

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Fallo en equidad

En relación con esta causal de anulación, debe precisarse, en primer lugar, que el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 consagra tres clases de arbitraje, a saber: en derecho, en equidad y técnico. Asimismo, define en qué consiste cada uno de ellos. [...] La jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, se ha referido a las características que identifican tanto el fallo dictado en conciencia como aquel que se profiere en derecho. [...] Mediante sentencia calendada el 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de esta Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones [...]. [...] [A] través de sentencia fechada el 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos [...]. [...] También ha precisado la Sala que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. [...] Asimismo se ha pronunciado la Sala en el sentido de no confundir el fallo en conciencia con la decisión equivocada [...]. [...] En posterior providencia, la Sala efectuó algunas consideraciones tendientes a precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se haga una simple o mínima referencia al derecho positivo, toda vez que además se requiere que esta referencia constituya el fundamento de la decisión y no una anotación marginal o descontextualizada [...].

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL – Competencia

En relación con este otro supuesto de la causal 4ª de nulidad, se ha entendido que la misma se configura cuando el laudo «decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda [fallo ultra petita].» Así mismo, se ha destacado que en virtud del principio de congruencia de las sentencias, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, «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», lo cual «constituye un límite en la actividad del juzgador».

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – Concordancia

De conformidad con las previsiones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá guardar concordancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones que hubieren sido alegadas en la demanda, por cuanto se trata de una limitación a la actividad del juzgador.

CAUSALES DE ANULACIÓN - Interpretación -Normatividad

El Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA- ha expresado que de conformidad con el contenido de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de este Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los países miembros, entre los cuales se encuentran los Tribunales de Arbitramento que profieran sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias que resulten aplicables al caso que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal de Arbitramento, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del respectivo laudo y puede dar lugar a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso de anulación, bien sea por solicitud del impugnante o de manera oficiosa por el Juez que resuelve el mencionado recurso, de forma excepcional, siempre que se trate de la causal derivada del derecho comunitario andino. Así pues, al catálogo de causales con fundamento en las cuales se sustenta el recurso de anulación de los laudos arbitrales, mencionadas en el acápite anterior, ha de añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso por parte del Tribunal de Arbitramento que conozca del proceso.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL - Interpretación de la normatividad de la comunidad andina

La Sala que el objeto contractual se refiere al suministro de equipos y derechos de instalación privados necesarios para la interconexión de redes, objeto que, en estricto sentido, no se refiere a

la interconexión [...]. Tampoco se trata de un asunto que directamente se refiera a algunos de los temas de cuyo contenido y definición se ocupa la mencionada Decisión 462, norma que, de acuerdo con las previsiones de su artículo 3, «abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión»: i) instalaciones esenciales , ii) proveedores, operadores o prestadores de servicios ; iii) red pública de transporte de telecomunicaciones ; iv) servicios de telecomunicaciones ; v) servicio público de transporte de telecomunicaciones ; vi) telecomunicaciones ; vii) usuarios , entre otros, todas ellos referidos al suministro o al transporte público del servicio de telecomunicaciones y no al «suministro de equipos y derechos de instalación necesarios para la interconexión de la red privada de telecomunicaciones». Adicionalmente se observa que lo pactado en el contrato TP-006-07 constituye un paso previo a la adquisición de los servicios públicos de interconexión, pero, en sí mismo, no tiene ese alcance y, por ello, tampoco se trata de un asunto que comporte o se refiera al cobro de las tarifas, o a la remuneración de redes entre operadores, asuntos estos directamente relacionados con el acceso, uso e interconexión de redes, eventos en los cuales sí habría lugar, en principio, a solicitar la interpretación prejudicial. Así entonces, comoquiera que el presente asunto no comporta un conflicto entre usuarios o entre operadores por el acceso, uso e interconexión de las redes, no encuentra la Sala que en el mismo se controviertan normas del Ordenamiento Jurídico Andino, presupuesto necesario para que proceda la consulta de interpretación prejudicial.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Finalidad

Tal como ha sostenido esta Corporación, el recurso de anulación se funda sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento [in procedendo] en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de fondo [in iudicando].

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Requisitos

Conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 –modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo Tribunal de Arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentadas.

CONTRATO ESTATAL – Naturaleza

En el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato [...] que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: [...]. [...] Todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal, atendiendo al criterio orgánico [...].

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Normativa

[S]e destaca que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia de unificación, consideró que las controversias contractuales que se hubieren dirimido antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, en vigencia del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última norma, por lo cual, a los recursos de anulación que se formularen contra estos laudos, aunque se interpusieren en vigencia de la Ley 1563 de 2012, se registrarían por el Decreto 1818.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Competencia

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación

interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Agencias en derecho

El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-, a través del Acuerdo número 1887 de junio 26 de 2003, consagró las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00085-00(45778)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P

Demandado: SOCIEDAD TORRE CENTRAL S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad convocada contra el laudo arbitral proferido el 7 de diciembre de 2011 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas de la ejecución del contrato No. TP 006-07, celebrado entre la sociedad Torre Central S.A., y la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A., E.S.P., mediante el cual se resolvió lo siguiente (transcripción textual):

“PRIMERO: Se declara infundada la excepción de FALTA DE DERECHO PARA PEDIR.

“SEGUNDO: Se declara el incumplimiento contractual por parte de la sociedad TORRE CENTRAL SA, del contrato TP 006-07 celebrado entre LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA, SA ESP, y la sociedad TORRE CENTRAL SA, cuyo objeto es el SUMINISTRO DE EQUIPOS Y DERECHO DE INSTALACIÓN NECESARIOS PARA LA INTERCONEXION DE LA RED PRIVADA DE TELECOMUNICACIONES DE TORRE CENTRAL Y LA RED DE TELECOMUNICACIONES DE TELEFÓNICA DE PEREIRA.

“TERCERO: Se condena a la sociedad TORRE CENTRAL SA, a pagar a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA, S.A. ESP las siguientes sumas de dinero:

“3.1. DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS (\$214.156.802), por incumplimiento del contrato.

“3.2. DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$2.985.334) el valor del impuesto de timbre.

“3.3. CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS (\$ 43.987.940), correspondiente al IVA.

“CUARTO. Se condena a la demandada sociedad TORRE CENTRAL S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa máxima legal vigente sobre la suma de \$214.156.802, a partir del día 22 de marzo de 2.008, hasta cuando se verifique el pago.

“QUINTO: Expídanse copias auténticas por la secretaría de este laudo con las constancias de ley de conformidad con el artículo 115 del C.P.C. a favor de la sociedad demandante.

“SEXTO: Protocolícese el expediente en la Notaría Primera del Círculo de Pereira.

“SEPTIMO: Liquídense los gastos del Tribunal y entréguese a los Árbitros el 50% de los honorarios pendientes de pago.

“OCTAVO: Se condena a la demandada TORRE CENTRAL S.A. a pagar a la demandante EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA, S.A. ESP la suma de QUINCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS (\$ 15.551.193) por concepto de costas”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda arbitral.

El día 17 de marzo de 2011, la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P., por intermedio de apoderada, presentó demanda arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Pereira en contra de la sociedad Torre Central S.A., con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (transcripción textual) ¹:

“1. Se declare que la sociedad TORRE CENTRAL S.A. Nit 830.503.251-2, representada por HECTOR IVAN OSORIO ACEVEDO, o por quien haga sus veces, como civilmente responsable del incumplimiento del contrato TP-006-

¹ Folios 1 a 6 c 1 del expediente arbitral.

2007 suscrito con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A ESP.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a TORRE CENTRAL S.A. y a favor de mi representada, el pago de las siguientes sumas de dinero:

PRIMERO: DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO TREINTA MIL SETENTA Y SEIS PESOS MC, discriminados así:

Valor del contrato (descontando la suma de \$ 64.474.379) = \$ 333.570.165.00

Valor Impuesto de Timbre= \$ 2.985.334.00

Valor IVA (descontando nota crédito \$ 3.872.538.00) = \$ 43.987.940.00

TOTAL CONTRATO MAS IMPUESTOS = \$ 380.543.439.00

MENOS VALOR ANTICIPO PAGADO = \$ 119.413.363.20

SEGUNDO: Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida desde el 20 de marzo de 2008, hasta que se satisfaga el pago, de conformidad con el literal D) de la cláusula octava del contrato suscrito.

TERCERO: Que de no comparecer la sociedad convocada al proceso arbitral, se certifique la ejecutividad y mérito ejecutivo de la obligación, para llevar adelante su ejecución. De conformidad con la cláusula décima séptima del contrato aludido.

3. Que se ordene el pago de los gastos y emolumentos que ha demandado la convocatoria del Tribunal Arbitral por mi representada, a la entidad sociedad Torre Central S.A.”.

2.- Los hechos.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte convocante, en síntesis, expuso lo siguiente:

i) Que la sociedad Torre Central S.A., actuando a través de su representante legal de entonces (Gerente Suplente), el día 16 de julio de 2007, suscribió el contrato número TP-006-07 con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P. –en adelante la ETP-, cuyo objeto constituyó el “SUMINISTRO DE EQUIPOS Y DERECHOS DE INSTALACIÓN NECESARIOS PARA LA INTERCONEXIÓN DE LA RED PRIVADA DE TELECOMUNICACIONES DE TORRE CENTRAL Y LA RED DE TELECOMUNICACIONES DE TELEFONICA DE PEREIRA”.

ii) Que las obras se adelantaron en el edificio construido, destinado y comercializado por la sociedad convocada para ser sede de las siguientes empresas: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P., E.S.E. Salud Pereira, Instituto de

Tránsito Municipal de Pereira, Multiservicios S.A. E.S.P., Megabús S.A., y la Promotora S.A.

iii) Que los contratantes acordaron el valor del contrato en la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$398.044.544). Se pactó la entrega de un anticipo del 30% y el pago del 70% restante contra entrega de la instalación, tal y como lo disponen las cláusulas cuarta y quinta del contrato objeto de la controversia. El día 23 de agosto de 2007, el mencionado anticipo fue cancelado a favor de la sociedad convocante mediante consignación en la cuenta corriente de la ETP.

iv) Que la ETP cumplió a cabalidad con la totalidad de sus deberes contractuales. Bajo este presupuesto, de acuerdo con la cláusula décima del Contrato No. TP-006-07, el día 20 de febrero de 2008, la subgerencia de la ETP adelantó la entrega a los cuatro usuarios finales del servicio que para la fecha se habían instalado en el edificio, entre los cuales se encuentran: la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., Multiservicios S.A. E.S.P., la Empresa de Energía Eléctrica de Pereira S.A. E.S.P., y Megabús S.A.

v) Que a las entidades E.S.E. Salud Pereira, Instituto Municipal de Tránsito de Pereira y Promotora S.A., no se les hizo la correspondiente entrega, por cuanto no se trasladaron a la edificación.

Vi) Que en atención a la solicitud del representante suplente de la sociedad convocada, la ETP procedió a elaborar una nota de crédito a favor de la sociedad TORRE CENTRAL S.A. Este descuento a su favor se confirió sobre los servicios e inversiones asociados a los servicios instalados y no utilizados. Así pues, se estableció como nuevo valor del contrato la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$333'570.165).

vii) Que de conformidad con la cláusula quinta del contrato suscrito, el plazo para cancelar el saldo restante se encontraba cumplido desde el 20 de marzo de 2008. Sin embargo, los acercamientos para procurar el pago de la obligación insoluble fueron infructuosos.

3.- La cláusula compromisoria.

En la cláusula décima sexta del contrato No. TP-006-07, las partes pactaron la cláusula compromisoria en los siguientes términos²:

“CLAUSULA DECIMA SEXTA: CLAUSULA COMPROMISORIA: Toda diferencia o controversia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se someterá a la decisión de árbitros de acuerdo con el Decreto 2279 de 1.989, Ley 446 de 1.998, Decreto 1818 de 1.998 y demás disposiciones complementarias, de acuerdo con las siguientes reglas: a). El tribunal estará integrado por tres árbitros, salvo que el asunto a debatir sea de menor cuantía, caso en el cual será solo uno.

“PARAGRAFO: Mientras que se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio”.

4.- Integración del Tribunal de Arbitramento.

En audiencia realizada el 7 de abril de 2011, las partes, de común acuerdo, designaron tres (3) árbitros, con el fin de integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento que dirimiere la controversia³.

El día 6 de mayo de 2011 –Acta No. 1- se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso: **i)** designar el Presidente y la Secretaría; **ii)** fijar como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira y **iii)** fijar fecha para la primera audiencia de trámite⁴.

Posteriormente, el día 16 de mayo de 2011 –Acta No. 2- se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual se decidió: **i)** inadmitir la demanda propuesta por la sociedad ETP contra la sociedad TORRE CENTRAL S.A.; **ii)** conceder a la parte actora el término de cinco días para corregir la demanda; **iii)** reconocer personería a EFRAIN DIAZ MARTINEZ como apoderado de la parte actora y **iv)** reconocer personería a LILIANA PEREZ DUQUE como apoderada de la sociedad demandada⁵.

² Folio 20, cuaderno No. 1 del expediente arbitral.

³ Folios. 83-84 c 1 del expediente arbitral.

⁴ Folios 96 y 97 c 1 del expediente arbitral.

⁵ Folios 100 a 104 c1 del expediente arbitral.

Finalmente, el día 24 de mayo de 2011 –Acta No. 3- se llevó a cabo la continuación de la primera audiencia de trámite, en la cual se resolvió: **i)** admitir la demanda propuesta por la sociedad ETP contra la sociedad TORRE CENTRAL S.A. y **ii)** correr traslado por el término de diez (10) días a la parte demandada⁶.

5.- La oposición.

La sociedad TORRE CENTRAL S.A., por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. Como sustento de su oposición, manifestó, en síntesis, lo siguiente⁷:

Que la ETP suscribió el Contrato No. TP-006-07 del 16 de julio de 2007 con el señor Luis Fernando Osorio Acevedo, el cual adujo ser el representante legal del Edificio Torre Central. En ese sentido, sostuvo que en el contrato objeto de la controversia no se hizo referencia alguna a la sociedad TORRE CENTRAL S.A., razón con fundamento en la cual señaló que el contrato se celebró con el Edificio Torre Central y no con la sociedad TORRE CENTRAL S.A.

Que la sociedad TORRE CENTRAL S.A., no ha efectuado pago alguno por concepto del Contrato TP-006-07 a favor del ETP, lo cual significa que no tiene asidero lo manifestado por la parte demandante al señalar que se había pagado el anticipo pactado.

Que como la sociedad TORRE CENTRAL S.A., no hizo parte del contrato, no se le puede exigir obligación alguna y mucho menos acusarla de haber incumplido el contrato.

Como corolario de todo lo anterior, expresó que la sociedad TORRE CENTRAL S.A., no fue quien se obligó con la ETP.

Adicionalmente, la parte convocada formuló la excepción de “*falta de derecho de pedir*”, por considerar la inexistencia de la obligación a cargo de la sociedad TORRE CENTRAL S.A., respecto de la ETP.

⁶ Folios 108 y 109 c1 del expediente arbitral.

⁷ Folios 113 a 119 c 1 del expediente arbitral.

6. La decisión arbitral recurrida.

El Tribunal de Arbitramento, el día 7 de diciembre de 2011, dictó el laudo arbitral materia del recurso extraordinario de anulación que aquí se resuelve⁸.

Los árbitros se refirieron, en primer lugar, a los presupuestos procesales consistentes en **a)** demanda en forma, **b)** competencia del Tribunal **c)** la capacidad jurídica y procesal de las partes en el proceso arbitral y **d)** la legitimación en la causa.

Una vez revisados los presupuestos procesales, el Tribunal de Arbitramento abordó los siguientes temas: **i)** la existencia y la validez del Contrato TP 006-07; **ii)** el incumplimiento del Contrato TP 006-07 por parte de la sociedad TORRE CENTRAL S.A., y **iii)** la excepción propuesta por la entidad convocada.

6.1. La existencia y validez del Contrato TP 006-07.

El Tribunal de Arbitramento consideró que la existencia y la validez del Contrato TP 006-07, suscrito entre la sociedad TORRE CENTRAL S.A., y la ETP, se constituía en el punto de partida para determinar la prosperidad, o no, de las pretensiones.

En ese sentido, señaló que del análisis probatorio se podía concluir que la ETP celebró el contrato con la sociedad TORRE CENTRAL S.A., a través de su representante legal.

Respecto de la negociación llevada a cabo entre la ETP y el señor Luis Fernando Osorio Acevedo, como representante legal de la sociedad TORRE CENTRAL S.A., consideró lo siguiente:

“En la negociación con el señor LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, jamás se trajo a colación la existencia de una propiedad horizontal llamada TORRE CENTRAL, y es que no podía ser porque esa construcción era un proyecto que estaba ejecutando por parte de la sociedad TORRE CENTRAL S.A., y quien se encargaba de representar a esa sociedad en todos los negocios era el señor LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, y así como tal se presentaba en todos sus ámbitos, y es más, era la sociedad TORRE CENTRAL S.A. la encargada de negociar con las empresas que iban a ocupar el edificio TORRE CENTRAL, las condiciones de entrega del inmueble a cada uno, condiciones dentro de las cuales estaba el acondicionamiento de instalaciones y servicios de telecomunicaciones que estaban a cargo de la ETP S.A E.S.P por el

⁸ Folios. 226 a 269 del cuaderno del Consejo de Estado.

contrato TP 006-007, cláusulas novena y décima, lo cual cumplió esta última y que dan cuenta los documentos visibles a folios 30 a 33, cuyo contenido no fue controvertido en el transcurso del proceso.

“Así los testigos manifiesten en algunos apartes de su declaración no conocer la diferencia entre la sociedad y la propiedad horizontal, no por eso se debe desconocer que siempre se contrató con TORRE CENTRAL S.A. Igual sucede con el contrato que dice TORRE CENTRAL, que de ninguna manera se refiere a la propiedad horizontal”.

En virtud de lo anterior, concluyó que sí se suscribió el contrato con la sociedad TORRE CENTRAL S.A., por lo cual consideró que ésta se encontraba legitimada en la causa dentro del proceso arbitral, esto es, que la ETP estaba legitimada en la causa por activa y la sociedad TORRE CENTRAL legitimada en la causa por pasiva.

6.2. El incumplimiento del Contrato TP-006-07 por parte de la sociedad TORRE CENTRAL S.A.

En relación con el incumplimiento del contrato objeto de la controversia por parte de la sociedad TORRE CENTRAL S.A., el Tribunal de Arbitramento, en primer lugar, manifestó que la entidad convocada no podía afirmar que la convocante no tenía derecho a pedir el cumplimiento del contrato con el argumento de que no existe, toda vez que había sido demostrada la existencia del Contrato TP-006-07 suscrito entre la sociedad TORRE CENTRAL S.A., y la ETP.

Revisadas las pruebas allegadas, el Tribunal Arbitral concluyó que la ETP cumplió a cabalidad con lo pactado en el Contrato TP 006-07 y que la sociedad TORRE CENTRAL S.A., incumplió con la obligación de pago derivada de este contrato.

6.3. La excepción propuesta por la entidad convocada.

Respecto de la excepción de *“falta de derecho de pedir”* propuesta por la entidad convocada, el Tribunal de Arbitramento decidió declararla infundada, por considerar que *“cuando se analizó la legitimación en la causa como fundamento de mérito o de fondo, se llegó a la conclusión de que se probó que realmente el contrato se celebró con la sociedad TORRE CENTRAL S.A., entonces ese análisis del acervo probatorio es válido aplicarlo a la resolución de la excepción, lo que quiere significar que*

sí contrataron con la sociedad TORRE CENTRAL S.A. y la ETP S.A. ESP, y por tanto no prospera la excepción(...)”

7. La impugnación del laudo arbitral.

La parte convocada interpuso recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 7 de diciembre de 2011, con fundamento en las causales previstas en los numerales 6º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁹.

En el escrito contentivo de la sustentación del recurso, la parte recurrente expuso los argumentos que más adelante se expondrán¹⁰.

8. Alegatos de la convocante.

La convocante, dentro de la oportunidad legal, presentó los alegatos a los argumentos de sustentación del recurso de anulación del laudo arbitral, expuestos por la convocada y se opuso a su prosperidad, sostuvo, en síntesis, lo siguiente¹¹:

i) Las normas colombianas conceden plena validez a las actuaciones desplegadas por los representantes legales, mientras no se cancele su inscripción en el registro mercantil;

ii) La falta de autorización de la junta directiva no resulta oponible a terceros, dado que esta última puede iniciar las acciones contra su representante, cuando éste hubiera actuado sin el correspondiente poder, lo cual en este caso no se acreditó.

iii) El contenido jurídico del laudo resulta indiscutible y *“el recaudo y valoración del acervo atiende con suficiencia los principios y postulados doctrinales de valoración y asunción de la prueba”*.

iv) Resulta indudable que en el fallo se despachó la totalidad de las pretensiones, así como la excepción propuesta, por lo cual, en momento alguno se podría concluir que se trató de un fallo *extra petita*.

⁹ Folio 270 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folios 278 a 283 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 286 a 288 del cuaderno del Consejo de Estado.

v) El negocio jurídico celebrado constituía “*un típico acto contractual realizado por una empresa prestadora de servicios públicos con un particular (artículo 32 de la Ley 142 de 1994).*”

9. Presentación del recurso de anulación.

El recurso de anulación fue presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil-Familia Unitaria de Risaralda y fue admitido por éste y, posteriormente, mediante auto de noviembre 16 de 2012, éste declaró la nulidad de todo lo actuado en esa sede y remitió el expediente al Consejo de Estado el 26 de noviembre de la misma anualidad (folios 337 a 352 del cuaderno del Consejo de Estado).

Esta Corporación avocó conocimiento mediante auto de junio 28 del presente año (folios 358 y 359 del cuaderno del Consejo de Estado).

10. Concepto del Ministerio Público.

Mediante concepto radicado el 25 de julio de 2013¹², el Ministerio Público solicitó confirmar lo decidido en el laudo arbitral del 7 de diciembre de 2011, con base en los argumentos que se sinterizan enseguida:

i) Que no existe duda acerca de la validez del contrato celebrado entre la sociedad TORRE CENTRAL S.A., y la ETP, sin importar que dicho contrato lo hubiere suscrito el representante legal suplente.

ii) Que la causal de haberse fallado en conciencia cuando debía ser en derecho no está llamada a prosperar, por cuanto la parte recurrente pretende convertir el recurso de anulación en una segunda instancia, circunstancia que no resulta admisible, toda vez que a través de este recurso no pueden revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial.

¹² Folios 361 a 368 del cuaderno principal

iii) Que los argumentos presentados por la parte recurrente para demostrar la configuración de las causales invocadas no dan cuenta de que los árbitros hubieren prescindido totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias.

II. CONSIDERACIONES

1. Régimen legal aplicable al caso.

Para la fecha de expedición de la presente providencia se encuentra vigente el Estatuto Arbitral contenido en la Ley 1563 de julio 12 de 2012¹³, no obstante, esta norma jurídica no resulta aplicable para la interposición y la resolución del presente recurso extraordinario de anulación, toda vez que el proceso arbitral se surtió bajo la vigencia del Decreto 1818 de 1998 e igualmente el recurso se interpuso en vigencia de la misma normativa.

Adicionalmente, se destaca que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia de unificación, consideró que las controversias contractuales que se hubieren dirimido antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, en vigencia del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última norma, por lo cual, a los recursos de anulación que se formularen contra estos laudos, aunque se interpusieren en vigencia de la Ley 1563 de 2012, se regirían por el Decreto 1818. En efecto, así se pronunció:

“2.3. El tránsito de legislación procesal y vigencia en el tiempo de la Ley 1563 de 2013.

“Una vez que se llega a la anterior conclusión la Sala debe determinar, entonces, la norma procesal que rige para el trámite de los recursos de anulación de laudo arbitral, aspecto en el cual existe norma especial en el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, lo que hace innecesario acudir al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso¹⁴; esta disposición especial dispone:

¹³ El siguiente es el contenido del artículo 119 de la Ley 1563 de 2012: **“Artículo 119. Vigencia.** Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.”

¹⁴ Código General del Proceso. Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se están surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias,

‘Ley 1563 de 2012. “Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

‘Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores’.¹⁵ (Resaltado propio).

“Esto significa, entonces, que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012.”¹⁶
(Se deja destacado en negrillas y subrayas).

2. Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

El laudo arbitral cuya nulidad se solicitó se expidió con el propósito de dirimir las controversias surgidas de la ejecución de un contrato celebrado entre una Empresa de Servicios Públicos Oficial –Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P.¹⁷- y una contratista particular –sociedad Torre Central S.A., con ocasión de la suscripción del contrato TP-006-2007; se trata entonces de un contrato estatal, con independencia de su régimen jurídico, como lo ha señalado la Jurisprudencia de la Sala desde tiempo atrás:

empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones (...).”

¹⁵ Ley 1563 de 12 de julio de 2012. Diario oficial 48.489.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena-, providencia de junio 6 de 2013, expediente 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ La Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P., tiene una participación accionaria mayoritaria del Estado, a través de las Empresas Públicas de Medellín, con el 56.14% y el municipio de Pereira, con el 43,84%, para un total del 99,98%.

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”**¹⁸ (Negrilla fuera del texto).*

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato TP-006-2007 que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”*¹⁹

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Expediente 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Expediente 2675.

¹⁹ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil,

La norma legal transcrita permite concluir que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal, atendiendo al criterio orgánico, a la luz del cual es posible afirmar que en tanto la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A., es una entidad estatal, el contrato objeto de la presente controversia participa de la naturaleza estatal.

Adicionalmente se precisa que el recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el primer inciso del artículo 161 del Decreto 1818 de 199420, si se tiene en cuenta que éste se formuló el 12 de diciembre de 2011 y el término de ejecutoria del Laudo Arbitral corrió los días 9, 12, 13, 14 y 15 de diciembre de 2011²¹.

3. Presupuestos de las causales de anulación invocadas.

Tal como ha sostenido esta Corporación, el recurso de anulación se funda sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento (*in procedendo*) en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de fondo (*in iudicando*). Sobre este tema ha expresado la Jurisprudencia de la Sala de Sección²²:

“(...) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (...).”

La diferencia entre los errores de procedimiento y los errores sustanciales es muy importante para limitar las funciones del Consejo de Estado, en relación con su

los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

²⁰ De acuerdo con el contenido del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, el recurso de anulación deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo **o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.**

²¹ Folio 271 del cuaderno del Consejo de Estado.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25.156, CP María Elena Giraldo Gómez.

competencia para examinar el recurso extraordinario de nulidad de los laudos arbitrales; al respecto resulta ilustrativa la sentencia 17.704 proferida el 17 de agosto del año 2000 en la que se razonó de la manera que sigue:

“(…) tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modelo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con este apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.”

“Y por error in judicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir “en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo”, cuya consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia.”²³

Acudirá entonces la Sala al examen del recurso con fundamento en las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

“2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

...

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

“5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstanciaarezca manifiesta en el laudo.

“7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

“8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 17 de 2000, Expediente 17.704, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Ahora bien, conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 –modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo Tribunal de Arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentadas.

3.1. Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, consistente en solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias al caso que resuelven²⁴.

El Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA- ha expresado²⁵ que de conformidad con el contenido de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de este Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los países miembros, entre los cuales se encuentran los Tribunales de Arbitramento que profieran sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias que resulten aplicables al caso que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal de Arbitramento, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del respectivo laudo y puede dar lugar a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso de anulación, bien sea por solicitud del impugnante o de manera oficiosa por el Juez que resuelve el mencionado recurso, de forma excepcional, siempre que se trate de la causal derivada del derecho comunitario andino.

Así pues, al catálogo de causales con fundamento en las cuales se sustenta el recurso de anulación de los laudos arbitrales, mencionadas en el acápite anterior, ha de añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación

²⁴ Sobre este tema, ver las consideraciones expuestas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la providencia dictada el 9 de agosto de 2012, expediente 43.045 y Sentencias del 21 de noviembre de 2012, expediente 39.373 y de 17 de abril de 2013, expediente 42.532, las dos últimas de la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación.

²⁵ Providencias calendadas el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011, dictadas dentro del proceso identificado con el No. 03-AL-2010.

Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso por parte del Tribunal de Arbitramento que conozca del proceso.

En el presente caso, previo a abordar el estudio de las causales propuestas por la sociedad recurrente, resulta imperioso examinar si procede, o no, la consulta de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El asunto en litigio corresponde, de manera puntual, a la resolución de un recurso extraordinario de anulación que fue interpuesto contra la decisión arbitral que dirimió la controversia surgida respecto del cumplimiento de las obligaciones del contrato No. TP 006-2007, suscrito entre la sociedad TORRE CENTRAL S.A., como contratante, y la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P., como contratista, cuyo objeto consistió en el *“suministro de equipos y derechos de instalación necesarios para la interconexión de la red privada de telecomunicaciones de torre central y la red de telecomunicaciones de Telefónica de Pereira”*.

Encuentra la Sala que el objeto contractual se refiere al suministro de equipos y derechos de instalación **privados** necesarios para la interconexión de redes, objeto que, en estricto sentido, no se refiere a la interconexión, de conformidad con la definición que de la misma contiene la *Decisión 462* de la Comunidad Andina, relativa a las *“normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Tele-comunicaciones en la Comunidad Andina”*, según la cual *Interconexión* es:

*“Todo enlace con los proveedores que suministran **redes o servicios públicos** de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos.”* (negrillas añadidas)

Asimismo, tampoco se trata de un asunto que directamente se refiera a algunos de los temas de cuyo contenido y definición se ocupa la mencionada *Decisión 462*, norma que, de acuerdo con las previsiones de su artículo 3, *“abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión”*: **i)** instalaciones esenciales²⁶, **ii)** proveedores,

²⁶ *“Instalaciones esenciales: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones (...).”*

operadores o prestadores de servicios²⁷; **iii)** red pública de transporte de telecomunicaciones²⁸; **iv)** servicios de telecomunicaciones²⁹; **v)** servicio público de transporte de telecomunicaciones³⁰; **vi)** telecomunicaciones³¹; **vii)** usuarios³², entre otros, todas ellos referidos al suministro o al transporte **público** del servicio de telecomunicaciones y no al “*suministro de equipos y derechos de instalación necesarios para la interconexión de la red **privada** de telecomunicaciones*”.

Adicionalmente se observa que lo pactado en el contrato TP-006-07 constituye un paso previo a la adquisición de los servicios públicos de interconexión, pero, en sí mismo, no tiene ese alcance y, por ello, tampoco se trata de un asunto que comporte o se refiera al cobro de las tarifas, o a la remuneración de redes entre operadores, asuntos estos directamente relacionados con el acceso, uso e interconexión de redes, eventos en los cuales sí habría lugar, en principio, a solicitar la interpretación prejudicial.

Así entonces, comoquiera que el presente asunto no comporta un conflicto entre usuarios o entre operadores por el acceso, uso e interconexión de las redes, no encuentra la Sala que en el mismo se controviertan normas del Ordenamiento Jurídico Andino, presupuesto necesario para que proceda la consulta de interpretación prejudicial.

²⁷ “**Proveedor, Operador o Prestador de Servicios:** Persona natural o jurídica habilitada por la Autoridad Nacional Competente para el suministro de servicios de telecomunicaciones ofrecidos al público.”

²⁸ “**Red Pública de Transporte de Telecomunicaciones:** Infraestructura pública de telecomunicaciones que permite las telecomunicaciones entre dos o más puntos terminales definidos de una red.”

²⁹ “**Servicios de Telecomunicaciones:** Conjunto de funciones, ofrecidas por un proveedor, que se soportan en redes de telecomunicaciones con el fin de satisfacer necesidades de los usuarios.”

³⁰ “**Servicio Público de Transporte de Telecomunicaciones:** Todo servicio de transporte de telecomunicaciones que un País Miembro prescriba, expresamente o de hecho, que **se ofrezca al público en general**. Tales servicios pueden incluir, entre otros: telégrafo, teléfono, télex y transmisión de datos caracterizada por la transmisión en tiempo real de información facilitada por los usuarios entre dos o más puntos sin ningún cambio de extremo a extremo en la forma o contenido de dicha información”. (Negrilla añadida).

³¹ “**Telecomunicaciones:** Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioeléctricos, medios ópticos u otros medios electromagnéticos.”

³² “**Usuario:** Persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones”.

En ese contexto, ha de concluirse que en el caso concreto, no es procedente solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, toda vez que, tal como se dejó visto, para que ésta proceda es requisito indispensable que se aplique o controvierta alguna de las normas comunitarias, circunstancia que de manera alguna ocurre en el asunto del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad.

Efectuadas tales precisiones, la Sala procede a estudiar y a resolver el recurso extraordinario de anulación respecto de las causales invocadas y sustentadas por el recurrente.

3.2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Art. 163 [6].

3.2.1. Sustentación del recurso.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la parte recurrente, manifestó, en síntesis, que el fallo del 7 de diciembre de 2011, proferido por el Tribunal de Arbitramento *“fue emitido en conciencia y no en derecho”*, por cuanto, en su concepto, no se fundamentó en las normas jurídicas vigentes, ni en la jurisprudencia que regula la materia.

Adicionalmente, señaló que no se le dio mérito probatorio a varias de las pruebas obrantes en el expediente. Al respecto, indicó lo siguiente:

“El fallo no se profirió en atención al acervo probatorio, al turno que no se consideró el principio de integralidad de la prueba, ni en las mismas fueron analizadas conforme a las reglas de la sana crítica. Por el contrario se acoge plenamente la prueba testimonial de la entidad convocante, al paso que ni siquiera se hace mención a varias pruebas obrantes, de la que se destaca la prueba pericial y documental, respecto de la cual brillo (sic) por su ausencia su consideración y análisis; razón por la cual el fallo no es el reflejo de las pruebas conjuntas obrantes en el proceso”.

3.2.2. Consideraciones sobre la causal.

En relación con esta causal de anulación, debe precisarse, en primer lugar, que el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 consagra tres clases de arbitraje, a saber:

en derecho, en equidad y técnico. Asimismo, define en qué consiste cada uno de ellos. En efecto esta norma dispone lo siguiente:

“[E]l arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad, es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”; además, la norma en cita prevé que *“Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”.*

La jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, se ha referido a las características que identifican tanto el fallo dictado en conciencia como aquel que se profiere en derecho. Al respecto, ha expresado lo siguiente:

“Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.

En cambio, cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente más amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir ‘ex quo et bono’, locución latina que quiere decir ‘conforme a la equidad o según el leal saber y entender’ (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, pág. 181.).

Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.

Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye, de principio, la arbitrariedad) ya que el juicio arbitral no es más que un equivalente procesal por hetero - composición, según la terminología del profesor Carnelutti, quien clasifica dichos equivalentes (en los que la composición del litigio se logra por medios distintos a los del proceso judicial propiamente dicho) en dos grupos así: a) por auto-composición (obra de la actividad de las mismas partes, tales como la conciliación o la transacción); y b) por hetero composición (decisión de árbitros, por ejemplo).

“.....

*Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. **Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive,** en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.*

(...) En suma de lo anterior, sólo 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.

“

La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esa motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador; y en esa materia probatoria, frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. Para el profesor Hernando Morales el sistema mencionado ‘obliga a apoyar la sentencia en las leyes de la dialéctica, de la experiencia común y del criterio moral que haya producido la convicción. La libre convicción es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin olvidar los preceptos de higiene mental, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (H. Morales III Congreso Académico Nacional de Jurisprudencia’³³. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Posteriormente, mediante sentencia calendada el 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de esta Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones:

“La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo.

Claras notorias e indiscutibles son las características del fallo en conciencia, pronunciamiento que se da sin consultar argumentos de derecho sino que declara y actúa la voluntad de la justicia natural (ex quo et bono). No puede por tanto afirmarse que el Tribunal de Arbitramento alteró la realidad objetiva del Laudo y de contera entrar al terreno de las presunciones, como que la decisión de aquellos jueces se tomó según los dictados de su propia conciencia, permitiendo que tal circunstancia aparezca en forma manifiesta en el laudo (art. 72, Ley 80/93)³⁴. (Negrillas y subrayas adicionales).

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695, reiterada en sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, M.P. Alier E. Hernández Enríquez y de 2 de octubre de 2003, exp. 24.320, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, exp.10.468.

Más adelante, a través de sentencia fechada el 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos:

“Si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

“.....

En el caso concreto, la Sala encuentra que el laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto, se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales. Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido ‘en conciencia debiendo ser en derecho’.

Si los árbitros se basaron en normas legales e hicieron interpretaciones para concluir la prosperidad ‘de la excepción por caducidad de la acción’, las mismas no pueden entenderse como determinaciones en conciencia; sus manifestaciones, por el contrario, dicen de la aplicación, por ellos, de esas normas jurídicas y además de otra como es la del contrato mismo, como ley de las partes.

Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”³⁵.

También ha precisado la Sala que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Al respecto, la Sala expresó lo siguiente:

“(...) 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

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273; sentencias de 23 de agosto de 2001, exp. 19.090. ambas con ponencia de la señora Consejera María Elena Giraldo Gómez; de 13 de febrero de 2006, exp. 29.704, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

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, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando ha expresado que: ‘(...) para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica’.³⁶.

Asimismo se ha pronunciado la Sala en el sentido de no confundir el fallo en conciencia con la decisión equivocada; así discurrió la Corporación³⁷:

“(...) es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia...” (Se destaca).

En posterior providencia³⁸, la Sala efectuó algunas consideraciones tendientes a precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se haga una simple o mínima referencia al derecho positivo, toda vez que además se requiere que esta referencia constituya el fundamento de la decisión y no una anotación marginal o descontextualizada, en efecto, así se expresó:

“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual ‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’’, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, exp. 31.887 y de 6 de julio de 2005, exp. 28.990. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁷ Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

³⁸ Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32.896.

La ‘más mínima referencia al derecho positivo’ — como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala —, hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea — pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación —, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”.

La Sala mediante sentencia de 13 de mayo de 2009³⁹, retomada por esta Subsección a través de sentencia de 25 de agosto de 2011, expediente 38.379, precisó las características que identifican el fallo dictado en conciencia, en los siguientes términos:

“(…) debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación:

“i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho.

“ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba⁴⁰ y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción.⁴¹

“iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo.⁴² Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad.

³⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 13 de 2009, Expediente 34525, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁴⁰ Original de la Sentencia en cita: En sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 28990, se enfatiza sobre la libertad de los árbitros en la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, cuando el fallo es en conciencia, con lo cual se reitera el criterio expresado en sentencias de 4 de mayo de 2000, Exp. 16766; de 27 de julio de 2000, Exp. 17591 y de 14 de junio de 2001, Exp. 19334.

⁴¹ Original de la Sentencia en cita: PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel; La prueba Judicial, Tomo, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2004, pág. 123.

⁴² Original de la Sentencia en cita: GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Del recurso de anulación de laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Barranquilla, 1998, Pág. 102.

“iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

“Debe entenderse entonces, que el laudo en conciencia está determinado por: i) la ausencia en su contenido de normas del derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como apoyo de dicha decisión.”⁴³

Las características expuestas en la citada sentencia fueron recogidas por esta Subsección en una providencia de enero 27 de 2012, con el propósito de diferenciar la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, en los términos que se transcriben a continuación:

“Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a la equidad en la actividad de Administrar Justicia, no está haciendo referencia a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que informan la equidad; la norma expresamente lo establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor ‘justicia’.

Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y, por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, “el valor justicia”, de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está “administrando justicia” porque se parte del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar; de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos.

Igual sucede con las controversias que deben ser decididas por los particulares que se hallan investidos transitoriamente de la facultad de Administrar Justicia. Como se dejó indicado anteriormente, existen tres categorías de arbitraje: en derecho, en equidad o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en

⁴³ Original de la Sentencia en cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 34701, Impugnante: CORANTIOQUIA, demandado: Jorge Ignacio Gómez Ochoa

las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima “verdad sabida y buena fe guardada”, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia.

Estas anotaciones se consagran con el único propósito de diferenciar la aplicación de la “equidad” como criterio auxiliar de la actividad judicial, propia de todo fallo en derecho, de la acepción que las normas le atribuyen a esa misma expresión para asimilarla a una clase de arbitraje que excluye por completo una decisión en derecho para ubicarse exclusivamente en el plano del ‘sentido común’, caso en el cual se alude a la “equidad” como sinónimo de una decisión en conciencia (en conciencia o en equidad).⁴⁴

Definidas así las características más representativas de los denominados fallos en conciencia, procede la Sala a analizar las hipótesis con sustento en las cuales la parte recurrente señaló que la causal 6ª del Decreto 1818 de 1998 se configuró en el laudo arbitral cuya anulación pretende.

3.2.3. Consideraciones de la Sala acerca de la causal alegada.

Para la recurrente, el fallo se habría proferido en conciencia y no en derecho en razón de que el Tribunal pasó por alto el material probatorio que acreditaba el hecho de que no existía compromiso de la sociedad convocada, en razón de que el contrato fue suscrito por un representante legal suplente, sin autorización de la junta directiva para ello. En resumen, sostuvo que:

i) El fallo no se profirió en atención al acervo probatorio, con lo cual se desconoció el principio de integralidad de la prueba.

En este punto expresó que no se hizo mención de varias de las pruebas, entre las que se encontraba la prueba pericial y la prueba documental, las cuales carecieron de consideración y análisis.

Una de las pruebas que dijo haber sido desconocida por el Tribunal fue el documento contentivo del certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada, con lo cual se habría probado que quien suscribió el contrato no fue el representante legal.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de enero de 2012, Expediente 40.402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ii) Las pruebas no fueron valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

iii) Se desconocieron normas de orden público *“como son los principios de la contratación pública”*, así como los principios constitucionales de la función administrativa.

3.2.3.1. Pruebas pedidas y decretadas en el proceso arbitral.

i) La convocante solicitó las siguientes pruebas.

- Contrato TP 006-07 y sus anexos financiero y técnico;
- Documento integral de servicios;
- Actas de entrega y de recibo del servicio suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A., la Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P., Multiservicios S.A., y Megabús S.A.;
- Copias de las facturas correspondientes al contrato TP-006-07;
- Copias de los recibos de caja correspondientes al pago del anticipo;
- Copias de la consignación del anticipo efectuadas por la convocada;
- Copias de la nota crédito a favor de la convocada por valor de \$68.346.917;
- Certificados de existencia y representación legal de las partes en litigio;
- Copias de los fallos de primera y de segunda instancia del Juzgado Civil del Circuito y del Tribunal Superior de Pereira.

ii) Parte convocada.

La convocada anexó al escrito de contestación de la demanda, el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Torre Central S.A., y la copia auténtica de la escritura pública número 5424 de 2004, de la Notaría Cuarta de

Pereira, correspondiente a la constitución de la sociedad Torre Central S.A.; también solicitó al Tribunal que oficiara a las siguientes entidades para expidiesen las correspondientes certificaciones:

i) A la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P., para que remitiera la copia auténtica de los anexos del contrato TP-006-07;

ii) A la CÁMARA DE COMERCIO DE PEREIRA, para que certificara acerca de la designación del gerente suplente de la sociedad Torre Central S.A.

iii) A la sociedad TORRE CENTRAL S.A., para que certificara sobre la existencia de pagos a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A., E.S.P., correspondientes al contrato TP-006-07.

iv) A la sociedad TORRE CENTRAL S.A., para que certificara la situación en la cual se encontraba el representante legal titular, en relación con la misma sociedad.

Solicitó además la inspección judicial con examen de documentos a la contabilidad de la convocada, con el propósito de que determinara si en el año 2007 se encontraba registrado pago alguno a favor de la convocante, por concepto de anticipo del contrato TP-006-07.

iii) El Decreto de pruebas.

En la audiencia de fijación del litigio el Tribunal de Arbitramento decretó las pruebas en la forma pedida por las partes del proceso y, adicionalmente, decretó algunas pruebas de forma oficiosa⁴⁵.

iv) Pruebas aportadas.

En el cuaderno número dos del expediente arbitral reposan las pruebas solicitadas por la convocante; en el cuaderno número tres obran las pruebas aportadas por la convocada; en el cuaderno número cuatro se encuentran las pruebas decretadas oficiosamente por el Tribunal.

⁴⁵ Folio174 del C1 del expediente arbitral.

En el escrito contentivo del laudo se hace una relación del contenido de las pruebas aportadas al proceso⁴⁶.

3.2.3.2. Consideraciones del Tribunal Arbitral para decidir.

Como presupuesto para decidir de fondo el Tribunal de Arbitramento efectuó el análisis de los presupuestos procesales, en su orden: - la competencia del Tribunal; - la capacidad jurídica y la capacidad procesal de las partes y la forma de la demanda⁴⁷.

En punto a la legitimación en la causa como presupuesto para decidir de fondo, en primer lugar, se hizo referencia a los conceptos de legitimación en la causa por activa y por pasiva; seguidamente, a la luz de la Sentencia de Tutela T-416 de 1997, se refirió al objeto de la legitimación en la causa y luego pasó a ocuparse del análisis de la existencia y de la validez del contrato TP-006-07, con el propósito de *“determinar la prosperidad o no de las pretensiones”*, respecto de lo cual afirmó lo siguiente, según transcripción literal⁴⁸:

“(…) la existencia y validez del contrato de SUMINISTRO DE EQUIPOS Y DERECHO DE INSTALACIÓN NECESARIOS PARA LA INTERCONEXIÓN DE LA RED PRIVADA DE TELECOMUNICACIONES DE TORRE CENTRAL Y LA RED DE TELECOMUNICACIONES DE TELEFÓNICA DE PEREIRA, # TP – 006-07, celebrado entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA, SA ESP y la SOCIEDAD TORRE CENTRAL SA, como se enuncia en la demanda son el punto de partida para determinar la prosperidad o no de las pretensiones, prueba que debe observar las reglas consagradas en los Arts. 1757 del Código Civil, y 177 del CPC.

“Las pruebas recaudadas nos llevan a concluir que para la celebración del contrato TP-006-07, LUIS FERNANDO OSORIO ante la TELEFÓNICA DE PEREIRA, adelantó gestiones con el fin de que se suministrara por la última una solución de comunicación (...) para el edificio Torre Central. El proyecto estaba destinado al funcionamiento de las empresas Aguas y Aguas, de Energía, Aseo, el MEGABUS SA, la ESE SALUD PEREIRA y el Instituto Municipal de Tránsito, quienes según la negociación serían los usuarios finales, porque TORRE CENTRAL era la encargada de entregar las locaciones dotadas de telecomunicaciones.

“La única persona que podía impulsar la negociación ante la ETP ESP SA era LUIS FERNANDO OSORIO, ‘...y no ofrece duda ni discusión alguna en cuanto que se trataba de la sociedad Torre Central SA.; y es que no puede ofrecer duda alguna ya que era la unívoca persona que podía impulsar dicho

⁴⁶ Folios. 237 a 247 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁷ Folios 251 y ss. del cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁸ Folios 252-253 cuaderno del Consejo de Estado.

proceso de negociación por cuanto específicamente no existía una persona que se llamara edificio Torre Central...' JAMES EDINSON CIFUENTES MALDONADO (cd 4.f.27).

"El edificio TORRE CENTRAL, su diseño y construcción fue contratado por TORRE CENTRAL SA, contrato celebrado por LUIS FERNANDO OSORIO que llamó a VICTOR HUGO ZAPATA CARDENAS para tal fin, construcción que fue objeto de la automatización, como es el sistema de cableado estructurado, sistema de aire acondicionado automatizado, circuito cerrado de TV, entre otros, contrato celebrado entre VICTOR HUGO ZAPATA CARDENAS, y LUIS FERNANDO OSORIO, representante de la sociedad Torre Central SA; no incluía este contrato el suministro de equipos y derechos de instalación para la interconexión de la red privada de telecomunicaciones de Torre Central, y red de comunicaciones de ETP para operación de soluciones especiales de telecomunicaciones sobre la infraestructura MNG para voz corporativa, porque ese servicio lo presta la telefónica, y para ello '...supe que el ingeniero Luis Fernando Osorio como representante legal de la sociedad Torre Central SA firmó ese contrato, porque estuvimos asistiendo a varias reuniones con todos los ingenieros de cada una de las empresas.... (cd 2 folio 40 VICTOR HUGO ZAPATA CARDENAS).

VICTOR HUGO como contratista de la Sociedad Torre Central SA, y LUIS FERNANDO OSORIO, como su socio, en un cruce de cuentas este último le solicitó que le girara el valor de \$ 119.413.363 por anticipo a ETP, y respecto a HECTOR IVAN OSORIO que figura en el certificado de la Cámara de Comercio como Gerente de la Sociedad Torre Central, y LUIS FERNANDO OSORIO como suplente, nunca el primero intervino en la obra de TORRE CENTRAL.

LUIS FERNANDO OSORIO fue la persona que (sic) con la que se hizo la negociación, 'fue la persona con la que se habló y se hicieron los diseños y propuestas y pensé que era el representante legal de Torre Central...', '...Pensé que Luis Fernando era el representante legal y gerente, fue la única persona con la que nos relacionamos y alguna vez se presentó así (cd 4 folio 18) FABIO ERNESTO TRUJILLO CERON. Dice también que cuando se celebró el contrato en cuanto a la construcción del Edificio Torre Central estaba total; estaba montado el tema de automatización y con VICTOR HUGO se definieron las ubicaciones de los servidores. Siempre tuvo la percepción de que LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO tenía la disponibilidad de tomar decisiones.

A su vez, mediante memorial visible a folio 37 del cd 4, del 13 de Mayo de 2009, da cuenta de que LUIS FERNANDO OSORIO A, hace referencia al convenio suscrito con TELEFÓNICA DE PEREIRA para el suministro de equipos y derechos de instalación para la interconexión de la red privada de telecomunicaciones en el Edificio Torre, en el cual no fue recibido a satisfacción, documento que firma como REPRESENTANTE LEGAL DE TORRE CENTRAL SA; igual, a folio siguiente obra de TORRE CENTRAL SA, requerimiento de la Arquitecta Residente de Torre Central para la TELEFÓNICA DE PEREIRA, documentos de los cuales una vez el traslado, no hubo manifestación de la parte demandada.

"Ahora, a folio 8 del cd 4, obra oficio 702-4189 de la EMPRESA AGUAS Y AGUAS, que da cuenta de que el contrato de compraventa del inmueble ubicado en TORRE CENTRAL se hizo con la SOCIEDAD TORRE CENTRAL SA y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SA ESP. La Empresa MULTISERVICIOS SA, a folio 24 del cd 4, informa que obtuvieron el servicio IP CENTREX de la EMPRESA UNE TELEFÓNICA DE PEREIRA, y que celebró contrato de compraventa del inmueble con el consorcio TORRE

CENTRAL, por LEASING DE OCCIDENTE, y en igual sentido a folio 13 aparece información de MEGABUS.

“Entonces, cuando la demandada en su hecho primero de la demanda enuncia que la sociedad TORRE CENTRAL SA, actuó a través de su representante legal LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, para la firma del contrato TP-006-07, y en la respuesta a este hecho la demandada le dice que lo pruebe, del análisis probatorio anterior habrá de tenerse que la ETP SA ESP probó que sí efectivamente celebró el contrato con la sociedad TORRE CENTRAL SA, a través de su representante legal, pues de ninguna manera se logró desvirtuar esa afirmación ya que las razones aducidas por los testigos y la prueba documental no fueron desvirtuados.

(...).

“Igual, de acuerdo con la parte demandante y la Procuraduría Judicial, se tiene que la razón de la defensa apoyada en que LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, no estaba facultado para contratar porque de acuerdo con el valor del contrato requería de autorización de la Junta Directiva de la sociedad TORRE CENTRAL SA, que era el gerente suplente y no se daba causal de ausencia temporal o parcial del gerente principal; ello no tiene ningún asidero jurídico porque de acuerdo con el artículo 440 del Código de Comercio, se le impone a las sociedades anónimas tener al menos un suplente del representante legal, requisito que según el certificado de la Cámara de Comercio de Pereira que obra en el expediente cumplió la sociedad Torre Central S.A., con la designación del señor LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, y así atendiendo también, artículo 442 ibídem, este gerente suplente tiene la facultad de representar legalmente a la sociedad. Ahora, frente a la discusión de que se debía probar la ausencia del gerente principal para que pudiera actuar el suplente, volviendo al certificado de la Cámara de Comercio, en él se lee:

‘En las faltas temporales o accidentales del Gerente, será reemplazado por su suplente. En caso de falta absoluta, entendiéndose por tal la muerte, la renuncia aceptada o la separación del cargo por más de treinta (30) días consecutivos sin licencia, la junta directiva nombrará un nuevo gerente para el resto del período. Mientras se hace el nombramiento, la gerencia será ejercida por el suplente como representante legal de la compañía.’

“Sin necesidad de un análisis profundo de este texto, se deduce que en la sociedad Torre Central S.A. la actuación del suplente como tal se puede dar con la simple ausencia temporal o accidental del Gerente, sin someterlo a condiciones o circunstancias especiales, como se pretende hacer valer por la misma sociedad demandada.” (fl. 251 a 256 cuaderno del Consejo de Estado).

Después de citar al tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry, en su texto acerca del “NUEVO RÉGIMEN SOCIETARIO”, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“De manera que, se repite, no tiene asidero jurídico ni doctrinal la posición esgrimida por la Sociedad TORRE CENTRAL SA, con su defensa basada en el ejercicio de la suplencia por parte de LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO, igual sucede con la manifestación de que el gerente suplente para la firma del contrato TP-006-07, debió obtener autorización de la Junta Directiva porque de acuerdo a los estatutos esta se requería por ser la cuantía superior a los 500 SMLMV, autorización o limitante que no se inscribió en el Registro de la Cámara de Comercio como lo ordena el Artículo 30 Ibídem, para que produzca efectos respecto de terceros a partir precisamente de esa inscripción. Y es que debe tenerse en cuenta que LUIS FERNANDO OSORIO

ACEVEDO actuó como representante legal de la sociedad Torre Central S.A., en su calidad de Gerente Suplente, no solamente en el contrato TP 006-07, sino también, como se probó, en el contrato celebrado con VICTOR HUGO ZAPATA, quien fue reiterativo en su declaración (...).⁴⁹

Posteriormente se ocupó el Tribunal de Arbitramento de examinar el objeto social de la sociedad Torre Central S.A., a partir del contenido del certificado de existencia y representación legal de la misma, expedido por la Cámara de Comercio de Pereira y encontró que el objeto del contrato *“encaja dentro del objeto de la sociedad, porque requerían de estas para cumplir con su objetivo y que debieron conocer tanto el gerente como los miembros de la junta directiva de la sociedad Torre Central S.A., debido a que en la negociación de las oficinas o locales del edificio estuvieron involucradas entidades del orden municipal teniendo siempre al señor LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO como representante legal con fundamento en el artículo 99 ibídem, con la capacidad jurídica suficiente para firmar el contrato T-006-07, y es así como la sociedad se lucró de este contrato y obtuvo un provecho del mismo al vender las oficinas y locales que habían adquirido, a un mayor valor por la instalación en las mismas de los elementos que se mencionan en el citado contrato y que motivaron a que esas terceras personas, entidades del orden municipal, procedieran a negociar directamente la adquisición de ellas con una compraventa o por intermedio de un contrato de leasing comercial, (...).⁵⁰*

Después de citar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, así como al tratadista Jorge Hernán Gil, en relación con la interpretación de varios artículos del Código de Comercio –artículos 196, 200, 306, 307, 308, 341, 352- , respecto de la capacidad de la sociedad y de las facultades de los representantes legales, expresó lo siguiente:

“Al haberse entonces lucrado la sociedad demandada del contrato TP-006-07 no puede ahora alegar por esa sola razón, de (sic) que la demandante no tiene derecho a pedirle el cumplimiento de la obligación, con el argumento de que no existe.”⁵¹

Posteriormente se ocupó el Tribunal de Arbitramento de decidir el fondo de la controversia, para lo cual examinó los siguientes temas:

⁴⁹ Folio 258 cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁰ Folio 259 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵¹ Folio 261 cuaderno del Consejo de Estado.

- 1) Analizó el tema de la responsabilidad civil, a partir de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵².
- 2) Hizo referencia al derecho de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, con apoyo en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁵³.
- 3) Partió del presupuesto de que la prosperidad de las pretensiones se hallaba condicionada al hecho de que se probara la existencia del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones, para cuya afirmación se apoyó en los artículos 1502, 1496, 1497 y 1498 del Código Civil Colombiano.
- 4) El Tribunal concluyó que en el proceso arbitral se había probado la existencia del contrato, para lo cual se fundamentó en los artículos 1757 del Código Civil, según el cual *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*, como también en los artículos 177 y 174 del Código de Procedimiento Civil⁵⁴.
- 5) Asimismo, a partir de la valoración del dictamen pericial rendido por el profesional EDGAR ANDUQUIA PRIETO, encontró que las obligaciones del contrato TO 006-07 se cumplieron por parte de la convocante; en efecto, en el escrito contentivo del laudo arbitral se lee lo siguiente⁵⁵:

“...tenemos que del dictamen pericial rendido por EDGAR ANDUQUÍA PRIETO, y de acuerdo con las conclusiones a las que llegó y las cuales ya fueron transcritas, por parte de la ETP SA ESP las obligaciones adquiridas con el contrato TO 006-07 se cumplieron, pues allí se anota que el Edificio Torre Central cuenta con los servicios necesarios para la interconexión de la red privada de telecomunicaciones del edificio con la ETP SA ESP, lo cual está inmerso en el objeto del contrato; igual sucede con los demás elementos e infraestructura de que da cuenta el dictamen, como lo son las funciones de servicio de voz y datos a través de la conmutación pura de paquetes sobre la red IP; envío de correo electrónico; igual se hace referencia al consenso con el que recibieron las empresas todos los servicios y su implementación así como la capacitación para el manejo del programa de acuerdo con las condiciones del contrato. Se hace también alusión a que se cumplen con las condiciones técnicas requeridas por la plataforma IPC Centrex, así como también un PC

⁵² Folios 261 y 262 cuaderno del Consejo de Estado.

⁵³ Folio 262 cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁴ Folio 263 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁵ Folio 265 cuaderno del Consejo de Estado.

para la consola de administración el cual recibe la solución de telecomunicaciones suministrada por la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira, igual al dictamen se anexaron las actas de entrega del servicio de telefonía IPC Centrex para las empresas Aguas y Aguas, Energía, Megabus y Multiservicios, folio 26 al 29 cd 2.”

6) Expresó que en el proceso “*no se solicitó ni su complemento ni su aclaración, ni menos aún se objetó por error grave, lo que quiere significar que el dictamen en la forma como está detallada y que lleva a concluir que efectivamente el objeto contractual pasando por todas las obligaciones acordadas en él, se cumplió de manera satisfactoria, fue aceptado por la demandada, o sea, que el contratista EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P. le cumplió a su contratante SOCIEDAD TORRE CENTRAL S.A. y que por ello la ley le da la facultad para solicitar de éste su cumplimiento, pues también debe resaltarse que correspondiéndole a la sociedad TORRE CENTRAL SA allegar al proceso las pruebas que demuestren lo contrario, no hubo una conducta encaminada para tal fin; al contrario, TORRE CENTRAL SA, como en su respuesta a la demanda ante la afirmación de la deuda manifestó que se pruebe, así lo hizo ETP SA ESP, y de ahí que el valor adeudado en la suma de \$261.130.076, sea probada como adeudada, suma que por lo ya muchas veces anotado, tampoco se discutió, más aún cuando en la demanda se manifiesta que no pagaron, o sea, que se prueba el incumplimiento de la sociedad TORRE CENTRAL SA y por ello debe pagar y por tanto ser condenada.”*

3.2.3.3. Conclusiones de la Sala.

Después de examinar tanto el acervo probatorio, como el análisis que sobre el mismo efectuó el Tribunal de Arbitramento y los razonamientos jurídicos en los cuales soportó su decisión, encuentra la Sala que no le asiste razón al recurrente en su afirmación de que el fallo fue en conciencia y no en derecho, en virtud de que:

- i) El Tribunal decretó y recaudó las pruebas pedidas por las partes y, además, solicitó otras de manera oficiosa, todas ellas pertinentes a efectos de resolver la controversia;
- ii) Se observa que relacionó y analizó en conjunto las pruebas allegadas al proceso, con base en las cuales extrajo las conclusiones respecto de la existencia

del contrato, así como de las obligaciones contenidas en el mismo y del cumplimiento y el incumplimiento de cada una de las partes.

iii) Para decidir el Tribunal cotejó las conclusiones extraídas a partir del examen de las pruebas con normas jurídicas relacionadas con las obligaciones derivadas de los contratos en general y, en particular, de los contratos conmutativos.

Encuentra entonces la Sala que no le asiste razón a la sociedad recurrente en su afirmación de que se decidió únicamente con base en la prueba testimonial y que, además, el Tribunal omitió por completo el análisis respecto del certificado de existencia y representación legal de la sociedad convocada, toda vez que, como acaba de observarse en el recuento del análisis probatorio, el Tribunal acudió, además de las pruebas testimoniales, a las documentales y a la prueba pericial y, de forma particular, se ocupó de analizar el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Pereira.

También sostuvo la recurrente que las pruebas no fueron analizadas de conformidad con las reglas de la sana crítica y si bien la recurrente no expresó en qué forma y respecto de cuáles pruebas el Tribunal se habría apartado del examen de conformidad con tales reglas, en manera alguna encuentra la Sala que éste hubiere decretado o apreciado las pruebas de forma arbitraria o irreflexiva y si bien estas reglas no se encuentran definidas como tales en las normas procesales, las mismas han sido ampliamente desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y extranjera; al respecto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

“Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

“5. El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, que dispone en su Art. 187:

‘Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Acerca de las características de este sistema la Corte Constitucional ha señalado:

‘De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.

‘Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica:

‘Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

‘Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

‘El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento^{[2], [3]}.

“Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto, respecto de la diferencia entre los sistemas de la sana crítica y de la íntima convicción:

‘Las normas demandadas no consagran una competencia o facultad arbitraria, sino que las someten a las reglas de la sana crítica, que no son otra cosa que la interdicción de la arbitrariedad y la corrección de lo racional y razonable; de modo que obliga al juez a dar las razones por las cuales, en ese caso concreto y en ese momento determinado, un testigo es inhábil para rendir su declaración⁵⁶.’

Así pues, en manera alguna puede afirmarse que los árbitros hubieren desconocido el acervo probatorio y hubieren decidido consultando “*su propia verdad*”, por lo cual se concluye que el laudo se profirió fundamentado en normas y razonamientos jurídicos, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso y

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

apreciadas en forma razonada, es decir, se profirió en derecho y no en conciencia como afirmó la convocada y ahora recurrente.

Tampoco le asiste razón acerca de su afirmación de que el fallo fue en conciencia y no en derecho porque se desconocieron normas de orden público “*como son los principios de la contratación pública*”, así como los principios constitucionales de la función administrativa, toda vez que, como antes se expuso, el Tribunal acudió a las normas jurídicas que consideró necesarias para resolver el caso, a las cuales antes se hizo referencia.

3.3. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. Art. 163 [8].

3.3.1. Sustentación del recurso en relación con esta causal.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la parte recurrente, señaló, en síntesis, que el fallo recayó sobre puntos no sujetos a decisión, toda vez que las pretensiones estaban encaminadas a la declaratoria de una responsabilidad contractual y el “*tribunal le da tratamiento como si se tratara de una responsabilidad extracontractual, ya que incluso declara la existencia del contrato no obstante que en el acervo probatorio obran pruebas que dan cuenta que el contrato lo celebró, como ya se indicó, la empresa telefónica de Pereira con la persona natural LUIS FERNANDO OSORIO ACEVEDO*”.

Adujo que pese a que no se dieron los supuestos legales, el Tribunal declaró la existencia del contrato entre la ETP y la sociedad TORRE CENTRAL S.A., circunstancia que, a juicio del recurrente, conduce a que la decisión tomada por los árbitros no corresponda con lo pedido. Adicionalmente, manifestó que de la lectura del fallo proferido se puede concluir que el mismo es *extra petita*.

Finalmente, indicó que no entiende cómo se declaró civilmente responsable a la sociedad TORRE CENTRAL S.A., cuando ésta no celebró contrato alguno con la ETP.

3.3.2. Consideraciones acerca de la causal.

La causal que se alega en esta oportunidad se configura a partir de uno cualquiera de dos supuestos: **i)** que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o, **ii)** que el laudo haya concedido más de lo pedido.

i) Que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance esta modalidad de la causal en comento y al efecto ha sostenido que:

“[L]a competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en 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, es dable manifestar 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 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁵⁷, 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 extra petita.⁵⁸”

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

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

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

⁵⁷ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

⁵⁸ 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.”

iii) *El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente*.⁵⁹ (Se resalta).

ii) Que el laudo haya concedido más de lo pedido.

En relación con este otro supuesto de la causal 4ª de nulidad, se ha entendido que la misma se configura cuando el laudo *“decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita)*.”⁶⁰

Así mismo, se ha destacado que en virtud del principio de congruencia de las sentencias, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, *“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”*⁶¹, lo cual *“constituye un límite en la actividad del juzgador”*⁶².

3.3.3. Consideraciones de la Sala.

Como acaba de exponerse, la actora consideró que el Tribunal falló sobre lo no pedido en la demanda y, concretamente, se refirió al hecho de que el Tribunal se hubiere pronunciado acerca de la existencia del contrato, sin que hubiere sido objeto de pretensión. Según la recurrente, se trató de un fallo *extra petita*, en tanto lo decidido no resultaba congruente con lo pedido en la demanda arbitral.

Según se indicó, la convocante formuló las siguientes pretensiones: **i)** la declaratoria de responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato TP-006-

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁶¹ 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...».*

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

07, suscrito entre las partes de este litigio; **ii)** la orden de pagar unas sumas de dinero por el incumplimiento de la convocada; **iii)** la orden de pagar los gastos y *emolumentos* que demandara la convocatoria al Tribunal Arbitral.

Por su parte la convocada, después de expresar que no había suscrito contrato alguno con la convocante, formuló la excepción de “*FALTA DE DERECHO PARA PEDIR*”, lo cual sustentó en la inexistencia de la obligación a cargo de la convocada.

El Tribunal Arbitral en el laudo decidió lo siguiente: **i)** Infundada la excepción de falta de derecho para pedir; **ii)** el incumplimiento del contrato por parte de la convocada; **iii)** la condena a la convocada a pagar las sumas de dinero adeudadas a la convocante; **iv)** el pago de intereses moratorios; **v)** la condena en costas.

Según se expuso en párrafo precedente, de conformidad con las previsiones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá guardar concordancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones que hubieren sido alegadas en la demanda, por cuanto se trata de una limitación a la actividad del juzgador. Sobre el tema, esta Corporación ha expresado lo siguiente⁶³:

“En efecto, el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

“Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de ‘la congruencia de las sentencias’, reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 1 de 2006. Expediente 15898. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente.”

Encuentra la Sala que la alegada nulidad por esta causal no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, en primer lugar, según se observa, lo decidido guardó perfecta congruencia con lo pedido en la demanda y, en segundo lugar, el análisis respecto de la existencia o la inexistencia del contrato, como se expuso en la causal anterior, fue efectuado y decidido por el Tribunal de Arbitramento en respuesta a la excepción propuesta por la convocada y a los hechos alegados por ella misma, en el sentido de que ésta no había suscrito contrato alguno con la convocante; asimismo, según se dejó consignado, el Tribunal se ocupó de la existencia del contrato como un presupuesto para decidir de fondo la controversia.

Se desestima entonces la pretendida nulidad por fallo *extra petita* y, en consecuencia, el recurso extraordinario de anulación no prospera, por lo cual la parte recurrente será condenada en costas, de conformidad con el contenido del inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

4. Agencias en derecho.

De acuerdo con los dictados del artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 –que modificó el artículo 392 del C. de P.C.–, se examinará si en el presente caso hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se deberá atender el contenido de las siguientes disposiciones, en los términos que se citan a continuación:

“Los numerales 3° y 4° del artículo 393 del C. de P. C., disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura.

“En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta i) la naturaleza, ii) la calidad y iii) la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

“De este modo, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el juez debe tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que debe valorar el juez para decidir el monto de la tarifa dentro de los límites que se fijan.”

El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-, a través del Acuerdo número 1887 de junio 26 de 2003, consagró las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A la sociedad convocante le correspondía, en principio, ejercer su defensa en relación con el recurso extraordinario de anulación que interpuso la sociedad convocada, para lo cual el ordenamiento jurídico vigente en Colombia dispone de una única oportunidad procesal con tal propósito, la presentación de los respectivos alegatos de conclusión, los cuales, según se expuso, fueron oportunamente allegados al proceso y en el escrito contentivo de los mismos ésta solicitó declarar desierto el recurso, con fundamentos en los argumentos mencionados en los antecedentes de esta providencia, en razón de lo cual tasa las agencias en derecho en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así:

\$ 589.500.00 X 20 = 11'790.000.00

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 07 de diciembre de 2011 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre las sociedades EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P., de un lado, y la sociedad TORRE CENTRAL S.A., del otro.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte impugnante; por Secretaría de la Sección, tásense. Se fijan como agencias en derecho la cantidad de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, equivalentes en el año 2013 a la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL PESOS M.L. (\$11'790.000.00).

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento respectivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA