**EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS - Sociedad de economía mixta** - **Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa**

Esta Sección, en casos similares, ha resuelto la cuestión de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la resolución de controversias suscitadas por la actividad contractual de Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P. Así, se ha llegado a la conclusión que a pesar de que esta sociedad, creada como sucesora de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, que entró en liquidación, es una Empresa de Servicios Públicos mixta con un capital público inferior al 50%, y por lo tanto no susceptible de ser cobijada por la cláusula general de competencia de esta Jurisdicción prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, según el cual *‘’La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas”,* la actividad que desarrolla está legamente prevista como propia de los órganos del Estado, lo que deriva en la competencia del juez contencioso incluso cuando es desarrollada por sociedades de economía mixta o particulares…Ahora, si en gracia de discusión se considerase insuficiente este razonamiento para concluir que esta jurisdicción tiene competencia para resolver el presente asunto, debe tomarse en cuenta, también, que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., en su condición de empresa prestadora de servicios públicos organizada como sociedad de economía mixta, hace parte del Estado colombiano como integrante de la rama ejecutiva, aun cuando la participación pública en la misma sea menor al 50%, según lo ha definido la Corte Constitucional…Por otra parte, se profiere esta sentencia con base en la competencia para el efecto prevista en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Caducidad de la acción**

De entrada, la Sala advierte que en el presente caso, tal como lo indicó la sentencia de primera instancia, sí se presentó el fenómeno de la caducidad respecto de la acción ejercida por la sociedad Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. Para la declaratoria de nulidad del acta de terminación de común acuerdo del contrato n.º 98-CUD-000880. En primer lugar debe tomarse en consideración que el presente contrato está regido por el derecho privado, en consideración a que fue celebrado por Telecom como Empresa Prestadora de Servicios Públicos en vigencia de la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 32 estableció que los actos de estas entidades serían, en lo que no fuese contario a la Constitución y la ley, de derecho común…Ahora, recuerda la Sala que es el elemento de tratarse de un contrato de derecho privado y no regido por el estatuto de contratación estatal el que sirve como fundamento del disentimiento de la sociedad demandante con la sentencia de primera instancia, al considerar que esto implica que en el caso concreto no debe aplicarse el término de caducidad previsto en el Código Contencioso Administrativo, sino el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia comercial de qué trata el artículo 1329 del Código de comercio, que indica que *“las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años”*. Esta Sala, en tal sentido, reiterará su posición según la cual el régimen jurídico que resulte aplicable a un contrato en concreto, bien pudiendo ser este de derecho público o ,por el contrario, de derecho privado, resulta irrelevante para el asunto particular del término con que se cuenta para demandar, en razón de que en cualquiera de los dos casos, tratándose de una de las partes suscribientes del acuerdo una entidad de aquellas cuyas controversias debe ser conocidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –ver supra párr. 10 y 11-, la acción idónea para ventilar el asunto es la de controversias contractuales contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que cuenta con un término de caducidad y no de prescripción, según lo señala el artículo 136 de la misma norma. El citado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo indica que la caducidad de las acciones relativas a contratos será de dos años, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento; mientras que el numeral 10 literal b señala que este término inicia su contabilización a más tardar dentro de los dos años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa, cuando no se requiera liquidación. Igualmente, está probado, como se dejó claro en apartes anteriores, que el contrato 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998, fue finalizado mediante acta bilateral del 12 de agosto del 2004. Por lo tanto, la acción de controversias contractuales debió presentarse, a más tardar, el lunes 14 de agosto del 2006 –el 13 de agosto de 2006, fecha en que originalmente vencían los dos años en comento, cayó un domingo-, por lo que la radicación del libelo originario del pleito el 11 de diciembre del 2006 (f. 1 c. 1) es evidentemente extemporánea. Debe recordarse que este contrato se rige por normas de derecho privado y las partes, en uso de la libertad configurativa de las cláusulas contractuales que se deriva de la autonomía de su voluntad, no previeron la necesidad de liquidar el contrato, ni mucho menos establecieron plazo para el efecto. Además, en caso de que se considerase que este contrato, por su misma naturaleza debía estar sujeto a liquidación, no puede pasarse por alto que, como se explicó en el párrafo 13.7. De esta decisión, la misma acta de terminación bilateral cuya nulidad se pretende sirvió como ejercicio de balance y corte de cuentas, estableciendo que las partes se declaraban a paz y salvo por todo concepto, siendo materialmente una liquidación. Todo lo anterior reafirma la idea de que es desde la suscrición del mencionado documento, 12 de agosto del 2004, que debe contarse el término de caducidad, máxime cuando el literal C del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A indica que la caducidad en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, es de dos años contados desde la firma del acta.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02200-01(40816)**

**Actor: COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA.**

**Demandado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 24 de noviembre del 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y se declaró la caducidad de la acción. La sentencia será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La demandante solicita, principalmente, que se declare la nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo del 12 de acostó del 2004, por la que se dio por finalizado el contrato de Agencia Comercial No. 98-CUD-000880 existente entre esta y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la cual asegura, suscribió contra su voluntad y en virtud del imperio y la coacción que sobre su representante legal ejerció la contratante.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 11 de diciembre del 2006 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 85-98 c. 1) la sociedad Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda., a través de apoderada, demandó en ejercicio de la acción de controversias contractuales a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y el Consorcio Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom En Liquidación, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*1.1- PRETENSIONES PRINCIPALES*

*1.1.1.- Que se declare la nulidad del ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO de fecha Agosto 12 de 2004, mediante la cual la empresa demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., por intermedio de su Gerente de Telefonía Pública DAVID CARÓM ZAPATA acuerda con CAROLINA RUTH MONROY GONZÁLEZ, en representación de la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA, la terminación del contrato de Agencia Comercial S.A.I. del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 98- CUD-000880 del 28 de febrero de 2003 que era el número final que se le dio a la relación contractual que se inició con el Nro. 200-BO-95003410 del 1 de Septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de Febrero de 2003, teniendo en cuenta que a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. no le asistía facultad alguna para que mediante artimañas lograra engañar a mi representada para que acordara la decisión de dar por terminado el contrato S.A.I., todo de conformidad con los fundamentos de derecho que más adelante explicaré.*

*1.1.2.- Que como consecuencia de la decisión anterior y a manera de reparación del daño, en los términos establecidos en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, se declare que fue ilegal, arbitraria e injusta la terminación a partir del 12 de agosto de 2004 del contrato de Agencia Comercial S.A.I del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 98-CUD-000880 del 28 de Febrero de 2003, que era el número final que se dio a la relación contractual que se inició con el Nro. 200-BO-95003410 DEL 1 DE Septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1197; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002.*

*1.1.3.- Que como consecuencia de la decisión anterior se condene a las demandadas la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y/o de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECÓM EN LIQUIDACIÓN al pago, a favor de mi mandante, de los montos o valores que constituyen las participaciones y demás emolumentos dejados de percibir como retribución o participación mensual, consagrados en la Cláusula Novena del contrato de la agencia comercial S.A.I. del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003, desde el momento en que se verifique la continuidad de la ejecución del contrato S.A.I. Nro 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003, en las mismas condiciones y términos en que se venía ejecutando hasta la fecha de dicha terminación o se ordene el pago de las mismas hasta el momento en que se cumpla la sentencia; sumas estas debidamente indexadas de acuerdo al I.P.C.*

*1.1.4.- Que se declare que para todos los efectos que no hubo solución de continuidad en la ejecución y prestación del servicio derivado del contrato de la agencia comercial S.A.I. del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA contrato Nro. 98-CUD-00880 del 28 de febrero de 2003 celebrado entre mi mandante y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en liquidación.*

*1.1.5.- Que se de cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 a 178 del C.C.A.*

*1.2.- PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

*En subsidio de la pretensión principal, la sociedad demandante formula las siguientes pretensiones subsidiarias:*

*1.2.1.- PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*

*1.2.1.1.- Que se declare que entre la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA, que represento y la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES Telecom en Liquidación se celebró un contrato de naturaleza de Agencia Comercial S.A.I. del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003 y que como consecuencia de todas las actuaciones adelantadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en especial de lo prescrito en el oficio de fecha septiembre 18 de 2003, suscrito por la Doctora MARIBEL GONZÁLES ENCINALES, en su condición de gerente de Telefonía Pública, dicho contrato fue subrogado y continuado en las mismas condiciones y con las mismas características a la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en virtud de la suscripción, ejecución y terminación injusta del contrato S.A.I. suscrito entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y mi representada.*

*1.2.1.2.- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condena a las demandadas la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la demandante la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA, las prestaciones a que esta última tiene derecho y de que trata el artículo 1324 del C. de Co., es decir, las siguientes cantidades de dinero: a).- La suma de TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETENCIENTOS TREINTA Y UN PESOS ($380´383,731) o lo que se llegare a determinar o probar en el proceso, como equivalente a la doceava parte del promedio de las PARTICIPACIONES o utilidades recibidas por el Agente la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA, en los tres últimos años, por cada uno de los 8 AÑOS, 11 MESES Y 15 DÍAS – de vigencia del contrato de naturaleza Agencia Comercial S.A.I. del Municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA, Nro. 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003, por haber actuado mi representada, en su condición de Agente Comercial Exclusivo de la demandada en la distribución, comercialización y venta de sus productos y servicios en el Municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA del Departamento de Cundinamarca.*

*1.2.1.3.- Que, como consecuencia de la declaración de la terminación injusta del contrato de naturaleza de Agencia Comercial S.A.I del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA, Nro. 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003, se condene a las demandadas la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECÓM EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la demandante la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA la suma de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS Mcte ($290.000.000), como mínimo, por concepto de indemnización equitativa a la que tiene derecho que trata el artículo 1324 del C. de Co. Suma que habrá de fijarse por peritos, como retribución a los esfuerzos del agente la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA., para acreditar la marca y la línea de productos “TELECOM” en el municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA del Departamento de Cundinamarca durante los 8 AÑOS, 11 MESES Y 15 DÍAS de duración de la ejecución del contrato, teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios realizados por el Agente la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA, Subsidiariamente de no ser posible establecer el monto exacto a pagar el pago y reconocimiento de las sumas relacionadas anteriormente se hará por liquidación posterior sujeta al trámite de los Art. 307 y 308 del C.P.C.*

*1.2.1.4.- Que, se condene a las demandadas la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la demandante la firma COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA. las sumas anteriores de dinero actualizadas monetariamente (indexadas), más los intereses moratorios a la tasa fijada por la Superintendencia Bancaria aplicando lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, es decir, la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, desde el día 1 de agosto de 2004, hasta que el pago se efectúe.*

*1.2.1.5.- Para los efectos anteriores solicito se tenga como una sola, ininterrumpida y continua relación contractual de la firma comunicaciones MONROY ARANZALES LTDA con TELECOM En liquidación y/o Colombia Telecomunicaciones S.A. naturaleza de Agencia Comercial S.A.I. del municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003; los cuales se deben tomar y reconocer como una sola relación contractual, hasta el 1 de Septiembre de 1995, en virtud de que a través de ellos se ejecutó la agencia comercial del Municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA (Cundinamarca), sin interrupción ni solución de continuidad alguna, al mantenerse la misma prestación del servicio, objeto y demás condiciones contractuales consagradas y estipuladas en la modalidad de CONTRATO S.A.I. adoptado por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “TELECOM”.*

*1.2.1.6.- Que las sumas de dinero a cuyo pago se impetra condenar a la demandada, mencionadas en los numerales anteriores, y en consideración a que ninguna de las demandadas no hicieron el pago anteriormente descrito de manera oportuna, ni lo liquidaron, ni lo abonaron en cuenta corriente del Agente Comercial COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA deberán ser pagadas al momento de la ejecutoria de la sentencia y causarán intereses moratorios para lo cual se aplicará lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, es decir, la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, desde el día 12 de Agosto de 2004, hasta que el pago se efectúe, cantidades éstas de dinero para cuya cancelación gozan de la preferencia legal de que trata el artículo 1277 del Código de Comercio, en armonía con el artículo 1230 de la misma obra.*

*1.2.2.- SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*

*1.2.2.1.- Que se declare que las demandadas contra* (sic) *la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P y de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECÓM EN LIQUIDACIÓN, incurrieron en incumplimiento del contrato de naturaleza de Agencia Comercial del Municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA Nro. 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995; la prórroga Nro 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1997; la prórroga Nro. 200-BO95003410 del 26 de diciembre de 1997; el otrosí al contrato Nro. 200-BO-95003410 del 23 de junio de 1997; la prórroga Nro 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 3 de septiembre de 1998; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2001; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 30 de agosto de 2002; la prórroga Nro. 98-CUD-000880 del 28 de febrero de 2003, teniendo en cuenta la demora y extemporaneidad en el suministro de los soportes y documentos necesarios para presentar las cuentas de cobro que por participaciones mensuales se debían radicar ante la demandada y en la demora y extemporaneidad en el pago de las cuentas de cobro que por participaciones mensuales por Administración de Telefonía Local se debían pagar a la demandante y correspondiente a los periodos de facturación comprendidos entre el mes de abril y agosto 13 de 2003, las cuales fueron canceladas hasta el 16 de marzo de 2006.*

*1.2.2.2. Que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a las demandadas la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y de manera solidaria al CONSORCIO REMANENTES TELECOM constituido por Fiduagraria y Fidupopular y las sociedades conformadas por ellas como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM EN LIQUIDACIÓN a pagar a la actora COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA. la totalidad de los perjuicios morales y materiales que le fueron causados con esos actos de incumplimiento, durante todo el periodo de duración del incumplimiento y la mora, los cuales como mínimo ascienden a la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50´000.000).*

*1.2.3.- TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*

*1.2.3.1. Que se declare que la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. incurrió en abuso del derecho al dar por terminado el contrato de distribución, que tenía celebrado con la sociedad demandante COMUNICACIONES MONROY ARANZALES LTDA. y que se recoge en el documento elaborado por la primera.*

*1.2.3.2.- Que, en consecuencia, se condene a la parte demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar a la demandante los perjuicios que le fueron causados con el ejercicio abusivo del derecho, por la terminación desde el 12 de agosto de 2004, del contrato de Agencia Comercial entre ellas celebrado, perjuicios que incluirán todos los daños derivados que seguro obligará al demandante a cerrar sus operaciones en el municipio de SUBACHOQUE, PUENTE PIEDRA LA PUNTA, por lo que la indemnización a que tiene derecho la parte demandante, asciende a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($240´000.000) o la cantidad mayor o menor que se probare en el proceso o durante el trámite del artículo 308 del C. de P. Civil, cantidad de dinero que deberá pagarse junto con los intereses moratorios causados a la tasa fijada por la Superintendencia Bancaria aplicando lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, es decir, la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, desde el día 12 de agosto de 2004, hasta que al pago se efectúe.*

*1.3. Condenar en costas del proceso a las demandadas.*

2. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones varias circunstancias, entre las cuales resultan relevantes para la resolución del caso concreto, las siguientes:

2.1. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y la sociedad Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. suscribieron el contrato de agencia comercial n.º 200-BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995, mediante el cual la demandante fue designada como distribuidora y representante de aquella en el municipio de Subachoque, vereda Puente Piedra y La Punta. En otrosí del 23 de junio de 1997 se modificó el objeto del contrato para incluir a los municipios de Madrid y Tenjo.

2.2. El contrato tenía una vigencia inicial de 2 años y fue prorrogado en varias ocasiones. Sin embargo, el 12 de agosto del 2004 se terminó con ocasión de la posición dominante de Colombia Telecomunicaciones S.A., que mediante la actuación de su Gerente de Telefonía Pública obligó a la contratista a suscribir un acta de terminación respecto del contrato n.º 98-CUD-000880, última denominación dada a la relación contractual, argumentando para ello un supuesto mutuo acuerdo.

2.3. También se le obligó a la contratista a la suscripción de un nuevo contrato, el cual se firmó con engaños y con inducción al error. Se afirma que el mismo fue elaborado de forma unilateral por la contratista y con el fin de evadir las obligaciones adquiridas que tenía con la sociedad demandante como agente comercial, ya que se varió totalmente la esencia del contrato y su naturaleza.

**II. Trámite procesal**

3. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de marzo del 2007 (f. 89 c. 1) y una vez notificada la **contestaron** los demandados, así:

3.1. Además de, en general, no aceptar los hechos, Colombia Telecomunicaciones (f. 134-168 c. 1) alegó, principalmente, que la suscripción del acta de terminación y el nuevo contrato fue libre por parte de la demandante y que la pretensión de declarar nula la primera es improcedente por no ser un acto administrativo o un contrato.

3.2. Igualmente, formuló las siguientes excepciones.

3.2.1. Caducidad de la acción, pues la demanda debió presentarse máximo dos años después de la suscripción del acta de terminación del contrato, es decir, 12 de agosto del 2012, siendo extemporánea la radicación del libelo el 11 de diciembre del 2006.

3.2.2. Inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

3.2.3. Inexistencia de incumplimiento del contrato.

3.2.4. Inexistencia de causal de nulidad del acuerdo de terminación de mutuo acuerdo.

3.2.5. Inexistencia de requisitos para que proceda la indemnización de perjuicios.

3.2.6. Transacción, cosa juzgada y consecuente falta de competencia, al considerar que el acuerdo del 12 de agosto del 2004 constituye una transacción en la que las partes se declararon a paz y salvo, que hace tránsito a cosa juzgada e implica la imposibilidad de que la justicia contenciosa se pronuncie al respecto.

3.3. El Patrimonio Autónomo de Remanentes (f. 185-197 c. 1), alegó lo que puede ser entendido como su falta de legitimación en la causa, al explicar que el patrimonio autónomo se constituyó con ocasión de la liquidación de Telecom y puede ser considerado como sucesor respecto de un derecho debatido si se dió una subrogación de la relación jurídica del que este se deriva, lo cual no ocurrió en este caso, porque el contrato *sub júdice,* así como todos los acuerdos se su misma naturaleza*,* se subrogaron a Colombia Telecomunicaciones

3.4. Fiduagraria (f. 199-215 c. 1), fiduciaria miembro del consorcio que constituyó el P.A.R., presentó argumentos similares a los expuestos por el mismo patrimonio autónomo, aunque agregó que la falta de manifestación de salvedades en el acta de terminación implica la improcedencia de las pretensiones de la demandante, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para alegar el 18 de agosto del 2010 (f. 449 c. 1), oportunidad en la que intervinieron Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (f. 474-500) y el Ministerio Público (f. 451-472 c. 1), así:

4.1. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. insistió en la improcedencia de la pretensión de nulidad del acta, al no tratarse ni de un acto administrativo ni de un contrato, en la firma libre de dicho negocio, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de su parte, y en la caducidad de la acción.

4.2. En el mismo sentido, el Ministerio Público solicitó que se declare caducada la acción contractual ejercida, ya que se presentó vencidos dos años contados a partir de la suscripción del acta de terminación.

5. El 24 de noviembre del 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 502-509 c. ppl), en la que decidió lo siguiente:

*PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Patrimonio Autónomo de Remanentes -PAR-, constituido por el Consorcio Remanentes Telecom, integrado por las entidades Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, Fiduagraria S.A. y Fiduciaria Popular S.A., Fidupopular S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de caducidad propuesta por la apoderada de la parte demandada y por la señora Agente del Ministerio Público.*

*TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: SIN condena en costas procesales.*

5.1. La sentencia de primera instancia resolvió dos asuntos. Primero, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del P.A.R., de la siguiente forma:

*COLOMBIA Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se encuentra legitimada en la causa por pasiva, por cuanto la aludida acta de terminación evidencia su carácter de entidad contratante en el contrato n.º 98-CUD-000880.*

*No sucede lo mismo con las demás personas jurídicas demandadas, Patrimonio Autónomo de Remanentes –PAR- constituido por el Consorcio remanentes Telecom, integrado por las entidades Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraria S.A. y Fiduciaria Popular S.A. Fidupopular S.A., que no están legitimadas en la causa por pasiva, ya que, en primer lugar, la tantas veces citada acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato No. 98CUD-000880, no hace alusión alguna a las entidades reseñadas; y en segundo lugar, porque la apoderada de la parte actora, durante el transcurso del proceso, no demostró vínculo alguno entre su poderdante y las demás demandadas, distintas de Colombia Telecomunicaciones.*

5.2. A continuación, consideró que tomando en cuenta que lo que en este caso se pretende es la nulidad, al parecer por un vicio del consentimiento, del acta de terminación unilateral suscrita por Colombia Telecomunicacines S.A. E.S.P. y Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. por parte de esta última, el término de dos años de caducidad con que se contaba para ejercer la acción ya había vencido para el momento de la presentación de la demanda. Al respecto explicó:

*Así las cosas, toda vez que para el caso concreto, se tiene de las pretensiones de la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato No. 98-000-000880, celebrado entre comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. y Colombia Telecomunicaciones S.A.E.S.P., pues aduce que esta última haciendo uso de la posición dominante citó a la representante legal de la empresa Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda., sin asesoría legal y una funcionaria le dio a conocer el formato modelo de acta de liquidación, después de amenazar a la agente de S.A.I. con que si no se suscribía la terminación se les daba por terminado unilateralmente, junto con la actitud de Colombia Telecomunicaciones de negarse de manera sistemática a reconocer y pagar las cuentas de cobro que ante ella se habían radicado por concepto de sus participaciones contractuales, finalmente la representante de la empresa Comunicaciones Monroy se vio obligada en contra de su voluntad a firmar el acta de terminación del contrato, ante lo cual se configuran presuntos vicios en el consentimiento, de modo tal que no le asistía a Colombia Telecomunicaciones facultad legal alguna para que mediante la fuerza y el sometimiento lograra que la parte actora firmara el acta de terminación por mutuo acuerdo.*

*Del mismo modo, en el acta de terminación por mutuo acuerdo, también acordaron en dicha acta lo concerniente a la liquidación del contrato por ellas celebrado, pues en el numeral 5º acordaron lo siguiente: “5º. Las sumas mencionadas anteriormente son las únicas que las partes reconocen que generan derechos en virtud del contrato 98-CUD-000880 que se encuentran pendientes de definición y pago. Salvo por las sumas que resulten de las conciliaciones a realizarse entre las partes, las mismas se declaran a paz y salvo por todo concepto contractual, extracontractual, indemnizatorio o no. Por lo tanto, una vez realizados los pagos de dichas sumas, las partes se consideran en paz y salvo por todo concepto relacionado con la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato 98-CUD-003790 y en consecuencia este documento tiene el efecto de una transacción de los términos del artículo 2483 del Código Civil.” (…)*

*Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior, (…), se tiene que al solicitar en las pretensiones de la demanda la nulidad del acta de 12 de agosto del año 2004, también se está controvirtiendo el acuerdo a que llegaron la empresa Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., aduciendo como fundamento vicios en el consentimiento, lo que conlleva a que la caducidad en el presente asunto, sea computada según lo dispone el literal “c” del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir, desde la firma del acta de terminación y liquidación del contrato estatal No. 98-CUD-000880.*

*En consecuencia, habiéndose firmado el acta de terminación y liquidación del contrato como ya se expuso, el 12 de agosto del año 2004, el término de caducidad de dos años dispuesto en el literal C del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., empezó a correr el día siguiente en que las partes firmaron el acta a que se ha hecho mención, es decir desde el 13 de agosto del año 2004, siendo ello así, los dos años con que contaba el accionante para incoar demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de Colombia Telecomunicaciones, iban hasta el 13 de agosto del año 2006.*

*No sobra mencionar que para la fecha en que fue presentada la demanda, no se exigía como requisito de procedibilidad de la acción de controversias contractuales, el agotamiento de la conciliación prejudicial, situación por la cual el término de caducidad de la acción impetrada por el actor no era susceptible de ser suspendido.*

*Ahora bien, como quiera que la demanda fue interpuesta ante esta Corporación, el 12 de diciembre del año 2006, según consta en el sello de Secretaría de la Sección visible a folio 75 del cuaderno No. 1 del expediente, palpablemente fuera del término con que la representante de la empresa Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda contaba, para incoar en término la presente acción, en el asunto bajo estudio se configuró el fenómeno de la caducidad.*

6. El 11 de enero del 2011 presentó **recurso de apelación** la sociedad Comunicaciones Aranzales Ltda. (f. 511-521 c. ppl), que mostró su disentimiento con la sentencia de primera instancia, concretamente, en lo que tiene que ver con la caducidad declarada, argumentando que la acción en el caso concreto no está sujeta al término de caducidad de la acción contractual, sino al prescriptivo de que trata el artículo 1329 del Código de Comercio. Señaló entonces:

*La acción contractual contencioso administrativa es de (2) años pero honorables magistrados debe tenerse en cuenta el Artículo 1329 del Código de Comercio expresamente dice:*

*“El Art. 1329.- Las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años”.*

*Las pretensiones de la demanda dentro del proceso que nos ocupa son derivadas del contrato de agencia comercial.*

*La sentencia no tuvo en cuenta que el artículo 1329 del Código de Comercio prevé que las acciones provenientes del contrato de agencia comercial prescriben en 5 años, la demanda se presentó dentro de ese término por lo tanto la providencia de la sentencia debe ser revocada y declarar las pretensiones de la demanda.*

*La acción de nulidad no tiene términos de caducidad y prescripción, pot lo tanto debe declararse la nulidad del acta suscrita el 12 de agosto de 2004, porque COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. no tenía facultad por no habérsele subrogado el contrato y no tenía facultad para suscribir el acta de fecha 12 de agosto de 2004, por lo tanto no hizo tránsito a cosa juzgada como lo pretende hacer ver el delegado del ministerio público y la parte demandada, por lo tanto solicito respetuosamente revocar la providencia de la fecha 24 de noviembre de 2010 y concederse las pretensiones de la demanda, porque todas las acciones derivadas del contrato de agencia comercial prescriben en 5 años de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1329 del Código de Comercio.*

7. Durante el término otorgado en esta instancia para alegar de conclusión intervinieron Colombia Telecomunicaciones S.A. (f. 576-580 c. ppl) y el Consorcio de Remanentes Telecom, en representación del P.A.R. Telecom (f. 582-584 c. ppl).

7.1. Colombia Telecomunicaciones, en esencia, reiteró lo expuesto en sus intervenciones procesales anteriores, haciendo énfasis en el carácter definitivo de las materias sujetas a la transacción celebrada mediante el acta cuya nulidad se pretende.

7.2. El Consorcio Remanentes Telecom continúo alegando su total ajenidad al contrato *subjúdice* y recordó que no tiene nada que ver con Colombia Telecomunicaciones.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

8. Esta Sección, en casos similares, ha resuelto la cuestión de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la resolución de controversias suscitadas por la actividad contractual de Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P.

9. Así, se ha llegado a la conclusión que a pesar de que esta sociedad, creada como sucesora de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, que entró en liquidación, es una Empresa de Servicios Públicos mixta con un capital público inferior al 50%, y por lo tanto no susceptible de ser cobijada por la cláusula general de competencia de esta Jurisdicción prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, según el cual *“[L]a jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas”,* la actividad que desarrolla está legamente prevista como propia de los órganos del Estado, lo que deriva en la competencia del juez contencioso incluso cuando es desarrollada por sociedades de economía mixta o particulares. Así las cosas, se reitera que[[1]](#footnote-1):

*Se debe recordar que el art. 73 de la ley 1.341 de 2009[[2]](#footnote-2) dispuso que para las telecomunicaciones, y las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia -como es el caso de la demandada - ya no aplica la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Y no se aplica porque, sencillamente, los servicios públicos de la ley 1.341 ya no son domiciliarios.*

*(…)*

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

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

*(…)*

*Las empresas mixtas son sociedades de economía mixta, que se ajustarán a la forma de sociedades por acciones, por aplicación del inciso primero del art. 17 de la ley 142. Su naturaleza deriva del art. 97 de la ley 489 de 1998[[3]](#footnote-3), que dispone**:*

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

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

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

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

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

*(…)*

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

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

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

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

*(…)*

*La Sala entiende que en esta ocasión se requiere examinar, adicionalmente, un aparte del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuya inteligencia no se ha considerado para casos como este. La norma también dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, “y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.”*

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

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

*La aproximación más inmediata a la solución permite deducir que no sólo el ejercicio de funciones administrativas, sino de toda otra función pública, ejercida por particulares, queda a cargo del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos términos, para citar un ejemplo, no solo los órganos del control fiscal ejercido por las contralorías, sino también el realizado por empresas privadas contratadas para estos efectos, queda a cargo de dicha jurisdicción, porque claramente se trata de una actividad cuya titularidad pertenece a los órganos del Estado, que extraordinariamente pueden contratar con particulares, en los términos autorizados por el art. 267 de la CP. , y por los arts. 31 a 34 de la ley 42 de 1993 .*

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

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

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

*Esta norma declaró que se trata de actividades que se encuentran “bajo la titularidad del Estado”, concepto con el que la Sala entiende cumplida la condición o exigencia del art. 82, para que las controversias de los particulares, relacionadas con estas materias, se tramiten en esta jurisdicción. Por tanto, si estas actividades constituyen un servicio público, bajo la “titularidad” del Estado, es decir, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “cualidad o condición de titular. Propiedad de algo legalmente reconocido”, entonces se trata de una actividad que le pertenece, a juzgar por el sentido natural y obvio de las palabras usadas por la ley.*

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

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

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

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

11. Ahora, si en gracia de discusión se considerase insuficiente este razonamiento para concluir que esta jurisdicción tiene competencia para resolver el presente asunto, debe tomarse en cuenta, también, que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., en su condición de empresa prestadora de servicios públicos organizada como sociedad de economía mixta, hace parte del Estado colombiano como integrante de la rama ejecutiva, aun cuando la participación pública en la misma sea menor al 50%, según lo ha definido la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4):

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

*(…)*

*La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” (Artículo 68). No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.*

*(…)*

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

12. Por otra parte, se profiere esta sentencia con base en la competencia para el efecto prevista en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía[[5]](#footnote-5), tiene vocación de doble instancia.

**II. Hechos probados**

13. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

13.1. Desde el año 1995, la sociedad Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. actuaba como prestador del Servicio de Atención Indirecta S.A.I. de Telecom en el municipio de Subachoque, Cundinamarca. Esto se desprende del contrato suscrito por Telecom y la sociedad demandante para el efecto el 1 de septiembre de 1995, identificado con el n.º 200-BO-95003410, y de documentos como el oficio 02010011-2367 del 13 de agosto de 1995, por el que Telecom informa a la Carolina Monroy González, representante de la sociedad, de su intención de adjudicarle un S.A.I. en tal municipio cuando se diera el cumplimiento de requerimientos de líneas telefónicas, así como el acta de entrega del respectivo local en la misma fecha en que se celebró el acuerdo (copia simple del contrato n.º 200BO-95003410 –f. 61-73 c. 2-; -copia simple del oficio n.º 02010011-2367 del 18 d agosto de 1995- f. 57 c.2-; copia simple del acta de entrega de local para S.A.I. del 1 de septiembre de 1995 –f. 58 c. 2-).

13.2. De acuerdo con estos y otros documentos, se concluye que el S.A.I. corresponde a la prestación por parte del particular de servicios de telecomunicaciones proveídos indirectamente por Telecom, como llamadas de larga distancia, de fax y de telegrafía (copia simple del contrato n.º 200BO-95003410 –f. 61-73 c. 2-, copia simple del oficio n.º 02010011-2367 del 18 d agosto de 1995- f. 57 c.2-; copia simple del acta de entrega de local para S.A.I. del 1 de septiembre de 1995 –f. 58 c. 2-; copia simple del acta de iniciación del contrato de S.A.I. n.º 98-CUD-000880 –f. 59-60 c. 2-).

13.3. La cláusula octava del contrato n.º 200BO-95003410 del 1 de septiembre de 1995 dispuso su vigencia por el término de 2 años. Sin embargo, fue objeto de varios otrosí por los que se prorrogó dicho plazo de forma definitiva hasta el 28 de febrero de 1998 (copia simple del contrato n.º 200BO-95003410 –f. 61-73 c. 2-; copia simple de los otrosí al contrato n.º 200BO-95003410, suscritos los días 1 de septiembre de 1997, 26 de diciembre de 1997 y 23 de junio de 1997 –f. 73-86 c. 2-).

13.4. El 18 de marzo de 1998 se suscribió el contrato n.º 98-CUD-000880, cuyo objeto, igualmente, era la regulación del Servicio de Atención Indirecta S.A.I. en el municipio de Subachoque, el cual sería operado por Monroy Aransalez Ltda. El plazo de ejecución del contrato se pactó en su cláusula décima primera en tres meses y su vigencia se estableció en la cláusula vigésima segunda en el mismo lapso más 6 meses adicionales (copia simple del contrato n.º 98-CUD-000880 -f. 88-98 c. 2-).

13.5. El contrato n.º 98-CUD-000880 fue prorrogado en varias ocasiones. La última de estas prórrogas fue suscrita el 28 de febrero del 2003, y en ella se pactó que la vigencia se prolongaría por tres meses más, contados a partir del 3 de marzo del 2003. Sin embargo, se acordó lo siguiente sobre la posibilidad de que se produjera una nueva renovación del plazo (copia simple de las prórrogas del 18 de marzo de 1999, 30 de agosto del 2001, 1 de marzo del 2002 y 30 de agosto del 2002 al contrato n.º 98-CUD-000880 –f. 100-107 c. 2-,copia simple de la prórroga del 28 de febrero del 2003 al contrato n.º 98-CUD-000880 –f. 108 c. 2-):

*PARÁGRAFO: Las partes acuerdan continuar ejecutando el contrato por un tiempo igual al pactado en la siguiente prórroga. Si una de las partes no desea continuar ejecutando el contrato deberá manifestarlo por escrito con antelación de (1) un mes sobre su voluntad de dar por terminado este contrato.*

13.6. El 12 de agosto del 2004, Colombia Telecomunicaciones S.A. y Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. suscribieron acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato n.º 98-CUD-000880. La cláusula primera del pacto indicó el deseo de la partes de finalizar el contrato, aunque advirtió que la terminación no tendría efecto si no se suscribía un nuevo contrato con objeto similar. No obstante, sí quedarían en firme los restantes efectos que se determinaran en el acta (copia simple del acta de terminación por muto acuerdo del 12 de agosto del 2004, respecto del contrato n.º 98-CUD-000880 –f. -462-464 c. 2-).

13.7. El acta pretendió ser un corte de cuentas definitivo entre las partes, como se evidencia del siguiente aparte (copia simple del acta de terminación por muto acuerdo del 12 de agosto del 2004, respecto del contrato n.º 98-CUD-000880 –f. -462-464 c. 2-):

*Las sumas mencionadas anteriormente son las únicas que las partes reconocen que generan derechos en virtud del contrato 98-CUD-000880 que se encuentran pendientes de definición y pago. Salvo por las sumas que resulten de las conciliaciones a realizarse entre las partes, las mismas se declaran en paz y salvo por todo concepto contractual, extracontractual, indemnizatorio o no. Por lo tanto, una vez realizados los pagos de dichas sumas, las partes se consideran en paz y a salvo por todo concepto relacionado con la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato 98-CUD-000880 y en consecuencia este documento tiene el efecto de una transacción en los términos del artículo 2483 del Código Civil.*

13.8. El mismo 12 de agosto del 2004, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. suscribieron un nuevo contrato, con el siguiente objeto (copia simple del contrato n.º 25769-021 del 12 de agosto del 2004 –f. 211-222 c. 2-):

*2ª.- OBJETO: Mediante el presente contrato de concesión y distribución mercantil el Concedente, otorga al Concesionario junto con otras prestaciones, el derecho a comprar con el fin de vender y distribuir a terceros, Servicios de Telecomunicaciones prestados y ofrecidos por el CONCEDENTE, a cambio de un precio fijado por éste, en el inmueble señalado en el Anexo de Identificación del SAI, en su propio nombre y bajo su propia cuenta y riesgo. La venta y distribución de los productos y servicios de Telecomunicaciones objeto de este contrato, se hará a través del establecimiento denominado para este efecto punto de Servicio Atención Indirecta (SAI).*

**III. Problema jurídico**

14. De conformidad con lo expuesto en la demanda, la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, la Sala deberá analizar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad respecto de la acción ejercida por la sociedad demandante, cuyo objeto es que se declare la nulidad del acta de terminación del contrato 98-CUD-000880. Para el efecto será particularmente relevante si en el caso concreto la acción estaba sujeta a un término de caducidad o de prescripción.

 **IV. Análisis de la Sala**

15. De entrada, la Sala advierte que en el presente caso, tal como lo indicó la sentencia de primera instancia, sí se presentó el fenómeno de la caducidad respecto de la acción ejercida por la sociedad Comunicaciones Monroy Aranzales Ltda. para la declaratoria de nulidad del acta de terminación de común acuerdo del contrato n.º 98-CUD-000880.

16. En primer lugar debe tomarse en consideración que el presente contrato está regido por el derecho privado, en consideración a que fue celebrado por Telecom como Empresa Prestadora de Servicios Públicos en vigencia de la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 32 estableció que los actos de estas entidades serían, en lo que no fuese contario a la Constitución y la ley, de derecho común. Señaló en concreto:

*Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.*

17. Ahora, recuerda la Sala que es el elemento de tratarse de un contrato de derecho privado y no regido por el estatuto de contratación estatal el que sirve como fundamento del disentimiento de la sociedad demandante con la sentencia de primera instancia, al considerar que esto implica que en el caso concreto no debe aplicarse el término de caducidad previsto en el Código Contencioso Administrativo, sino el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia comercial de que trata el artículo 1329 del Código de comercio, que indica que *“las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años”*.

18. Esta Sala, en tal sentido, reiterará su posición según la cual el régimen jurídico que resulte aplicable a un contrato en concreto, bien pudiendo ser este de derecho público o ,por el contrario, de derecho privado, resulta irrelevante para el asunto particular del término con que se cuenta para demandar, en razón de que en cualquiera de los dos casos, tratándose de una de las partes suscribientes del acuerdo una entidad de aquellas cuyas controversias debe ser conocidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –ver supra párr. 10 y 11-, la acción idónea para ventilar el asunto es la de controversias contractuales contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que cuenta con un término de caducidad y no de prescripción, según lo señala el artículo 136 de la misma norma[[6]](#footnote-6).

19. El citado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo indica que la caducidad de las acciones relativas a contratos será de dos años, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento; mientras que el numeral 10 literal b señala que este término inicia su contabilización a más tardar dentro de los dos años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa, cuando no se requiera liquidación.

20. Igualmente, está probado, como se dejó claro en apartes anteriores, que el contrato 98-CUD-000880 del 18 de marzo de 1998, fue finalizado mediante acta bilateral del 12 de agosto del 2004. Por lo tanto, la acción de controversias contractuales debió presentarse, a más tardar, el lunes 14 de agosto del 2006 –el 13 de agosto de 2006, fecha en que originalmente vencían los dos años en comento, cayó un domingo-, por lo que la radicación del libelo originario del pleito el 11 de diciembre del 2006 (f. 1 c. 1) es evidentemente extemporánea.

21. Debe recordarse que este contrato se rige por normas de derecho privado y las partes, en uso de la libertad configurativa de las cláusulas contractuales que se deriva de la autonomía de su voluntad, no previeron la necesidad de liquidar el contrato, ni mucho menos establecieron plazo para el efecto.

22. Además, en caso de que se considerase que este contrato, por su misma naturaleza debía estar sujeto a liquidación, no puede pasarse por alto que, como se explicó en el párrafo 13.7. de esta decisión, la misma acta de terminación bilateral cuya nulidad se pretende sirvió como ejercicio de balance y corte de cuentas, estableciendo que las partes se declaraban a paz y salvo por todo concepto, siendo materialmente una liquidación.

23. Todo lo anterior reafirma la idea de que es desde la suscrición del mencionado documento, 12 de agosto del 2004, que debe contarse el término de caducidad, máxime cuando el literal C del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A indica que la caducidad en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, es de dos años contados desde la firma del acta.

24. Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia del 24 de noviembre del 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que declaró la caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

**V. Costas**

22. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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

#### FALLA

**PRIMERO. Confirmar** la sentencia del 24 de noviembre del 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Magistrada**

**Salva Voto**

**Fernando Restrepo Vallecilla**

**Conjuez**

**Aclara Voto**

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de diciembre del 2010, expediente 38344, C.P. Enrique Gil Botero. Con el mismo criterio se ha predicado la competencia de esta Corporación para conocer de asuntos similares –controversias relativas a contratos de agencia comercial suscritos por Telecom originalmente y luego subrogados a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.- en: Subsección C, sentencia del 31 de agosto del 2015, expediente 44475, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”* [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
5. En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor de los perjuicios derivados de la terminación del contrato 98-CUD-000880, en la suma de $900 000 000. Aunque en la demanda no se discriminó por tipología de perjuicios, en subsanación del 12 de febrero del 2007 se indicó que el lucro cesante por la no ejecución completa del contrato ascendía a la suma de $252 000 000 (f. 85 c. 1). Por la fecha de la presentación del recurso de apelación -11 de enero del 2011- se aplica en este punto el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 2006 fuera conocido por los tribunales administrativos en primera instancia y en segunda por el Consejo de Estado, debía ser superior a 500 SMMLV, los cuales equivalían para ese momento a $204 000 000. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 37069, C.P. Danilo Rojas Betancourth. A la misma conclusión ha llegado la Sección respecto de la aplicación del término de caducidad y no el de prescripción de que trata el artículo 1329 del Código de Comercio en controversias derivadas de contratos de agencia comercial celebrados por Telecom y subrogados a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de diciembre del 2010, expediente 38344, C.P. Enrique Gil Botero; Subsección C, sentencia del 31 de agosto del 2015, expediente 44475, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-6)