoriza al juez [por supuesto que no sólo al institucional sino también al arbitral] a ordenar a los peritos que aclaren, complementen o amplíen el dictamen, en las oportunidades señaladas en el artículo 180 *eiusdem*.

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

Síguese de todo lo anterior que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, como adujo la convocada, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

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

3.4.1. Sustentación

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

a) Incongruencia por haber resuelto en derecho aspectos establecidos en actos administrativos, lo cual supuso ignorar y desconocer su contenido.

Afirmó que hubo desconocimiento absoluto del Tribunal de actos administrativos expedidos por la CRT, que consagraron el concepto de cargos de acceso, y los eventos en que debe o no aplicarse. Que el Tribunal de Arbitramento no podía resolver las diferencias sobre cargos de acceso, sino con arreglo a los actos administrativos de la C.R.T., de modo que al desconocerlos y aceptar la aplicación de un concepto distinto solicitado por TELECOM, pasó por encima de su legalidad y de su contenido expreso:

“ El contenido de los actos administrativos que se afirma fueron desconocidos y vulnerados en varias de las pretensiones resueltas en contra de PLESCOM corresponden a actos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en ejercicio de competencias atribuidas especialmente por la Ley 142 de 1994, la Ley 555 de 2000, y el Decreto 1130 de 1999, y se refieren en su vigencia específica, a la Resolución 034 de 1996, y en especial la Resolución 87 de 1997 y sus modificaciones y en forma principal la Resolución 463 de 2001.

3.1.1.1. Contenido pertinente de las cláusulas del convenio sobre cargos de acceso, previstos como costo del convenio

Como ya se señaló en apartes anteriores, el convenio estipuló, en el numeral 8.3.3. del Anexo Financiero, que los cargos de acceso causados a favor de terceros operadores, eran un costo del convenio que se estimó en un 32% de los ingresos netos, mientras se establecía su valor definitivo, según el numeral 8.3.6. del mismo Anexo.

Para claridad nuevamente se extracta el numeral 8.3.6. del Anexo Financiero del convenio.

*'El plan de negocios ha estimado un valor correspondiente al 32% de los ingresos netos, valor que PLESCOM deberá girar a TELECOM dentro de las dos semanas siguientes de la finalización de cada mes de acuerdo a los ingresos netos recibidos. Una vez se tenga información real sobre el particular, **el valor de los cargos de acceso que se incorporarán a Costos del Convenio será el valor resultante de multiplicar la Cantidad de Minutos reales cursados a través de los teléfonos públicos monederos y de tarjeta por el valor del cargo de acceso por minuto establecido por el ente Regulador tanto de inicio como de terminación de cada llamada, es decir, de inicio y terminación de la misma.**'* (Es texto literal, el resaltado es nuestro –del recurrente-)

Como se observa, el Anexo consideró aplicable el valor de cargo de acceso por minuto establecido por el ente regulador. Lo anterior, por cuanto que de los ingresos obtenidos en forma exclusiva por las llamadas de larga distancia originadas en los teléfonos públicos, cuando se utilizara la red de otro operador, debía descontarse el valor de los cargos de acceso que le correspondiera a este operador.

De esta manera, PLESCOM debía girar a TELECOM el valor que este le informara por concepto de cargos de acceso por minuto realmente causado, cuando se utilizara la red de otro operador, correspondiente al establecido por el ente regulador. Se trataba de un costo del proyecto que debía ser descontado de los ingresos generados por la explotación de los teléfonos públicos, para poder liquidar las utilidades que le correspondían a las partes, el 70% para TELECOM, y el 30% para PLESCOM." (negrillas originales)

Resaltó las facultades de la C.R.T. para definir mediante acto administrativo el régimen sobre cargos de acceso y luego de enlistar las pretensiones acogidas por el juez arbitral que desconocieron la existencia y presunción de legalidad de actos administrativos, encontró que:

“Lo que se estaba cuestionando es que no existían cargos de acceso cuando no existiera otro operador que prestara su red para la comunicación. Es decir, TELECOM no puede cobrarse así mismo, y menos a su socio PLESCOM, cargos de acceso inexistentes o prohibidos por el acto administrativo de la CRT.

El Tribunal desconoció materialmente los actos administrativos de la CRT sobre cargos de acceso, pese a que la misma CRT en forma expresa le informó que era su obligación aplicarlos en los contratos del operador TELECOM, como prueba aportada al proceso”.

b) Haber recaído el laudo complementario y aclaratorio sobre puntos en relación con los cuales había perdido competencia el Tribunal.

Alegó el censor que los árbitros no tienen competencia para revocar o reformar el laudo, cuando les corresponde expedir las aclaraciones y complementaciones del mismo. Por lo tanto, resulta manifiestamente ilegal haber utilizado la oportunidad de las aclaraciones y complementaciones en providencia del 27 de marzo de 2008, para tratar de remediar su omisión.

c) Ausencia de competencia para decretar y practicar un peritazgo sobre los mismos puntos del peritazgo inicial, y sobre el cual se edificó el laudo arbitral.

Insistió en las censuras expuestas en fundamento de la causal tercera:

“Además de constituir un fallo en conciencia al estar edificado sobre una prueba prohibida según el artículo 233 del C.P.C., ello implicaría, así mismo, que el Tribunal no tenía competencia para ordenar esta segunda prueba pericial, y lo decidido en el laudo con fundamento en la misma, comporta el vicio de invalidez propio de no haber cumplido las normas procesales para la dirección del juicio.

Se trata de otro error *in procedendo* que determinó el contenido sustancial de las declaraciones y condenadas del laudo.

Por esta razón, se solicita al juez del recurso que en defecto de la declaratoria de la causal sexta sobre fallo en conciencia, se considere que el laudo debe corregirse, según el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, para sustraer del fallo definitivo las siguientes pretensiones.

El numeral duodécimo donde se establece una condena por intereses bancarios correspondiente a las utilidades indebidamente retenidas.

El numeral décimo tercero, que declara que TELECOM recibió utilidades inferiores a las del convenio.

El numeral décimo quinto que condena a PLESCOM a pagar sumas de dinero por concepto de utilidades no percibidas, e intereses corrientes y por concepto de intereses corrientes por utilidades indebidamente retenidas, incluido su parágrafo.

El numeral décimo séptimo, donde se condena a PLESCOM a pagar una suma de dinero por concepto de intereses de mora sobre cargos de acceso.

El numeral vigésimo, consecuencia de los anteriores que condena a PLESCOM a pagar la cláusula penal.

Si se revisa el dictamen del segundo peritazgo, y la parte motiva del laudo, se encontrará que estas declaraciones están soportadas sobre las cifras, datos y conceptos de este segundo peritazgo, y por ende no pueden ser parte del fallo definitivo.”

d) Ausencia de competencia por no cumplirse los requisitos de eficacia contenidos en la cláusula arbitral como presupuesto necesario.

Reiteró los reproches expuestos a propósito de la causal segunda y agrega que:

“Las consideraciones expuestas al analizar este tema en oportunidad anterior, solicitamos sean estimadas en esta causal, puesto que se trata de un tema vedado para el conocimiento del Tribunal, por el querer de las partes, y dado el carácter voluntario de esta jurisdicción.

Aunque las pretensiones fueron resueltas desfavorablemente para TELECOM, se considera que el Tribunal no tenía competencia para su resolución, y por ende se solicita corregir el laudo, sustrayendo estas pretensiones del fallo definitivo, por las razones citadas.”

e) Haber concedido más de lo pedido en lo atinente a la pretensión primera subsidiaria a la décima de la demanda.

Al fundamentar este cargo aseguró:

“Esta pretensión solicitaba que se condenara a PLESCOM a pagar el valor de las utilidades no percibidas, junto con los intereses corrientes causados hasta la fecha en que se efectúe el pago.

El numeral décimo quinto de la parte resolutive del laudo condena a PLESCOM a pagar una suma por concepto de utilidades no percibidas, y otra cantidad por concepto de intereses corrientes, acorde con la pretensión.

Pero en forma adicional realiza la condena por ‘...la suma de \$1.884.137.379,00 por concepto de intereses corrientes sobre las utilidades indebidamente retenidas’.

Por lo anterior, se solicita al Juez del recurso corregir esta declaración, sustrayendo esta condena que corresponde a una concesión mas allá de lo pedido, pues se refiere a una condena de intereses sobre utilidades indebidamente retenidas que no hacen parte de la pretensión.”

3.4.2 Oposición

Dividió su estudio en conformidad con el planteamiento expuesto por el recurrente.

a) En cuanto a la incongruencia del laudo por haber resuelto aspectos contenidos en actos administrativos (*extra petita* por vulneración de la competencia máxima competencial), manifestó que al analizar la sustentación puede advertirse que no se acusa al Tribunal por haber decidido sobre el contenido de los actos, sino porque a juicio del recurrente el contenido de los mismos debió aplicarse en este caso, “lo que traslada la discusión del plano de la competencia al de la aplicación del derecho sustancial”, lo que dista de ser un cargo de fallo *extra petita*. El Tribunal no se pronunció sobre la resolución 469 de 2002 no sólo porque ello desborda su órbita de competencia, sino porque jamás fue objeto de la litis.

b) En lo tocante con la pérdida de competencia para resolver excepciones en el laudo complementario (*extra petita* por vulneración de la competencia concedida por las partes a los árbitros), explicó que al Tribunal sí le era dado pronunciarse

sobre la excepción propuesta al momento de resolver la solicitud de aclaración, corrección y adición presentada por Plescom ya que tal circunstancia no implica una reforma o revocatoria del laudo arbitral. Al efecto invocó los artículos 311 del CPC y 160 del decreto 1818 de 1998, que facultan para aclarar, corregir o adicionar el laudo, sobre los extremos de la litis pendientes de resolución.

Al concluir planteó que *“no podemos dejar de advertir la reprochable conducta procesal de Plescom que solicita la adición del laudo en este punto y, luego de que el Tribunal acoge su solicitud para resolver expresamente la excepción presentada, ataca el Laudo complementario por supuestamente haber carecido de competencia para resolver lo que fue pedido por el propio Plescom”*.

c) En lo concerniente a la afirmación del recurrente de haber un fallo *ultra petita* (por decidir sobre cuestiones que van más allá de las pretensiones de la demanda, aun siendo transigibles), transcribió *in extenso* varios apartes de la demanda arbitral y los cotejó con lo decidido en la parte resolutive del laudo, a partir de lo cual concluye que no existe la incongruencia alegada.

En su parecer la consecuencia de la solicitud efectuada en la pretensión quinta [que se declare que Plescom incumplió el contrato en cuanto al cálculo de utilidades y como consecuencia de ello ha retenido indebidamente recursos de Telecom], de ahí que *“es obvio que los intereses correspondientes a las utilidades retenidas fueron expresamente solicitados en las pretensiones del PAR, por lo cual resulta sorprendente que el recurrente se atreva a plantear que la decisión del Tribunal, concediendo esta pretensión, es ultrapetita (sic)”*.

d) En cuanto a las otras hipótesis esbozadas por el recurrente (falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decretar un segundo peritaje financiero y falta de competencia por no haberse cumplido los requisitos de eficacia de la cláusula compromisoria) plantea que *“no corresponden ni por asomo a ninguno de los eventos previstos en la jurisprudencia para que un fallo sea considerado como ultra petita o extra petita”*.

3.4.3 Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto argumentó:

a) Si para resolver las pretensiones el Tribunal aplicó el contenido del numeral 8.3.6 del anexo financiero (cargos de acceso usando un concepto distinto del señalado por la CRT), que hacía parte del convenio 023-96 cuyo incumplimiento se alegaba, no puede afirmarse que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión, toda vez que *“la determinación, interpretación y aplicación del marco normativo para el caso concreto, no significa un pronunciamiento sobre la legalidad de un acto administrativo, sino el ejercicio obligado de la labor propia del operador jurídico para la resolución del conflicto puesto a su conocimiento, que no implicaba declarar o negar la legalidad y validez de un acto administrativo”*.

b) En lo referente al laudo complementario, puso de relieve que éste tiene fundamento en el artículo 311 del CPC, norma declarada exequible por la Corte Constitucional.

c) Por lo que hace a los cuestionamientos relacionados con el decreto de un segundo peritaje y la falta de competencia por no haberse cumplido los requisitos de eficacia contenidos en la cláusula compromisoria, se remitió a lo ya expuesto sobre estos puntos.

d) Finalmente, en lo que respecta a si se concedió más de lo pedido en la pretensión primera subsidiaria a la décima de la demanda, luego de hacer un paralelo entre la pretensión y el fallo arbitral, precisó que *“no aparece demostrado que se hubiera concedido más de lo pedido, según las afirmaciones de la convocada, porque las condenas efectuadas en el numeral décimo quinto, correspondes (sic) a las pretensiones de la demanda”*.

3.4.4 Consideraciones de la Sala

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), 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.²⁶

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:

²⁶ 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...”

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

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).²⁷

“=> **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).²⁷

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 1993²⁸, 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*.²⁹(...)”³⁰ (Subraya la Sala).

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, 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

²⁷ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁸ Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

³⁰ 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.

es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, **sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia.**

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

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

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

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de **construcción formal de la providencia** debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o concedió más de lo pedido, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

Las censuras del recurrente se refieren a los dos supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, esto es, tanto que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros -aparte primero-, como que concedió más de lo pedido -aparte segundo-, planteamiento que induce a la Sala a abordar los temas relacionados con la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento y los requisitos legales para adoptar la decisión, así como a realizar un proceso comparativo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, sobre las que está obligado a pronunciarse el juez arbitral, con el fin de verificar si la decisión adoptada respetó el principio de congruencia en el sentido que fue materia de explicación en precedencia.

El recurrente edifica su impugnación en esta causal en cinco supuestos:

- a) El laudo es nulo por haber resuelto en derecho aspectos establecidos en actos administrativos, lo cual supuso ignorar y desconocer su contenido;
- b) El laudo es nulo por haber recaído, el laudo complementario o aclaratorio, sobre puntos respecto de los cuales había perdido competencia el tribunal;
- c) El laudo es nulo por ausencia de competencia para decretar y practicar un peritazgo sobre los mismos puntos del peritazgo inicial;
- d) El laudo es nulo por ausencia de competencia por no cumplirse los requisitos de eficacia contenidos en la cláusula arbitral como presupuesto necesario y
- e) El laudo es nulo por haber concedido más de lo pedido en lo atinente a la pretensión primera subsidiaria a la décima de la demanda.

Comoquiera que cada uno de ellos constituye un verdadero cargo, la Sala abordará su análisis de manera separada.

a) El laudo es nulo por haber resuelto en derecho aspectos establecidos en actos administrativos, lo cual supuso ignorar y desconocer su contenido.

La recurrente anotó que el Tribunal de Arbitramento no puede desconocer en forma implícita o expresa los actos administrativos, pues su análisis de legalidad sólo corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

La Sala encuentra que -como lo asevera la contraparte- si bien el cargo se formula como un evento de incongruencia, al estudiar la sustentación se aprecia que no se controvierte que el Tribunal se haya pronunciado sobre la legalidad de algunas resoluciones de la CRT, sino que se indica que dicha regulación debió haberse aplicado al caso, lo cual no configura evidentemente un reproche de inconsonancia sino de aplicación del derecho sustancial, asunto ajeno -como ya se indicó- a este tipo de recursos como a la misma causal invocada.

El hecho de que el Tribunal haya encontrado que las normas de interconexión expedidas por el ente regulador no eran aplicables al convenio C-023-96, dada su naturaleza de contrato de asociación a riesgo compartido, no es un asunto que sea ventilable en sede de anulación por la causal invocada, ya que no se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia del juez arbitral y por el contrario, como lo advirtió el Ministerio Público, alude al alcance e interpretación que el juez le dio al sustento normativo del fallo, todo lo cual implicaría un nuevo estudio impropio de la vía extraordinaria de este recurso.

Habida consideración de la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral, previsto para corregir errores *in procedendo*, no corresponde evaluar la manera cómo el Tribunal interpretó la demanda y su contestación y motivó el estudio de las pretensiones y las excepciones, así como tampoco determinar si el litigio lo solucionó correcta o erradamente desde el punto de vista sustancial, toda vez que la legislación no autoriza a entrar en el examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo o reprimir vicios *iuris in iudicando*.³¹

Si bien es cierto que, y así lo ha señalado en otras oportunidades la Sección, no es posible que la justicia arbitral conozca y determine la legalidad de actos administrativos generales y de aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes -en razón a que ello corresponde privativamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- no lo es menos que el análisis realizado en el *sub examine* por los árbitros no corresponde a los eventos censurados por la jurisprudencia, sino que se refiere al ejercicio hermenéutico propio de cualquier fallador, inclusive -claro está- de los árbitros, para resolver el asunto que se les somete a su consideración por voluntad de las partes de un litigio.

En el contencioso administrativo la validez del acto administrativo consiste en su ajuste y concordancia con las normas superiores, porque no infringe los preceptos jurídicos en los que debía fundarse, fue expedido con competencia, en forma regular, con respeto del derecho de audiencias o defensa, sin falsa motivación y sin desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió (art. 84 C.C.A). Al paso que la no invocación de una regulación por considerar que no resulta aplicable al caso hace referencia a un asunto propio de la hermenéutica (*iuris in iudicando*) cuya revisión es ajena al debate propio del recurso de anulación.

En este sentido, se advierte que **el tribunal de arbitramento no se pronunció sobre la validez de los actos administrativos** que indica el recurrente, esto es, acerca de la ilegalidad o ajuste a la ley de la Resolución CRT 87 de 1997, en materia de interconexión, como tampoco de las normas que le han introducido modificaciones (Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y 575 de 2002), ni

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia No.149 de 4 de septiembre de 2000. Y se agrega en esta sentencia que la referida inconsonancia "...implica siempre un error en la mecánica del proceso" y "Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla... (G.J. Tomo CXVI, pag. 84)' Sentencia de 7 de marzo de 1997, Exp. 4636, G.J. Tomo CCXLVI Vol. 1, pag. 157)".

hizo alusión a que presentara algún vicio que las afectara por infringir normas superiores, o que haya sido expedido por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de poder.

En suma, el juez arbitral no cuestionó la presunción de legalidad o validez que acompaña a estos actos administrativos, tan sólo verificó que no resultaban aplicables al caso *sub lite*, en cuanto no constituían el marco jurídico para resolver la controversia.

De cuanto antecede la Sala concluye que el tribunal no realizó un juicio de legalidad en el sentido indicado y con exceso de las competencias que la Constitución y la Ley le imponen, por lo que lo expuesto por el censor tampoco tiene la virtualidad de configurar la causal de anulación del recurso, de que trata el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

b) El laudo es nulo por haber recaído el laudo complementario y aclaratorio sobre puntos respecto de los cuales había perdido competencia el Tribunal.

El artículo 311 del CPC prevé que la **solicitud de adición** procede cuando la sentencia judicial omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento y que es menester adoptar mediante una **sentencia complementaria**, para que a través de ésta se adopte la decisión que dejó de resolverse, y de esta manera se agregue o añada la providencia incompleta.

Hay entonces incongruencia por *citra petita* (*Ne eat iudex citra petita partium*) cuando la sentencia omite decidir sobre algunas de las pretensiones formuladas y por ello la doctrina no duda en señalar que el órgano jurisdiccional incumple su oficio, dando lugar al vicio de incongruencia cuando no resuelve todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate³². Por lo mismo la adición únicamente es procedente cuando se presentan uno o varios puntos no decididos dentro del pronunciamiento judicial y constituye un remedio procesal necesario para dar cumplimiento al mandato estatutario según el cual las sentencias judiciales deben referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (art. 55 Ley 270 de 1996 LEAJ).

De otra parte es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional declaró la exequible el artículo 311 del CPC antecitado, al razonar que:

“Precisamente el artículo 311, al permitir al juez adicionar la sentencia, dentro del término de ejecutoria, con otra complementaria, permite que se

³² ARAGONESES ALONSO Pedro, Sentencias congruentes: pretensión, oposición, fallo, Madrid, Ed. Aguilar, 1957, p. 116

cumpla esta obligación de resolver sobre todos los hechos y asuntos debatidos en el proceso. Obsérvese que el artículo supone que el debate se cumplió siguiendo las reglas del debido proceso, y que el juez, al momento de fallar, incurrió en una omisión. Sería insensato, y contrario a la economía procesal, que la sentencia incompleta hubiera de ejecutarse así y que el juez que la dictó no pudiera completarla, de oficio o a petición de parte. ¿Por qué afirmar que la sentencia incompleta es inexistente?

También es lógico, y ajustado al principio de la economía procesal, que el superior complemente la sentencia cuando la parte perjudicada por la omisión haya apelado o haya adherido a la apelación. Si no lo hizo, ello quiere decir que se conformó con la decisión.”³³ (se subraya)

Correctivo jurídico que, por supuesto, resulta aplicable al laudo arbitral en virtud de lo dispuesto por el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, de acuerdo con el cual el fallo de los árbitros puede ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

En este caso, justamente a instancias del hoy recurrente -quien presentó solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral- el tribunal de arbitramento procedió a complementar la providencia de 10 de marzo de 2008, mediante proveído de 27 de marzo siguiente respecto de la excepción de *“falta de eficacia de las actuaciones de Telecom en el convenio después de su liquidación el 12 de junio de 2003”* y que no había sido resuelta en el laudo.

Una conclusión se impone: el tribunal arbitral no había perdido competencia para resolver la excepción en el laudo complementario cuando al acoger la solicitud de adición presentada, por quien hoy interpone el recurso de anulación, decidió expedir un laudo complementario y, por tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

c) Ausencia de competencia para decretar y practicar un peritazgo sobre los mismos puntos del peritazgo inicial, y sobre el cual edificó el laudo arbitral.

Como ya se indicó al desatar la tercera causal de anulación, no se practicaron dos dictámenes periciales sobre un mismo punto -como insiste el recurrente- sino que hubo un solo perito al que se le solicitaron aclaraciones y complementaciones. Adicionalmente, tal y como lo manifestaron la parte convocante y el Ministerio Público, esta situación no se subsume en la causal prevista en el numeral 8º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, esto es, no configura fallo *ultra petita* ni *extra petita*.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 404 de 1997.

d) Ausencia de competencia por no cumplirse los requisitos de eficacia contenidos en la cláusula arbitral como presupuesto necesario.

Se reitera lo expresado al estudiar la causal segunda de anulación impetrada, en el sentido que en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, las partes no pueden pactar requisitos de procedibilidad, reservados al legislador, para poder acudir a los árbitros, en cuanto limitan los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (arts. 29 y 229 CN).

Adicionalmente, tal y como lo señaló la parte convocante, la situación alegada no corresponde a un evento de fallo *ultra petita* o *extra petita*, que configura causal de anulación con arreglo a lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

e) Haber concedido más de lo pedido en lo atinente a la pretensión primera subsidiaria a la décima de la demanda.

Alegó el impugnante que se concedió más de lo pedido, por cuanto en la demanda se solicitó una condena a pagar el valor de las utilidades no percibidas, junto con los intereses corrientes causados hasta la fecha en que se efectúe el pago, y en el numeral décimo quinto adicionalmente se condenó al pago de la suma de \$1.884.137.379,00 por concepto de intereses corrientes sobre las utilidades indebidamente retenidas.

Sin embargo, la Sala advierte que no se configura la causal, de acuerdo con los parámetros arriba explicados, pues de las pretensiones de la demanda transcritas al comienzo de esta providencia, frente a lo resuelto, no se vislumbra un pronunciamiento incongruente. En perfecta consonancia con las pretensiones segunda subsidiaria a la octava y con lo resuelto en el numeral duodécimo que declaró que Plescom debe los intereses bancarios corrientes correspondientes a las utilidades indebidamente retenidas, el numeral decimoquinto de la parte resolutive del laudo arbitral condenó a Plescom al pago de la suma de \$1.884.137.379,00 por concepto de intereses corrientes sobre las utilidades indebidamente retenidas.

Revisado el contenido de la parte resolutive se advierte que en el numeral duodécimo se accedió a la pretensión segunda subsidiaria a la octava y en el numeral decimoquinto se condenó a Plescom en concordancia con esa declaración, al pago de los intereses bancarios corrientes correspondientes a las utilidades indebidamente retenidas -de la pretensión segunda subsidiaria a la octava- lo mismo que por las utilidades no percibidas -de la pretensión primera subsidiaria a la décima-

Conforme a lo anterior, ninguno de los cinco cargos expuestos por el impugnante configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

3.5. Causal quinta: “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*” (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

3.5.1. Sustentación

El censor sustentó la configuración de esta causal en dos situaciones:

a) Error *in procedendo* en la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción:

Planteó que el Tribunal faltó al deber previsto en el artículo 304 del CPC, pues tenía la obligación de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de reconvencción, de conformidad con las normas procesales pertinentes para no disminuir las garantías de defensa plena de los derechos de las partes. También era su obligación, como lo ordena la norma, decidir en forma motivada, expresa y clara las excepciones propuestas y ello no sucedió respecto de varias de ellas.

Anotó que se trataba de un contrato de tracto sucesivo de asociación a riesgo compartido, con una duración de siete años en el cual las partes estipularon la liquidación del convenio. Sin embargo, el Tribunal, con violación a la norma de derecho procesal, sobre caducidad de la acción, considera que el contrato no requiere de liquidación, por tratarse de un contrato estatal no regulado por la Ley 80.

Al explicar la tipificación de la causal 9 observó:

“La acción procesal para la demanda de reconvencción se encontraba vigente para la fecha de su presentación (2 de agosto de 2006), pues las mismas partes, 2005 se refieren a la necesidad de liquidarlo para definir la competencia del Tribunal de Arbitramento, al modificar la cláusula compromisoria³⁴.

No tendría consonancia aceptar la conducta de TELECOM, contraria a sus propios actos, donde en noviembre de 2005, conviene en referirse a la liquidación del convenio, para definir la competencia del Tribunal de Arbitramento, y al mismo tiempo en la contestación de la demanda de reconvencción y alegato de conclusión, afirma que este contrato no requiere de liquidación.

(...) Son expresas las cartas de TELECOM vencido el contrato requiriendo información. **‘Lo anterior con el fin de contar con la información actualizada del convenio e iniciar el proceso de liquidación’** Es texto literal de la comunicación UCJV283 de diciembre 5 de 2003. El resaltado es nuestro.

³⁴ Modificación del 3 de noviembre de 2006, y remitido el 28 del mismo mes por TELECOM [pie de página del recurso de anulación]

No podría aceptarse una decisión que demuestra en forma inequívoca la decisión inicial y el entendimiento de TELECOM que el contrato debía liquidarse, para en su lugar, aceptar la tesis posteriormente esgrimida de que el contrato no requería liquidación, para impedir el derecho de defensa de PLESCOM a través de su demanda de reconvenición.

Es el mismo TELECOM que envía reiteradas comunicaciones a PLESCOM después del plazo de vencimiento del convenio, donde le solicita la información pertinente actualizada para iniciar el proceso de liquidación³⁵.

No podía el Tribunal de Arbitramento aceptar el argumento de TELECOM respecto de que el contrato no requería de liquidación, pues resulta una flagrante violación a la doctrina de los propios actos, que aceptaron y manifestaron su decisión de liquidarlo. Y con fundamento, en este grave error, aplicar una norma de derecho procesal distinta sobre caducidad de la acción de 2 años a partir de la terminación del convenio, para aquellos contratos que no requieren de liquidación (numeral 10, literal b) del artículo 136 del C.C.A.) cuando es patente y notoria la necesidad acordada de liquidar un convenio de 7 años es xxxxxxxx (sic)

Si bien las partes no convinieron un plazo expreso para la liquidación del convenio, ello no quiere decir que fuera prohibido o ilícito convenir en su liquidación, o desconocer la voluntad de Telecom de efectuar dicha liquidación después de vencido el plazo de siete (7) años del convenio como en forma equivocada lo entendió el Tribunal.

En este caso, a nuestro juicio, debe aceptarse la autonomía de voluntad de las partes refrendada hasta noviembre de 2005, última modificación convenida, donde se refiere a la liquidación, pues no es, se repite ilícito o contrario al ordenamiento en un contrato regulado por el derecho privado establecer una liquidación del convenio y por acuerdo tácito o expreso plazos superiores a los previstos para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993.

Por ello, a contrario de lo afirmado por el Tribunal, la norma procesal sobre caducidad de la acción debe corresponder a la de dos (2) años contados a partir de la liquidación del convenio, y por lo tanto, teniendo en cuenta como última actuación relacionada o que hace alusión a la liquidación, la de noviembre 2005³⁶, la demanda de reconvenición presentada el 2 de agosto de 2006, tenía plena vigencia procesal.

Pero es que además, la misma naturaleza del contrato imponía un término amplio para la liquidación no sólo por la necesidad de liquidar ingresos y costos y revisión del modelo económico durante 7 años, sino en forma principal, porque era necesario entregar por PLESCOM y recibir por TELECOM la infraestructura correspondiente a más de 6.000 teléfonos

³⁵ Comunicaciones UCJV005 de agosto 29 de 2003 y UCJV283 de diciembre 5 de 2003, del Director de la Unidad de Convenio Joint Venture de TELECOM, y del Director Financiero de Unidad de Convenio Joint Venture de TELECOM. El contenido de esta última es muy dicente, al referirse a la solicitud de información a PLESCOM para liquidar el convenio: ***“Lo anterior con el fin de contar con la información actualizada del convenio e iniciar el proceso de liquidación”*** (es texto literal, el subrayado es nuestro- del censor-) [pie de página del escrito de impugnación]

³⁶ Se hace referencia a la modificación al convenio surtida en noviembre de 2005 que reformó la cláusula sobre las etapas de conciliación en el Comité Coordinador; en la segunda instancia de representantes legales, y en la instancia del arbitramento, la cual aparece en el expediente. [pie de página original del recurso]

públicos distribuidos en todo el territorio nacional, aún en zonas rurales, y determinar sus calidades, el estado de funcionamiento y el inventario de los mismos.

Aún más, si se observa las fechas y comunicaciones cursadas, tal y como se sustentó en el alegato de conclusión (pág. 252) la realidad es que el plazo de liquidación se fue ampliando por la intempestiva liquidación de Telecom, que trajo aparejada la necesidad inmediata que el servicio público continuara con COLTEL, a través del contrato VL003 del 2003.”

b) No haber decidido sobre varias de las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y del alegato de conclusión:

i) se abstuvo de resolver la excepción sobre falta de competencia del Tribunal, teniendo en cuenta la invalidez de las actuaciones de TELECOM a partir del 12 de junio de 2002;

ii) el Tribunal sólo se refirió y decidió respecto de la excepción de contrato no cumplido atinente al incumplimiento de TELECOM por no aumentar las tarifas en forma anual como estaba pactado, pero no resolvió las excepciones de contrato no cumplido que expresamente planteó PLESCOM en su alegato de conclusión al referirse en forma específica a las pretensiones de TELECOM:

“Estas corresponden: Excepción de contrato no cumplido sobre las pretensiones de TELECOM de manejo de gastos y costos OMA (pág. 68, numeral 5), bajo el título ***razones que incidieron en el valor de los costos OMA realmente causados. Incidencia de los incumplimientos de TELECOM. Excepción de contrato no cumplido.***’

Esta excepción de contrato no cumplido específica para estas pretensiones aparece sustentada en las páginas 69 a 73 inclusive, y hace referencia a los incumplimientos de TELECOM por líneas fuera de servicio; obligaciones de telefonía social con teléfonos públicos instalados en sitios no rentables incumpliendo el contrato; mayores valores de IVA sobre telefonía local que estaba exenta por su omisión en la liquidación; incumplimiento sobre la revisión del modelo; incumplimiento sobre las acciones que debió tomar TELECOM para evitar los fraudes; e incumplimientos por las obligaciones de financiación.

Finalmente la excepción de contrato no cumplido, respecto de la pretensiones específicas de TELECOM sobre cargos de acceso, en la página 91 y siguientes del alegato de conclusión.” (negritas y cursivas originales)

iii) no decidió la excepción de contrato no cumplido sobre las pretensiones de Telecom relacionadas con cargos de acceso;

iv) no estudió la excepción de pago de lo no debido para enervar las pretensiones sobre cargos de acceso;

v) no analizó la excepción de absoluta falta de competencia para resolver algunas pretensiones de la demanda.

c) Ausencia de pronunciamiento sobre el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito

Al efecto argumentó:

“Este tema fue sustentado en la causal 2, sobre no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, y en aras de cumplir con el principio dispositivo, se presenta también como hecho que fundamenta esta causal.

Solicitamos tener en cuenta los argumentos expuestos con antelación, para determinar la procedencia de esta causal, y solicitar al juez del recurso su pronunciamiento, en la medida en que la nulidad absoluta del contrato corresponde a una declaratoria oficiosa del juez contencioso, en cualquier proceso sometido a su conocimiento, cuando considere satisfechos los supuestos de la norma. Lo anterior, de conformidad con el artículo 1742 del C.C., en concordancia con el artículo 87 del C.C.A., que dispone la facultad del juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso

(...)Por consiguiente, ante la omisión del juez arbitral, es procedente el análisis de este punto de acuerdo con las consideraciones expuestas en el recurso.

Se hace referencia al numeral IV, causal 1, sobre nulidad absoluta del pacto arbitral, y numeral 2, relacionado con el contenido contrario a derecho del convenio C-023 de 1996 sobre cargos de acceso violatorios del régimen legal vigente.

Se solicita al juez del recurso, adicionar el laudo, con el análisis y decisión, del vicio de invalidez del convenio citado, y en forma específica sobre la estipulación de cargos de acceso consagrada en los numerales 8.3.3. y 8.3.6. del Anexo Financiero, que determina la sustracción de las condenas y declaraciones contenidas en el laudo en los numerales octavo, duodécimo (sic), décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, y vigésimo”

3.5.2 Oposición

Alegó que según la jurisprudencia esta causal sólo tiene lugar cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal o en las excepciones propuestas por el demandado, por lo que sólo la segunda hipótesis (excepciones no resueltas) corresponde a la causal invocada.

a) Error *in procedendo* en la aplicación de las normas de caducidad de la acción contractual

Dijo que la aplicación de las normas de caducidad no es atacable por vía de anulación, al efecto cita jurisprudencia de la Corporación conforme a la cual no toda aplicación de las normas procesales corresponde a un acto *in procedendo* para efectos del recurso de anulación, pues en ciertas circunstancias, la aplicación

de tales normas puede corresponder a la actividad *in iudicando* del juez. Además la acción de Plescom había caducado, de conformidad con el análisis que hizo el Tribunal de arbitramento.

Que el fundamento del fallo no fue si era ilegal o estaba prohibido realizar la liquidación de un contrato estatal no sometido a la ley 80, simplemente concluyó que al no ser aplicables al contrato objeto del debate las previsiones de liquidación contenidas en esa ley, tampoco le eran predicables las consecuencias que en punto al inicio del término de caducidad están previstas para los contratos estatales regidos por la ley 80.

Que a lo largo del proceso arbitral Plescom adujo que la acción contractual asociada no tenía término de caducidad y que ahora en el recurso argumenta que la norma que debía ser aplicada era el literal c) del artículo 136 del CCA. Y se preguntó ¿cómo aplicar esa disposición en el caso que no se ha efectuado la liquidación por mutuo acuerdo, supuesto de hecho referido por la norma, a lo cual el recurrente señala que habrá de tomarse la última fecha en la que las partes hicieron mención a la liquidación del contrato, que en su concepto fue en la modificación de la cláusula compromisoria? a lo que respondió que no existe razón alguna para asumir esa fecha, pues no hace parte del supuesto de hecho contenido en la norma.

b) No haber decidido varias excepciones planteadas en la contestación

A su parecer el Tribunal decidió sobre todas las excepciones de mérito planteadas y al efecto reseña el pronunciamiento sobre cada una de ellas.

3.5.3 Concepto del Ministerio Público

Destacó que en punto de la demanda de reconvención, el Tribunal, tras un detallado estudio, encontró que para el momento de su presentación, la acción estaba caducada. Reiteró que no es factible un reexamen del estudio jurídico que efectúa el Tribunal, para ratificarlo o modificarlo, toda vez que el juez contencioso administrativo no actúa en esta vía como segunda instancia.

Frente a las excepciones conceptuó que todas fueron objeto de pronunciamiento. En cuanto a la afirmación según la cual el tribunal no se pronunció de oficio sobre la nulidad del contrato, observa que en el acápite correspondiente a las pruebas relativas al contrato, el Tribunal encontró que el contrato era válido.

3.5.4. Consideraciones de la Sala

La causal “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*” (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A).

Esta causal y aquella 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 38 del Decreto 2279 de 1989 o numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), son expresión de la garantía al **principio de congruencia** de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989).

Postulado de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (*infra o citra petita*).

Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y encontrarse dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993).

Por consiguiente, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado. Lo anterior con el objeto de que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena que ante una omisión incurra la providencia en la citada causal de nulidad (numerales 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

Por lo demás, esta causal de anulación (“*no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”), debe ser analizada conforme a la 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 los árbitros como materia de conocimiento y decisión.

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión³⁷.

La censura del recurrente, Plescom, se refiere a que el laudo no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, y edifica su impugnación en esta causal mediante tres cargos:

- i) Error *in procedendo* en la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción;
- ii) No haber decidido sobre varias de las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y del alegato de conclusión y
- iii) Ausencia de pronunciamiento sobre el vicio de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Acusaciones que serán analizadas por separado a continuación.

a) Error *in procedendo* en la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción

Como ya se indicó la ley sólo instituyó el recurso extraordinario de anulación para estudiar defectos y errores *in procedendo* y lo relativo a la caducidad, entiende mayoritariamente la Sala, constituye un asunto *in iudicando*, en tanto implica reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros. En consecuencia, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

b) No haber decidido sobre varias de las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y del alegato de conclusión

[i] La recurrente estimó que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de resolver la excepción sobre falta de competencia del Tribunal, teniendo en cuenta la invalidez de las actuaciones de TELECOM a partir del 12 de junio de 2002.

Como ya se anotó al despachar negativamente uno de los cargos alegados en la causal cuarta, la legislación procesal vigente autoriza aclarar, corregir o adicionar

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

los laudos, por lo que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal no se pronunció en la oportunidad procesal debida, esto es, extemporáneamente, comoquiera que lo hizo mediante auto de 27 de marzo de 2008, por demás a instancias del propio censor quien justamente presentó la solicitud de adición del fallo y con arreglo a las normatividad legal aplicable, antes referida.

[ii] el impugnante consideró que el Tribunal no resolvió las excepciones de contrato no cumplido que expresamente planteó PLESCOM en su alegato de conclusión al referirse en forma específica a las pretensiones de TELECOM.

Fueron siete las situaciones que se esbozaron como configurativas de excepción de contrato no cumplido respecto de las pretensiones de TELECOM sobre costos OMA:

[a] incumplimiento derivado de líneas fuera de servicio;

[b] mantener líneas de telefonía social con recaudos mínimos por debajo del costo de operación;

[c] mayor valor de IVA pagado por negligencia e incumplimiento de Telecom en discriminar el tráfico de telefonía local que no causaba IVA;

[d] incumplimiento en la revisión del modelo para incorporar los datos reales del convenio;

[e] omitir realizar las acciones exigidas para evitar los fraudes;

[f] incumplimiento para asumir en conjunto con Plescom las obligaciones de financiación y

[g] paros y ceses de actividades de TELECOM que impidieron el funcionamiento de los teléfonos públicos y el recaudo de las alcancías.

Esta excepción que el hoy recurrente agrupó bajo la denominación “*excepción de contrato no cumplido respecto de las pretensiones de Telecom sobre costos OMA*”, fundamentada en los siete eventos indicados, fue abordada expresamente por el juez arbitral. Así lo anunció que lo haría en primer lugar en el numeral 2.3.4 del Capítulo II de la providencia (fl. 303 c. ppal del recurso de anulación) y luego lo desarrolló con detenimiento en el numeral 1.2 del apartado del fallo destinado al estudio de las excepciones (fls. 327 a 331 c. ppal. del recurso de anulación) y al hacerlo concluyó que no prosperaba.

Lo anterior indica que, contrario a lo aseverado por el recurrente, el juez arbitral no sólo se pronunció respecto del “*incumplimiento de Telecom en no aumentar las tarifas anualmente como lo ordenaba el convenio*”, sino que “*ante la generalidad del planteamiento*” el Tribunal encontró que no era concordante con lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil y de la interpretación que del mismo ha dado

la jurisprudencia. Razonamiento, que como lo señala la parte convocante, es aplicable a las siete hipótesis configurativas de supuestos incumplimientos, sólo que luego, en aras de abundar en argumentación, el Tribunal -como se deduce de la misma redacción del fallo- “[d]e otra parte” entró a formular razonamientos adicionales respecto de uno de esos eventos.

Es más, como lo puso de relieve la parte convocante, tan claro fue que todas las hipótesis fueron estudiadas y despachadas negativamente a partir de la hermenéutica de la citada normativa civil, que en el Laudo complementario, cuando se le solicitó que resolviera la excepción de contrato no cumplido en relación con las pretensiones del PAR respecto de la existencia de un límite de los costos y gastos AOM de Plescom, el tribunal arbitral puso de presente que la excepción de contrato no cumplido había sido estudiada *“in extenso (...) [p]or lo tanto esta nueva solicitud de declaración no es procedente, al tenor del régimen legal estudiado”*.

Se precisa concluir que no hay omisión alguna y lo que se aprecia es que el asunto fue estudiado, sólo que fue despachado negativamente respecto del hoy recurrente.

[iii] De otra parte, el censor alega que el tribunal no se pronunció sobre la excepción de contrato no cumplido relativa a las pretensiones del PAR sobre cargos de acceso.

Como ya se expuso en el apartado anterior, el Tribunal despachó desfavorablemente la excepción *“genérica”* de contrato no cumplido. Adicionalmente el juez arbitral en este punto concluyó que la falta de facturación no justificaba el no pago de los denominados por el convenio *“cargos de acceso”* y así lo puso de relieve en el numeral 2.3.8 del fallo arbitral (fls. 311 y ss del c. ppal. del recurso de anulación). Además, como lo puso de presente la oposición a este recurso, en el laudo complementario de nuevo se resaltó que *“[e]n cuanto a los intereses decretados por cargos de acceso, sólo cabe repetir que el soporte de la decisión fue el reconocimiento expreso que sobre el particular hicieron las misma partes, y así quedó explícito en el laudo”*.

De allí que tampoco se aprecia omisión alguna del fallador arbitral y, por el contrario, se encuentra que la materia fue abordada en la providencia.

[iv] Por otro lado, expone el censor que no se estudió la excepción de pago de lo no debido para enervar las pretensiones sobre cargos de acceso.

La Sala encuentra que en el numeral 1.3. del laudo arbitral (fls. 331 a 332 c. ppal. del recurso de anulación) se dejó expresa referencia al asunto al señalar que *“[n]o encuentra necesario el Tribunal volverse a referir en detalle a los temas en que fundamenta la excepción de ‘inexistencia a (sic) las obligaciones reclamadas’, pues fueron enunciados en extenso, a lo largo del análisis probatorio, y por la razones y conclusiones pertinentes en él contenidas, no ha de prosperar”*.

Una vez más, se advierte que el Tribunal si estudió la materia sólo que en sentido adverso al hoy recurrente.

[v] Aduce el recurrente que tampoco se resolvió la excepción de absoluta falta de competencia para resolver algunas pretensiones de la demanda

La Sala reitera lo expuesto a propósito de la causal segunda alegada en este recurso de anulación, en el sentido que los particulares no pueden pactar libremente condiciones para acceder a la administración de justicia, de modo que el incumplimiento de esos acuerdos no acarrea vicio alguno de la decisión arbitral.

Ahora, al haber estudiado las pretensiones que a juicio del recurrente debieron agotar previamente el procedimiento convencionalmente pactado, permite inferir - como lo señala la convocante- que el Tribunal rechazó la excepción propuesta por Plescom. Adicionalmente estas pretensiones (4, 13, 14, 15, 16, 17, 20 y 21), fueron negadas por el Tribunal en los numerales 7º, 18º, 19º y 23º de la providencia arbitral, por lo que el reproche formulado resulta inane.

Los cargos endilgados en este numeral, en consecuencia, no tienen vocación de prosperidad.

c) Ausencia de pronunciamiento sobre el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito.

El censor insiste en lo expresado a propósito de la causal segunda, en la que se reprochó el que el Tribunal no se hubiera constituido en forma legal.

La Sala se remite, de nuevo, a lo expresado al desatar la causal segunda invocada por el censor y resalta cómo el principio de autonomía de la voluntad no puede suponer soslayo ni sustituto alguno de normas de orden público, como son las procesales previstas para facilitar el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia.

Por lo expuesto, el presente cargo tampoco prospera.

Síguese de lo anterior, y merced a que ninguno de los múltiples cargos formulados prosperó, que el recurso de anulación formulado por Plescom Ltda., parte convocada, habrá de ser denegado.

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: NIÉGASE la solicitud de anulación del laudo arbitral proferido el 10 de marzo de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre Plescom Ltda. y la Empresa Nacional de

Telecomunicaciones TELECOM en liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom-PAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas por la secretaría de la sección tercera.

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
Aclara voto

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

FALLO EN CONCIENCIA - Supuestos

Además deberá tenerse en cuenta que también se configura la causal de fallo en conciencia cuando el juez no obstante haber hecho referencia al derecho positivo y efectuado la valoración de la prueba en forma detallada y conjunta y de armonizarla en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se aparta de ella y falla a su leal saber y entender, manteniéndose al margen de su contenido y de lo que se ha demostrado a través de su análisis. La prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad a la sentencia puesto que el juez no esta facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y en su lugar crear su propia prueba que pueda

acomodarse a la decisión que en equidad profiere. Una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a que se configure el fallo en conciencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00032-00(35288)

Actor: PLESCOM LTDA.

Demandado: PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y SUS TELEASOCIADAS-PAR

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Con el acostumbrado respeto por mis compañeros de Sala, a continuación expongo las razones que dieron lugar a que aclarara mi voto en relación con la sentencia dictada el 10 de junio de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto por PLESCOM LTDA contra el laudo arbitral del 10 de marzo de 2008, cuya ponencia fue elaborada por la Consejera Ruth Stella Correa Palacio

Aunque comparto la decisión y las conclusiones adoptadas por la Sala, en la sentencia, disiento de lo expuesto en relación con las situaciones que pueden dar lugar a que se configure la causal prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, "*haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo*" sobre las cuales resulta pertinente hacer las siguientes precisiones:

En la página 59 de la sentencia, en el ordinal v) denominado "*análisis de costas*", primer párrafo, se afirma que para que se configure la causal de nulidad, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas

jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso.

Igualmente, a folio 61 de la sentencia de 10 de junio de 2009, se afirma que el Tribunal a partir de un estudio jurídico y probatorio resolvió el estudio litigioso con fundamento en el derecho positivo vigente, esto es, falló con base en las normas jurídicas y su interpretación, analizó el contrato, expuso consideraciones basadas en la sana crítica.

Lo anterior en principio es cierto, pero además deberá tenerse en cuenta que también se configura la causal de fallo en conciencia cuando el juez no obstante haber hecho referencia al derecho positivo y efectuado la valoración de la prueba en forma detallada y conjunta y de armonizarla en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se aparta de ella y falla a su leal saber y entender, manteniéndose al margen de su contenido y de lo que se ha demostrado a través de su análisis

La prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad a la sentencia puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y en su lugar crear su propia prueba que pueda acomodarse a la decisión que en equidad profiere. Una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a que se configure el fallo en conciencia.

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR