

## Laudo Arbitral

Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A.

v.

La Nación - Ministerio de Comunicaciones

Julio 10 de 2000

### **Acta 9**

Tribunal de Arbitramento

Audiencia de fallo

En Santafé de Bogotá, D.C., a las diez (10) a.m. del día diez (10) de julio del año dos mil (2000) se reunieron en la sede norte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, calle 72 N° 7-82, piso 8° los doctores Julio César Uribe Acosta, Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Pablo Cárdenas Mejía, árbitros, e Inés Sofía Hurtado Cubides, secretaria, con el fin de proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral iniciado por la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., contra la Nación - Ministerio de Comunicaciones. Asistieron los doctores Ignacio Santamaría Escobar, apoderado de la parte demandante y Susana Montes de Echeverri, apoderada de la parte demandada, así como la doctora Martha Clemencia Mendoza Ardila, procuradora segunda judicial.

Abierta la audiencia la secretaria, autorizada por el presidente, procedió a dar lectura al laudo, el cual se pronunció en derecho, habiéndose agotado las ritualidades establecidas en el Decreto 1818 de 1998 y disposiciones concordantes y complementarias. Fue aprobado por unanimidad.

Laudo arbitral

#### I. Antecedentes

##### 1. La controversia

###### 1.1. El contrato

El presente conflicto de intereses tiene su origen en el contrato de concesión 05 del 28 de marzo de 1994, celebrado entre Ocel S.A. y la Nación - Ministerio de Comunicaciones, para la prestación del servicio de telefonía móvil celular —área occidental— red A.

###### 1.2. La cláusula compromisoria

Está contenida en la cláusula cuadragésima tercera del contrato y es del siguiente tenor:

“Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato y que no puedan ser resueltas directamente por las partes, las someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. El tribunal estará integrado por 3 miembros y su fallo será en derecho; el modo de su designación y su funcionamiento se someterá a las disposiciones legales vigentes” (fl. 101, cdno. de pruebas 1).

###### 1.3. El acta de desacuerdo y de complementación cláusula compromisoria

El veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) las partes contratantes suscribieron un acta de desacuerdo y de complementación cláusula compromisoria contrato de concesión 05 de 1994, que a la letra reza:

“En la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los veintitrés (23) días del mes de junio de mil novecientos noventa y nueve (sic) (1999) siendo las 10:00 a.m. se reunieron en la sala de juntas del Ministerio de Comunicaciones, la

señora Ministra de Comunicaciones, doctora Claudia de Francisco, el doctor Peter honorable Burrowes Gómez, representante legal de la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A., sociedad de economía mixta, constituida con arreglo a las leyes de la República de Colombia, domiciliada en Medellín, departamento de Antioquia, Colombia.

#### CONSIDERANDO:

- a) Que entre el Ministerio de Comunicaciones y Ocel S.A., se celebró el contrato de concesión 05 de fecha marzo 28 de 1994, para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en la red A, área occidental;
- b) Que en la cláusula cuadragésima tercera del contrato, establece una cláusula compromisoria que se lee de la siguiente manera: “Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato y que no puedan ser resueltas directamente por las partes, las someterá a decisión de un Tribunal de Arbitramento. El tribunal estará integrado por 3 miembros y su fallo será en derecho; el modo de su designación y de su funcionamiento se someterá a las disposiciones legales vigentes”;
- c) Que a partir de la solicitud de restablecimiento del equilibrio del contrato formulada por Ocel S.A., ante El Ministerio, ha surgido una discrepancia entre las partes, sobre la procedencia de dicho reclamo y las actuaciones adelantadas por las partes, y
- d) Que a la fecha las partes han agotado la instancia de solución directa de las controversias surgidas, por encontrar sus posiciones desde el punto de vista contractual y legal totalmente irreconciliables, dando cumplimiento a los términos de la cláusula compromisoria atrás mencionada y del artículo 68 de la Ley 80 de 1993.

Han acordado en consecuencia lo siguiente:

Primero: Someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento independiente, en los términos de la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del mismo año, las controversias surgidas entre las partes, mencionadas atrás en la letra c) de los considerandos del presente.

Segundo: El Tribunal de Arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros y el fallo será en derecho, conforme lo establece la cláusula compromisoria en el contrato de concesión 05 de 1994.

Tercero: La sede del Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

Cuarto: Someter el procedimiento arbitral a las reglas del arbitramento legal, en los términos de la Ley 446 de 1998, artículo 112.

Quinto: Designar de común acuerdo como árbitros a los señores doctores: Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Julio César Uribe Acosta.

Para constancia de todo lo anterior, se firma el presente documento por las partes en dos (2) ejemplares del mismo tenor literal. Firmado: Claudia De Francisco, Ministra de Comunicaciones, Peter Howard Burrowes Gómez, representante legal de Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A.” (fls. 345 a 347, cdno. de pruebas 1).

#### 2. Convocatoria del tribunal

Mediante demanda presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 16 de julio de 1999 por la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. se inició el proceso arbitral, en contra de la Nación - Ministerio de Comunicaciones. Admitida la demanda se notificó a la parte demandada, que concurrió oportunamente al proceso a través de apoderada, dio contestación a la demanda y formuló demanda de reconvencción.

Las partes se opusieron expresamente a las pretensiones de la respectiva contraparte y Ocel S.A. formuló excepciones a la demanda de reconvencción.

#### 3. Audiencia de conciliación

El 13 de octubre de 1999 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, presidida por la conciliadora por parte del centro y los apoderados de las partes. En este momento procesal se modificó el acta mediante la cual se había efectuado el nombramiento de los árbitros, quedando designados como tales los doctores Jorge Enrique Ibáñez Najar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía. Esta etapa de conciliación fracasó ante la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo, como se lee en el acta respectiva, que se observa en los folios 221 y 222 del cuaderno principal 1.

#### 4. Instalación del tribunal

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 1818 del mismo año, previas citaciones efectuadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros designados, se instaló el Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 18 de noviembre de 1999. En ella se designó como presidente al doctor Julio César Uribe Acosta y como secretaria a la doctora Inés Sofía Hurtado Cubides quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión de él; se fijó como lugar de funcionamiento del tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los integrantes del tribunal, así como los gastos de funcionamiento, que fueron consignados oportunamente por las partes

#### 5. Partes procesales

##### 5.1. Parte demandante

Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., es una sociedad comercial constituida como sociedad de economía mixta mediante escritura pública N° 378 del 14 de febrero de 1992, conforme al artículo 461 del Código de Comercio, anónima y de nacionalidad colombiana, reformada por las escrituras que se relacionan en el certificado de la Cámara de Comercio acompañado con la demanda. Comparece al proceso arbitral a través del representante legal, su presidente doctor Peter Howard Burrowes Gómez, según consta en el mencionado documento. Para los efectos procesales en adelante se denominará Ocel S.A.

##### 5.2. Parte demandada

La Nación - Ministerio de Comunicaciones, entidad de derecho público que comparece al proceso a través de su representante judicial la señora Ministra de Comunicaciones. Para los efectos procesales en adelante se denominará El Ministerio.

Ambas partes actúan a través de apoderados debidamente constituidos.

#### 6. El laudo. Duración del proceso

El laudo será en derecho y su funcionamiento, de acuerdo con el acta de desacuerdo y de complementación cláusula compromisoria contrato de concesión 05 de 1994 (nums. segundo y tercero), se someterá a las reglas del arbitramento legal en los términos del artículo 112 de la Ley 446 de 1998. Este artículo dispone que el arbitraje legal ocurre cuando a falta de acuerdo de las partes, este se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. El artículo 19 del Decreto Ley 2279 de 1989 modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, que no fue derogado por la Ley 446 de 1998, dispone que si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses contados desde la primera audiencia de trámite, término al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

La primera audiencia de trámite se realizó el 24 de enero del año 2000 y, a solicitud de las partes, el proceso tuvo las siguientes suspensiones:

1. Del 14 al 24 de marzo inclusive, del año 2000 (acta 5, fl. 295, cdno. ppal. 2).
2. Del 31 de marzo al 19 de abril, inclusive, del año 2000 (acta 6, fl. 303, cdno. ppal. 2).
3. Del 18 de mayo inclusive al 11 de junio inclusive, del año 2000 (acta 8, fl. 322, cdno. ppal. 2).

La primera audiencia de trámite se realizó el 24 de enero del año 2000. El término de seis (6) meses previsto para la tramitación del proceso, descontados los días que se suspendió a solicitud de las partes, permite concluir que el tribunal se encuentra en término para resolver el presente conflicto de intereses.

## 7. Cuantía

Tanto la demanda de Ocel S.A. como la de reconvención presentada por El Ministerio, corresponde a los procesos de mayor cuantía, como quiera que los respectivos apoderados, en cada caso, señalaron que el monto de sus respectivas pretensiones excede la suma de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (fls. 39 y 169, en su orden cdno. ppal. 1).

## II. El proceso arbitral

### 1. Demanda de Ocel S.A.

Bajo la denominación de “pedimento previo” el apoderado de la parte demandante argumenta sobre la inexistencia de la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, acto administrativo mediante el cual el Ministro de Comunicaciones revocó expresamente el acto presunto fruto del silencio administrativo positivo que, a su juicio, se generó por la negligencia de la administración en producir y notificar en legal forma, dentro del término legal de tres meses, la decisión de la petición formulada por Ocel S.A. el 21 de abril de 1997, para reclamar extracostos. El mencionado apoderado considera que al proferir el acto administrativo expreso, la administración contravino el procedimiento señalado en la ley, “cayendo” en vías de hecho y violación del derecho de defensa. Con el argumento del derecho que tiene toda persona al debido proceso espera que el tribunal declare su competencia y entre a decidir las pretensiones de la demanda.

#### 1.1. Pretensiones

##### 1.1.1. Pretensiones principales

En los folios 7 y siguientes del cuaderno principal 1 se enlistan las siguientes:

“Primera. Que se declare la configuración o presencia del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 en relación con la solicitud formulada por Ocel S.A. en su escrito de 21 de abril de 1997, protocolizado mediante escritura pública N° 2141 otorgada el 25 de julio de 1997, ante el notario tercero del Círculo de Medellín.

Segunda. Que como consecuencia, de conformidad con el acto administrativo positivo presunto, El Ministerio debe:

Reconocer y pagar a Ocel S.A. “los mayores costos que ha debido, debe y deberá asumir como consecuencia directa del cambio sustancial en el régimen de impuesto de renta y complementarios vigente en la fecha de presentación de su propuesta para la licitación pública 046 de 1993 y en la de celebración del conferido contrato. Este cambio sustancial modificó por consiguiente las condiciones determinantes tanto de la propuesta como del contrato. Que dichos reconocimiento y pago se produzcan a medida que se vayan causando y cumpliendo las obligaciones fiscales derivadas del carácter de contribuyentes del impuesto de renta y complementarios, fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato, de acuerdo con la liquidación consignada en el anexo 2 al presente memorial y con las actualizaciones que se realicen y se informen periódicamente a ese ministerio, como resultado de aplicar los parámetros y procedimientos señalados en el mismo anexo. 1.1. Para el año fiscal de 1996 y hasta marzo de 1997, los mayores costos reclamados están integrados así: 1.1.1. Por concepto del costo financiero causado a 30 de abril de 1997 sobre las sumas de dinero abonadas a título de retención en la fuente (por sumas retenidas y autorretenidas) hasta marzo de 1997, ciento cuarenta y tres millones ciento cuarenta y un mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 143.141.644) moneda corriente, según la liquidación contenida en el anexo 2 al presente memorial. 1.1.2. Por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios aplicable a Ocel S.A. por el año gravable de 1996, la suma de trescientos ochenta y nueve millones ochocientos diecisiete mil pesos (\$ 389.817.000) moneda corriente, según la liquidación consignada en el mismo anexo 2 más los rendimientos financieros de esta misma cantidad, por el período comprendido entre la fecha de presentación de la declaración de

renta y complementarios (abr. 11/97) correspondiente a dicho ejercicio fiscal y la de su reconocimiento y pago o compensación por el Ministerio de Comunicaciones. 1.1.3. Por concepto del costo financiero de la suma de dinero correspondiente al saldo a favor de Ocel S.A. generado durante el período fiscal de 1996, esto es, de ciento ochenta millones trescientos noventa y cinco mil pesos (\$ 180.395.000) moneda corriente, resultado de la diferencia entre el impuesto sobre la renta a cargo de esta sociedad por el año gravable de 1996, y el valor total de las retenciones en la fuente del mismo período, multiplicado por la tasa de interés bancario corriente vigente en la fecha de presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, por el período comprendido entre esa misma fecha y aquella en que el Ministerio de Comunicaciones realice el pago o la compensación correspondiente a la suma de que trata el numeral 1.1.2 anterior, según se indica en el mismo anexo 2. Para los años subsiguientes y hasta el 27 de marzo del año 2005, el equilibrio económico del contrato deberá restablecerse mediante la liquidación y pago de las sumas de dinero correspondientes a los mismos conceptos de que tratan los ordinales anteriores y mediante la aplicación del mismo procedimiento, cuando las correspondientes declaraciones de renta y complementarios arrojen saldos a favor de Ocel S.A. En caso contrario, es decir, cuando exista impuesto por pagar a cargo de Ocel S.A., el Ministerio de Comunicaciones deberá reconocerle y pagarle o compensarle los siguientes conceptos: 1.2.1. El costo financiero de las sumas abonadas a título de retención en la fuente y de eventuales anticipos para los años gravables subsiguientes, durante el período comprendido entre la fecha de pago de tales retenciones de anticipos hasta la de presentación de la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable en que deban aplicarse las primeras o hasta la de liquidación del impuesto parcialmente anticipado, tratándose de los segundos. 1.2.2. La suma de dinero liquidada a título de impuesto sobre la renta y complementarios para el respectivo año fiscal. 1.2.3. Los costos financieros causados sobre el monto anterior, y durante el período comprendido entre la fecha de cancelación del saldo a cargo por Ocel S.A. a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y aquella en la que el Ministerio de Comunicaciones reconozca o compense a esta compañía el impuesto total pagado. Para estos tres casos se deberá aplicar el procedimiento y las formas de cálculo señaladas en el anexo 2. Para el cubrimiento efectivo de los valores que el Ministerio de Comunicaciones debe reconocer a Ocel S.A. por concepto de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, según lo señalado en los numerales precedentes, Ocel S.A. solicita que los montos así liquidados se compensen, total o parcialmente, con las sumas de dinero que esta sociedad debe cubrir trimestralmente a esta entidad a través del Fondo de Comunicaciones como contraprestación por la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas, según la cláusula séptima del contrato de concesión 05". (texto entre comillas tomado de la petición del 21-04-97 presentada ante el Ministerio de Comunicaciones y protocolizada mediante escritura pública del 25-07-97 Notaría 3ª Medellín).

Tercera. Que la vigencia del reconocimiento y de la forma de concretar el mismo, es desde el 1º de enero de 1996 hasta la fecha de terminación de la concesión y sus prórrogas, otorgada a Ocel S.A. para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Cuarta. Que el Ministerio de Comunicaciones está obligado a reconocer las sumas de dinero mencionadas y pendientes de pago, debidamente ajustado su valor desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago efectivo a Ocel S.A., con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para el período correspondiente, de conformidad con lo establecido por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Quinta. Que se condene al Ministerio de Comunicaciones al pago de los costos de la convocatoria, instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y al pago de las agencias en derecho".

#### 1.1.2. Primeras subsidiarias

En el eventual pero remoto caso de que no prosperaren las principales, en subsidio solicitó las siguientes:

“Primera. Que haga uso de sus facultades legales y declare la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución 3672 de agosto 5 de 1997, oficiosamente con arreglo a los artículos 100 y 145 del Código de Procedimiento Civil por haber incurrido el Ministerio de Comunicaciones al proferirla en vías de hecho inexcusables y evidentes.

Segunda. Que como consecuencia, de conformidad con el acto administrativo positivo presunto, El Ministerio debe reconocer a Ocel S.A. las sumas de dinero, en la cuantía, forma y con el método de liquidación mencionado

atrás en la segunda de las pretensiones principales.

Tercera. Que la vigencia del reconocimiento y de la forma de concretar el mismo, es desde el 1° de enero de 1996 hasta la fecha de terminación de la concesión y sus prórrogas otorgada por Occel S.A. para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Cuarta. Que el Ministerio de Comunicaciones está obligado a reconocer las sumas de dinero mencionadas y pendientes de pago, debidamente ajustado su valor desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago efectivo a Occel S.A. con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para el período correspondiente, de conformidad con lo establecido por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Quinta. Que se condene al Ministerio de Comunicaciones al pago de los costos de la convocatoria, instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y al pago de las agencias en derecho”.

### 1.1.3. Segundas subsidiarias

En subsidio de las anteriores, solicitó las siguientes:

“Primera. Que se declare la ruptura del equilibrio económico o ecuación financiera del contrato de concesión 05 de fecha 28 de marzo de 1994, celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones y Occel S.A. para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular —área occidental— red A, conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Segunda. Que se declare que la alteración surgió como consecuencia de la revocatoria del acto administrativo presunto, protocolizado por escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante el notario tercero del Círculo de Medellín, en la medida en que dicho acto administrativo presunto, volvía las cosas al estado en que se encontraban antes de la expedición del artículo 60 de la Ley 223 de 1995, que sujetó a las sociedades de economía mixta al pago de impuesto de renta, sin consagrar a favor de las sociedades de economía mixta que presten servicios de telecomunicaciones, la exención que contemplaba el artículo 16 del estatuto tributario.

Tercero. Que se condene al Ministerio de Comunicaciones a reembolsar a Occel S.A., las sumas de dinero causadas a cargo de esta, por concepto de retenciones en la fuente a título de impuesto de renta y complementarios, entre el 1° de enero de 1996 hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo arbitral, conforme a la certificación que expida para el efecto el revisor fiscal de Occel S.A. en su oportunidad.

Cuarta. Que el Ministerio de Comunicaciones está obligado a reconocer el reembolso de las sumas de dinero mencionadas, debidamente ajustado a su valor desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago efectivo a Occel S.A. con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para el período correspondiente, de conformidad con lo establecido por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Quinta. Que se ordene al Ministerio de Comunicaciones, a tomar las medidas conducentes para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, desde la fecha de ejecutoria del laudo arbitral hasta la fecha de terminación de la concesión y sus prórrogas otorgada a Occel S.A., conforme a la fórmula propuesta en el acto administrativo presunto protocolizado mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997 otorgada ante el notario tercero del Círculo de Medellín, o a través del mecanismo que el tribunal considera más adecuado conforme se determine en el proceso.

Sexta. Que se condene al Ministerio de Comunicaciones al pago de los gastos de la convocatoria, instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y al pago de las agencias en derecho”.

### 1.1.4. Hechos de la demanda

La *causa petendi* aparece formulada en 32 hechos, que se resumen así:

El Ministerio de Comunicaciones abrió la licitación pública 046 de 1993 para la concesión del servicio de telefonía móvil celular en las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica en la red A y estableció que solo podrían participar en la licitación, en cada una de estas áreas, empresas estatales y sociedades de economía mixta especializadas en

telecomunicaciones o en telefonía móvil celular, debidamente inscritas en el registro de proponentes (hechos 1 y 2).

El pliego de condiciones, que es parte integrante del contrato de concesión 05 celebrado con Ocel S.A. el 28 de marzo de 1994, dispuso en la sección III —Condiciones financieras, numeral 1.3.1, régimen fiscal aplicable pertinente al 1.3 “supuestos dados” que “... el operador celular se registrará por el estatuto tributario y demás normas vigentes de Colombia” (las negrillas son del texto). En el numeral 1.20.1 de la sección I —lineamientos de la licitación— régimen fiscal aplicable, se estableció que “... la contratación se registrará por las leyes colombianas vigentes al momento de la celebración del mismo” (negrillas del texto) (hechos 3, 5 y 6).

La propuesta presentada por Ocel S.A. señala expresamente al respecto: “Enterados, Ocel en su propuesta al elaborar todas sus proyecciones financieras y determinar todos sus costos para adquirir los compromisos establecidos en el pliego frente al Ministerio de Comunicaciones, incluyendo la oferta económica, tuvo en cuenta el estatuto tributario y demás normas fiscales vigentes en Colombia al momento de presentar su propuesta” (las negrillas son del texto) (hecho 4).

El contrato se firmó el 28 de marzo de 1994. El estatuto tributario vigente en este momento histórico instituía a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta “contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios” (negrillas del texto) pero establecía que no les correspondía sufragarlo en razón de prestar servicios técnicos especializados de telecomunicaciones. La misma norma estableció “por razones de interés público o general, no discrecional o privilegiativo” exención para las mencionadas empresas cuando tenían a su cargo la prestación del servicio de telecomunicaciones, entre otros servicios públicos esenciales: energía, acueducto, alcantarillado, postales, salud pública (hechos 7 y 9).

Con fundamento en lo anterior y con la seguridad de que la sociedad de economía mixta que se constituía mediante la escritura pública N° 378 otorgada ante el notario único del municipio de Soledad, con el objeto principal de prestar el servicio de telefonía móvil celular estaba exenta del impuesto sobre la renta y complementarios, se presentó la propuesta correspondiente que culminó con la adjudicación del contrato 05 firmado el 28 de marzo de 1994 (hecho 10).

En la propuesta presentada por la sociedad demandante se definieron los supuestos propios con el objeto de presentar las proyecciones financieras requeridas. Con relación al impuesto de renta y complementarios expresamente manifestó: “Ocel no es sujeto pasivo del impuesto de renta, de acuerdo con el artículo 16 del estatuto tributario”. Adicionalmente, y en relación con la orden de la licitación de presentar los estados financieros proyectados anuales, en la propuesta Ocel manifestó: “... no se consideraron impuestos de rentas en razón a que las sociedades de economía mixta que tengan a su cargo la prestación de servicios de telecomunicaciones, no son sujetos pasivos de dicho impuesto. Ver numeral 1.3.1 de la sección III del pliego de condiciones y el artículo 16 del estatuto tributario” (negrillas fuera del texto). En la parte correspondiente al pasivo estimado y a las provisiones no se incorpora cantidad alguna para obligaciones fiscales. Así mismo, en el renglón de impuestos se inserta un valor cero a lo largo de toda la vigencia de la concesión precisando la proponente con una llamada marcada con asterisco: “Ocel no es sujeto pasivo de impuesto de renta, de acuerdo con el artículo 16 del estatuto tributario”. Por último, en la oferta económica, se dijo que la “oferta económica ha sido formulada teniendo en cuenta el estatuto tributario y demás normas vigentes en Colombia a la fecha de la presentación de la oferta, conforme con lo consignado y exigido en el numeral 1.3.1 del citado pliego de condiciones” (negrillas del texto) (hecho 8).

Durante la ejecución del contrato se expidió la Ley 223 de 1995 cuyo artículo 60 modificó el artículo 16 del estatuto tributario y eliminó, a partir del 1° de enero de 1996 la mencionada “exención” que relevaba a las sociedades de economía mixta, cuando ejercitaran la prestación de servicios de telecomunicaciones, de pagar el impuesto de renta y complementarios. El objeto social de las personas jurídicas licitantes para la prestación del servicio de telefonía móvil celular debe ser “especializado” a la prestación del servicio de telecomunicaciones, esto es, la prestación de este servicio público es la única fuente de sus ingresos. Esta “variación sustancial” enervó los factores de lícito rendimiento que sustentaron el cálculo de las utilidades que produciría la realización y cumplimiento cabales del contrato. Además, esta “exención” fue “elemento fundamental” que tuvieron en cuenta

los licitantes para intervenir como proponentes en el referido procedimiento licitatorio (hechos 11, 13, 14 y 16).

La alteración derivada de la expedición del artículo 60 de la Ley 223 de 1995 —continúa la demanda— que ha sido calificada por la doctrina y la jurisprudencia como “hecho del príncipe”, es acto de carácter general imputable al Estado, que varía sustancialmente las modalidades y condiciones que determinaron el perfeccionamiento del contrato 05 (hecho 12).

Por todo lo anterior, Ocel formuló al Ministerio de Comunicaciones el 21 de abril de 1997 una petición de indemnización por ruptura de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, que no tuvo ningún pronunciamiento por lo cual, al establecer y probar el acaecimiento del silencio administrativo positivo, y protocolizó el 25 de julio de 1997, mediante la escritura pública N° 2141 de la Notaría Tercera de Medellín, los documentos y declaraciones que exige la ley. Con esta protocolización del acto positivo presunto las cosas volvieron al estado en que se encontraban antes de entrar en vigencia la supresión de la exención de pago del impuesto sobre la renta cuestionada. La escritura y documentos mencionados fueron recibidos por el Ministerio el 28 de julio de 1997, entidad que no acusó recibo sino que profirió la Resolución 3672 el 5 de agosto de 1997, mediante la cual revocó directamente el acto administrativo presunto, acto administrativo que se adelantó “sin acoger la forma prevista por la ley” o sea sin notificar a Ocel, como directamente afectada, ni a los terceros, de la existencia de la actuación y el objeto de la misma para que pudieran constituirse en parte y hacer valer sus derechos (hechos 15, 18, 19, 20, 21 y 22).

La demanda afirma que el Ministerio de Comunicaciones en ningún momento se pronunció sobre la solicitud formulada el 21 de abril de 1997, pues solo la menciona en la Resolución 3672. El oficio 1898 del 8 de julio de 1997, que ni siquiera fue notificado cumplidamente, con el cual el Ministerio pretende dar respuesta a la aludida petición, el que fue expedido por funcionaria incompetente con la firma de la secretaria general y como pseudo-refrendataria (hecho 17).

La Resolución 3672 carece de juridicidad, eficacia y existencia válidas porque se dictó sustentada en “vías de hecho” toda vez que no aparece manifiesta la oposición con la Constitución o la ley, ni demostrarse el interés social y público de la supresión de la exención que venía vigente desde 1974. Las susodichas pretermissiones violaron “el debido proceso” y “el derecho de defensa” porque se impidió controvertir las pruebas presentadas o tomadas en consideración por el Ministerio y pedir las que pudieran enervarlas (hechos 23 y 24).

La parte demandante también predica de la Resolución 3672 su “inexistencia” y la califica “de nonata”, por cuanto a su juicio, la notificación se surtió sin cumplir las exigencias de los artículos 44, 45 y 47 del Código Contencioso Administrativo. Por ello concluye que el mencionado acto administrativo es “inexistente”, “ineficaz e inoponible y carente de efectos legales”. Considera que el oficio enviado por el Ministerio con fecha agosto 11 de 1997 se limitó a informar sobre la Resolución 3672, y que en la diligencia de agosto 23 subsiguiente, surtida con el doctor Alfonso Vieira Gutiérrez se omitió dar cumplimiento al artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual se la privó de ejercer los recursos de la vía gubernativa, y la habilitó para acudir a la vía de acción en aplicación del numeral 2° del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo (hechos 25, 26 y 27).

Luego de la petición calendada el 21 de abril de 1997, Ocel ha propiciado análisis y conversaciones conducentes a un acuerdo conveniente para ambas partes acerca del equilibrio económico del contrato alterado durante su ejecución, y frente a “la posición antagónica respecto al remedio de la lesionada ecuación financiera del contrato” se incoó la demanda en ejercicio de la acción contractual, cuya viabilidad apoya en la existencia de la cláusula compromisoria pactada en el contrato 05 de 1994. La demanda afirma que no obstante lo anterior, se llevó a cabo una reunión convocada de consuno para el 23 de junio de 1999, “verificándose en ella el irreconciliable criterio de las partes acerca de la subsanación del alterado equilibrio económico del contrato” para complementar la aludida cláusula compromisoria y dejar al Tribunal de Arbitramento la decisión “sobre la violación a los derechos de defensa y debido proceso sufridos por Ocel S.A. y así mismo, el derecho al restablecimiento de la situación existente al perfeccionamiento del contrato 05 de marzo 28 de 1994 por parte del Ministerio de Comunicaciones, el Estado, la Nación, compensando a Ocel, conforme al principio de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la administración por las lesiones que infiera con su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal, en relación con el contrato que las vincula” (hechos 28, 30, 31 y 32) (fls. 13 a 22, cdno. ppal. 1).



### 1.1.5. Normas violadas

La demanda considera ostensiblemente transgredidos los artículos 2º, 4º, 13, 29, 209, 230 y 363 de la Constitución Política; los artículos 2º, 3º, 14, 28, 34, 35, 41, 43, 44, 45, 47, 69, 73 inciso 2º y 74 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 4-9, 5-1, 25-16, 27, 28, 68 y 70 inciso 1º de la Ley 80 de 1993; los artículos 4º, 140 numerales 2º, 6º y 9º, 149 y 150 del Código de Procedimiento Civil; el artículo 38 inciso 1º de la Ley 153 de 1887; los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, los artículos 831, 863 y 871 del Código de Comercio (fl. 21, cdno. ppal. 1).

### 1.1.6. Concepto de la violación

En relación con la transgresión de las normas superiores la demanda señala los motivos que se resumen a continuación:

La actuación del Ministerio de Comunicaciones sin notificar sus actuaciones cuando modifica los derechos de Ocel S.A., impidiéndole participar en las decisiones que la afectan, es violatoria de la Constitución Política que señala los fines esenciales del Estado y consagra el principio de la igualdad real y efectiva ante la ley y ante las cargas públicas. Esa conducta administrativa, además, impuso un sacrificio especial a un contratista en beneficio de toda la comunidad.

El artículo 29 se infringió porque el ministro obra sin competencia al alegar su propia torpeza para revocar directamente “lo que él creó con su pereza e inactividad”, al generar con su propia negligencia el silencio administrativo positivo. También actúa sin observancia de las formas propias de la actuación al omitir hacer las notificaciones que señalan los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo y omitir términos para pedir y practicar pruebas (fls. 21 y 22, cdno. ppal. 1).

La violación de las normas citadas del Código Contencioso Administrativo, las explica en la siguiente forma:

Los funcionarios administrativos actuaron sin tener en cuenta los principios que informan las actuaciones administrativas o sea la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, así como los principios de contradicción e imparcialidad. Estos principios se desconocieron por las omisiones ocurridas al inicio de la actuación de revocatoria directa del acto positivo presunto.

La aludida omisión pretermitió los términos y oportunidades para que terceros directamente interesados pudieran pedir pruebas, generando “más que nulidad absoluta inexistencia por vías de hecho con violación de los derechos de defensa y debido proceso, garantías fundamentales y constitucionales”. La revocatoria directa del acto presunto positivo se adelantó con violación de los artículos 73 y 74 del código citado, porque no se dieron las causales que la ley establece para tales efectos.

Para la parte demandante, ni “la supuesta respuesta” a la petición presentada, contenida en el oficio 1898 del 8 de julio de 1997, ni el acto expreso de revocatoria directa se notificaron en debida forma, circunstancia que los hace “absolutamente ineficaces, inoponibles y nunca produjeron efectos legales conforme lo establece el artículo 48 del mismo código”.

Agrega que al obrar de manera manifiesta en contra de la normatividad, el Ministerio incurrió en vías de hecho al proferir la Resolución 3672 que no obliga porque es inexistente, ineficaz, nonata, o sea que el silencio administrativo está vigente, por lo cual el Tribunal de Arbitramento debe proceder a ocuparse directamente de lo que atañe al restablecimiento del equilibrio económico del contrato 05.

Luego de transcribir los considerandos del acto expreso de revocatoria, y cuestionar las providencias que se citan en dicho acto administrativo, en la demanda se afirma —a manera de conclusión— que la Resolución 3672 carece de viabilidad, eficacia y fundamento, no solo por la omisión de las notificaciones a que ha hecho referencia a lo largo del escrito, sino también porque no encuentra establecidas las causales que para los efectos de la revocatoria directa señala el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo (fl. 33, cdno. ppal. 1). También formula críticas a las motivaciones contenidas en el mencionado acto, relacionadas con la inconformidad del acto presunto con el interés público o social. Sobre este particular y después de analizar el contenido del estatuto tributario de

1974 y el artículo 60 de la Ley 223 de 1995, concluye que la Resolución 3672 al sustentar en dichas normas la causal de revocatoria enunciada, "... tergiversa el sentido y espíritu de las normas" pues no se trata con la solicitud de extracostos de privilegiar a Ocel S.A. en razón de ser sociedad de economía mixta, sino evitar "... la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas, a fin de no producir un sacrificio especial de Ocel en beneficio de toda la comunidad" (fl. 30, cdno. ppal. 1) (negrillas del texto).

En cuanto a la causal de "supuesta oposición manifiesta del acto presunto frente a la Constitución o a la ley" considera, de acuerdo con constantes exigencias de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la dicha oposición debe advertirse a primera vista, sin necesidad de recurrir a razonamientos y disquisiciones (fl. 32, cdno. ppal. 1), (negrillas del texto).

Como consecuencia de las argumentaciones anteriores, la parte demandante reitera la vigencia del acto presunto positivo frente al hecho de que el acto expreso revocatorio no ha nacido a la vida jurídica.

Las disposiciones de la Ley 80 de 1993 enunciadas como "lastimadas" por la sociedad convocante, lo fueron por las siguientes razones:

Porque el establecimiento del pago del impuesto de renta y complementarios por Ocel, a causa de la supresión de la exención vigente antes del perfeccionamiento del contrato 05 de 1994, alteró el equilibrio económico del mismo por el "hecho del príncipe" lo cual se refleja en una mayor onerosidad de las obligaciones o sea "una disminución apreciable de las utilidades conmutativas, calculadas como lícitas mínimas" al momento de proponer Ocel "el desajuste" que la entidad estatal se resiste a corregir, con lo cual desconoce el principio consagrado en el numeral 9º del artículo 4º. La situación anterior, imputable a la Nación - Ministerio de Comunicaciones, alteró "la utilidad presupuesta" (sic), violando el principio contemplado en el numeral 1º del artículo 5º.

Insiste en la inexistencia e ineficacia por ilegalidad, de la revocatoria directa del acto presunto positivo, por lo cual, se lastimó "de mala fe" el artículo 25 numeral 16. Al producirse la alteración de la ecuación contractual por causas imputables a la administración, se altera la equivalencia o la igualdad "entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar" y el Ministerio no se ha prestado a adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, lo cual produce la transgresión de los artículos 27 y 28.

El demandante considera violado el artículo 68, porque su co-contratante no solo no buscó solucionar en forma ágil, rápida y directa las discrepancias surgidas, sino que reiteradamente intentó oponerse alegando incompetencia para afrontar la legalidad del acto administrativo de revocación directa, a la aplicación de la cláusula compromisoria pactada en el contrato 05 de 1994. Y transgrede igualmente el artículo 70 inciso 1º que consagra la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos estatales.

Las normas del Código de Procedimiento Civil que se citan como violadas son las siguientes:

El artículo 4º, porque en la situación presentada durante la ejecución del contrato, consistente en la supresión de la ecuación del pago del impuesto de renta y complementarios, tenida en cuenta para computar las utilidades al momento de su celebración, se empleó un procedimiento más acorde con los procedimientos que con la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. La falta de competencia del ministro como autor del acto administrativo de revocatoria directa y las predicadas omisiones que afectaron el término y las oportunidades para pedir pruebas, así como la falta de notificación al perjudicado y a los terceros indeterminados, causaron la violación del artículo 140 numerales 2º, 6º y 9º.

También considera la demandante que se infringieron los artículos 149 y 150 porque el ministro estaba incurso en las causales de recusación 1 y 2, y por ello estaba impedido para proferir el acto administrativo de revocatoria directa del acto presunto positivo.

La infracción del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 apoya la demanda en que ha debido tenerse en cuenta la normatividad vigente al tiempo de celebración del contrato, porque la seguridad y seriedad de los contratos "excluye procesos mudables y reformistas en su perjuicio".

Finalmente, se citan como transgredidos los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 831, 863, 871 del Código de

Comercio, aplicables a la contratación estatal por mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“Los contratos establecen y limitan recíprocamente los derechos y obligaciones de los co-contratantes que se estipulan para ser acatados y cuyo incumplimiento determina responsabilidad, al propio tiempo que su ejecución de buena fe, esto es, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que le pertenecen a ella por ley”.

La prohibición del enriquecimiento sin causa que pregonan el artículo 831 del Código de Comercio abarca a la Nación y a su dependencia el Ministerio de Comunicaciones, que como causante del desequilibrio con el artículo 60 de la Ley 223 de 1996, no puede menoscabar la utilidad lícita ocasionándole un perjuicio a Ocel sin causa lícita (fls. 21 a 39 del cdno. ppal. 1).

## 2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Comunicaciones, a través de apoderada dio oportuna contestación a la demanda en la siguiente forma:

### 2.1. Pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y hechos de la demanda

Se opuso expresamente al reconocimiento de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante, así como al “pedimento previo”, y sobre los hechos se manifestó en la siguiente forma:

“Hechos 1, 2, 3 y 5: Son ciertos. Sin embargo, el alcance de la oferta hecha por el Ministerio al abrir la licitación 046 de 1993 solo se obtiene del análisis de la integridad de las previsiones y disposiciones contenidas en el pliego de condiciones.

Hechos 6 y 7: Son ciertos. Sin embargo, debo llamar la atención de los honorables árbitros en el sentido de que, como se explica ampliamente más adelante en este escrito, no existió ni podía existir garantía alguna por el Ministerio de que no habría cambio en la legislación tributaria. Las situaciones tributarias no generan derechos adquiridos hacia el futuro, como claramente lo tiene establecido la honorable Corte Constitucional.

Hechos 4, 8 y 9: No me constan las consideraciones que tuvo el proponente ni las negociaciones privadas que se hicieron entre los miembros o accionistas de la sociedad proponente. Pero, en todo caso, ellas son eminentemente privadas y no afectan ni pueden afectar la propuesta presentada ante el ministerio”.

En relación con estos hechos la apoderada discurre sobre la improcedencia de un derecho patrimonial adquirido con base en normas de orden público, noción de la que participa el poder impositivo del Estado, y que no afecta al contratista como tal, en virtud de dicha condición jurídica y mucho menos la celebración y ejecución de un contrato estatal, sino que afecta en forma igual a todos aquellos que se encuentran en una situación jurídica que la misma ley califica. Las consideraciones que respecto de la legislación tributaria vigente hubiera podido tener en cuenta Ocel para la presentación de su oferta, son de “meras expectativas” a la permanencia de ese régimen impositivo, que no constituyen derecho.

“Cosa distinta hubiera podido afirmar el contratista si los impuestos a la renta y complementarios, cuya modificación por el legislador, invoca como causa misma de un supuesto desequilibrio contractual, estuvieran dirigidos o tuvieran como presupuesto el contrato mismo, su objeto o la condición jurídica de contratista del Estado que adquirió con la suscripción del contrato. Pero en este caso concreto, dada la naturaleza misma del impuesto a la renta y complementarios, tal como lo reconocen reiteradamente la ley, la doctrina y la jurisprudencia, no podría predicarse tal desequilibrio por ningún contratista del Estado, cualquiera que sea su objeto”.

Tampoco considera procedentes las afirmaciones de la demanda (hecho 9) que apuntan a resaltar las razones de interés público o general que fundamentaron la exención para aquellas sociedades de economía mixta que tenían a su cargo la prestación del servicio de telecomunicaciones, entre otros servicios públicos esenciales. Sobre este particular argumenta que el demandante no puede sustituir al legislador en los motivos que le hacen proferir una norma jurídica, porque esta es competencia del Estado. Pero si se aceptara tal capacidad —continúa la

memorialista— el proceso instaurado carece de fundamento pues el mismo demandante estaría admitiendo “que las razones que guiaron al legislador tributario fueron de “interés público o general” y no de carácter particular o “privilegiativo”, únicos supuestos, estos últimos, que darían lugar a la pretensión de lesión económica por un derecho o privilegio que le había sido expresamente reconocido. La generalidad de la legislación y el interés público que como nociones tipifican la legislación tributaria, como expresamente lo reconoce el demandante, son precisamente las razones que le impiden reclamar el desequilibrio económico por su emisión”. El legislador tributario eliminó la dicha exención para todas las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta y no solo a las dedicadas al “servicio de telecomunicaciones ...”.

“Hecho 10: No me constan las “seguridades” que tuvo o de las que partió Ocel para presentar su propuesta.

Hecho 11: No es cierto. El legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales por medio de la Ley 223 de 1995, eliminó la exención que había concedido anteriormente a **todas** las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, y no solo a las dedicadas al “servicio de telecomunicaciones” como lo afirma el demandante, determinación adoptada en ejercicio de la facultad impositiva constitucional.

Hechos 12 y 13: No es cierto. El ejercicio de la facultad impositiva por el legislador no constituye en este caso fuente de desequilibrio económico de los contratos estatales en general, y del contrato 05 de 1994 en especial. Más adelante en este escrito expondré ampliamente las razones y fundamentos de esta afirmación.

Hecho 14: No me consta. Las consideraciones que hayan hecho o dejado de hacer los proponentes son de su exclusiva incumbencia y en nada afectan su relación con el Estado.

Hechos 15 a 23: No son ciertos. De conformidad con la ley no es procedente la formulación de peticiones indemnizatorias dentro del contrato 05 de 1994 por los motivos invocados por Ocel S.A., ni en el contrato 05 de 1994 puede hablarse de existencia de equilibrio económico, ni podía invocarse ni aplicarse el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En acápites posteriores en este escrito, explicaré *in extenso* las razones y los fundamentos jurídicos pertinentes.

Hechos 22 a 27: No me constan las pretermissiones u omisiones a que refiere el demandante. Me atengo a lo probado. Advierte, si, que las acusaciones que la demanda hace en los hechos 22 a 25 constituyen causales de anulación de los actos administrativos, extremo para el cual carece de competencia el tribunal.

Hecho 28: Es cierto.

Hechos 29 a 31: Por las razones que se expresan en acápites posteriores, no es posible adelantar ni acordar una conciliación en el caso que nos ocupa, y así se lo hizo saber el Ministerio, la señora ministra, al representante legal de la peticionaria en todas las oportunidades en que fue requerida para adelantar conversaciones en orden a lograr esa solicitada conciliación.

Hecho 32: Siendo el Ministerio y la señora ministra respetuosos de los derechos de las personas, aceptó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento a fin de que, conociendo las posiciones jurídicas de las partes, haga su pronunciamiento en derecho y por ello concurrió a la designación de los árbitros” (fls. 61 a 64, cdno. ppal. 1).

## 2.2. Contestación a los fundamentos de derecho de la demanda

### 2.2.1. “Incompetencia del honorable Tribunal de Arbitramento para conocer y decidir sobre las pretensiones de la demanda”

Con base en jurisprudencia y doctrina sobre las atribuciones y competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la legalidad de los actos administrativos, formula a los honorables árbitros solicitud a fin de que declare su incompetencia para conocer de este proceso propuesto por Ocel S.A. a través de su apoderado (fls. 79 a 95, cdno. ppal. 1).

### 2.2.2. “La “inexistencia” de los actos administrativos y la pretendida “vía de hecho” del Ministerio de

Comunicaciones al revocar el silencio administrativo positivo que pretende hacer valer el demandante como supuesto esencial de sus pretensiones”

La inexistencia de la Resolución 3672 de 1997 por medio de la cual el Ministerio revocó el acto presunto positivo —presupuesto básico de la demanda— no puede ser declarada por el tribunal, porque no existe acción procesal alguna que se lo permita. En el supuesto de que asumiera competencia para pronunciarse sobre tal pretensión —que no fue formulada como tal— el tribunal deberá hacerlo por la vía del análisis y control de legalidad de la actuación administrativa para establecer la procedencia o improcedencia de declarar su nulidad, lo que, como afirma haberlo demostrado, escapa al ámbito de su competencia. Se apoya en jurisprudencia que analiza la inexistencia de los actos jurídicos y su tratamiento procesal (fls. 95 a 98, cdno. ppal. 1).

### 2.2.3. “La pretendida vía de hecho”

Para la parte demandada en el presente caso nunca se configuró una vía de hecho, porque la administración actuó en ejercicio de sus legítimas competencias y con el lleno de los requisitos legales para producir los actos administrativos que produjeron y producen plenos efectos jurídicos, que permiten predicar la inexistencia del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo positivo, protocolizado mediante la escritura pública N° 2141 del 25 de julio de 1997, otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Medellín.

Para apoyar su afirmación de que la noción jurídica de “vía de hecho” dista enormemente de la invocada por el demandante, transcribe jurisprudencias de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, así como de la doctrina, para concluir que no existe base alguna para que se califique como tal la actuación cumplida por el Ministerio, y cuando más, podría, hipotéticamente hablando, decirse que al expedir los actos correspondientes, la administración pudo incurrir en alguna causal de aquellas por las cuales el acto sería anulable, más no inexistente, caso en el cual el pronunciamiento es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 98 a 102, cdno. ppal. 1).

### 2.2.4. “Inviabilidad del silencio administrativo positivo en el caso en estudio”

La afirmación que se lee en el escrito de contestación de la demanda, referida a que “... mediante la configuración del silencio administrativo positivo no pueden adquirirse derechos contrarios a la ley”, también se apoya en doctrina y jurisprudencia (fls. 102 y 103, cdno. ppal. 1).

### 2.2.5. “La presunción de legalidad de los actos administrativos y sus efectos”

No pudiéndose hablar ni de la inexistencia del acto, ni tampoco de actuación de la administración por vía de hecho, surge con claridad la presunción de legalidad propia de los actos administrativos y, por lo mismo, producirán todos los efectos hasta tanto la jurisdicción competente haga un pronunciamiento sobre su legalidad, vía que deberá seguir el demandante, si pretende controvertir la presunción de legalidad que ampara la Resolución 3672 de 1997 (fl. 104, cdno. ppal. 1).

### 2.2.6. “El equilibrio económico de los contratos estatales como principio rector de las relaciones contractuales conmutativas”

Luego de hacer una extensa reseña histórica del manejo de las telecomunicaciones en Colombia como un servicio público y un recuento de la normatividad que ha gobernado la prestación del servicio público de telecomunicaciones, afirma que el Decreto Ley 1900 de 1990 aunque mantuvo la titularidad del monopolio estatal sobre este servicio, abrió la posibilidad de que los particulares entraran a prestar, en forma indirecta, el servicio público de telecomunicaciones en general, excepción de la larga distancia internacional “... mediante el instituto de la concesión, otorgada mediante contrato o licencia ... y preservó el derecho de las entidades públicas a continuar prestando los servicios a su cargo”, lo cual permitió la concurrencia de los sectores público y privado en la prestación del servicio de telecomunicaciones, en todas sus modalidades.

En vigencia del nuevo orden constitucional, se dispuso en el artículo 365 “... la desmonopolización total de los servicios públicos, haciendo titulares de los mismos, tanto a los particulares y a las comunidades organizadas como al Estado, pero reservando en forma exclusiva y excluyente al Estado la regulación, control y vigilancia de dichos servicios”, reservándose el Estado —por razones de soberanía o de interés social— la prestación de alguno de los

servicios públicos o actividades estratégicas, con el cumplimiento de las condiciones y con la satisfacción previa de los requisitos previstos por la Constitución. En el escrito se relacionan y transcriben en lo pertinente las leyes que desarrollaron el precepto constitucional.

En relación con la Ley 37 de 1993, la apoderada de la parte demandada afirma que “... no pretendió ... regular, como surge en forma inequívoca de su texto, la prestación o desarrollo empresarial del servicio de telefonía móvil celular ... y solo reglamentó la concesión de la franja de espectro electromagnético reservada a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la cual otorgará al concesionario en forma tal que se le garantice su utilización exclusiva por el período de la concesión”.

En consecuencia “... en la concesión para telefonía móvil celular, la utilización del bien público de uso público —el espectro electromagnético— constituye el elemento esencial de la concesión. Es por ello que el objeto de la concesión es precisamente la asignación del espectro requerido. Pero la prestación del servicio mismo, corre por cuenta y riesgo del concesionario, pues el Estado no le concedió el servicio mismo, sino que, para su explotación empresarial, le otorgó el derecho al uso exclusivo y por determinado tiempo, de la franja de espectro que se había reservado para ser utilizada para la prestación del servicio de telefonía móvil celular”.

Luego de hacer un paralelo entre las características de la concesión-licencia y la concesión-contrato, concluye que la concesión otorgada en virtud del contrato 05 de 1994 consiste principalmente “... en la licencia o permiso de utilización de un bien público de uso público cual es el espectro electromagnético, con fines de prestación de un servicio público de reserva estatal”. Dentro de este marco jurídico y en relación con el equilibrio económico o ecuación financiera de los contratos, concluye, luego de analizar normatividad y jurisprudencia, “... que el equilibrio económico como concepto jurídico que habilita a una de las partes para reclamar de la otra el rompimiento de la ecuación contractual surgida al momento de contratar es característica esencial de los contratos conmutativos, y es precisamente esta conmutatividad o equivalencia prestacional, la que está llamada a garantizar el mencionado principio”.

Y, en relación con el contrato 05 de 1994, las condiciones previstas en los pliegos de condiciones y la oferta presentada por el concesionario le permiten a la mencionada apoderada concluir que: “En el caso de la telefonía móvil celular: no hay precio, no hay garantía de retorno, no hay ingreso garantizado: el alea del mercado es del concesionario, a lo que lo habilita la “concesión” es a incursionar a su entera cuenta y riesgo a un mercado de bienes y servicios. La concesión no es sino una mera autorización para el ejercicio de una actividad cuyo titular es el Estado. No lo presta por cuenta del Estado ni a nombre del mismo. Es por ello que si falla el servicio el Estado no podrá ser perseguido como responsable por no existir título jurídico vinculante con el usuario. Por ello la libertad de tarifas.

A lo único que se comprometió el Estado fue a garantizar la exclusividad en la utilización de las frecuencias asignadas, y solo podrá hablarse de “desequilibrio económico” por el incumplimiento estatal frente a este compromiso derivado del permiso otorgado o por hechos que no constituyan incumplimiento estatal y que no sean imputables al concesionario y que le impidan la utilización de las mismas”.

Finalmente, y en el punto correspondiente al impuesto de renta y complementarios y el equilibrio económico de los contratos estatales, en el escrito de contestación de la demanda, luego de transcribir jurisprudencia del Consejo de Estado y analizar el caso del contrato 05 de 1994, concluye en los siguientes términos:

“La exención que tenían las empresas estatales o mixtas no fue una condición contractual, ni una ventaja ofertada por el Ministerio de Comunicaciones: era una condición legal de la que pudo obtener provecho el oferente libremente. Se trataba de una situación vigente al momento de contratar y de ella se benefició el concesionario.

Pero igualmente, y dado que no podía el Estado contratante derogar por contrato la soberanía impositiva del legislador, no podía, como en efecto no lo hizo, dar tratamiento de derecho adquirido, subjetivo, consolidado e inmodificable *ad infinitum*.

No tenía competencia el Ministerio, y si se la hubiera abrogado la cláusula sería nula por violar el derecho público (C.C., art. 1519), para establecer una limitación a la capacidad impositiva del legislador.

El impuesto de renta y complementarios es un impuesto de carácter general que no grava el contrato de asociación entre un privado y un público. Grava la explotación económica realizada por la persona jurídica que resulta de la asociación” (fls. 59 a 163, cdno. ppal.).

### 3. La demanda de reconvención

#### 3.1. Pretensiones principales

En la demanda de reconvención presentada en la oportunidad procesal procedente, la apoderada de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, formuló las siguientes:

“Primera. Los señores árbitros, mediante laudo arbitral, se servirán declarar que el acto administrativo contenido en la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, se encuentra debidamente ejecutoriado, por lo mismo vigente y goza de la presunción de legalidad propia de todos los actos administrativos y, por lo mismo, es obligatorio mientras autoridad competente no lo anule o decrete su suspensión provisional.

Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior, los señores árbitros se servirán declarar en el laudo que ponga fin a este proceso, que no existe, por haber sido revocado mediante actos administrativos ejecutoriados, el acto presunto derivado del silencio administrativo positivo, protocolizado por Ocel S.A. mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante la Notaría 3ª del Círculo de Medellín, que pretende hacer valer en este proceso.

Tercera. Que se declare que en desarrollo del contrato 05 de 1994, se presentaron circunstancias imprevistas que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del Ministerio de Comunicaciones que alteraron en su contra el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato, derivadas de la expedición por el Congreso de la República de la Ley 422 de 1998 “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

Cuarta. Como consecuencia de la declaración anterior, los señores árbitros se servirán restablecer el equilibrio económico del contrato, y a tal fin en el laudo que ponga fin a este proceso ordenará a Ocel S.A. reconocer a favor del Ministerio de Comunicaciones los valores que este dejará de percibir en razón del desequilibrio contractual generado en su contra durante la ejecución del contrato 05 de 1994, según resulten probados en este proceso”.

#### 3.2. Subsidiarias

Primera subsidiaria de las pretensiones 1 y 2 principales.

“Que no existe el acto administrativo presunto pretendido por Ocel S.A., derivado del silencio administrativo positivo respecto de las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato 05 de 1994 contenida en el escrito de abril 21 de 1997, radicado bajo el número 141522, y protocolizado por Ocel S.A. mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante la Notaría 3ª del Círculo de Medellín, por cuanto sobre tal solicitud formulada por Ocel S.A. y con ocasión del contrato 005/93 (sic), la ley no tiene previsto la configuración del silencio administrativo positivo”.

Segunda subsidiaria de las pretensiones 1 y 2 principales.

“Que es nulo el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo respecto de las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato 05 de 1994 contenidas en el escrito de abril 21 de 1997, radicado bajo el número 141522, y protocolizado por Ocel S.A. mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante la Notaría 34 del Círculo de Medellín, por haberse producido dentro de un trámite que no puede conducir al reconocimiento de ruptura del equilibrio económico dada la naturaleza del contrato”.

Tercera subsidiaria de las pretensiones 1 y 2 principales.

“Que no existió ruptura del equilibrio económico del contrato 05 de 1994 en razón de la expedición de la Ley 223

de 1995 (art. 60) y que, por consiguiente, Ocel S.A. no adquirió derecho alguno reclamable ante el Ministerio de Comunicaciones por esta causa.

Que, como consecuencia de las declaraciones y condenas anteriores, se condene a Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., a pagar a favor del Ministerio de Comunicaciones las costas del proceso arbitral, todo de conformidad con la Ley 446 de 1998 (art. 55), en la cuantía que determine el honorable tribunal en el laudo” (fls. 164 a 166, cdno. ppal. 1).

### 3.3. Fundamentos de hecho

En este acápite la apoderada de la parte demandante en reconvención, luego de historiar la celebración del contrato 05 de 1994 entre las mismas partes; la solicitud presentada por Ocel S.A. al ministerio solicitando el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; la ocurrencia del silencio administrativo positivo y su protocolización así como la revocatoria expresa del acto presunto mediante la Resolución 3672 de 1997, se expresó sobre la expedición de la Ley 422 de 1998, cuyo artículo 4º dispuso:

“En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

La demandante afirma que en virtud de la anterior disposición se eliminó la obligación del concesionario de revertir las redes y equipos afectos a la prestación del servicio.

La mencionada parte transcribe la cláusula trigésima tercera del contrato 05 de 1994 que dice:

“Reversión. Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, sin que por ello este deba efectuar compensación alguna” (negrilla del texto).

En la contrademanda se concluye que por el hecho legislativo anterior se rompió el equilibrio económico del contrato, siendo afectada la ecuación financiera del mismo en perjuicio del Ministerio de Comunicaciones, puesto que se le priva del derecho a recibir tales bienes, hecho por el cual se mejoraron las condiciones económicas del contratista en cifra igual a tales elementos, bienes y equipos, con el correlativo detrimento del patrimonio del ministerio concedente en sumas iguales.

### 3.3. Fundamentos de derecho

En este acápite la demandante reitera los argumentos que presentó en la contestación de la demanda relacionados con la improcedencia del silencio administrativo positivo.

En relación con el desequilibrio económico del contrato en contra del Ministerio de Comunicaciones por el “hecho del príncipe” se afirma, luego de transcribir algunos aspectos determinantes de la concesión establecidos en la Ley 37 de 1993 y la cláusula trigésima tercera contractual, concluye en la siguiente forma:

“Es así como, de concluirse por el Tribunal de Arbitramento que el contrato 05 de 1994 es un contrato de concesión de servicio público, y en tal virtud, sujeto a la normativa propia de los contratos estatales, habrá necesariamente de considerar que con la expedición de la Ley 422 de 1998, se rompió el equilibrio económico del contrato en contra del Ministerio de Comunicaciones, en tanto que, por ese hecho, perdió el derecho que en su condición de ente estatal contratante le asegura el estatuto contractual de la administración pública, y le garantizaba la cláusula trigésima tercera del contrato de concesión: Esto es, obtener sin costo alguno, al finalizar el contrato, la propiedad de la totalidad de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio” (fls. 167 a 169, cdno. ppal. 1).

### 3.4. Contestación a la demanda de reconvención

Oportunamente el apoderado de Ocel S.A. dio contestación a la demanda de reconvención con oposición expresa a todas las pretensiones allí contenidas. Solicitó condenar a la demandante al pago de los costos de la convocatoria,



instalación y funcionamiento del tribunal, así como al pago de las agencias en derecho.

Hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos de la contrademanda y propuso excepciones.

### 3.5. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda de reconvención

Al hecho primero le reconoció certeza, precisando que el contrato que se firmó entre las partes es un “contrato estatal de concesión”, como se deduce de su objeto, contenido en su cláusula primera, al cual se le aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, como lo acepta plenamente el Ministerio de Comunicaciones en la demanda de reconvención.

Al contestar el hecho segundo, aclara que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato se presentó, no porque según “dicho” del representante legal de Ocel S.A. el equilibrio se hubiera alterado con la expedición de la Ley 223 de 1995, artículo 60, sino porque se eliminó “de un tajo” la exención que como contribuyentes del impuesto de renta y complementario, gozaban las sociedades de economía mixta dedicadas a la prestación del servicio de telecomunicaciones. En consecuencia, a la luz del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, le asistía y le asiste el derecho a solicitar el dicho restablecimiento.

En relación con el hecho tercero, llama la atención del tribunal sobre la forma como la demandante presentó este hecho lo que, a su juicio es un reconocimiento abierto de la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

El mencionado apoderado niega el cuarto hecho porque no acepta la existencia de la Resolución 3672, revocatoria del acto presunto positivo.

Al hecho quinto expresa: “Es cierto”.

Al hecho sexto manifiesta. “Es cierto”, pero aclara que en ningún caso el Ministerio puede invocar como fuente de desequilibrio económico de un contrato, la expedición de una ley cuya iniciativa procedió de la misma entidad y que fue sancionada por el gobierno.

Al hecho séptimo también le reconoció certeza, aclarando que el origen de la cláusula trigésima tercera del contrato 05 de 1994 no fue fruto exclusivo de la voluntad de las partes. Sino aplicación de la ley. Si ahora, el mismo legislador ha dispuesto otra cosa, se produjo una modificación de dicha legislación.

El apoderado de Ocel S.A. niega el hecho octavo, y agrega que el derecho a la reversión no lo tenía el Ministerio de Comunicaciones en virtud del contrato 05 de 1994, sino como consecuencia de las disposiciones legales pertinentes, que cita en su escrito. También afirma que la señora apoderada del ministerio nuevamente da la razón a sus pretensiones “... en el sentido de que al contrato de concesión 05 de 1994 le es plenamente aplicable el contenido del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manifiesta contradicción a lo pedido en la misma demanda de reconvención ...” (fls. 173 a 177, cdno. ppal. 1).

### 3.6. Excepciones

- Inexistencia de la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se revocó el silencio administrativo positivo presunto protocolizado por Ocel S.A. mediante escritura pública N° 2141 otorgada el 25 de julio de 1997, en la Notaría 42 (sic) del Círculo de Medellín.
- Ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión 05 de fecha marzo 28 de 1994, celebrado entre Ocel S.A. y el Ministerio de Comunicaciones, para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, área occidental —red A—, conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y por tanto plena validez, vigencia y eficacia, del silencio administrativo presunto, protocolizado mediante escritura número (sic) 2141 otorgada el 25 de julio de 1997, en la Notaría 42 (sic) del Círculo de Medellín.

Estas dos excepciones se sustentan en argumentos similares a los que utilizó la misma parte para sustentar las pretensiones de la demanda.

- Imposibilidad de aplicar la teoría del “hecho del príncipe” a los eventos expuestos en la demanda de

reconvencción presentada por el Ministerio de Comunicaciones, como sustento de su petición de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato de concesión 05 de 1994, supuestamente alterado con la expedición del artículo 4° de la Ley 422 de 1998.

En este punto reitera la afirmación hecha al pronunciarse sobre los hechos de la contrademanda en el sentido de que el Ministerio de Comunicaciones, forma parte del Estado en conjunto con el Congreso de la República, a quien le correspondió hacer la ley origen de la supuesta ruptura de la ecuación contractual. En consecuencia, le está vedado, en cuanto parte del contrato, que se le conceda un derecho con fundamento en su propia actividad, basado en el principio general de que nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza.

- Imposibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión, consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, a los eventos expuestos en la demanda de reconvencción, presentada por el Ministerio de Comunicaciones, como sustento de su petición de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato de concesión No. 004 (sic) de 1994, supuestamente alterado con la expedición del artículo 4° de la Ley 422 de 1998.

Los argumentos expuestos para sustentar esta excepción hacen relación a dos aspectos: El primero, que fue el Ministro de Comunicaciones quien presentó a consideración del Congreso el proyecto que derivó en la Ley 422 de 1998. El segundo, que el gobierno "... en cabeza del señor Presidente de la República en conjunto con el Ministro de Comunicaciones" sancionó la dicha ley, sin objeciones. Por lo tanto, para el apoderado de Ocel S.A. el hecho extraordinario, imprevisto e imprevisible, no puede provenir de la parte que alega dicha circunstancia en su propio beneficio".

- Imposibilidad de aplicar el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, como sustento del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal 05 de 1994.

Para el excepcionante el artículo mencionado exige "... como condición esencial ... que la igualdad o equivalencia se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado" (negrillas del texto). Y el hecho de que el gobierno tuviera la iniciativa del proyecto que se convirtió en la Ley 422 de 1998 sería imputable exclusivamente al Estado, es decir al mismo Ministerio de Comunicaciones.

Agrega que la ruptura del equilibrio económico del contrato debe ser actual e inminente, no pudiendo solicitarse su restablecimiento sobre la base de una mera expectativa y menos con la ocurrencia de un hecho futuro.

- Imposibilidad de aplicar el artículo 5° numeral 3° de la Ley 80 de 1993, como sustento del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal 05 de 1994.

Los argumentos consignados en este punto concreto también hacen relación a que los "fenómenos" que alteren en contra de una parte el equilibrio económico y financiero del contrato, no le deben ser imputables a esa parte.

- Excepción genérica.

La plantea con fundamento en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

(Todas las excepciones anteriores se leen en los fls. 177 a 184, cdno. ppal. 1).

### **3.7. Posición del Ministerio de Comunicaciones en relación con las excepciones formuladas por Ocel S.A. a la demanda de reconvencción**

Al recorrer el traslado de las excepciones, la apoderada del ministerio solicitó al tribunal desestimarlas por considerarlas improcedentes, con base en las siguientes argumentaciones:

En relación con las dos primeras se reiteraron los argumentos contenidos en la contestación de la demanda principal.

Para desvirtuar la tercera excepción, se apoya en el contenido de las normas constitucionales que distribuyen las funciones a las ramas del poder público e imponen la colaboración armónica entre ellas. A su juicio, aceptar la tesis del excepcionante implicaría negar la prevalencia constitucional ordenada por el artículo 4° y desconocer los

principios que fundamentan la excepción de inconstitucionalidad que ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina, lo que impediría a la administración pública cualquier acción de inexecutable frente a las leyes. En materia tributaria considera el punto “especialmente contundente” por cuanto las situaciones tributarias no generan derechos adquiridos.

En este mismo punto, en el memorial correspondiente se lee:

“Mal pudiera entonces predicarse de este hecho legislativo responsabilidad alguna del Ministerio de Comunicaciones, o un eventual rompimiento del equilibrio económico del contrato, por haberse violentado o cercenado un derecho patrimonial adquirido con la celebración del contrato, como pretende establecerlo el excepcionante. Si el hecho se produjo, y si se admitiera por el tribunal un eventual rompimiento del equilibrio contractual, entonces el mismo sería predicable por igual de las partes del contrato, y el Ministerio de Comunicaciones, en su condición de parte contractual —que no del legislador como lo pretende el excepcionante— estaría plenamente habilitado para demandar el restablecimiento de la ecuación contractual afectada por la ley.

Por otra parte, el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales por medio de la Ley 223 de 1995, eliminó la exención que había concedido anteriormente a todas las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, y no solo a las dedicadas al “servicio de telecomunicaciones y otros servicios esenciales: energía, acueducto, alcantarillado, postales, salud pública”, como lo afirma el excepcionante, determinación adoptada en ejercicio de la facultad impositiva constitucional”.

Para demostrar la improcedencia de las excepciones cuarta, quinta y sexta, la mencionada apoderada afirma que en el supuesto de que se tratara de un contrato regulado por la Ley 80 de 1993, supuesto del que parte la demanda de reconvencción, surge el interrogante relacionado con la razón para afirmar que si procede el reclamo del demandante, a fin de obtener el resarcimiento del Estado en el contrato, y ¿por qué no procede el mismo reclamo hecho por el Ministerio, en el mismo contrato y por la misma causa o sea la expedición de una ley que puede afectar el equilibrio financiero del contrato?

En el criterio de la apoderada, la ley concede a las entidades públicas contratantes el derecho al equilibrio económico de los contratos que celebren, y les impone el deber legal de mantenerlo durante la vida del contrato, para lo cual deberán acudir a las medidas y mecanismos que a tal fin la ley pone a su disposición. Luego de citar los artículos 4º y 27 de la Ley 80 de 1993 y analizar su contenido, concluye en la siguiente forma:

“No son entonces de recibo, los fundamentos que sustentan las excepciones propuestas, puesto que con el solo texto legal se demuestra la competencia y capacidad del Estado contratante para acudir a los mecanismos legales que le permitan restablecer el equilibrio económico de los contratos, cuando el mismo se vea afectado en su contra, por hechos que no le son imputables, tales como el hecho del legislador y la imprevisión” (fls. 209 a 214, cdno. ppal. 1).

#### 4. Pruebas decretadas y practicadas

En la primera audiencia de trámite se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, consistentes en: Respecto de la parte demandante la prueba documental aportada con la demanda y solicitada en la misma oportunidad procesal. Se practicó la prueba pericial solicitada, y el dictamen correspondiente, rendido por los doctores Jorge Torres Lozano y Marceliano Cabrera Escolar es visible en los folios 22 a 51 del cuaderno de pruebas 2. La aclaración y complementación del mismo, realizada a petición de la mencionada parte, se observa en los folios 441 a 446 del cuaderno de pruebas 3.

A solicitud de la parte demandada se decretó prueba documental, así como prueba pericial. El dictamen rendido por los doctores Moisés Rubinstein y Carlos José Espinosa López, obra en los folios 127 a 168 del cuaderno de pruebas 3.

#### 5. Los alegatos de bien probado

En la audiencia practicada con tal fin, tanto las partes como el Ministerio Público presentaron los alegatos de

conclusión, que se sintetizan a continuación, así:

#### 5.1. Alegato presentado por el apoderado de Ocel S.A.

En primer término el mencionado apoderado solicita la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda por considerar que el tribunal asumió competencia para conocer tanto de las pretensiones de la demanda como de las contenidas en la de reconvención y sus respectivas contestaciones.

A renglón seguido pone a consideración del honorable tribunal tres argumentos para que sean tenidos en cuenta necesariamente en el laudo arbitral que ponga fin al presente proceso:

(i) Para el apoderado de la demandante, la Resolución 3672 de 5 de agosto de 1997, “es nula de pleno derecho” (negrilla del texto) porque la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha explicado claramente como el artículo 29 de la Constitución Política “creó una causal de nulidad de carácter constitucional que opera de pleno derecho” al decir en su inciso final “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (negrillas del texto). A su juicio, la norma constitucional armoniza plenamente con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Además, la tesis de que el régimen de nulidad es de la exclusiva órbita del legislador ha quedado atrás desde el año de 1991 “... puesto que no se puede desconocer el texto de la norma constitucional del artículo 29, sin transgredir en forma flagrante todo el orden jurídico”.

(ii) Este segundo argumento apunta a sustentar que el Ministerio incurrió en “vías de hecho” inexcusables por haber actuado por fuera de su competencia, de modo completamente arbitrario e irregular, vulnerando derechos constitucionales fundamentales de las personas. El apoderado afirma que el ministro, en su carácter de responsable del suceso del silencio administrativo positivo que tuvo ocurrencia, no podía revocar directamente el acto presunto por falta de competencia. Considera, además, que el Ministerio pretermitió los procedimientos contemplados por los artículos 2º, 3º, 14, 28, 34, 35, 41, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

(iii) Para la parte demandante es de forzosa aplicación el inciso final del artículo 29 superior, independientemente de cualquier disposición que establezca otra norma de inferior jerarquía, porque el artículo 4º ibídem, zanja cualquier discusión adicional que se pudiera presentar al establecer que “la Constitución es norma de normas”.

En cuanto se refiere a la competencia del honorable tribunal para conocer de las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención presentada por el Ministerio de Comunicaciones, el apoderado afirma que el texto de la cláusula compromisoria contenida en el contrato 05 de 1994 exige como requisito indispensable y previo para someter a la competencia de un Tribunal de Arbitramento “Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato” el hecho de que no hayan podido ser ... resueltas directamente por las partes” (negrillas del texto). No existe prueba en el proceso de que el Ministerio haya siquiera insinuado el tema materia de la demanda de reconvención a Ocel S.A., y mucho menos que haya tratado de resolver directamente la disputa, por lo cual, en su criterio, el tribunal no debe entrar a resolver sobre la contrademanda, por falta de competencia.

En el escrito que ocupa la atención del tribunal, el apoderado manifiesta su inconformidad con la tesis de que “a la jurisdicción arbitral le está vedado conocer de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos proferidos por la administración en ejecución de un contrato y por contera de las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido”, tesis sentada en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado. A su juicio, teniendo en cuenta que los actos administrativos son simplemente “una manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos” no entiende cuáles controversias podrían resolver los tribunales de arbitramento. Sobre el particular, en el correspondiente escrito, se lee:

“¿Serán solamente aquellas en las cuales que (sic) la administración no se ha pronunciado?, ¿no ha controvertido la posición del particular?, ¿no ha proferido un acto administrativo? Esta interpretación sería un completo contrasentido y definitivamente se espera que no sienta jurisprudencia, ya que de hacer carrera dicha tesis, se llegaría a la conclusión de que la jurisdicción arbitral no puede conocer de controversias derivadas de un contrato administrativo, pues no se entiende cuáles “controversias” pueden surgir en desarrollo de los mencionados

contratos, sin que la administración haya manifestado su voluntad de “controversia” mediante la expedición de un acto administrativo”.

A manera de conclusión, el apoderado afirma que la tesis que critica haría nugatorios los efectos de las cláusulas compromisorias, porque a la administración le bastaría expedir un acto administrativo en desarrollo de cualquier controversia surgida, para enervar los efectos de dichas cláusulas.

Bajo el numeral 2º del escrito de alegaciones, el apoderado de la parte demandante considera plenamente demostrados a través del proceso los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda y que enlista en forma pormenorizada.

En el numeral siguiente (3) se lee una crítica a la contestación de la demanda por parte del Ministerio de Comunicaciones, sobre los siguientes aspectos:

“Que la forma en que el Ministerio de Comunicaciones intentó revocar el acto positivo presunto protocolizado por Ocel, es una pretendida “vía de hecho” y que el acto administrativo de revocatoria directa, proferido por el Ministerio de Comunicaciones, se encuentra revestido de presunción de legalidad”.

En este punto el apoderado recuerda que en la demanda no se solicita la declaratoria de inexistencia del acto administrativo expreso de revocatoria directa, porque esa petición es innecesaria, ya que ese fenómeno no requiere declaración judicial, como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional. Tampoco ha solicitado la declaratoria de nulidad del dicho acto administrativo, sino que simplemente se insinúa. Que cuando en la contestación de la demanda se afirma que constituye “argucia procesal” de Ocel la solicitud de que se declare la firmeza del acto administrativo presunto positivo por no querer entrar a debatir “el fondo del asunto”, se está faltando a la verdad porque fue la administración la que asumió el “debate de fondo” durante la vía gubernativa. Las argumentaciones siguientes están orientadas a controvertir la posición del ministerio que a su juicio “intenta desconocer el fenómeno de la inexistencia de los actos administrativos cuando se producen por “vías de hecho” no obstante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional”.

Otro aspecto que analiza el alegato de conclusiones es el relativo a la posición del ministerio en el sentido de que “... el contrato de concesión 05 de 1994 “no es contrato de concesión de servicio público típico” y como consecuencia, no le son aplicables los artículos 25, numeral 16 y 27 de la Ley 80 de 1993”.

Para la parte demandante el mencionado contrato, el trámite de la licitación pública 046 de 1993 que le dio origen, sus requisitos, procedimientos y términos sí están sujetos a las disposiciones previstas por la Ley 80 de 1993, sin que el legislador haya hecho excepción alguna, y no existe razón de hecho, ni de derecho, para pensar que excluye los artículos 25, numeral 16 y 27 de ella. Además, el Decreto 2041 de 1998 en su artículo 9º estableció que los operadores de servicios de telecomunicaciones “tienen derecho a que se les mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, siempre y cuando cumplan con las contraprestaciones a las cuales se obligaron” (las negrillas son del texto). Por tanto, sostener que al contrato de concesión 05 de 1994, no le son aplicables las normas que consagran el silencio administrativo positivo es atentar “... contra el simple tenor literal de las normas ...”.

A continuación hace consideraciones sobre las condiciones que el artículo 25 numeral 16 de la mencionada Ley 80 establece para la existencia del silencio administrativo positivo, cuyo tenor considera claro dentro del marco del artículo 27 del Código Civil, y que aplicados al caso concreto le permiten concluir afirmando que “No cabe duda que a mi representada le asistía y le asiste el derecho de mantener inalterada la ecuación económica de su contrato, en caso de que esta se viera perturbada por un hecho no imputable a ella, y en consecuencia, a solicitar su restablecimiento, como en efecto lo hizo. Si su petición no se resolvió en el término perentorio establecido por la Ley 80 de 1993, artículo 25-16, se debe entender favorablemente resuelta, a la luz de lo establecido por el artículo 9º mencionado”.

El argumento de que “...no es procedente predicar la alteración del equilibrio económico del contrato de concesión 05 de 1994, por tratarse de un contrato aleatorio, y menos por vía de la eliminación de una exención tributaria” lo replica afirmando, con base en el artículo 1498 del Código Civil y doctrina que “En el contrato de concesión 5 de

1994, las prestaciones de las partes estaban previamente determinadas desde el momento mismo de su firma, y no cabe duda de que las partes las miraron como equivalentes al momento de contratar y en ningún caso sujetas al “azar” como ahora lo pretende el Ministerio”. En la misma dirección afirma que de la cláusula primera contractual se deduce, sin lugar a dudas, la conmutatividad de las obligaciones contractuales. En el mismo sentido las cláusulas tercera, cuarta, decimotercera, sexta, las que analiza detenidamente.

Con relación al punto de las tarifas que se cobran a los usuarios por la prestación del servicio, considera necesario decir que conforme a la Ley 142 de 1994, artículo 73.20 es función de las comisiones de regulación, determinar de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada de tarifas o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación. En desarrollo de este precepto legal, mediante la Resolución 87 de 1997, la Comisión de Regulación de Tarifas, establece que las tarifas para los abonados del servicio de telefonía móvil celular, serán fijas libremente por los operadores del servicio. Sin embargo, analiza pormenorizadamente, las razones por las cuales no puede aceptar el argumento simplista “que raya en lo temerario” de que el contratista estaría en capacidad de trasladarle al usuario cualquier sobreprecio inesperado que implique la prestación del servicio.

A manera de conclusión en el alegato final se lee que “Queda de esta forma demostrado cómo el contrato de concesión 05 de 1994, no es aleatorio ya que no era imposible, para las partes estimar, desde el primer momento, una o más de las prestaciones que produce, ni estas dependen del azar, “casualidad, caso fortuito o desgracia imprevista” puesto que ninguna de dichas descripciones se ajusta a las proyecciones económicas y financieras del contrato, ni a la eliminación de la exención de pago del impuesto de renta y complementarios por vía legal”.

Sobre la posibilidad de buscar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se remite a las argumentaciones anteriores apoyadas en que al contrato le son aplicables los artículos 27 de la Ley 80 de 1993 y el 9° del Decreto 2041 de 1998. Resalta el hecho de que el Ministerio en su demanda de reconvención reconoce expresamente sus argumentos porque no de otra manera se entiende que esté solicitando por su parte, la declaración de ruptura del equilibrio económico del mismo contrato de concesión por un “hecho del príncipe”.

Finalmente, quiere resaltar que en la demanda no se está solicitando una exención en beneficio de Ocel relacionada con el pago del impuesto de renta y complementarios, ni se está discutiendo la capacidad del legislador de modificar las normas en materia tributaria, sino simplemente solicitando que el Ministerio, como contratante cumpla con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Tampoco se está pidiendo una indemnización de perjuicios, sino el reembolso de un sobre costo, plenamente demostrado en el proceso con el dictamen pericial solicitado, que afecta su rentabilidad en el negocio, alterando la ecuación económica del contrato de concesión.

En cuanto a la oposición que formula a las pretensiones de la demanda de reconvención y a la solicitud de la prosperidad de todas y cada una de las excepciones formuladas a ella, el escrito de alegaciones finales hace afirmaciones en el sentido de considerar que el Ministerio al hacer la sustentación jurídica de ellas, confiesa la plena aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 al contrato 05 de 1994. Considera que no es “jurídico, legal o leal” la particular circunstancia de que el Ministerio le endilgue al artículo 4° de la Ley 422 de 1998, el carácter de hecho no imputable “a quien dizque resultó afectado” al intentar encajar ese hecho en la teoría del “hecho del príncipe” por parte del mismo “príncipe”.

A manera de conclusión el apoderado de Ocel solicita la atención de las pretensiones de la demanda principal y, como consecuencia, que se condene a la demandada a restablecer el equilibrio económico del contrato 05 de 1994, conforme a la fórmula propuesta en el silencio administrativo positivo presunto. Que se rechacen las pretensiones de la demanda de reconvención y se declare la prosperidad de las excepciones propuestas, así como la condena a pagar los costos de la instalación y funcionamiento del tribunal y las agencias en derecho (fls. 326 a 357 cdno. ppal. 2).

## 5.2. Alegato presentado por la apoderada de La Nación - Ministerio de Comunicaciones

En primer término, en el escrito de alegaciones se reiteran todos y cada uno de los planteamientos, análisis y argumentos, tanto de hecho como de derecho consignados en la contestación de la demanda, por considerar que no fueron desvirtuados en el proceso. Expresa su oposición expresa al reconocimiento de las pretensiones de la parte

actora, así como la oposición al “pedimento previo” formulado por la misma parte. También se hacen consideraciones relativas a la incompetencia del honorable tribunal para conocer y decidir sobre las pretensiones de la demanda.

En esta oportunidad procesal la mencionada apoderada presenta una breve síntesis de los argumentos presentados desde la contestación de la demanda, en el siguiente orden:

Frente a las pretensiones de la demanda considera su improcedencia porque los hechos en que se fundamenta, “...no constituyen ni podrían constituir sustento o fundamento legal válido”.

En cuanto a “la “inexistencia” de los actos administrativos y la pretendida “vía de hecho” del Ministerio de Comunicaciones al revocar el silencio administrativo positivo, que pretende hacer valer el demandante como supuesto esencial de sus pretensiones, son temas que escapan a la competencia y, por ende, al conocimiento del Tribunal de Arbitramento por las razones de derecho consignadas en la contestación de la demanda”.

Para esta parte, el honorable Tribunal de Arbitramento carece de capacidad y de competencia para juzgar la legalidad de la Resolución 3672 de 1997, así como para la declaratoria de inexistencia de la misma que solicita la parte demandante, y como no existe acción alguna para declarar la “inexistencia”, el honorable tribunal, en el supuesto de que asumiera competencia para pronunciarse sobre la dicha pretensión, “...deberá hacerlo por la vía del análisis y control de legalidad de la actuación administrativa para establecer la procedencia o improcedencia de declarar su nulidad, lo que, como ya se demostró, escapa al ámbito de su competencia”. En consecuencia el acto rige y regirá, con fuerza ejecutoria, hasta que sea anulado por la jurisdicción competente.

La “vía de hecho” que se alega en la demanda, a su juicio, nunca se configuró, porque la administración actuó en ejercicio de sus legítimas competencias y con el lleno de los requisitos que gobiernan su actuación, para producir el acto administrativo expreso, que produce plenos efectos jurídicos de conformidad con la ley. Según su dicho, la única realidad predicable en el proceso es “La inexistencia, sí, pero del pretendido silencio administrativo positivo”.

Agrega, con base en recientes jurisprudencias del Consejo de Estado y arbitral, que mediante la configuración del silencio administrativo positivo, no pueden adquirirse derechos contrarios a la ley.

El Ministerio también considera que el objeto del contrato de concesión 05 de 1994 es la utilización del espectro electromagnético por cuenta y riesgo del empresario y, por lo mismo, no pueden derivarse de él prestaciones o restablecimientos propios de los contratos conmutativos.

Según se lee en el escrito de alegaciones finales, y de acuerdo con la definición y regulación de la Ley 37 de 1993, la prestación de la telefonía móvil celular ha sido únicamente concebida por el legislador mediante la asignación por el Estado y la utilización por el prestador del servicio autorizado, del espectro electromagnético a través de las frecuencias reservadas a este efecto. No se trata de un contrato de concesión de servicios públicos, sino de una autorización, permiso o licencia para el uso exclusivo de la franja de espectro reservada a la prestación de un servicio público de telecomunicaciones determinado, el cual se define y tipifica precisamente por la asignación del espectro electromagnético que constituye su elemento esencial y determinante.

Como consecuencia, para la apoderada de la parte demandada “...no podrá predicarse la obligación de restablecimiento de equilibrio de la ecuación económica propia de los contratos conmutativos con equivalencias prestacionales, de una concesión —permiso o licencia para la explotación de un bien público de uso público —el espectro electromagnético— por cuenta y riesgo del titular de la licencia: El operador de telefonía móvil celular”.

En el punto relativo a “...fundamento para formular pretensiones de equilibrio contractual”, en el escrito final se afirma que no podrá el concesionario de un permiso de explotación de un bien público —el espectro electromagnético— invocar desequilibrio contractual derivado del “hecho del príncipe”, por el poder impositivo del Estado. Luego de consignar su punto de vista sobre el particular, la apoderada del ministerio concluye así: “...el principio del equilibrio financiero, en este contexto, no es predicable de un impuesto cuyo objeto no es el contrato, sino el agente económico independientemente considerado, cualquiera que sea la actividad económica que desarrolle. El equilibrio económico del contrato, como lo tiene claramente establecido la propia ley, la doctrina y la

jurisprudencia, se refiere concretamente a la economía del contrato mismo; a la ecuación contractual que las partes definieron al suscribir el contrato y con base en la cual quedaron determinadas las contraprestaciones pactadas; pero no cubre a las cargas impositivas del contratista independientes o ajenas a la celebración y ejecución del contrato ya la actividad que constituye su objeto”.

En el alegato se reiteran, además, todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención, con argumentos que llevan a la apoderada a concluir que las alegaciones de la otra parte sobre la culpa del ministerio en el cambio de régimen sobre reversión de la infraestructura del servicio de telefonía móvil celular, carecen de fundamento en la realidad. Las modificaciones introducidas por el cuerpo legislativo al proyecto presentado por el Ministerio son la causa y origen de dicho cambio, el cual alteró fundamentalmente el equilibrio del contrato celebrado.

### 5.3. Alegato presentado por la señora procuradora segunda judicial administrativa

El Ministerio Público solicitó la denegatoria tanto de las pretensiones de la demanda principal como las de la demanda de reconvención, con base en los siguientes planteamientos:

Al analizar la que llama primera petición del demandante, tendiente a obtener la nulidad absoluta de la Resolución 3672 de 1997, revocatoria del acto presunto positivo, la procuraduría sostiene la incompetencia del tribunal porque la jurisdicción contencioso administrativa, de creación constitucional, es la titular de la competencia exclusiva para el juzgamiento de los actos administrativos, competencia que es intransferible a los árbitros de un Tribunal de Arbitramento, quienes, por voluntad de las partes, son investidos transitoriamente de autoridad jurisdiccional.

En cuanto a los “Mayores costos del contrato de concesión 05 de 1994”, la señora agente del Ministerio Público considera, de acuerdo con la apoderada de la parte demandada, que el contrato de concesión de telefonía móvil celular no es un contrato de concesión de servicios públicos necesarios, sino que constituye una concesión de una licencia o permiso de utilización del espectro electromagnético, que es un bien de uso público. En consecuencia, no se traba una relación contractual entre el particular concesionario y el Estado concedente, no se configura un contrato conmutativo, sino que se trata de un mero permiso de explotación particular en beneficio de la comunidad, que no permite la reclamación del equilibrio financiero, toda vez que el concesionario es el único responsable del manejo y explotación económica del bien de propiedad del Estado, que se le ha entregado a cambio de un pago, que no tiene relación con las utilidades que se obtengan de su utilización o explotación.

En relación con la imposición de un gravamen tributario que afecte las utilidades de la concesión de la utilización del bien público para la prestación de un servicio público opcional, no puede aplicarse el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Este hecho no puede considerarse como un elemento inherente al contrato, que al modificarse, produzca una causal de enriquecimiento en beneficio de la entidad contratante o una modificación sustancial en las obligaciones del contratista que le ocasione un menoscabo económico.

Luego de analizar los requisitos para que sea procedente la aplicación del principio del equilibrio de la ecuación contractual, el Ministerio Público llega a la siguiente conclusión:

“En este orden de ideas los costos adicionales que puedan presentarse en el negocio de explotación del bien, son de riesgo y cuenta del concesionario. Pero además, en el caso concreto de la imposición de un impuesto que pueda ocurrir durante la explotación económica que el concesionario esté haciendo del bien del Estado autorizado, mediante el contrato, no constituye ningún costo de la negociación, sino que es un costo adicional para la sociedad por su existencia independiente de los negocios propios de su objeto de creación.

En conclusión el impuesto de renta y complementarios no tiene ninguna relación con los contratos de concesión de uso del espectro radioeléctrico para la telefonía celular y por lo tanto en el presente caso no está obligado el Ministerio de Comunicaciones a reconocer el desequilibrio contractual solicitado en la demanda”.

Cumplido el trámite procesal, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede a resolver, previas las siguientes,

Consideraciones:



## 1. Competencia del tribunal

En la contestación de la demanda, la apoderada de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, después de transcribir abundante orientación jurisprudencial y doctrinaria sobre la materia afirma que: “No existe acción procesal alguna que le permita al Tribunal de Arbitramento declarar la “inexistencia” de la Resolución 3672 de 1997 ... es claro que los actos administrativos cuyo desconocimiento propone el actor, gozan de la presunción de legalidad propia de todos los actos de la administración y, por lo mismo, producirán todos sus efectos hasta tanto la autoridad competente (jurisdicción contencioso administrativa) haga un pronunciamiento sobre su ilegalidad ... De esta forma, si lo que pretende el demandante es controvertir la presunción de legalidad que ampara la Resolución 3672/1997, deberá necesariamente acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo e incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que en este punto proceda por mi parte pronunciamiento alguno en relación con la caducidad misma de la acción”.

En la primera audiencia de trámite, que tuvo lugar el día 24 de enero del año en curso, el tribunal se ocupó de la problemática relacionada con su competencia para conocer del presente conflicto de intereses, y decidió asumirla, por las razones que se precisan en tal proveído. De ellas destacamos ahora, la que tiene que ver con el derecho fundamental de toda persona para acceder a la administración de justicia (art. 229 de la Constitución Política), filosofía que obliga al juez, y, por ende también a los árbitros, a permitir que las partes puedan, *ab initio*, acceder “...a la jurisdicción, sin que de tal comportamiento pueda inferirse que todas sus pretensiones serán despachadas favorablemente...”, como se lee en el citado auto.

En el momento de proferir el laudo, el tribunal considera que la anterior orientación jurídica es sana, pues impide que, gracias a una calistenia jurídica forzada, se haga nugatoria la cláusula compromisoria. Por lo demás, el derecho es ciencia viva, que suele recibir, en cualquier momento, cambios e impulsos jurídicos renovadores, a la luz del constitucionalismo moderno, de la ley y el derecho. Por existir tales posibilidades, la tesis que en un momento dado es de recibo, en el mundo jurídico, en otro instante puede cambiar, ora por la formación misma que tienen los nuevos magistrados, no siempre pertenecientes a una misma escuela del pensamiento jurídico, ora por reformas legales, que pueden presentarse mientras el proceso o el trámite arbitral está en curso.

Hechas las anteriores precisiones, el tribunal define ahora que no es competente para conocer del universo jurídico que tienen los actos administrativos, como se precisará más adelante, pues el artículo 116 de la Carta y la ley que lo desarrolla no pueden interpretarse, en forma tan laxa, que lleve a concluir que la función de administrar justicia puede quedar, en forma total, en poder de los árbitros. Las partes que suscriben una cláusula compromisoria, tienen la facultad o derecho subjetivo, para disponer de un interés económico privado. Los árbitros solo pueden recibir de ellas amplias facultades para decidir en el campo patrimonial, en ningún caso en la órbita que pueda comprometer el poder del Estado, el interés público.

En otras palabras: los poderes de control y dirección que tiene la administración, no pueden ser desnaturalizados a través de la decisión arbitral, como tampoco les es permitido a los jueces ordinarios cambiarlos o desnaturalizarlos. Sobre la materia se volverá más adelante, para recordar cómo el honorable Consejo de Estado, en forma muy reciente, ha avalado la tesis anterior.

Dentro del marco jurídico que se deja expuesto, el tribunal entra a considerar y fallar, pero solo respecto de las pretensiones que tienen contenido estrictamente patrimonial, y que estén desvinculadas de pronunciamientos previos sobre la legalidad o no de actos administrativos, respecto de los cuales no tiene competencia.

## 2. Pretensiones principales de la demanda

La demanda pretende que se declare que existe un acto administrativo ficto o presunto como consecuencia de haber operado el silencio administrativo positivo de acuerdo con lo consagrado en el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, en relación con la solicitud formulada por Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., en su escrito del 21 de abril de 1997, protocolizado mediante escritura pública N° 2141, otorgada el 25 de julio de 1997 ante el notario tercero del Círculo de Medellín.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare que la Nación - Ministerio de Comunicaciones debe

reconocer y pagar los mayores costos que ha debido, debe y deberá asumir Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., como consecuencia del cambio sustancial en el régimen de impuesto de renta y complementarios vigente en la fecha de la presentación de la propuesta y en la de celebración del contrato.

En relación con esta pretensión de la convocante se encuentra que por Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, que obra a folio 334 del cuaderno de pruebas 1, el señor ministro de comunicaciones determinó: “Revocar el acto administrativo presunto protocolizado por escritura pública N° 2141 del 25 de julio de 1997, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Medellín” y, como consecuencia de ello, dispuso: “Ordenar la cancelación de la escritura pública mencionada anteriormente”.

En la medida en que existe una resolución proferida por el señor ministro de comunicaciones cuyo objeto es el de revocar un acto presunto que se afirma surgió de la omisión por parte del Ministerio de Comunicaciones de responder una solicitud del contratista, no podría en principio el tribunal entrar a reconocer y darle eficacia a dicho acto presunto —si es que el mismo existió— a menos que pudiera concluir que la mencionada resolución no constituye un acto administrativo.

Lo anterior implica, por consiguiente, determinar si puede considerarse que hay inexistencia o vía de hecho respecto de la Resolución 3672 de 1997, o si en la medida en que ha sido presentada como prueba de la revocatoria directa, del silencio administrativo positivo, es nula de pleno derecho por haber sido obtenida con violación del debido proceso.

Así las cosas, el tribunal considera necesario examinar, en primer lugar, la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, los principios que rigen la vía de hecho y la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso para determinar si los mismos son aplicables respecto de la resolución mencionada.

## 2.1. La inexistencia de los actos administrativos

La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos comienza su desarrollo en el siglo pasado. Según la mayoría de la doctrina su génesis comenzó en el ámbito de la nulidad matrimonial, y fue propuesta por Zachariae para el evento del matrimonio de personas del mismo sexo, habida cuenta que el Código Civil francés no consagra la nulidad del matrimonio en dichos casos y el principio tradicional en materia de nulidades matrimoniales consiste en señalar que solo son causales de ella las consagradas por la ley, tal y como lo establece entre nosotros el artículo 16 de la Ley 57 de 1887. Otros, por el contrario, consideran que sus raíces son más antiguas e incluso que la inexistencia ya se encontraba expuesta en las obras de Pothier.

La doctrina del derecho civil contemporánea ha discutido mucho la utilidad de la teoría de la inexistencia frente a la nulidad. Algunos la rechazan (por ejemplo, Weill y Terré. *Droit Civil. Dalloz. Les Obligations*, N° 291. París 1980. Ghestin *Traité de Droit Civil Français. Le Contrat*. París. 1980, N° 739) <sup>(1)</sup> señalando que ella: a) es incierta, porque no hay acuerdo sobre los casos de inexistencia; b) es ilógica, porque la inexistencia supone que no se ha podido probar la manifestación de voluntad, pero si se prueba la misma, lo que hay que determinar es si se reúnen las condiciones de fondo y de forma requeridas; y, c) es inútil, porque no hay un verdadero interés práctico en la distinción, pues las consecuencias de la inexistencia son las de la nulidad absoluta y si hay discusión sobre el acto jurídico será en todo caso necesario acudir a un juez para que la dirima.

Otros aceptan la inexistencia (por ejemplo, Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo XII, pág. 587 y ss. Guillermo Ospina Fernández. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, pág. 438 y ss. Alberto Tamayo Lombana. *Manual de Obligaciones*. Temis, pág. 234 y ss., y Ricardo Oribe Holguín. *Cincuenta Breves Ensayos de Obligaciones y Contratos*, nums. 24 y 25).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en materia civil ha considerado tradicionalmente que los eventos que podrían calificarse de inexistencia deben ser tratados como nulidad absoluta (ver en tal sentido por ejemplo, las Sents. de sep. 15/43, G. J., t. 56, pág. 125, y de abr. 27/81).

De otro lado, el artículo 898 del Código de Comercio consagra la inexistencia y prevé que un negocio jurídico será inexistente “cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

Agrega el artículo 897 del mismo estatuto que cuando en ese “Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

Como se puede apreciar, en el ámbito del derecho privado, a pesar de las dudas de parte de la doctrina y de la posición de la jurisprudencia, el ordenamiento positivo ha reconocido la inexistencia.

Ahora bien, ¿cuál es el tratamiento que debe darse a la inexistencia en relación con los actos administrativos?

En primer lugar, como lo señala De Laubadère (*Traité de Droit Administratif*. T. I, N° 276. LGDJ. París 1984), en el derecho administrativo francés el interés esencial de la noción de inexistencia se ubica en el terreno de lo contencioso; pues consiste, de una parte, en reconocer a los tribunales de una u otra jurisdicción (administrativa o judicial) competencia para constatar la inexistencia; y de otra parte, permite la anulación de actos inexistentes una vez que ha transcurrido el plazo de los recursos contenciosos y se evita de este modo que puedan consolidarse situaciones nacidas de actos groseramente irregulares. De esta manera, según esta concepción, en materia administrativa la teoría de la inexistencia permitiría a un juez distinto al contencioso administrativo desconocer un “acto administrativo”.

Ahora bien, el concepto de inexistencia en materia administrativa ha sido aceptado por algunos doctrinantes y rechazado por otros.

Entre los que rechazan la teoría de la inexistencia se encuentran aquellos que consideran que los problemas a los cuales ella responde deben ser tratados a través del concepto de la vía de hecho y los que consideran que realmente estos supuestos se deben tratar como eventos de nulidad del acto administrativo.

Entre los que la aceptan, se puede destacar De Laubadère quien afirma que el Consejo de Estado Francés reconoce la teoría de la inexistencia, con las dos consecuencias mencionadas y señala (ob. cit. N° 577) que ella opera: cuando el acto es materialmente (o literalmente) inexistente, es decir no presenta más que una apariencia y no ha sido efectivamente realizado (C.E. ene. 26/51, Galy S. 1951, 3, 52, concl. Odent); cuando existe un grado de gravedad de la irregularidad, lo cual ocurre principalmente respecto de los actos afectados de pura usurpación de funciones o de intromisión sobre las atribuciones de otro orden (Rosan Girard: intromisión de una autoridad administrativa en las atribuciones de un juez en relación con una elección), y también en el caso de los actos que se puede considerar que no se vinculan a ningún poder de la administración porque “no están previstos en ninguna disposición legislativa o reglamentaria” (C.E. ene. 10/1908, Lgouez 9, T. 6, jun. 27/66, Guigon, precitado; cf. Weil D. 1958, chron, pág. 49).

George Vedel y Pierre Devolvé (*Droit Administratif*, PUF, 1982) señalan que existen los actos absolutamente inexistentes, que son los que han sido adoptados por un funcionario que no tenía la calidad de autoridad o agente público. Entre otras consecuencias dicha calificación implica que la inexistencia puede ser constatada por toda autoridad administrativa o por cualquier jurisdicción. Agregan que existen los actos cuasi inexistentes que son los actos afectados de una irregularidad grosera o actos que el legislador ha declarado nulos y de efectos nulos. Estos actos señala Vedel son considerados como inexistentes por el Consejo de Estado Francés.

Stassinopoulos (*Traité des Actes Administratifs*, LGDS 1973, pág. 112) se refiere a la inexistencia de los actos administrativos cuando los mismos se adoptan por fuera de toda competencia administrativa o por fuera de la competencia del grupo de servicios a los cuales pertenece el autor del acto. Los actos del usurpador son inexistentes (ob. cit. pág. 113). Lo anterior sin perjuicio de los actos del funcionario de hecho, que es quien tiene una investidura plausible (pág. 114).

En derecho español Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Civitas, 1993, pág. 588) señalan que se debe distinguir entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad y agregan que se puede reconocer el concepto de inexistencia. “El acto inexistente no es que sea inválido, sino que carece de los requisitos necesarios para ser considerado como un acto propiamente dicho. Le falta incluso la propia apariencia de acto: la orden que cese la lluvia, una pena de muerte impuesta por un alcalde, un decreto dictado por un particular, etc.”.

Agregan que “el acto inexistente, que carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene por qué beneficiarse de la

presunción de legalidad que se predica en general de todos los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido; no cabe asignar a estos la carga de la impugnación; puede, en fin, ser eliminado por la administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne”.

Advierten en todo caso, que la administración puede mediante su privilegio de acción de oficio, imponer por la fuerza los efectos del acto, es decir, la sanción que acompaña a la orden. “En este caso, desde el momento en que se están produciendo efectos, el comportamiento del particular no puede ser simplemente pasivo, sino que tendrá que impugnar el acto con el fin de frenar su eficacia. Su situación será entonces la misma que si el acto, en lugar de inexistente se califica de nulo de pleno derecho”. Por ello concluyen que “La interferencia de estos poderes exorbitantes de la administración limita las posibilidades inherentes al concepto de inexistencia en el derecho privado y obliga a reducir la categoría de acto inexistente refiriéndose a aquellos actos que no solo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por si mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Estos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material —y, por supuesto, jurídico— alguno”.

Adicionalmente, José Antonio García Trevijano y Fos en su obra “Los actos administrativos” (2ª ed. Civitas, 1991), después de señalar que la ley española distingue nulidad absoluta y anulabilidad, expresa (pág. 388) que puede hablarse de inexistencia en el caso de omisión de alguna de las fases que integran el proceso de formación de los actos de los órganos colegiados. También señala que puede hablarse de acto inexistente en otro supuesto: cuando se produce una vía de hecho, aunque considera que esta asimilación no es conveniente.

Por su parte el doctor Hernán Guillermo Aldana en un estudio sobre la inexistencia (Inexistencia, ineficacia y nulidad de los actos administrativos. Revista de la Cámara de Comercio 22 de marzo de 1976, pág. 82) señala que la inexistencia ocurre “cuando faltan a los actos administrativos elementos esenciales, sea la voluntad o la competencia legal para integrarse válidamente ante el derecho”. Agrega que el reconocimiento de la inexistencia debe ser obra del poder judicial.

Otros autores se oponen a la teoría de la inexistencia desde varios puntos de vista.

De una parte, hay autores como Fiorini (Derecho Administrativo. Ed Abeledo-Perrot. 2ª ed. 1995, t. I, pág. 473) quien manifiesta que “Todas las disquisiciones que se han hecho en nuestra opinión, se encuentran fuera de la realidad jurídica, pues a poco que se ahonde se termina por ubicar a estos actos en los de broma; a los actos imposibles por absurdos, para caer al final en los actos de los usurpadores y no se comprende entonces para qué se hacen tantas consideraciones sobre el particular”. Sin embargo, reconoce que dicha distinción tiene alguna importancia en el derecho francés por la caducidad de los recursos contenciosos, pues de otra manera actos no recurridos aparecerían recibiendo su legitimación a pesar de su absurdidad. Por esta razón se instituyó su descalificación por la vía de hecho. Esta clase de actos no existen como objetos jurídicos, aunque tienen existencia como simples cosas o hechos materiales, es decir lo no jurídico. La expresión *voie de fait* salva la discusión bizantina que ignora que el acto jurídico solo puede tener existencia en el mundo de la conducta debida y que siempre, necesariamente siempre, proviene de normas. Nadie puede desconocer la presencia de hechos exteriores, materiales, que se denominan actos inexistentes, pero cuya eliminación del mundo al que no pudieron adscribirse, se realiza en idéntica forma que los llamados actos de nulidad plena o de nulidad absoluta o actos prohibidos”.

Otros autores consideran que el concepto de inexistencia debe vincularse al concepto de vía de hecho. Es el caso, por ejemplo de Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, t. II, 38 ed. 1992, pág. 492), quien expresa que la teoría de la inexistencia debe ser rechazada “debiéndosela reemplazar por otra noción más lógica y adecuada para resolver los respectivos problemas. Esta noción es la atinente a la “vía de hecho administrativa””. Agrega (ob. cit. pág. 494) que “Lo que desea expresarse con la ilógica locución “acto inexistente” no es otra cosa que la “vía de hecho” administrativa, la flagrante, manifiesta, grosera y grave violación de la legalidad; “vía de hecho” caracterizada por la imposibilidad de conectarla o vincularla a la aplicación de un texto legal válido (ley “formal” o “material”) que sirve de fundamento positivo a la pretensión o conducta trasuntada en la “vía de hecho””.

Expresa que el “El objetivo esencial que se persigue con la teoría del “acto inexistente” es el atribuirles a los tribunales judiciales el conocimiento de la invalidez de los pertinentes actos administrativos, ya que estos últimos; en el sistema francés —cuna de la teoría de la inexistencia— escapan a tal jurisdicción. Pero es de advertir que ese

objetivo básico también se logra con la teoría de la “vía de hecho administrativa”.

Finalmente, otro grupo de autores consideran que la teoría de la inexistencia solo es aplicable para el evento en que el acto no ha sido expedido, porque en los demás casos se trata de un problema de validez del mismo. En tal sentido señala Jaime Orlando Santofimio (Tratado de Derecho Administrativo, t. II, Universidad Externado de Colombia. 3ª ed. 1998, pág. 323) que el acto inexistente es el que no ha nacido a la vida jurídica, que no es acto. Agrega, que se está frente a un evento de inexistencia en los casos en que la decisión de la administración aún no ha sido adoptada. Por el contrario, cuando se observan anormalidades en los elementos esenciales del acto, debe operar la teoría de la nulidad.

Por su parte nuestro Consejo de Estado se ha referido a la inexistencia en algunos casos.

Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de septiembre de 1959 (Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, t. 75, págs. 1 y ss. Consejero ponente: Andrés Augusto Fernández M.), en la cual el honorable Consejo de Estado consideró inexistente un acto expedido por un consejo que no tenía el carácter de entidad administrativa, citó abundante doctrina y en particular a Sarria y Jeze, señalando:

“La falta de competencia o de manifestación de voluntad en el agente público causa la inexistencia del acto: se tendrá por no sucedido e incapaz de producir efecto jurídico alguno. La inexistencia puede alegarse por vía de acción o por vía de excepción, en cualquier tiempo; la falta no podrá ser convalidada ni desaparecerá con la ratificación o prescripción. El fallo respectivo, acto jurisdiccional, así debe declararlo”.

Así mismo, en auto del 18 de febrero de 1960 (Anales, t. 62, págs. 800 y 801, honorable C.P. Pedro Gómez) se expresó:

“El profesor Manuel María Díez en su obra “El acto administrativo” (Buenos Aires 1956, pág. 311) señala que para que un acto sea considerado tal debe contener los elementos que hacen a la existencia o inexistencia del mismo. Tales son el sujeto, el objeto y la forma. La falta de cualquiera de estos elementos esenciales trae aparejada la ausencia del mismo acto. En estos supuestos el acto no ha nacido, precisamente por falta de sus elementos esenciales. Distinta es la situación el supuesto de que hubiere vicios, defectos de forma, etc. En estos casos el acto habría nacido aunque afectado por un vicio que podría dar lugar a su invalidez...”.

“Pero hay actos que para formarse requieren la realización de un determinado procedimiento, y son imperfectos mientras no se ha cumplido la totalidad de él. Es este, cabalmente el caso del acto acusado, hasta donde lo demuestran las probanzas allegadas ...

“(…)”.

“En el caso presente, el acto irregular o inexistente tiene una vigencia aparente que hace necesario pronunciarse sobre él”.

En sentencia del 25 de septiembre de 1961 (Anales, T. 63, pág. 251), el Consejo de Estado declaró:

“La noción de acto inexistente conlleva la idea de una agresión tan grosera y brutal al orden jurídico que desborda todos los límites de la legalidad. Toca la esencia misma de la organización y del sistema administrativo, y generalmente es la resultante de una usurpación de poderes y atribuciones o de la omisión de formas sustanciales en la expedición del ordenamiento. Más que la violación del derecho, esos actos implican la negación de todo derecho. Carecen de toda fuerza jurídica. Son simplemente inexistentes. Como ejemplos típicos, se citan ordinariamente los proferidos, con pretensiones de providencias administrativas, por personas particulares o por agrupaciones que no tienen el carácter de corporaciones públicas. Pero una decisión expedida por funcionario competente, previo el cumplimiento de todas las formalidades legales, no puede motejarse de acto inexistente; el juzgado no pretendió semejante cosa, ni podía pretenderla porque no hay actos parcialmente inexistentes y parcialmente existentes”.

En sentencia del 24 de octubre de 1968 (honorables Cons. Nemesio Camacho Rueda, Anales, T. 75, 419, pág. 149) se dijo:

“... de modo que si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento establecido, se está en presencia de un acto nulo, pero no inexistente ...”.

Conviene igualmente citar el salvamento de voto de los honorables consejeros Juan Hernández y Miguel Lleras a la sentencia del 29 de julio de 1974, en el cual se señaló que:

“... Estos actos que se pronuncian sin siquiera apariencia formal de competencia son tan nulos que algunos doctrinantes los apellidan inexistentes, con lo que no pretenden indicar que no existan, porque ahí están, por lo menos son un hecho. A lo que aspira esta nomenclatura es a poner de presente que para el derecho tales actos no existen o no deben subsistir si hay peligro y, con propiedad, no pueden denominarse acto administrativo así los haya pronunciado un agente de la administración pública” (Anales, T. 87, 443, pág. 351).

En sentencia del 19 de mayo de 1975 (Anales, t. 88, pág. 301, honorable C.P. Carlos Portocarrero Mutis), el Consejo de Estado expresó:

“...En derecho administrativo podría pensarse que el acto inexistente “no existe”, solo las providencias de las personas que sin la correspondiente investidura se arrojan el poder del Estado producen tal figura jurídica, más por lo groseras e inanes, sus efectos y la falta de medios coercibles de quien las expide, se supone que no serán demandadas ante los jueces administrativos; tal posición de los particulares en ese caso será el de ignorarlas.

“Más la existencia de un acto administrativo ilegal, por carecer el funcionario de competencia para dictarlo o no tenerla en el momento de expedirlo o ser del resorte de otra autoridad, no le quita a la manifestación de voluntad su carácter de acto administrativo acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero en esos casos el particular perjudicado con la expedición de un acto de tal naturaleza para evitar su oponibilidad debe solicitar ante el juez correspondiente la declaratoria de nulidad o la no aplicabilidad sin que le sea permitido que en forma paladina lo desconozca o ignore su existencia.

“Las decisiones administrativas tienen vida jurídica mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción contencioso administrativa o, en el libelo, en uso del derecho-deber emanado por los artículos 215 de la Constitución Nacional 240 de CRPM se haya solicitado su inaplicabilidad”.

En sentencia del 6 de junio de 1978, la Sala Plena del honorable Consejo de Estado (honorable Cons. Dr. Humberto Mora Osejo. Anales, t. 94, pág. 778) hizo referencia a varias de las providencias mencionadas para anular una sentencia de la Sección Segunda de dicha corporación por contravenir la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado. A tal efecto señaló que la sección consideró acto administrativo un proyecto de resolución no firmada por el ministro respectivo “contrariando la expuesta jurisprudencia de la corporación, conforme a la cual no tiene existencia...”.

En sentencia de junio 29 de 1989 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Cons. Pon. Dr. Guillermo Benavides Melo, exp. 393), el honorable Consejo de Estado expresó:

“El examen del expediente permite concluir que dicho acto administrativo no existió y que, por consiguiente, no es posible pronunciamiento alguno fundamentado en el mismo.

“(..).

“Puede afirmarse, en síntesis, que a través del proceso se demostró la existencia de una tramitación dirigida a resolver sobre la solicitud de permiso para el ejercicio de la odontología en la ciudad de Bogotá, por parte del actor y que esa actuación llegó hasta convertirse en un proyecto de resolución firmado por el ministro de Salud y el secretario general del ministerio, proyecto que nunca fue fechado, ni numerado ni notificado conforme exige la ley para que surtiera los efectos correspondientes a la creación de una situación jurídica concreta en favor de una persona determinada.

“(..).

“...En el caso del señor Ruiz Gutiérrez, según se ha visto, el proceso administrativo no concluyó...

“Vistos los anteriores planteamientos, la Sala encuentra que por no haberse producido acto administrativo de permiso, es improcedente el cargo de violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, sobre revocación directa de actos particulares”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado (sent. C-069/95):

“Así mismo, el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir. Pero si solo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa (Gaceta del Consejo de Estado, 1986, págs. 279 a 280)”.

“(…).

“...Esta se configura (se refiere a la inexistencia), de acuerdo a lo expuesto, cuando la decisión es proferida sin ningún tipo de competencia, y no se le puede reconocer presunción de legalidad, ni tampoco podrá ser eficaz o tener fuerza ejecutoria”.

De la jurisprudencia que se ha transcrito parcialmente se pueden establecer varias conclusiones: En primer lugar, que la jurisprudencia admite la posibilidad de aplicar la teoría de la inexistencia de los actos administrativos. En segundo término, que el Consejo de Estado considera que dicha teoría sin duda es aplicable para aquellos eventos en los cuales se ha interrumpido el procedimiento de formación del acto administrativo que, por consiguiente, no surge a la vida jurídica. En tercer lugar, que así mismo algunos fallos han considerado que la teoría de la inexistencia puede ser aplicable cuando hay una agresión tan grosera y brutal al orden jurídico que desborda todos los límites de la legalidad. Se trata de actos que no tienen razón para su existencia dentro del orden jurídico. Hay absoluta falta de competencia o de manifestación de voluntad del agente público. En este mismo sentido se orienta la honorable Corte Constitucional. En cuarto término, que igualmente ha dicho el Consejo de Estado que la inexistencia no resulta de defectos de forma y por ello “si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento establecido, se está en presencia de un acto nulo” pero no inexistente. En quinto término, que la inexistencia puede ser declarada por el juez contencioso administrativo cuando ello sea necesario por razón de la apariencia de legalidad.

En esta materia es además necesario hacer hincapié en un elemento al cual se ha referido la doctrina para señalar que el acto inexistente “carece de toda apariencia de legitimidad” y por ello no se beneficia de la presunción de legalidad (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Ob. cit., pág. 588). En efecto, considera el tribunal que para que pueda afirmarse que un acto es inexistente y que por ello cualquier autoridad lo pueda desconocer es además necesario que no exista una apariencia y que, por ello, los administrados no incurran en error sobre la existencia del mismo.

Si existe una apariencia de acto administrativo es necesario que el juez natural del acto precise el defecto con efectos *erga omnes*. Lo anterior se confirma, además, si se observa que los principios generales pueden imponer que un acto que carece de un elemento esencial produzca efectos. Es este el caso de los actos proferidos por funcionarios de hecho, pues como ha dicho el honorable Consejo de Estado (Sent. de sep. 26/91. Sección Primera. C.P. Rafael Ariza Muñoz. Exp. 1453) “los actos administrativos expedidos por los funcionarios de hecho son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, pues se considera como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho”. En tal evento los efectos del acto se respetan con el fin de tutelar la buena fe de los administrados que fueron engañados por una apariencia errónea.

Así las cosas, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, solo sería posible aplicar la teoría de la inexistencia, con los efectos a los cuales se ha hecho referencia (la posibilidad de que otra autoridad no reconozca la existencia del acto), cuando es evidente que el acto no existe y, en particular, cuando falta la manifestación de voluntad administrativa.

Si se examina el acto administrativo proferido por el Ministerio de Comunicaciones y que la convocante ha sostenido que es inexistente, se encuentra que respecto del mismo no es posible afirmar que se den los supuestos de inexistencia en la forma que se ha expuesto.

En efecto, el acto administrativo está firmado por quien a la sazón era ministro de Comunicaciones; adopta la forma propia de un acto de tal naturaleza, pues tiene la de una resolución que aparece fechada y numerada; se encuentra motivado; invoca facultades legales previstas por el Código Contencioso Administrativo, y tiene por objeto revocar un acto presunto.

No se puede afirmar que el acto se profirió por alguien que carece de manera absoluta de competencia o que el mismo no contiene una declaración de voluntad de un agente de la administración. Tampoco se puede decir que carezca de manera absoluta de soporte en normas legales o constitucionales, pues el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo contempla la posibilidad de revocar los actos presuntos provenientes del silencio administrativo positivo. Además, tiene sujeto (el ministro de Comunicaciones), objeto (revocar un acto presunto) y forma (la de una resolución). No se puede afirmar tampoco que implica una agresión grosera y brutal del orden jurídico.

A lo anterior se agrega que según manifestó el demandante, la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997 del Ministerio de Comunicaciones fue objeto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el honorable Consejo de Estado. Por providencia del 30 de junio de 1998, expediente 14662, actor: Ocel S.A. contra La Nación - Ministerio de Comunicaciones, la corporación con ponencia del honorable consejero doctor Juan de Dios Montes Hernández, dijo:

“Se trata de un acto administrativo contractual, como se desprende del inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, su control se efectúa a través de la acción contractual, así la pretensión sea de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que es posible acumular peticiones relativas a los actos y al contrato”.

Como se puede apreciar el honorable Consejo de Estado no consideró que se encontraba ante un acto inexistente.

Así las cosas, considera el tribunal que en el presente caso no puede el mismo afirmar la inexistencia de la resolución proferida por el Ministerio de Comunicaciones. Lo anterior obviamente no implica ningún pronunciamiento del tribunal sobre su validez, lo cual corresponde definir a la jurisdicción contencioso administrativa.

## 2.2. La existencia de una vía de hecho

La convocante afirma también que el acto administrativo constituye una vía de hecho y que por dicha razón, el tribunal debe reconocer la existencia del silencio positivo.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

Al igual que la inexistencia, el concepto de vía de hecho también nació en Francia con el fin de delimitar la competencia de los jueces de lo contencioso administrativo. En efecto, cuando existía vía de hecho la competencia era atribuida a la jurisdicción ordinaria, partiendo de la base de que a esta correspondía tutelar el derecho de propiedad y las libertades fundamentales, frente a una actividad material de la administración en la cual la misma comete una irregularidad grosera.

Ahora bien, sobre el concepto de vía de hecho, señala De Laubadère (Ob. cit. 1023) que:

“La vía de hecho supone una ilegalidad. Pero debe tratarse de una irregularidad flagrante. Se va a ver en efecto que una de las consecuencias de la vía de hecho es que el juez judicial puede apreciar su existencia; tal competencia deroga el principio que se estudiará igualmente (y sobre el cual se ha visto la aplicación en relación con la ocupación), según la cual solo el juez administrativo está calificado para apreciar la legalidad de los actos administrativos; una derogación de dicho principio no puede justificarse que cuando la ilegalidad es flagrante, indiscutible, no obliga al juez a apreciaciones delicadas.



“Se agrega que cuando es así la vía de hecho tiene por consecuencia desnaturalizar el acto administrativo, es decir hacerle perder su naturaleza de acto administrativo. Para definir este grado de irregularidad la jurisprudencia ha adoptado inicialmente la expresión “medida manifiestamente insusceptible de vincularse a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario y constituyendo así de manera evidente que una simple vía de hecho” (T. C. jun. 4/1940, Schneider, 248; feb. 17/1947 Consorts Perrin D. 1947, J. 135 y desde entonces terminología frecuente) después, más recientemente, “medida manifiestamente no susceptible de ser vinculada al ejercicio de un poder perteneciente a la administración (C. E. nov. 18/1949 Carlier ROP 1950. 181; T. C. jun. 27/1966, Guigon precitado)”.

Por su parte, Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, t. II) señala respecto de las diferencias entre vías de hecho y otras nociones:

“Finalmente se diferencia de la mera “ilegalidad” en que en la vía de hecho falta ostensiblemente todo respeto al orden jurídico, verbigracia, comportamiento del Poder Ejecutivo que implica una grosera incompetencia funcional, una violación al principio constitucional de separación de los poderes de gobierno, por haber ejercido, por ejemplo, atribuciones propias del Poder Legislativo, o del Poder Judicial. En cambio en la mera “ilegalidad” existe el respeto aparente a la legalidad, pero afectado de vicios que, sin ser groseros y flagrantes, obstan a la “perfección” del acto que, por tanto, resulta nulo o anulable, más en este último caso siempre se tratará de un “acto administrativo”.

El honorable Consejo de Estado en sentencia del 29 de julio de 1947 (t. 56, nums. 357 a 361 págs. 475 y 476, ponente Dr. Gustavo Valbuena), citando a Hauriou expresó:

“La vía de hecho por falta de procedimiento existe en dos series de casos: 1. Si el acto ha sido cumplido por un agente que no tenía delegación regular del Poder Público, como en el caso del empresario de trabajos públicos que se apodera de un terreno con miras a una ocupación temporal, sin autorización del prefecto. 2. Si el acto, aunque cumplido por un agente administrativo con delegación regular, está fuera de los procedimientos legales de la administración, por ejemplo, si un empresario de trabajos públicos departamentales empezara a construir sobre la plaza pública de un municipio, sin previo acuerdo amigable entre las dos administraciones, o sin que hubiera juicio de expropiación correspondiente. Por ejemplo en el caso de un edificio que amenaza ruina, cuya demolición se efectúa sin observancia del procedimiento de la Ley 21 de junio de 1898. No es suficiente que haya habido una irregularidad, una omisión en el procedimiento, es necesario una ausencia completa de procedimiento.

“(…).

“...La vía de hecho tampoco debe ser confundida con el acto tachado de exceso de poder; un acto tachado de exceso de poder no permanece por ello menos administrativo. Conviene anotar que la vía de hecho por falta de derecho confirma con el exceso de poder por incompetencia, pero aquella es una incompetencia que va hasta la usurpación de poder; allí no hay apariencia alguna de competencia, así mismo, la vía de hecho por falta de procedimiento colinda con el exceso de poder por violación de las formalidades que va hasta la ausencia total de ellas”.

Posteriormente en sentencia del 28 de octubre de 1976 (Anales, t. 91, pág. 709, honorable C.P. Jorge Valencia Arango), después de transcribir la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, se expresó:

“Dedúcese de la jurisprudencia compendiada, que solo puede hablarse de “vías de hecho”, cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que realmente no tiene, o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley, es decir, es la arbitrariedad de la administración la que queda escuetamente a la observación.

“Mas conviene aclarar, conforme al criterio jurisdiccional compendiado que la falta de poder ha de ser absoluta, constituir, “usurpación de poder”, pues si hay así un principio de poder, se estará frente al exceso de poder pero no a la vía de hecho.

“Lo mismo debe ser dicho frente a la falta de procedimiento. Ella debe ser absoluta, no basta la simple irregularidad procedimental, que puede constituir una falla, pero no una vía de hecho, equivalente a la usurpación

de poder, a la arbitrariedad, a la violencia o como algunos autores la denominan a la “actuación cuasidelictual de la administración”.

Como se puede apreciar, la doctrina ha señalado que la ilegalidad debe ser flagrante para que pueda hablarse de vía de hecho. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado para que haya vía de hecho no es suficiente que haya un defecto sino que no exista en absoluto procedimiento.

De otro lado, si se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre vía de hecho se encuentra que dicha corporación ha manifestado lo siguiente (Sent. T-260/99):

“Al respecto, esta corporación ha indicado que existe vía de hecho judicial cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

Como se puede apreciar, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que la vía de hecho supone un defecto protuberante, esto es, en materia de procedimiento, un vicio tal que se pueda afirmar que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

En este punto es importante recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en relación con los vicios de procedimiento en las actuaciones administrativas, que no todo vicio de procedimiento constituye una causa de nulidad. En efecto, para determinar si existe o no es necesario analizar la trascendencia del vicio de procedimiento.

En tal sentido en sentencia del 30 de mayo de 1974 el honorable Consejo de Estado expresó:

“Aquí como en derecho francés, la forma cuyo incumplimiento puede dar al traste con el acto tiene que ser de cierta entidad o decisiva, impuesta por la ley como garantía de los derechos de las personas afectadas con él, bien para facilitarles el ejercicio de los controles de legalidad o para darles certeza sobre los derechos y obligaciones emanados del mismo.

Si la forma omitida no incide en estos extremos es intrascendente y no alcanza a producir la anulación del acto. De lo contrario se caería sí, como lo dice Waline, en lo que en forma irreverente se ha denominado la “*chinoiseries administrative*”.

De igual manera, en sentencia del 11 de abril de 1978 (honorable Cons. Dr. Carlos Portocarrero Mutis) el honorable Consejo de Estado expresó:

“Pero cuando la omisión de las formas o la tramitación irregular no produce ofensas ni lesionan derechos o intereses protegidos legalmente ni afectan la marcha de la administración perjudicándola tales informalidades no pueden ser causales de anulación porque el serlo implicaría impedir, obstaculizar, o burlar el legítimo ejercicio de un derecho fundamental o de una facultad constitucional o legal. No tiene ciertamente ninguna lógica, sacrificar el derecho sustancial en aras de reparar la informalidad en la actuación administrativa cuyo fin y esencia es precisamente la protección de ese derecho; menos cuando la expedición irregular del acto no acusa ningún tipo de lesión en sentido alguno, ni a persona o a entidad alguna”.

Lo anterior implica que cuando se alega una falta en el procedimiento de expedición de un acto administrativo, es necesario apreciar la trascendencia del vicio para determinar su incidencia sobre el acto administrativo, por lo cual corresponde al juez competente para analizar el acto determinar el alcance del defecto. Así las cosas, un vicio de procedimiento en materia administrativa no puede por regla general dar lugar a la existencia de un vicio del hecho en los términos que pretende la parte convocante.

En este sentido conviene citar la sentencia de la honorable Corte Constitucional T-352 de 1996 en la cual se

expresó:

“Del debido proceso en las actuaciones administrativas hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo, según la ley, que es lo que corresponde, hecha la necesaria adaptación, a las “formas propias de cada juicio”, contempladas en el artículo 29 de la Carta Política.

Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada.

“Atañe a la jurisdicción contencioso administrativa, en principio, definir esa validez, partir del ejercicio de las acciones pertinentes, previstas en el código de la materia (D. 01/84), si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto”. (se resalta)

Así las cosas, habida cuenta que por regla general corresponde al juez de legalidad del acto administrativo determinar si existió o no un vicio de procedimiento y la trascendencia del mismo respecto del acto acusado, es claro para el tribunal que en el presente caso existe un acto administrativo y no simplemente una vía de hecho y que por ello el tribunal debe atenerse a dicho acto, que se encuentra revestido de la presunción de legalidad.

Corresponde al juez de lo contencioso administrativo determinar si los defectos de procedimiento que invoca el convocante determinan o no la nulidad del acto administrativo.

### 2.3. La nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso

Señala el demandante que la Resolución 3672 presentada como prueba de revocación directa del silencio administrativo positivo, es “nula de pleno derecho” por mandato imperativo del inciso último del artículo 29 de la Carta Fundamental, ya que fue “prueba obtenida con violación del debido proceso” (Sent. C-150 de 22-04-93, C. Const., G. 1993, T. 4, págs. 161 y 162).

En relación con este argumento del demandante, el tribunal considera lo siguiente:

El artículo 29 de la Constitución Política sanciona con una nulidad de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Como se puede apreciar, el principio constitucional se refiere a la prueba misma, como elemento que permite al juez o al funcionario administrativo conocer un determinado hecho. La disposición constitucional no hace referencia a aquello que se trata de establecer a través del medio de prueba, sino a este último, y por ello dicha norma no es aplicable al hecho o acto que se trata de probar. En efecto, es claro que una prueba puede ser nula por ser obtenida con violación del debido proceso y, sin embargo, ser válido el acto que se trata de establecer. Es el caso, por ejemplo, del documento privado en el cual consta la celebración de un contrato, pero que es ilícitamente sustraído del tercero que lo tiene en su poder y es aportado al proceso. Igualmente, una prueba puede ser obtenida conforme a las reglas del debido proceso pero referirse a un acto viciado. Tal sería el caso de la escritura pública en la cual consta un contrato celebrado con violencia o dolo.

De esta manera, en tratándose de documentos es necesario distinguir el documento mismo como medio de prueba, del acto jurídico que aquel refleja.

En tal sentido señala el profesor Devis Echandía (Teoría general de la prueba judicial. 2ª ed. 1972, t. 2, pág. 524):

“Cuando el documento es simplemente representativo, pero no declarativo, como la fotografía o el dibujo, no puede concebirse la representación del objeto o hecho sin el documento que lo representa. En cambio, cuando el documento es declarativo, es indispensable distinguir y separar la declaración, del documento que la contiene (cfr. num. 323), sea que se trate de una simple narración (declaración de ciencia) o de manifestación de voluntad (negocio jurídico unilateral o bilateral) y de documento autónomo o heterógrafo. Por ejemplo: una cosa es el contrato y otra el escrito que lo prueba o que le sirve de forma necesaria para su expresión (en este último caso es

un requisito para su existencia jurídica o su validez, pero tampoco es el contrato); una cosa es la voluntad testamentaria y otra la escritura pública que la expresa.

“Como explica muy bien Emilio Betti son diferentes el resultado que se persigue con el documento y con la declaración documentada: psíquico el de esta, porque se proyecta sobre la mente humana; físico el de aquel, porque se encamina a formar una cosa dotada de capacidad representativa, mediante una operación que modifica un estado de hecho preexistente (en cuanto se crea un objeto que no existía, aclaramos nosotros) ...

“... Igualmente esta distinción permite precisar la diferencia entre el consentimiento de las partes que origina el contrato o el consentimiento unilateral de ciertos actos jurídicos y el instrumento que lo contiene y le sirve de prueba; por esto, los vicios que afecten al primero no se extienden necesariamente al último (la violencia o el dolo para inducir a una persona a celebrar un contrato y a documentarlo vician de nulidad al primero y al documento como prueba; pero el error que vicia el consentimiento y, por lo tanto el contrato, no implica la nulidad del documento que lo contiene; de la misma manera, la causa o el objeto ilícitos y la incapacidad vician de nulidad el consentimiento y el contrato o el acto jurídico unilateral, pero no el documento que le sirve de prueba; existen también causas de nulidad del documento, que no se extienden al acto jurídico documentado”.

Desde este punto de vista, es claro que no es posible confundir los requisitos o condiciones de validez de un acto administrativo con aquellos que debe cumplir una prueba, para que la misma tenga valor desde el punto de vista del artículo 29 de la Constitución Política.

Lo anterior se confirma si se observa que en los eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha aplicado el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de casos en los cuales existe una violación de normas probatorias, como es el caso de aportar un documento reservado (sent. T-413-93 documentos de la historia clínica), pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias (C-024-94), pruebas practicadas a espaldas de la otra parte (T-025-94), no controvertidas (sent. C-093-98) o grabaciones ilegales (T-003-97). Es por ello que la Corte Constitucional en sentencia C-093-98 señaló que se trataba de una nulidad vinculada al procedimiento probatorio:

“El inciso final de dicha disposición dice que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta norma significa que sobre toda prueba “obtenida” en tales condiciones, esto es, averiguada y, principalmente, presentada o aducida por parte interesada o admitida con perjuicio del debido proceso, pende la posibilidad de su declaración judicial de nulidad”.

Igualmente, en sentencia C-093-98 la Corte Constitucional dijo “Bajo el entendido de que la nulidad prevista en el artículo 29 es de naturaleza procesal y debe ser declarada previamente por autoridad competente, como ocurre con las demás nulidades procesales de orden legal, se hace necesario establecer si la misma es aplicable al trámite notarial”.

Así las cosas, es claro que no es posible para el tribunal aceptar que por razón de la existencia de un vicio en su formación (sobre el cual el tribunal no se pronuncia) debe concluirse que el acto administrativo contenido en la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997 constituye una prueba nula por violación del debido proceso. En todo caso debe reiterar el tribunal que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa determinar la validez del citado acto administrativo.

#### 2.4. La notificación del acto administrativo

Finalmente, en su demanda la convocante señala que la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997 “supuestamente se notificó al “doctor Alfonso Viera Gutiérrez, apoderado T.P. 49186 de MJ” sin indicar en dicho acto los recursos procedentes en contra del acto administrativo notificado, ante quién y en qué lapso deben interponerse, conforme lo exige en forma imperativa el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo. De esta manera, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado especialmente en auto de septiembre de 1985, proferido por su Sección Primera, se privó a mi representada de ejercer los recursos propios de la vía gubernativa, por no haberse informado los procedentes en el supuesto acto de notificación”.

A este respecto debe observarse que en el expediente obra copia de la constancia de notificación. Ahora bien, la convocante acepta que se produjo una diligencia en tal sentido, pero señala que ella fue irregular pues no se

señalaron los recursos que procedían contra el acto administrativo.

Sobre este particular se encuentra que en el artículo 3º de la Resolución 3672 de 1997 se expresa:

“Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al señor Mauricio Alberto Campillo Orozco, representante legal de la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. o a quien haga sus veces, advirtiéndole que contra ella procede el recurso de reposición ante el Ministerio de Comunicaciones, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal”.

En la medida en que el objeto de la diligencia de notificación personal consiste en hacer conocer al notificado el contenido de una providencia (CPC, art. 315), si en esta última se advierte sobre los recursos que proceden, la oportunidad en que se pueden interponer y la autoridad ante la cual se debe hacer, es claro que al notificado se le advirtió sobre dichos extremos. En todo caso corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa determinar si existe un vicio en la actuación administrativa.

## 2.5. Conclusión respecto de las pretensiones principales

Habida cuenta de lo anterior, en la medida en que la demanda pretende que se declare la existencia de un acto presunto surgido del silencio administrativo positivo con las consecuencias que del mismo se derivan y que el tribunal encuentra que la administración lo revocó por un acto que este tribunal no puede calificar de inexistente o de una vía de hecho y el cual está dotado de presunción de legalidad, es necesario concluir que no es posible acceder a las pretensiones principales de la demanda.

## 3. Primeras pretensiones subsidiarias

Como pretensiones subsidiarias, en primer lugar, el demandante solicita que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, por haber incurrido el Ministerio de Comunicaciones en vías de hecho inexcusables y evidentes. Como consecuencia de lo anterior, solicita reconocer el silencio administrativo positivo al que se ha hecho referencia con las consecuencias que del mismo se derivan.

En relación con estas pretensiones debe observar el tribunal lo siguiente:

El artículo 116 de la Constitución Política dispone que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Del artículo constitucional resulta que los árbitros cumplen una función pública: administrar justicia, pero lo hacen en virtud de un acto de las partes que los habilita para el efecto, en los términos que determine la ley. De esta manera, la posibilidad de acudir al arbitramento resulta de la ley y de un acto dispositivo de las partes.

En concordancia con lo anterior, el numeral 3º del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 dispone que ejercen función jurisdiccional “Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley”. (se resalta)

Como se aprecia, la ley estatutaria de la justicia reitera que los árbitros cumplen la función pública de administrar justicia y circunscribe el arbitraje a los asuntos susceptibles de transacción.

El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el 111 de la Ley 446 de 1998, dispone:

“ART. 1º—El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (se resalta)

Así mismo, la doctrina constitucional ha destacado que la jurisdicción arbitral solo puede versar sobre materias transigibles.

En efecto, en Sentencia 242-97, la Corte señaló:

“Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: (ver Sent. C-226/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T -57/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-294/95, M.P. Jorge Arango Mejía):

(...).

6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”.

Así las cosas, para que una determinada controversia pueda ser sometida a árbitros es necesario que la misma sea transigible. Solo en la medida en que la ley expresamente lo dispusiera, los árbitros podrían entrar a estudiar otras materias.

Ahora bien, ¿cuáles son las materias susceptibles de transacción?

Señala la doctrina (Maurice Droit Civil. Les Contrats Speciaux. Paris, 1998. págs. 589 y 590) lo siguiente:

“...la renuncia a la acción judicial que implica toda transacción conduce a exigir que la acción sea disponible, es decir que el derecho que ella sanciona pueda ser objeto del comercio jurídico. Si en principio se puede transigir sobre todo litigio, tres clases de obstáculos se oponen a la transacción: la indisponibilidad del derecho, el interés público y el orden público.

Los derechos extrapatrimoniales no pueden ser objeto de una transacción ... Los derechos patrimoniales inalienables no son susceptibles de una transacción.

Los derechos de interés público no pueden ser objeto de una renuncia convencional. Así sucede con las acciones relativas al dominio público o a la potestad pública (Circ. feb. 6/95).

“Respecto de este principio existen dos excepciones mayores. De una parte, en materia de infracciones económicas, fiscales y aduaneras, numerosos textos autorizan a la administración perseguidora a transigir con el delincuente sobre el monto de la multa. De otra parte la administración fiscal puede transigir con un contribuyente sobre multas fiscales, cuando no son definitivas: dicha transacción extingue la acción de la administración”.

Así mismo, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva en su obra Derecho Civil, tomo IV, Ed. Nacimiento, Santiago de Chile, 1942, señalan (pág. 564):

“Pueden ser objeto de transacción todas las cosas que están en el comercio, aquellas sobre las cuales pueden celebrarse actos o contratos. En consecuencia las cosas jurídicamente intransferibles no pueden ser objeto de transacción”.

No pueden ser entonces materia de arbitramento, aquellos asuntos que no están en el comercio jurídico.

La validez o nulidad de un acto administrativo no se encuentra en el comercio jurídico.

En efecto, en primer lugar, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone que “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos...”.

Ahora bien, el Código Contencioso Administrativo prevé que la autoridad administrativa puede revocar los actos administrativos cuando se presentan las causales establecidas por dicho estatuto, pero ello no significa que la revocatoria de un acto administrativo haga parte del comercio jurídico, pues la autoridad pública no puede revocar un acto administrativo simplemente porque así lo acuerde con un particular, sino que debe hacerlo en los casos previstos por la ley.

Sostener que las autoridades públicas pueden transigir sobre la legalidad de los actos administrativos implicaría desconocer que Colombia es un estado social de derecho en el cual las autoridades deben sujetarse a la ley, tal y como lo prescriben los artículos 6º, 121, 122, 123 y 209 de la Carta. En efecto, si el acto es contrario a la

Constitución o a la ley, la autoridad debe revocarlo si la ley se lo permite; si por el contrario, el mismo es legal, la autoridad no puede hacer nada distinto de mantenerlo. Es esta la garantía fundamental de los ciudadanos para evitar una arbitrariedad de las autoridades públicas.

No sobra señalar que en reciente sentencia el honorable Consejo de Estado (jun. 8/2000, exp. 16973, honorable Cons. Dr. Alier Eduardo Hernández) expresó que como corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas "... al Estado no le es dable despojarse de sus competencias leales, renunciar a ellas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad ...".

Conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia en relación con la posibilidad de conciliar sobre un acto administrativo, expresó en sentencia 12 de diciembre de 1991, lo siguiente:

#### "B. Indisponibilidad del orden jurídico

Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya "*ius cogens*" o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones. No pudo ser este el querer del legislador, autor de la Ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad".

Igualmente el honorable Consejo de Estado en sentencia del 22 de mayo de 1997 (exp. 12854, H. Cons. Dr. Ricardo Hoyos Duque) al analizar la posibilidad de celebrar una conciliación sobre un acto administrativo expresó:

"El objeto de la conciliación prejudicial en el derecho administrativo es dirimir en forma total o parcial y de manera amigable y concertada los "...conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ventilarían ..." (art. 59, *ibíd.*) y no tiene *per se* como finalidad la disposición sobre la anulabilidad o revocabilidad del acto administrativo que sirve de fundamento a la situación. De ahí que no necesariamente comporte el examen y pronunciamiento sobre la legalidad del acto: empero, la conciliación del conflicto patrimonial debe necesariamente examinar los supuestos legales de la reclamación".

Ahora bien, el artículo 62 de la Ley 23 de 1991, modificado por el 71 de la Ley 446 de 1998, dispone lo siguiente:

"ART. 62.—Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado".

Como se puede apreciar, la ley autoriza la conciliación sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular y no sobre la revocatoria misma. Si bien una vez aprobada la conciliación se entiende revocado el acto administrativo, ello no significa que la revocatoria en sí misma sea objeto de la conciliación. Es por ello que la ley prevé que la revocatoria procede en los eventos previstos en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. De esta manera, lo que la ley contempla es la revocatoria por parte de la administración del acto y la conciliación de las consecuencias económicas.

Desde este punto de vista la revocatoria surge de la conclusión de la administración de que se dan los supuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, hasta tal punto que si la administración llega al convencimiento de que se dan los supuestos de este precepto, debe revocar el acto administrativo independientemente de una conciliación. Así las cosas, lo único que hace la ley concluir que si la administración llega a una conciliación sobre los efectos económicos de un acto, es porque se dan los supuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y hay una voluntad unilateral de la administración de revocar el acto administrativo.

Ahora bien, se ha sostenido que en la medida en que la ley prevé que al conciliar los efectos de un acto administrativo se entiende revocado este último, se puede concluir que al someter una decisión a árbitros los mismos se pueden pronunciar sobre la legalidad de un acto administrativo, cuando sea necesario para decidir sobre las pretensiones patrimoniales que se discuten. Sin embargo, el tribunal no está de acuerdo con esta conclusión, por cuanto existe una diferencia sustantiva entre la actividad de la administración que revoca su acto y la decisión del árbitro, lo que impide aplicar la analogía propuesta. En el primer caso, es la propia administración quien determina privar de efectos su acto, porque se cumplen los supuestos previstos en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que cuando se trata de arbitramento, los árbitros no actúan como delegados de la administración, sino como jueces y por tanto si ellos pudieran entrar a analizar el acto lo harían en tal carácter para determinar su legalidad.

De igual manera, no es posible sostener que si la ley permite la transacción para resolver controversias relativas a contratos estatales, en las cuales pueden estar envueltos actos administrativos contractuales, se pueda concluir que un Tribunal de Arbitramento es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo. Como ya se vio, la transacción debe versar sobre derechos disponibles y la legalidad de un acto administrativo no es transigible. Otra cosa es que la administración revoque su acto, si se dan los supuestos previstos por el Código Contencioso Administrativo y, adicionalmente, transija los efectos económicos de tales actos.

A lo anterior vale la pena agregar que la Constitución Política atribuye al Consejo de Estado la función de actuar como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237) e igualmente prevé (art. 238) que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Si la Carta otorga a la jurisdicción contenciosa la facultad de suspender los actos de la administración, ello supone que es a dicha jurisdicción a la que le corresponde determinar la legalidad de dichos actos de la administración. Es por ello que la Corte Constitucional en sentencia C-037-2000 (honorable magistrado Dr. Vladimiro Naranjo) expresó: “La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa”. Lo anterior conduce igualmente a sostener que a los árbitros no se les puede encomendar la función de decidir sobre la validez de los actos administrativos.

En este mismo sentido conviene observar que en otros países en los cuales existe una jurisdicción contencioso administrativa especializada que deriva su existencia de disposiciones constitucionales, la doctrina (Apostolos Patrikios. *L'arbitrage en matiere administrative* . LGDJ. 1997, págs. 66, 168 y 228) <sup>(2)</sup> ha sostenido que los árbitros no pueden ejercer el control de legalidad de los actos de la administración y por ello no podrían anular un acto administrativo.

Así mismo, José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán (Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Civitas 1991, pág. 188), al determinar los casos de orden público que excluyen la posibilidad de un convenio arbitral, señalan como uno de dichos eventos el referido a “...las manifestaciones administrativas en las que el Estado aparece investido de autoridad ejerciendo potestades públicas (leyes de policía. fiscales. etc.)”.

Es importante, en todo caso, destacar que la conclusión expuesta no implica desconocer que los árbitros cumplen la función pública de administrar justicia y que por ello al desarrollar su tarea deben actuar como tales. Por consiguiente, los árbitros deben aplicar las normas de orden público o imperativas.

El hecho de que un Tribunal de Arbitramento ejerza funciones judiciales y por ello deba aplicar las normas de orden público <sup>(3)</sup> no es suficiente para concluir que el mismo tiene competencia para decretar la nulidad de un acto administrativo. Sin duda un juez arbitral podría aplicar una excepción de inconstitucionalidad, porque como juez debe ante todo aplicar el derecho pertinente. Igualmente, podría sostenerse que el árbitro puede declarar una nulidad absoluta de un contrato dentro de un proceso en el cual se pretende hacer valer el mismo <sup>(4)</sup> , por cuanto dicha declaratoria procede de oficio. Así, por lo demás, se puede inferir del artículo 2ºA del Decreto 2279 de 1989, tal como fue modificado por el artículo 115 de la Ley 446 de 1998 y que dispone “La cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato



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

Sin embargo, tales consideraciones no proceden respecto de un acto administrativo, porque la competencia para decretar la nulidad de este resulta de la Constitución Política y de la ley que la atribuyen a una jurisdicción determinada y, adicionalmente, porque dicha jurisdicción es rogada y por ello, no procede la declaratoria de oficio de la nulidad de un acto administrativo. Además, no sobra destacar que la Corte Constitucional ha considerado que la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa implica que los particulares y las autoridades administrativas no pueden dejar de aplicar un acto administrativo según su criterio y por ello, (sent. C-037-2000) “la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro de la acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”.

Además, si se llegara a concluir que la Constitución no impide que los árbitros ejerzan control de legalidad sobre algunos actos administrativos vinculados a la actividad contractual, en la medida en que en Sentencia C-111 de 2000, la Corte Constitucional determinó que corresponde al legislador delimitar el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es claro que la legislación vigente solo permite a los árbitros pronunciarse sobre materias susceptibles de transacción y las demás que la misma ley establece, entre las cuales no está incluida la validez de los actos administrativos.

No considera el tribunal que se pueda sostener que la jurisdicción arbitral forma parte de la jurisdicción contencioso administrativa y que por ello los árbitros pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos <sup>(5)</sup>. En efecto, si se examina el artículo 116 de la Constitución Política se encuentra que el mismo prevé que “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar”. Igualmente, agrega que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. La Constitución distingue, entonces, claramente entre los órganos que ejercen permanentemente la función de administrar justicia de aquellos que solo lo hacen transitoriamente. por lo cual no es posible afirmar que estos forman parte de la estructura de aquellos; ni la Constitución Política ni la ley estatutaria de la administración de justicia (270/96) prevén la justicia arbitral como integrante de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sostener que los árbitros forman parte de la jurisdicción contencioso administrativa implicaría afirmar que respecto de ellos el Consejo de Estado actúa como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, lo cual supondría la existencia de recursos en virtud de los cuales el Consejo de Estado pudiera revisar la correcta aplicación de las normas por los árbitros, lo cual no ocurre. No sobra anotar que el recurso de anulación tiene un alcance limitado y no permite al juez contencioso administrativo entrar a analizar si la interpretación y aplicación de la norma sustantiva corresponde a la opinión del juez encargado de conocer del recurso de anulación. Además, como lo señaló el honorable Consejo de Estado en la sentencia del 8 de junio de 2000 ya citada, la jurisdicción contencioso administrativa “está perfectamente delimitada por la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que señala, con una precisión que aleja toda duda (arts. 34 a 42), los órganos que integran esta jurisdicción (Consejo de Estado, tribunales y jueces administrativos) entre los cuales no se encuentran los tribunales de arbitramento”.

Adicionalmente, la Ley 80 de 1993 es congruente con el principio al cual hace referencia el tribunal, en la medida en que el artículo 77 de la misma dispone:

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

Como se puede apreciar, la ley claramente precisó la forma como se ejercería el control sobre los actos administrativos, y previó que el mismo operaría a través de la acción contractual de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, que no son las del arbitraje, tal y como lo señaló el honorable Consejo de Estado en la sentencia del 8 de junio de 2000 ya mencionada.

En consonancia con lo anterior, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prevé que cuando en los contratos de las empresas de servicios públicos se deban incluir cláusulas exorbitantes, “todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Para sostener que se pueden someter a arbitramento los actos administrativos vinculados a la actividad contractual se ha invocado el artículo 91 de la Ley 418 de 1997, que prevé la imposibilidad de someter a conciliación o a decisión arbitral la caducidad que se decreta por ceder a las amenazas de las organizaciones subversivas. Sin embargo, a juicio del tribunal ello no significa que en los otros casos ello sea posible. En efecto, esta conclusión implicaría deducir del argumento a contrario una regla que constituiría un cambio fundamental en nuestro ordenamiento. Dicha modificación debe surgir de una regla expresa en tal sentido. A juicio del tribunal el argumento a contrario puede ser válidamente utilizado para deducir de una regla prohibitiva o excepcional que las demás hipótesis deben sujetarse a la regla general, pero no para concluir una excepción a los principios generales. Como lo dijo el honorable Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2000, ya citada, la disposición de la Ley 418 de 1997 solo debe entenderse como una ratificación de la imposibilidad de incluir en el arbitramento la resolución de legalidad de los actos administrativos.

Para concluir, conviene señalar que el honorable Consejo de Estado tradicionalmente ha sostenido que el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, si bien en algunas providencias dicha corporación había considerado que los árbitros podrían pronunciarse sobre los efectos de los actos administrativos, en todo caso, la misma ha sostenido sin vacilación que la legalidad de tales actos debe ser definida por el juez contencioso administrativo.

En este sentido se puede “citar la sentencia del 18 de junio de 1992 (exp. 6761), en la cual se dijo:

“Las consideraciones anteriores conducen a la Sala a la confirmación de lo decidido sobre las tres pretensiones iniciales como son las de nulidad de las resoluciones acusadas, vale decir, las proferidas por el Banco Central Hipotecario para imponer y sostener la sanción económica en contra de la firma Estruco S.A. Tal nulidad que no podían declarar los árbitros, por no permitírsele la ley, estuvo bien decretada según se vio por el fallador de primera instancia”.

En sentencia del 15 de mayo de 1992 (honorable C.P. Daniel Suárez Hernández, exp. 5326) señaló:

“Sea lo primero resaltar que el artículo 76 citado sustrae del arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como lo relativo a las cláusulas que contengan los principios sobre terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos administrativos.

“Así, por ejemplo, si la administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (causal f), art. 61. D. 222/83) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice que debe pagarle este, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e)) y también establece que el efecto de la misma será el pago por este de determinada prestación, todo lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral”.

En providencia del 12 de noviembre de 1993 (honorable C.P. Daniel Suárez Hernández, exp. 7809) se expresó:

“b) Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento se radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción: dicho de otra manera, solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción ...”.

Así mismo, en auto del 13 de junio de 1997 (honorable Cons. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 12847) expresó:

“En la especie, el solo hecho de haberse pactado cláusula de caducidad en el contrato cuyo incumplimiento se discute, implica *prima facie* que la jurisdicción administrativa como su juez natural. Al margen de lo que se quiera considerar en cuanto a los alcances de la cláusula compromisoria, constituye un desacierto determinar que este conflicto deba ser resuelto por árbitros, sencillamente porque la competencia “*ratione materiae*” del tribunal arbitral no fuerza a este a juzgar sobre aspectos considerados al margen de su competencia, pues a pesar de la cláusula compromisoria, “solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de los actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración”, puntualizó la Sala en sentencia dictada el 12 de noviembre de 1993 dentro del expediente 7809.

El honorable Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 2000 (Sección Tercera, honorable C.P. Germán Rodríguez Villamizar, exp. 16.394) expresó:

“Adicionalmente, estima la Sala necesario señalar cómo, aun en el evento de que las partes no señalen límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros, no por ello hay lugar a entender siempre que las mismas son ilimitadas. Mal podría olvidarse que existen temas y materias que el legislador excluye del juzgamiento arbitral y sobre los cuales, aun cuando las partes manifiesten en la cláusula compromisoria otorgar tal competencia, no les es posible a estos falladores pronunciarse sobre ellas, entre otras razones, porque si el pacto es contrario a la ley, cualquier decisión basada en esa cláusula compromisoria ilegal, resultaría igualmente viciada de nulidad absoluta, como por ejemplo, cuando dicha cláusula permite el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado.

En efecto, el árbitro es un juez de excepción, de carácter extraordinario, y en esa condición ejerce su función respecto de intereses particulares, siempre y cuando sean susceptibles de transacción o esencialmente negociables, es decir, que sobre ellos las partes tengan capacidad de disposición.

Queda pues a salvo de la competencia del arbitramento, todo cuanto concierna al orden público, que mal podría quedar en manos y a voluntad de los particulares, como sí ocurre, en cambio, con lo referente al orden privado. Se evidencian, entonces, temas que no son negociables y que son de carácter unilateral, más exactamente, que tienen origen en la administración y en el ejercicio de sus poderes exorbitantes, los cuales por su naturaleza no son de la órbita del arbitramento.

El arbitramento obedece, ciertamente, a la autonomía de las partes en cuanto pueden disponer de sus intereses, siempre y cuando estén facultadas para comprometerlos. Empero, si bien estas pueden someter sus diferencias aun juez excepcional, tal facultad no puede comprender asuntos de orden público. La jurisdicción en cabeza de los árbitros deviene del ordenamiento jurídico y la competencia procede de los particulares dentro del preciso marco que la Constitución y la ley les otorga.

(...).

Así las cosas, debe dejarse establecido que la autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales...

(...).

Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (arts. 236 a 238 Constitución Política), “...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado ...” (CCA, art. 82).

Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las

partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es este un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos.

(...).

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

(...).

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato”.

(...).

Los antecedentes jurisprudenciales y conceptuales antes citados, permiten resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato: imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público ...

(...).

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional”.

Finalmente, en sentencia del 8 de junio de 2000 (honorable C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 16973), después de un cuidadoso estudio del tema concluyó:

“1. La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos.

2. La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3. La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (L. 446/98, art. 111).

4. Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida a la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible”.

Igualmente, como lo señaló la parte convocada también la jurisprudencia arbitral ha expresado en algunos casos que los tribunales de arbitramento no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

De lo anterior se desprende con absoluta claridad, que este tribunal carece de competencia para determinar la validez de la resolución proferida por el Ministro de Comunicaciones, por ser una materia que no es susceptible de transacción, cuyo conocimiento la ley no le ha atribuido y cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, pues claramente se trata de un acto por el cual la administración manifiesta ejercer una competencia administrativa que como autoridad pública le otorga el Código Contencioso Administrativo.

De esta manera, comparte el tribunal la posición de la parte convocada quien sostiene que el tribunal carece de capacidad y de competencia para juzgar la legalidad de la resolución del Ministerio de Comunicaciones; así como también la tesis expuesta por la procuradora segunda judicial administrativa quien expresó en su alegato que el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos está asignada por la Constitución y la ley a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y solo puede ser decidida por los jueces naturales de esta jurisdicción, por lo cual los árbitros carecen de la atribución de juzgar las causal es de ilegalidad de los actos administrativos.

Debe advertir el tribunal que no comparte la apreciación del apoderado de la parte convocante quien sostiene que los actos administrativos son simplemente una manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos y que por ello, no reconocer la competencia del tribunal arbitral conduciría a que la administración pudiera enervar por su sola voluntad los efectos de la cláusula compromisoria.

En efecto, para que una manifestación de voluntad tenga el carácter de acto administrativo debe ser expedida en ejercicio de la función administrativa. De esta manera, no toda manifestación de voluntad de la administración en el curso de la ejecución de un contrato constituye un acto administrativo. Las manifestaciones de voluntad de la administración que no tengan tal carácter no necesariamente se sustraen de la competencia del respectivo tribunal arbitral. En tal sentido conviene recordar que en sentencia del 15 de junio de 1992 (honorable Cons. Dr. Juan de Dios Montes. Anales, abril-junio, pág. 746) en la cual el honorable Consejo se pronunció sobre la terminación de un contrato de agencia por medio de una resolución, este tribunal señaló que dicha terminación se ejerció en desarrollo del artículo 1324 del Código de Comercio y que por consiguiente “El hecho de que la terminación del contrato haya revestido la forma externa de una resolución no tiene la virtualidad de estructurar un acto administrativo, pues se tiene por cierto que este es el fruto del ejercicio de la función administrativa del Estado”.

En el presente caso no se trata de una manifestación de voluntad que hubiera podido adoptar un particular y que simplemente reviste de la forma de una resolución, sino una manifestación de voluntad de la administración que manifiesta actuar en ejercicio de funciones previstas por el Código Contencioso Administrativo, por lo cual es claro que el tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre el mismo.

Por consiguiente, las primeras pretensiones subsidiarias no están llamadas a prosperar.

#### 4. Segundas pretensiones subsidiarias

Como segundas pretensiones subsidiarias, el demandante solicita que se declare la ruptura del equilibrio o ecuación financiera del contrato de concesión 05 de fecha 28 de marzo de 1994, celebrado entre la Nación - Ministerio de Comunicaciones y Ocel S.A. y, que como consecuencia de ello, se condene a La Nación - Ministerio de Comunicaciones a reembolsar a Ocel S.A. las sumas de dinero causadas a cargo de esta, por concepto de retenciones en la fuente a título de impuesto de renta y complementarios entre el 1º de enero de 1996 hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo arbitral; se condene al ministerio a reconocer el reembolso,

debidamente ajustado a su valor desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago efectivo, con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y, se ordene al Ministerio de Comunicaciones, tomar las medidas conducentes para el restablecimiento del equilibrio económico desde la fecha de ejecutoria del laudo arbitral hasta la fecha de la terminación de la concesión y sus prórrogas, conforme a la fórmula propuesta en el acto administrativo presunto que fuera protocolizado mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997 otorgada ante el notario 3° del Círculo de Medellín, o a través del mecanismo que el tribunal considere más adecuado.

Entra el tribunal a resolver entonces la solicitud de restablecimiento del equilibrio por razón del cambio originado con motivo de la expedición del artículo 60 de la Ley 223 de 1995.

El estudio de fondo del tema *sub examine* reviste una especial complejidad por su carácter técnico y jurídico, razón por la cual, se estima necesario en primer lugar, precisar la naturaleza, contenido y alcance del acuerdo de voluntades contenido en el denominado contrato 05 celebrado el 28 de marzo de 1994, entre Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., y La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Ello significa que el tribunal debe analizar si en el presente caso existe o no un contrato; si él es un contrato estatal de concesión para la explotación económica de un servicio público o no es un contrato de concesión de servicio público típico; si él es un contrato estatal de concesión para el uso del espectro electromagnético requerido para la prestación a favor de los usuarios del servicio público de telefonía móvil celular o si se está en presencia de una modalidad de concesión-licencia o concesión-autorización para el uso del espectro electromagnético.

Todo ello, por cuanto mientras que la parte convocante parte del supuesto que se está en presencia de un contrato estatal de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la parte convocada, en cambio, sostiene que la concesión otorgada a la parte convocante lo fue en la modalidad de permiso o licencia para el uso del espectro electromagnético y no en la acepción contractual del término, pues, a su juicio, su elemento esencial no es conceder la prestación de un servicio público a cargo del Estado, sino en la asignación por el Estado de la utilización de un bien de uso público, de cuya administración y gestión es responsable el Estado. En opinión de la parte convocada, en este tipo de concesión no se traba una relación contractual entre” el particular y el Estado conceden te que implique pactos, prestaciones, responsabilidades y extremos obligacionales conmutativos, sino que se trata de un mero permiso de explotación particular en beneficio de la comunidad pero sin representación del Estado.

Para tal efecto, teniendo en cuenta las normas que regulan las telecomunicaciones en Colombia y el alcance que de las mismas ha hecho la jurisprudencia constitucional, se analizará la telefonía móvil celular con el fin de determinar si ella constituye o no un monopolio, una actividad económica reservada por el Estado o un servicio público prestado por este —directa o indirectamente—, o por los particulares, mediante concesión, permiso o autorización, al tiempo que se analizará igualmente el espectro radioléctrico que es un bien del Estado y la habilitación para su uso por parte de los operadores del servicio público de telefonía móvil celular, también mediante concesión, licencia o permiso.

#### 4.1. El servicio de telefonía móvil celular y la utilización del espectro electromagnético para su prestación

En primer lugar es preciso señalar que estamos en presencia de dos asuntos totalmente independientes pero íntimamente relacionados: Por una parte, el servicio de telefonía móvil celular y, por la otra, la utilización del espectro electromagnético para su prestación.

3.1.1. La telefonía móvil celular. Un monopolio, una actividad económica reservada por el Estado o un servicio público a cargo del Estado y prestado por este —directa o indirectamente—, o por los particulares. Concesión, permiso o autorización para su explotación o prestación

Sea lo primero señalar que las comunicaciones y luego las telecomunicaciones, fueron reservadas como actividades estratégicas del Estado, aunque económicamente se dio una explicación distinta. En efecto, como lo sostiene el Banco Mundial, “Durante mucho tiempo se consideró que las comunicaciones eran un monopolio natural. Se creía que era más eficiente que solo hubiera un productor. Económicamente se señaló que dado que en

este sector los costos se reducían a medida que aumentaba la escala de la producción, se consideró que la empresa más grande podría obtener los costos más bajos y por lo tanto ofrecer precios más favorables que sus competidores. Con el tiempo, acabaría adquiriendo el predominio de su sector. Muchos países consideraron que la única forma, o al menos la mejor, de evitar el abuso de este poder monopolístico era dejar el sistema telefónico en manos de los poderes públicos” <sup>(6)</sup> .

En consecuencia, echando mano a la teoría clásica del servicio público, que indicaba que la razón del Estado se fundamentaba precisamente en la prestación de los servicios públicos con el objeto de satisfacer las necesidades colectivas, el Estado decidió actuar. “A renglón seguido impidió el acceso de los competidores argumentando que duplicarían sin necesidad las instalaciones ya existentes o prestarían servicio solo a usuarios de bajo costo (sobre todo a los de las zonas urbanas, con mayor densidad de clientes), la que dificultaría la capacidad del Estado para ofrecer servicios amplios a precios razonables”. Empero, en todo el mundo la ineficiencia y la falta de inversión de los monopolios estatales se tradujeron en prestaciones de mala calidad y en la ausencia parcial o total de servicio a las zonas pobres o rurales, la que no dejó de ser una ironía considerando que una de las justificaciones que se adujeron es que solo la propiedad estatal de las compañías permitía garantizar un servicio universal. Otra causa igualmente importante del mediocre desempeño de muchas empresas de telecomunicaciones fue la falta de competencia unida a una reglamentación ineficaz <sup>(7)</sup> .

A partir de cuando en 1972 se produjo el primer microprocesador, es decir, los elementos básicos de un computador sencillo reunidos en un solo chip, cobró impulso la revolución de la tecnología de la información y las comunicaciones, estimulada por la proporción cada vez más alta de la potencia de los componentes con respecto a su precio, por el crecimiento de las comunicaciones digitales y por el rápido descenso de los costos de transmisión a través de diversos medios. Estas tendencias hicieron posible la convergencia de la informática y la telefonía. Al principio, las distintas tecnologías evolucionaron cada una por su lado: servicios telefónicos convencionales análogos utilizaban redes de conexiones alámbricas destinadas al efecto, los proveedores de señales de televisión por cable extendían sus propios cables coaxiales, mientras que los sistemas de transmisión de datos construían sus propias redes de cables y satélites. Hoy día, sin embargo, el mundo registra cómo el teléfono, la internet, la televisión y la transmisión de datos comparten una infraestructura de información digital de carácter general, integrada por sistemas conectados entre sí: alámbricos, inalámbricos, con conmutación de paquetes, coaxiales y por paquete.

Así, esta convergencia echó por tierra la visión tradicional de las telecomunicaciones como un monopolio natural: ahora es posible la competencia entre los diferentes segmentos e incluso dentro de cada uno de ellos.

Igualmente, en vista del fracaso de los monopolios estatales de la comunicación y gracias al significativo avance de la ciencia y la tecnología, los países en desarrollo han vuelto la vista a los mercados privados o mixtos y en todo caso competitivos. Aunque el sector público sigue controlando el núcleo del sistema, hoy existe un enorme margen de maniobra para la participación privada o mixta en la prestación de los servicios de telefonía celular y de valor agregado <sup>(8)</sup> .

En consecuencia, desde los años ochenta, en todos los países del mundo se ha producido un cambio radical en la forma en que se crea, se cotiza, se financia, se utiliza y se regula la infraestructura de la información. El antiguo paradigma de las telecomunicaciones se está desmoronando rápidamente.

Todos los países, entre ellos Colombia, ya han hecho del uso eficaz de las tecnologías de la información, la esencia básica de sus estrategias nacionales de desarrollo, para lo cual, como lo manda la Constitución Política (art. 333), garantizan la competencia como un derecho de todos y la reglamentación, inspección, vigilancia y control adecuada de los servicios públicos, a fin de liberar a la iniciativa privada para que proporcione infraestructura y servicios en el ámbito de las comunicaciones y amplíe el uso de las nuevas tecnologías. Verdad de a puño es que el acceso a los servicios aumenta mucho más rápidamente en los mercados en los que impera la competencia. Así mismo, el acceso aumenta también rápidamente cuando el Estado alienta la intervención de nuevos proveedores. Ese ha sido el caso en los sectores de telefonía celular y de servicios con valor agregado. Los teléfonos celulares están proliferando en los países en desarrollo en la medida en que los consumidores los consideran como una buena alternativa a los servicios telefónicos tradicionales, difíciles de obtener o de baja calidad.

Los cambios tecnológicos forzaron los cambios jurídicos, razón por la cual en pleno auge de la internacionalización de la economía y la apertura de las fronteras, la Ley 72 de 1989, confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de ocho (8) meses, contados a partir de la vigencia de esa ley, para que dentro del marco general de la misma expidiera decretos con fuerza ley destinados a regular, entre otras, las siguientes materias: Fijar las funciones que, en atención a los adelantos tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones, debería ejercer el Ministerio de Comunicaciones; establecer la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones, con el objeto de que se cumplieran las funciones asignadas a este, como entidad encargada de la planeación, regulación y control de todos los servicios del sector de comunicaciones; fusionar o suprimir las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, reasignar sus funciones y recursos, y crear entidades que tuvieran a su cargo la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones o la gestión de recursos financieros para el desarrollo y fomento de estos servicios; reformar las normas y estatutos que regulaban las actividades y servicios de que trataba el artículo 1° de esa ley y dictar las disposiciones necesarias para la conveniente y efectiva descentralización y desconcentración de sus servicios y funciones.

La misma Ley 72 de 1989, definió los nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios; le atribuyó al Ministerio de Comunicaciones adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector que comprendía, entre otros, los servicios de telecomunicaciones, los servicios informáticos y de telemática, los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado y los servicios postales.

Para efectos de las telecomunicaciones, la ley hizo, entre otras, las siguientes precisiones: Definió qué se entendía por ellas, esto es, toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos. Determinó que los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son propiedad exclusiva del Estado. Determinó que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado presta —directamente o a través de concesiones— que puede otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose en todo caso, la facultad de control y vigilancia. Las concesiones podrían otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo dispusiera el gobierno, y darían lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fijara el Ministerio de Comunicaciones.

Así mismo, señaló que el establecimiento, explotación, y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requerirían la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones y atenderían las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y sus organismos normalizadores CCIR y CCITT. Cualquier servicio de telecomunicaciones que operara sin previa autorización del gobierno sería considerado clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederían a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar conforme a las normas legales y reglamentarias.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 72 de 1989, el Gobierno Nacional expidió los decretos 1900, 1901, 1902 y 1903 de 1991, a través de los cuales se adoptó la política general del sector de las telecomunicaciones en Colombia, se establecieron los parámetros dentro de los cuales debía desarrollarse esta actividad y sus servicios, y se fijaron las funciones y estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones y otras entidades públicas vinculadas a ese ministerio.

El Decreto Extraordinario 1900 de 1990, tuvo por objeto el ordenamiento general de las telecomunicaciones y las potestades del Estado en relación con su planeación, regulación y control, así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios. Dicho decreto giró alrededor de cuatro importantes definiciones las cuales servirían de eje temático del nuevo ordenamiento jurídico: la definición de las telecomunicaciones, las entidades prestatarias del servicio, la naturaleza de este y la red de telecomunicaciones incluido el espectro electromagnético.



Para los efectos de dicho decreto, por telecomunicación se definió toda transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos (art. 2º). Operador sería una persona natural o jurídica, pública o privada, responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley (art. 2º).

A partir de la declaración de propiedad exclusiva del Estado del espectro electromagnético como un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones (art. 18) determinó, —continuando una tradición legislativa colombiana, ampliamente reseñada por la apoderada de La Nación - Ministerio de Comunicaciones, que las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, pero señaló que este lo prestaría en forma directa por conducto de sus entidades públicas tanto del orden nacional como territorial, así como de manera indirecta mediante el otorgamiento de concesiones a personas naturales o jurídicas privadas (arts. 2º, 4º y 18), de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena del derecho al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones (art. 13). El Gobierno Nacional sería el responsable de promover la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización (art. 6º). Así, de acuerdo con el Decreto 1900 de 1990, los particulares concesionarios serían colaboradores del Estado en la prestación de servicio público a su cargo.

Por su parte, la red de telecomunicaciones del Estado se definió como el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos concretos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignado para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones. Comprende, además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones previstas en ese mismo decreto (arts. 14 y 15).

Igualmente, el Decreto 1900 de 1990 determinó que el uso de frecuencias radioeléctricas requeriría de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y daría lugar al pago de los derechos que correspondan, al tiempo que facultó a esta dependencia para dictar las normas con el objeto de asegurar que las redes de telefonía móvil celular que se autorizaran en el territorio nacional fueran totalmente compatibles entre sí y con las otras redes a las cuales se irían a conectar, de tal forma que se comportaran como una red única de cubrimiento nacional y su uso fuera transparente para cualquier usuario.

Debe destacarse que el Decreto 1900 de 1990 incluyó a la telefonía móvil-celular dentro del servicio básico de telecomunicaciones y en particular entre los teleservicios, esto es, aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal (arts. 27 y 28). De acuerdo con esta clasificación, el Decreto 1900 de 1990 determinó que la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones, como los teleservicios, solo podrían otorgarse por concesión a sociedades especializadas debidamente constituidas (art. 40), mediante contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones para su prestación en gestión indirecta, los cuales a su vez se definieron como contratos administrativos que se regirían por las normas del Decreto Ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyeran, modificaran o adicionaran o por el citado decreto 1900 (art. 41).

Como complemento de todo lo anterior, el Decreto 1901 de 1990, le atribuyó al Ministerio de Comunicaciones, entre otras funciones, las de autorizar previamente el establecimiento, explotación y uso en el país de redes y servicios de telecomunicación nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación; otorgar concesiones o autorizar su otorgamiento a las entidades facultadas para ello para la prestación de servicios de telecomunicaciones o afines; fijar los derechos, tasas y transferencias que se deben pagar por las concesiones, permisos, autorizaciones y registros de redes de servicios de comunicaciones, incluidas las frecuencias radioeléctricas; y, desarrollar la gestión, administración y control del espectro electromagnético, en particular el otorgamiento de permisos para la utilización de frecuencias.

Posteriormente, en ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante los decretos 1794 y 2824 de 1991 y 332 de

1992, se determinó la manera como el país debía incorporar a su infraestructura el servicio de la telefonía móvil celular.

Estas normas del Decreto-Ley 1900 de 1990, fueron objeto de estudio por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la cual tenía a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, en el primer trimestre de 1991, simultáneamente cuando se operaba en Colombia un cambio constitucional. En tal oportunidad, el máximo tribunal constitucional colombiano explicó el contenido de la relación Estado-telecomunicaciones, con el objeto de encontrar la naturaleza del imperio del Poder Público sobre el espectro electromagnético, posibilidad natural del espacio donde se ubican las comunicaciones objeto de regulación por parte de aquel. La Corte Suprema de Justicia descartó la posibilidad de considerar a las telecomunicaciones como un monopolio de arbitrio rentístico y, en su lugar, teniendo en cuenta la tradición legislativa colombiana, las consideró como un servicio público. Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia:

“La Ley 72 de 1989 definió en su artículo 2º que por telecomunicaciones se entiende “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, y sonidos, datos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos”. Este contenido normativo, repetido por el legislador extraordinario en el artículo 2º del Decreto 1900 de 1990, no es cosa distinta a una reiteración de las nociones técnico-científicas que la legislación colombiana y los tratados internacionales habían aceptado como elementos materiales de las telecomunicaciones con el fin de facilitar su aprovechamiento y administración. Es una norma tomada literalmente del Decreto Legislativo 3418 de 1954 que concuerda con los fundamentos técnicos del Convenio Internacional de Telecomunicaciones y su reglamento suscrito en Nairobi el 6 de noviembre de 1982 e incorporado a nuestro orden jurídico en virtud de la Ley 46 de 1985.

“Al hablar de los sistemas electromagnéticos, lumínicos y de sonido, la ley y el decreto están considerando unos componentes de la naturaleza que la ciencia física ha descrito desde el Siglo XIX mediante varias formulaciones como la ley de Coulomb, la ley de OHM, el teorema de Gauss, la experiencia de Oersted, las de Faraday, las de Marconi, la ley de Ampere, los experimentos de H. Hertz y, sobre todo, las ecuaciones de J. C. Maxwell y las investigaciones de Lorentz y Einstein. Este conjunto de descubrimientos se consolidó en las épocas del ocaso de la física mecánica y en los albores de la física moderna, de la Teoría de la relatividad y de la física cuántica. Es decir, en las últimas décadas del Siglo XIX y en las primeras del presente. Después de la Primera Guerra Mundial, el desarrollo de las telecomunicaciones dejó apreciar la inmensa riqueza contenida en el espectro electromagnético y las diferentes frecuencias de ondas hertzianas que lo componen, cuyos límites y posibilidades aún no se conocen.

“Enseña la física moderna que las ondas hertzianas (las creadas artificialmente por el hombre y manipuladas con los elementos que la tecnología ha dispuesto), tienen la virtud de transmitir, desde un emisor hasta un receptor, mensajes inteligentes de signos escritos, señales, imágenes, sonidos o informaciones en general. Pero, además, por sus cualidades y características, pueden transportar energía y tener aplicaciones que la ciencia de hoy está empeñada en hallar y precisar. Las ondas identificadas según las frecuencias que han sido clasificadas y denominadas por bandas para su mejor utilización. La gama de esas frecuencias se denomina espectro de frecuencias (VLF, LF, MF, HF, VHF, UHF, SHF, EHF) usadas por los distintos canales de información para transmisión a distancia de la información. El telégrafo y el télex, la transmisión de datos, la telefonía, la radio de amplitud modulada (onda media), la radio de frecuencia modulada (onda ultra corta), la difusión por hilo y la televisión, son los canales de información en los cuales se producen las perturbaciones (ondas), técnicas, artificiales y racionales del espacio (en su definición como magnitud) destinadas a establecer el puente comunicativo entre quien emite y quien recibe los datos.

La tecnología ha dispuesto, además, todo un lenguaje apto para el envío y la recepción de la información, cuyas estructuras y atributos se han actualizado y desarrollado con los sistemas informáticos de nuestros días. Esa misma técnica ha empleado la relación entre las magnitudes espacio-tiempo para incrementar las posibilidades de comunicación por cada medio, para superar, así, las limitaciones que en cada caso imponen las fronteras de las bandas de frecuencias.

“La gama de frecuencias constituye, por su parte, el llamado espectro electromagnético, el cual actúa en el espacio, elemento de la naturaleza susceptible, como se dijo, al ser perturbado, de enviar a través de él las ondas portadoras

de energía y de los mensajes del hombre. Es claro, pues, que un objeto de la naturaleza en el espacio y otro el espectro electromagnético, íntimamente vinculado a aquel y que, como se verá, puede ser aprovechado (sus distintos canales) por la sociedad.

## Estado y espacio

“Semejante utilización del espacio fue posible cuando la física moderna descubrió la existencia de las ondas electromagnéticas, del campo electromagnético, de las leyes que explican sus virtudes y comportamientos, del diseño y construcción de la infraestructura tecnológica propia, de los lenguajes y de los sistemas de control de las telecomunicaciones. La ciencia entregó, entonces, al hombre, con el concepto de campo, con la interpretación de los fenómenos eléctricos y la descripción de las sustancias que los clásicos no alcanzaron a elaborar, la disponibilidad de unos nuevos recursos naturales que antes, obviamente, no conocía.

“La nueva imagen de la realidad, usando las palabras de A. Einstein, producto de las investigaciones científicas, comportan cambios en las concepciones filosóficas de la naturaleza, en los caminos del conocimiento, en el aprovechamiento del hombre de los recursos encontrados y en los derechos y deberes que allí se configuran. En este punto se localiza el problema a dilucidar planteado en la fórmula Estado/espacio, ya que, se repite, dentro de este último aparece el espectro electromagnético y los canales de información a usar en las telecomunicaciones.

(...)

“La matriz espacial del Estado se torna de esta manera compleja. Para el derecho constitucional de nuestros días, en ella figuran el territorio, el mar territorial, el espacio aéreo, las órbitas de geoestacionarias y el espacio mismo (magnitud). La matriz espacial, es como el Estado, una construcción social, y ella compone y origina toda una serie de relaciones, derechos y deberes frente a los cuales el Estado decreta su imperio y asume la potestad de regularlos.

“Ahora bien, como ya se dijo, el espectro electromagnético se encuentra físicamente vinculado al espacio del Estado por lo cual este tiene del derecho de definir legislativamente su utilización en beneficio de la sociedad.

“Se requiere en este punto indicar, como conclusión, que la delimitación del espacio que condiciona la operatividad, ámbito de vigencia y aplicación de la legislación nacional y la proveniente de los tratados públicos, se encuentra en las mismas fronteras del territorio nacional, cuya extensión es el referente para identificar el espacio que hace parte del Estado colombiano, en el cual se producen las telecomunicaciones (emisión y recepción). Los términos del territorio nacional (espacio identificado geodésicamente según los tratados o convenios aprobados por el Congreso...) tienen, así la virtud de definir otros componentes de la matriz espacial del Estado, de la misma manera que han servido de punto de partida para delimitar el mar territorial, la plataforma continental, las aguas marinas y submarinas, el espacio aéreo (cfr., C. Co., art. 1777), etc. y, en este caso, el espacio en donde actúa el espectro electromagnético.

## Telecomunicaciones y servicio público

“Lo anterior es útil para comprender que la vinculación Estado-espacio y la facultad de regular el uso del espectro electromagnético y los canales de información, no pueden explicarse con la institución del monopolio... Es bien sabido que según el artículo 31 de la Constitución <sup>(9)</sup>, leído en concordancia con los artículos 30 y 32 <sup>(10)</sup>, tiene vigencia en el sistema político colombiano, la libertad de empresa y la iniciativa privada. Esta es la regla general que caracteriza nuestro sistema económico. No obstante, el Constituyente de 1910 estimó conveniente consagrar el monopolio, al lado de los sistemas impositivos, como fuente de ingresos del Estado. El artículo 31 en tal dirección, atribuye exclusivamente a la ley la facultad de retirar de la órbita privada el ejercicio de actividades económicas cuya rentabilidad sea óptima para producir ingresos que, a título de ganancias, sean empleados en los gastos que demandan las gestiones del Poder Público.

Así, la institución del monopolio, es una excepción al régimen político y la propiedad privada, la iniciativa particular y la libre empresa porque su aplicación supone la prohibición al particular de ejercer la actividad (comercio o industria) reservadas privilegiadamente al Estado con el fin de obtener utilidades (rentas). Es el monopolio, según lo dicen las mismas expresiones constitucionales, un arbitrio rentístico que la ley puede decretar,

mas su aplicación queda condicionada a que antes sean indemnizados, plenamente, quienes deban quedar privados del ejercicio de la industria y el comercio lícitos. El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado-empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se la ha asignado privilegiadamente. Pero, las actividades monopolizadas son, por efectos del principio de libertad de empresa, del dominio del sector privado, el cual queda sacrificado en razón del interés público que motivó la creación de este arbitrio rentístico del sector público. El objeto de lo monopolizado no corresponde a la naturaleza del poder público ni a la soberanía del Estado, es una forma excepcional que el constituyente estableció. Igualmente hubiera podido, como en la mayoría de los sistemas constitucionales, prescindir de ella y optar por las contribuciones para los mismos fines.

En tales condiciones, el espectro electromagnético no se relaciona con el Estado a título de monopolio, ni los atributos y recursos que contiene pueden explicarse, en el cuadro constitucional, con base en el instrumento rentístico del artículo 31. Si la legislación estableciera el uso de las frecuencias radioeléctricas como monopolio a favor del Estado sin otorgarle la característica de ser un arbitrio rentístico se estaría en presencia de un monopolio, pero inconstitucional, porque quebrantaría los fines que la norma fundamental dispone para que el Estado se apropie exclusivamente y con prescindencia de la libertad de empresa, de una actividad económica.

Al lado de lo dicho, las frecuencias del espectro electromagnético tienen la capacidad de servir para satisfacer la necesidad general de comunicación que tiene la sociedad. La transmisión inteligente de informaciones con la infraestructura tecnológica contemporánea, ha sido definida en los términos del servicio público por la tradición legislativa colombiana y los instrumentos internacionales que gobiernan la comunicación internacional y el uso del espectro y sus frecuencias. Significa esto que el aprovechamiento de los canales radioeléctricos se hace dentro del régimen del servicio público cuyo regulador es el legislador colombiano. Por eso el artículo 5° de la Ley 72 de 1989 dice:

Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso la facultad de control y vigilancia” (destacado fuera del texto).

Se acomoda esta norma a lo previsto en el artículo 76 número 10 de la Constitución cuando define que es la ley quien regula lo relativo a los servicios públicos y ella puede tomar las medidas para que se preste regular y eficazmente a los asociados y fijar las condiciones que así lo aseguren. Por tal razón el Estado no ha acudido a la figura excepcional y rentística del monopolio para expedir la normatividad de las telecomunicaciones.

Tales previsiones sobre la prestación de ese servicio público figuraban en la legislación anterior al 20 de diciembre de 1989. Así se pronunció el Código Fiscal, el artículo 1° de la Ley 198 de 1936 que lo modificó, el Decreto 1418 de 1945 (art. 11), el artículo 3° del Decreto Legislativo 3418 de 1954 que tiene, en su esencia, la misma redacción del transcrito artículo 5°, la Ley 83 de 1945 que miró las radiocomunicaciones en los términos del servicio público de igual manera que su antecesora la Ley 68 de 1943 y el Decreto 1233 de 1950. Toda esa normativa, en parte citada por el demandante, tiene por fin regular el servicio público de las telecomunicaciones y disponer un parto institucional que cumpla con su prestación a la comunidad. Allí no aparece que las telecomunicaciones se concibieran como al arbitrio rentístico del que habla el artículo 31 de la Constitución. Es cierto que decretos meramente reglamentarios (N° 1418/45, 1684/47 y 1184/69), no en disposiciones originarias del legislador, se habla del “monopolio de las telecomunicaciones”, pero se trata, evidentemente, del empleo impropio y errado de la expresión que identifica el instituto constitucional del artículo 31. Los decretos reglamentarios pretendieron simplemente indicar que el servicio público de las telecomunicaciones era responsabilidad del Estado, sin desconocer la posibilidad de delegar su prestación, por cuanto desde la Ley 189 de 1936 el legislador ha dicho que “los servicios de telecomunicaciones solo pueden prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquel o que tengan o hayan obtenido del gobierno el respectivo permiso” (art. 1°). Esta disposición que, modificó el Código Fiscal, se ha mantenido en su esencia por las normas posteriores. Ha sido este criterio legislativo la base para el desarrollo, por ejemplo, de la radiodifusión en Colombia, que todos sabemos se cumple, preponderantemente, por emisoras de personas privadas.

También es cierto que el legislador cuando dispuso la creación de una empresa nacional de telecomunicaciones se preocupó por nacionalizar la prestación de los servicios de larga distancia, pero esa nacionalización no se puede identificar válidamente con la creación del monopolio que autoriza, por excepción y con fines rentísticos, el artículo 31 constitucional porque, aunque las presentara de esa manera exclusiva, la ley en ningún momento le dio a las telecomunicaciones el carácter de instrumentos productos de rentas públicas, sino, como con razón lo afirma el procurador, el del servicio público, para el cual es indiferente la producción de ganancias y beneficios económicos. La centralización de las comunicaciones de larga distancia fue un criterio de eficacia técnica y económica de esa actividad, sin desconocer la posibilidad de las empresas municipales responsables de la telefonía local y otros servicios complementarios de las comunicaciones.

La orden del Decreto 1900 de 1990 de asignar a las entidades territoriales la prestación del servicio de las telecomunicaciones es una forma de descentralizar y desconcentrar su operación de conformidad con la instrucción de la ley de habilitaciones que revistió al gobierno de facultades extraordinarias para distribuir la responsabilidad de los servicios entre la Nación y los entes territoriales. Semejante asignación es plenamente compatible con la teoría del Estado ya referida, porque los departamentos y municipios son parte integrante del Estado al cual le pertenece el espectro electromagnético y sus aplicaciones.

Además la misma Ley 72 de 1989 dispuso expresamente en su artículo 5° que las telecomunicaciones pueden prestarse por el Estado o mediante concesiones a personas naturales o jurídicas, reiterando de esta forma la hipótesis que otras normas habían previsto en Colombia.

No se está en este asunto, pues, en presencia de monopolios que el legislador hubiera establecido en alguna “ocasión para que produjeran rentas a favor del Estado, porque la legislación ha concebido el aprovechamiento de los canales en el marco del servicio público, cuyo régimen ha sido legislativamente y en este caso, diferente a la institución rentística del artículo 31 constitucional.

Los condicionamientos de que la Ley 72 de 1989 impuso al legislador extraordinario fueron acatados por el Decreto 1900 de 1990 ya que en la forma como se presta este tipo de servicios por la institucionalidad colombiana, de acuerdo con la ley, aparecen tanto la Nación como las entidades territoriales y las personas privadas o de economía mixta que los artículos 5° y 14, numerales 4°, 5° y 6° consideradas expresamente para cumplir con tales responsabilidades que buscan a satisfacer la necesidad general de las comunicaciones de la sociedad colombiana”  
[\(11\)](#).

Estas fueron, entonces, las orientaciones normativas y jurisprudenciales existentes antes de la Constitución Política de 1991.

Empero, la nueva Carta Política, introdujo importantes cambios en el sistema económico, principalmente en lo que se refiere a la prestación de los servicios públicos en general, lo cual cambió el rumbo y el derrotero normativo, por lo que en lo que se refiere al tema que nos ocupa, debió expedirse en forma inmediata una nueva regulación legal para hacer efectivos los cambios dispuestos por el nuevo orden constitucional.

En efecto, en primer lugar, la Constitución Política determina que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, sin que para su ejercicio, se puedan exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. El Estado, por mandato de ley, debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, y solo se puede delimitar su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Igualmente, la Constitución Política determina que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, siendo deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333).

Por su parte, la Constitución Política determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber suyo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, pero ellos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, manda la Constitución, el Estado debe mantener la regulación —pues ellos quedan sometidos al régimen jurídico que fije la ley—, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Solo por razones de soberanía o de interés social, previo el cumplimiento del trámite contemplado en la misma Constitución, el Estado, puede reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (art. 365).

Además de todo lo anterior, en cuanto se refiere de manera concreta al tema de las telecomunicaciones, la Constitución Política determinó que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado y garantizó la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, en los términos que fije la ley (art. 75). La Constitución expresamente señala que son parte de Colombia, además del territorio, el espacio aéreo y el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, corresponde a su derecho de dominio, sin perjuicio del derecho inminente que ejerce de acuerdo con las normas del derecho internacional público o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales (art. 101). El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación (art. 102). Finalmente, tanto para garantizar la competencia como para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, la Carta determinó así mismo que el Estado intervendrá por mandato de la ley (art. 75).

De conformidad con estas nuevas directrices constitucionales, desde el punto de vista legal, debía redefinirse o precisarse cuál sería entonces la naturaleza y el régimen jurídico de las telecomunicaciones en Colombia y, en particular, para el caso que nos ocupa, de la telefonía móvil celular.

En un primer momento, en ejercicio de las facultades especiales conferidas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución para reestructurar la rama ejecutiva del poder público, se expidió el Decreto 2122 del 29 de diciembre de 1992, el cual, en su artículo 1º, le atribuyó al Ministerio de Comunicaciones la función de elaborar los proyectos y proponer las normas concernientes al uso y gestión del espectro electromagnético y el régimen de las habilitaciones (num. 15), lo mismo que las de otorgar concesiones, mediante licencias, para la prestación de servicios de larga distancia —nacional e internacional— (nums. 17 a 20) y, otorgar, de conformidad con la ley, la concesión para la prestación de servicios de telefonía móvil celular (num. 21).

Para tal efecto, de conformidad con la nueva Constitución Política, se expidió la Ley 37 sancionada en 1993, cuya finalidad, además de prohijar la incorporación al sistema de telecomunicaciones de modernas tecnologías, era la de adecuarlo normativamente a los cambios introducidos por la Carta Política y de esa manera estimular a los particulares para la prestación del servicio de telefonía móvil celular <sup>(12)</sup>. Sobre el propósito general de dicha ley, el entonces Ministro de Comunicaciones señaló:

“La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, fijó orientaciones políticas diferentes a las consagradas en la Carta de 1886 e impuso una revisión normativa, la cual no solo deberá emprender el Ministerio de Comunicaciones, sino que deberá expresarse en todos los sectores y niveles de la administración.

“Lo anterior no significaría la “derogatoria en bloque” de la legislación preexistente, y por lo tanto el vacío jurídico, pues las leyes continúan vigentes, entendiéndose solamente derogadas aquellas que resulten contrarias o incompatibles con el texto de la nueva Carta. Obviamente, implica una necesaria adecuación normativa de algunos asuntos al nuevo ordenamiento.

“La nueva Constitución, la modernización, el desarrollo tecnológico, la descentralización y la apertura, hacen imperativa una rápida transformación de algunas de las disposiciones de carácter legal que han regido el sector de las telecomunicaciones. Por ello, presentamos a consideración del Congreso de la República este proyecto de ley, cuyo alcance se limita a impedir la paralización en programas de trascendental importancia para el país y que, de ser suspendidos, limitarían notoriamente el avance de uno de los sectores tecnológicos de punta, esencial para el desarrollo social y económico de la Nación.

“Se trata de un régimen legal (C.P., arts. 289, 298, 311, 356 y 365).

“El tema de los servicios públicos a pesar de tener reconocida importancia en el ámbito del derecho público en Colombia, y de su innegable alcance social, en vigencia de la Constitución de 1886, tuvo muy pocas regulaciones de carácter constitucional y se dejó que fundamentalmente su tratamiento tuviese alcance de carácter legislativo y reglamentario. No sucede lo mismo con la Constitución de 1991, la cual no solo se refiere al asunto en diversas disposiciones, sino que dedica el capítulo 5º del título XII, artículos 365 a 370, a la regulación de la materia.

“Dentro del régimen constitucional, que a la fecha tiene pocos desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios, se hace preciso ir deslindando conceptos como “servicio público”, “servicio público esencial”, “servicio público domiciliario”, ya que de cada uno de estos conceptos se deducen consecuencias jurídicas diferentes. Es decir, no son sinónimos entre sí, y es labor del legislador, dentro de la orientación constitucional, ir precisando el alcance de los mismos.

“La propia definición de servicio público deberá reconstruirse entre nosotros, pues es bien sabido que la teoría del servicio público, en la cual este era asimilable a la administración pública, hizo crisis desde hace tiempo, y hoy es perfectamente posible la actuación de la administración pública en la gestión de asuntos de los particulares a través de las empresas industriales y comerciales del Estado, como también es viable que los particulares se dediquen a la prestación de los servicios públicos (arts. 150 num. 7º, 365 de la C.N.; D. 1050 y 3130/68).

“Siendo los servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado, tal como lo prescribe el artículo 365 de la nueva Carta, la forma de su prestación no le corresponde exclusivamente en forma directa a las entidades públicas. Este fenómeno que podría considerarse universal y propio de la sociedad contemporánea, tal como lo advierte el catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Fernando Garrido Falla, en su Tratado de derecho administrativo, puede prestarse en tres modalidades si se tiene en cuenta la participación más o menos directa que la administración registra en la gestión de la actividad o servicio:

“1. “Formas de gestión directa por parte de la administración, aplicables tanto a los servicios asistenciales como a los económicos, y que pueden presentarse como gestión indiferenciada sin órgano en especial, establecimiento o empresa propia sin personalidad, como servicio público personificado, o en forma de sociedad privada”.

“2. “Formas de gestión indirecta, en la modalidad de contratos de concesión, arrendamiento o concertación”.

“3. “Formas de gestión mixta, en la modalidad de gestión interesada o como sociedad de economía mixta”.

“Los servicios públicos podrán prestarse por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Así lo consagra el propio artículo 365 de la Constitución, que, como se infiere, rompe la famosa ecuación servicio público igual a administración pública, y, por el contrario, coloca a la administración pública en Colombia dentro del contexto contemporáneo de la privatización, la modernización, la eficiencia, la eficacia, la economía y la competitividad, criterio este último de señalada trascendencia, consagrado en el artículo 334 de la Constitución Nacional.

“La competitividad es uno de los elementos rectores de la intervención del Estado en la prestación de servicios, según el artículo 334 de la Constitución Nacional.

“Este elemento rector de la intervención, contenido en el artículo citado de la Carta, se erige en pieza fundamental en materia de la intervención en el campo de los servicios. La competitividad hará necesario un cambio de rumbo en la administración pública, donde los criterios de eficiencia, administración por objetivos y mejoramiento continuo, orientarán las actividades de la administración. La competitividad es garantía de la eficiente prestación de los servicios y de la mejor utilización de los recursos y, como consecuencia, de una reducción en las tarifas de los mismos.

(...).

La competencia para la determinación de la entidad que debe prestar un servicio emana de la ley y no de la naturaleza propia del servicio

(...).

“En el caso de servicios como la telefonía móvil celular, en los que, por razón de la tecnología utilizada, las cuantiosas inversiones a realizar, sus altos costos, y su particular forma de operación, debe otorgarse la competencia en la prestación del servicio a la Nación, para que lo preste directamente o a través de sus entidades descentralizadas o indirectamente por concesión otorgada mediante contrato.

“Es de importancia que el legislador expresamente prevea quién es el competente para la prestación de este tipo de servicios, de acuerdo con el ámbito, cobertura y cubrimiento del mismo, a fin de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 298, 311 y 356 de la Carta” <sup>(13)</sup> .

Su discusión en el seno de las comisiones sextas del Congreso de la República reunidas conjuntamente, le permitió a este precisar con más rigor la naturaleza de servicio público de la telefonía móvil celular a cargo del Estado:

“La telefonía celular, permite, mediante la utilización del espectro electromagnético, que usuarios móviles se comuniquen con otros usuarios, a través de la red pública conmutada, o con otro móvil, en el país o en el exterior. El espectro electromagnético asignado se divide en canales discretos, los cuales a su vez son asignados en grupos de células geográficas, en forma que recuerda a un panal. Los canales discretos son susceptibles de ser reutilizados en diferentes células dentro de un área de cubrimiento, lo cual solo es posible recurriendo a importantes desarrollos aplicados al campo de las telecomunicaciones.

“A diferencia de la telefonía fija residencial local, la telefonía móvil celular no constituye un servicio público domiciliario, por su carácter móvil y por el tipo de servicio que representa. Se trata de un servicio de cubrimiento y ámbito nacional que debe ser prestado de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución.

(...).

“Es necesario destacar cómo las empresas del sector público se encuentran listas para participar en esta nueva tecnología. Se han constituido dos empresas mixtas: Ocel S.A. está integrada por las empresas municipales del occidente del país, asociadas con empresas privadas de esa región. De otra parte Telecom, la ETB y las principales empresas telefónicas del oriente del país se han agrupado en una empresa similar a la anteriormente mencionada.

“Finalmente vale la pena anotar cómo se espera que con los llamados satélites de baja altura, el cubrimiento continental inalámbrico será una realidad en el futuro, lo que le da una importancia mayor al desarrollo de esta tecnología, so pena de aislar a Colombia.

(...).

“En el caso de la telefonía celular el proyecto de ley establece restricciones tales como:

1. El servicio solo podrá ser prestado por sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con la legislación vigente y con domicilio en el país.
2. La Nación mantiene la regulación del servicio tal como lo establece el artículo 150 de la Constitución.
3. Dado que la telefonía móvil utiliza el espectro radioeléctrico, bien imprescriptible e inalienable, según la misma Carta, corresponderá entonces al Estado su regulación y control” <sup>(14)</sup> .

Así mismo, al ser discutido en el pleno de cada una de las corporaciones legislativas, estas señalaron:

“... el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, reguló lo relativo a la prestación de algunos de dichos servicios [de telecomunicaciones], por conducto de los decretos 1794 y 2824 de 1991 y 332 de 1992. En particular estos últimos, indicaban la manera cómo el país debía incorporar a su infraestructura el servicio de la telefonía móvil celular, que es la tecnología de punta en todos los países del orbe y que está llamada a ser el vehículo a través del cual se transformen las telecomunicaciones en un servicio vinculado a las personas y no a los lugares, como sucede en la actualidad.

“Colombia no podía aislarse de esta tendencia mundial y el Gobierno Nacional, consciente de ello, promovió la implantación de esa tecnología en el país, para lo cual estableció unas reglas de juego invitando a inversionistas públicos y privados, nacionales y extranjeros, al proceso de selección de quienes debían encargarse de la prestación de este servicio en nuestra Nación. Sin embargo, los reglamentos que se establecieron para el efecto han tenido diversos tropiezos ante el Consejo de Estado, que ha considerado que nos basta el esfuerzo del ejecutivo, sino que es necesario el concurso de la rama legislativa del Poder Público para introducir la telefonía móvil celular en Colombia, contando con la tecnología y el capital foráneo. Así mismo, se ha cuestionado ante el citado tribunal,



si bien este no se ha pronunciado al respecto, la facultad que asiste al Ministerio de Comunicaciones para regular y conceder dicho servicio sin la autorización de los entes territoriales, con base en regulaciones generales contenidas en el Decreto Ley 1900 de 1990, que desdichan de la naturaleza de un servicio como la telefonía móvil, que por definición y por interés del bien público, es de índole nacional.

“Es pues, en procura del bien común y para buscar el desarrollo de una actividad importante para el país, que agrega cuantiosos activos a la actividad económica nacional y que facilita aplicaciones en otros sectores de la economía por lo que el Congreso de la República debe colaborar con el ejecutivo en su propósito de establecer la telefonía móvil celular en el país, con el concurso del capital y la tecnología desarrollados en otras latitudes ...

(...).

“La telefonía móvil celular constituye uno de los más importantes avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones. Amplía considerablemente las posibilidades de comunicación telefónica para un gran número de usuarios, en condiciones económicas y de calidad óptimas, en el término de desarrollo y expansión del servicio y de las redes a través de las cuales opera.

“El elemento principal de estas redes está constituido por el espectro radioeléctrico asignado, el cual se divide en canales que a su vez son asignados en grupos de células geográficas para cubrir un área. Estos canales son susceptibles de ser reutilizados al pasar de una célula a otra dentro del área de cubrimiento.

“El servicio permite la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la red telefónica pública conmutada, RTPC, entre estos y los usuarios de la telefonía fija o convencional y/o determina como un servicio de ámbito y cubrimiento nacional.

“El servicio de telefonía móvil celular representa un avance revolucionario en la tecnología de las telecomunicaciones facilitando la expansión de la red fija y permitiendo a los usuarios comunicaciones móviles de alta calidad ...” <sup>(15)</sup> .

En consecuencia, la Ley 37, aprobada por el Congreso de la República y sancionada por el Gobierno Nacional el 6 de enero de 1993, la cual fue reglamentada por el Decreto 741 de 1993, reguló la prestación del servicio de telefonía móvil celular en los siguientes términos:

1. La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada, RTPC, entre aquellos, y usuarios de la red telefónica pública conmutada, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro electromagnético asignado constituye su elemento principal (art. 1°).
2. El servicio de telefonía móvil celular está a cargo de la Nación, quien lo puede prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos administrativos —hoy estatales— a empresas estatales, a sociedades privadas o a sociedades de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Por tratarse de un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales (art. 3°). El Decreto Reglamentario 741 de 1993, determinó que como regla general, el servicio se prestará en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato administrativo (art. 20) —hoy estatal.
3. Los contratos administrativos —hoy estatales— de concesión solo pueden celebrarse con sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía celular en particular. Las sociedades privadas o mixtas deben estar constituidas como sociedades anónimas <sup>(16)</sup> .
4. Los contratos administrativos —hoy estatales— de concesión se adjudicarían en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión, con una antelación de cinco días hábiles, y previo el trámite de la licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, términos y

demás disposiciones previstas en ese momento en el Decreto-Ley 222 de 1983, o las normas que lo sustituyeran, modificaran o adicionaran.

Correspondería al Ministerio de Comunicaciones, en cumplimiento de los objetivos y funciones previstos en el Decreto 1901 de 1990, adelantar tales procesos de contratación y velar por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

En todo caso, para la licitación, concesión y operación del servicio se debían observar los principios de igualdad y de acceso democrático.

5. El Gobierno Nacional tendría en cuenta, entre otros, los siguientes criterios para reglamentar las condiciones en que se debe prestar el servicio de telefonía móvil celular:

- a) El servicio debe prestarse en todo el territorio nacional, tanto en zonas urbanas como rurales, aun en las de difícil acceso, de conformidad con los planes de expansión del servicio y de las redes. Toda propuesta para que se asignen frecuencias para la operación de la telefonía móvil celular, debe incluir un plan de expansión de este servicio, en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas dentro de la respectiva área de la concesión; dichos planes deben realizarse en un término no mayor a cinco años y serán factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva;
- b) Las concesiones se debían otorgar en dos redes, que compitieran entre sí, en cada área de servicio, conforme a la distribución de frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones. Una de esas redes, en cada una de las áreas señaladas, debía ser operada por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y la otra por las privadas;
- c) En las sociedades mixtas podrían participar —directa o indirectamente—, entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y
- d) Las entidades que presten este servicio público deben abstenerse de ejercer prácticas monopolísticas o restrictivas en cualquier sentido de la competencia.

6. Por su parte, de conformidad con los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política, correspondería al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se prestaría dicho servicio. La asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico se haría de tal forma que cubriera tres áreas con sus correspondientes polos técnicos, los cuales serían definidos por el Gobierno Nacional. Dichas áreas serían la oriental, la occidental y la Costa Atlántica.

7. Los operadores de la telefonía móvil celular tendrían derecho de acceso a las redes telefónicas públicas conmutadas fijas que se encuentren establecidas en el país, para efectos de la interconexión de los elementos de sus propias redes y para el manejo de su tráfico. Esta interconexión a su vez se sometería al principio de acceso igual-cargo igual, en virtud del cual los operadores de la red telefónica pública conmutada están obligados a prestar la interconexión en condiciones técnicas y económicas iguales a todo operador celular que lo solicite.

8. La red móvil celular se interconectaría a la red telefónica pública conmutada en los puntos en que las partes lo acordaran, siendo por cuenta del operador celular todos los equipos requeridos para la interconexión a la central de conmutación de la red telefónica pública conmutada, tanto local como de larga distancia y se ceñirían a los planes de señalización, numeración, tarificación y enrutamiento elaborados por el Gobierno Nacional.

9. En la no previsto en la Ley 37, se aplicarán a las redes y servicios de telefonía móvil celular, la dispuesto en la Ley 72 de 1989 y el Decreto-Ley 1900 de 1990.

Así pues, la Ley 37 de 1993, estableció las condiciones para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular, los requisitos y procedimientos para su contratación y el ámbito de la prestación del servicio.

Por su parte, la Ley 80 sancionada el 28 de octubre de 1993, que contiene el estatuto general de contratación de la

administración pública, reguló el contrato de concesión en general y el contrato de concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones.

El artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993, definió así el contrato de concesión:

“4. Contratos de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión. total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

A su vez, el artículo 33 de dicho estatuto, definió así la concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones.

“ART. 33.—De la concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones. Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

“Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

“Para los efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

“Los servicios y las actividades de telecomunicaciones serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

“Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

“PAR.—Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”.

Igualmente, el artículo 34 de la Ley 80 dispuso que la concesión para la prestación de los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga distancia nacional e internacional se otorgará conforme a lo dispuesto por el Decreto 2122 de 1992.

Finalmente, la Ley 422 sancionada el 16 de enero de 1998, modificó parcialmente la Ley 37 de 1993 y señaló que:

1. Los operadores del servicio de telefonía móvil celular podrán cubrir las zonas más apartadas o de difícil acceso del país, actuando conjuntamente a través de una sola red. El Ministerio de Comunicaciones impartirá la autorización correspondiente, solamente cuando los operadores demuestren que dichas circunstancias facilitan el proyecto técnico, el acceso de un mayor número de usuarios a este servicio, y a unas tarifas de uso y conexión

reducidas. Tales tarifas en ningún caso pueden superar el 40% del precio normal.

2. En virtud de la interconexión, los operadores de telefonía pública básica conmutada local, TPBCL, telefonía pública básica local conmutada local extendida, TPBCLE, telefonía móvil celular, TMC, y de telefonía pública básica conmutada de larga distancia, TPBCLD, quedaron obligados a conectar sus redes para permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos. El operador en cuya red se origina la comunicación debe prestar oportunamente el servicio de facturación y recaudo de los valores correspondientes a los servicios prestados a los usuarios por los operadores que intervienen en la comunicación en las condiciones que se acuerden entre ellos y se debe reconocer el costo del servicio, más una utilidad razonable.

3. En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. Tal reversión no requiere de ningún acto administrativo especial.

4. Las sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular no tienen la obligación de transformarse en sociedades anónimas abiertas.

5. Penalizó el acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones.

El tema así concebido es tan importante que ya la regulación no es siquiera interna sino internacional <sup>(17)</sup> .

Una vez definido este nuevo marco legal, el turno le correspondió a la jurisprudencia constitucional para precisar, de manera definitiva, si él se ajustaba a los cánones constitucionales establecidos en la Carta Política de 1991.

En primer lugar, con la Sentencia C-082 del 26 de febrero de 1993, la Corte Constitucional señaló que los servicios de telecomunicaciones en general constituyen un servicio público:

“Debe resaltar la Corte que, como de tiempo atrás lo han proclamado las normas legales que regulan la materia, en especial el Decreto 3418 de 1954 y los ordenamientos recién mencionados, las telecomunicaciones deberán ser utilizadas como instrumentos para el desarrollo político, económico y social del país y para la promoción y progreso de las personas, entidades y organizaciones lícitas que ellas constituyen, mas no para su daño, todo lo cual —como condición incorporada a las respectivas concesiones o contratos— ha sido previa y debidamente conocido por quienes han establecido tales relaciones jurídicas con el Estado colombiano.

“Lo anterior significa, además, que —a la luz de principios inherentes a nuestra Constitución que esta Corte no duda en prohijar, en cuya virtud se reconoce el ejercicio de los derechos subjetivos solo en la medida en que se sirva a los intereses colectivos, su titular cumpla con los deberes impuestos por la ley y no se perturben los derechos de otros— la concesión o el contrato que permiten el uso de las frecuencias radioeléctricas pierde su base de legitimidad y se rompe el vínculo que obligaba al Estado a respetarlo cuando se desvían hacia fines antisociales como los descritos y, en consecuencia, aquellas deben revertir al Estado de manera inmediata, sin perjuicio de las sanciones aplicables en cada caso.

“Ha de insistirse, por otra parte, en que los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y, por tanto, de conformidad con lo estipulado por el artículo 365 de la Carta, son inherentes a la finalidad social del Estado y “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”” <sup>(18)</sup> .

Así mismo, al confrontar algunas normas del Decreto 1900 de 1990 con la nueva Constitución Política de 1991, mediante la Sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, la Corte Constitucional señaló que las telecomunicaciones son un servicio público, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 365, pueden ser prestados directamente por el Estado —en forma directa o indirecta—, por las comunidades organizadas o por los particulares.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 72 de 1989, se entiende por telecomunicaciones “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos”.

“Las telecomunicaciones desde tiempo atrás han sido catalogadas por el legislador colombiano como un servicio

público (L. 198/36, L. 6/43, L. 83/45; D. 1418/45, D. 3418/54, D. 1233/50, entre otros), característica que hoy aparece expresamente contemplada en el artículo 5° de la Ley 72 de 1989, y que textualmente reza:

“Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso la facultad de control y vigilancia”.

“Y en el artículo 4° del decreto aquí demandado [1900/90] se lee:

“Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto:

“Estos mandatos encuentran claro soporte constitucional en el artículo 365 de la Carta que asigna a la ley la facultad de regular los servicios públicos, para lo cual deberá establecer el régimen jurídico al que deben someterse, como la forma de su prestación y las condiciones que se exigen para ello. Tales servicios pueden ser prestados directamente por el Estado, en forma directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por los particulares, pero “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, disposición que debe interpretarse en concordancia con el numeral 23 del artículo 150 de la Ley Suprema que ordena al Congreso expedir las leyes que regirán “la prestación de los servicios públicos”.

“Vale la pena agregar aquí que la Ley 80 de 1993, en el artículo 33, hizo una diferenciación entre actividad de telecomunicaciones y servicio de telecomunicaciones, entendiendo por la primera “el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones”, agregando, que “para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados”; y por la segunda, “aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior”. Sin embargo remite a las normas del decreto que hoy se analiza, para efectos de la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones” <sup>(19)</sup> .

Tres meses después, al estudiar la constitucionalidad de las normas más importantes de la Ley 37 de 1993, mediante la Sentencia C-318 del 14 de julio de 1994, la Corte Constitucional señaló que las telecomunicaciones y en particular la telefonía móvil celular es un servicio público, reservado al Estado por la ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, lo cual significa que se está en presencia de un servicio público cuyo titular es el Estado por mandato de la ley, así este no sea su operador; titularidad pública que recae sobre una actividad que tiene la connotación legal y material de servicio público, cuya prestación es indirecta a través de contratos estatales de concesión. Dijo entonces esa corporación:

“Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado (D.L. 1900/90, art. 4°). A voces de la norma citada (art. 2°) se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos. La telefonía móvil celular es una especie de servicio de telecomunicación y, por ende, la ley igualmente lo califica como servicio público (L. 37/93, art. 1°).

“Las normas legales acusadas, por lo visto, no despojan a esta particular forma de telecomunicación de su connotación jurídica de servicio público. Por el contrario, a partir de esa calificación, que se mantiene, la ley ordena que dicho servicio esté a cargo del Estado que lo podrá prestar directa o indirectamente (L. 37, art. 3°).

“Desde este punto de vista, en términos generales, la ley revisada tiene sustento en los artículos 334 y 365 de la Constitución Política. De acuerdo con la primera norma, el Estado podrá intervenir en los servicios públicos y privados. Con arreglo a la segunda, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, pudiendo ser prestados directamente por el mismo directa, o, indirectamente, por comunidades organizadas o particulares.

“Se desprende de lo anterior, que son las normas constitucionales que se indican en la demanda como violadas, las que en principio le suministran validez a la ley acusada. Por ello la Corte se detendrá a analizar si el contenido concreto de la intervención que se articula a través de la ley o el régimen que se adopta, podrían, vulnerar la carta política.

“La reserva o titularidad pública que la ley hace respecto del servicio de telefonía móvil celular (L. 37, art. 3º), es un tema que en primer término debe ser abordado por esta Corte.

“Podría pensarse que las actividades relativas a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se enmarcan dentro de la libre iniciativa privada (C.P., art. 333) y que, de constituir un monopolio en favor del Estado, carecería de base constitucional por no tener el carácter de arbitrio rentístico (C.P., art. 336).

“A este respecto conviene distinguir los monopolios legales cuyo único fundamento puede estar dado por una finalidad puramente rentística y la reserva estatal de ciertos servicios públicos, que puede producirse en virtud de la ley de manera total o parcial con el objeto de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, o simplemente por razones de soberanía (C.P., art. 365). En los dos casos, creación de un monopolio legal o reserva estatal de una actividad económica que establece una titularidad pública exclusiva, se reduce legítimamente el ámbito de la iniciativa privada (C.P., art. 333), pero los procedimientos para su imposición y las finalidades que se persiguen con estas dos técnicas de derecho público son diferentes.

“La reserva estatal de un servicio público o de una actividad estratégica, en los términos del artículo 365, está sujeta a los siguientes requisitos: (1) Ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa gubernamental; (2) existencia de razones de interés social o de soberanía para su ubicación en la esfera pública; (3) el objeto de la reserva debe ser una actividad estratégica o un servicio público; (4) indemnización previa y plena de las personas que queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

“La reserva estatal del servicio de telefonía móvil celular no equivale a la creación de un monopolio legal con fines rentísticos y debe, por ello, analizarse a la luz del citado artículo 365 de la Constitución Política.

“El servicio de las telecomunicaciones ha estado sujeto a titularidad pública, en virtud de numerosas leyes expedidas con anterioridad a la promulgación de la Constitución vigente —Ley 198 de 1936, Ley 6ª de 1943, Ley 83 de 1945 y Ley 72 de 1989—. Ajustada a esa tradición legislativa, el Decreto Legislativo 1900 de 1990, reitera que “Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado (...)” (ibíd., art. 4º). No era necesario, en consecuencia, que la Ley 37 de 1993, se sujetará al requisito del quórum calificado previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, pues, la regulación de la telefonía móvil celular, como modalidad especial de las telecomunicaciones, ya se encontraba en un ámbito previamente reservado por el legislador al Estado, de modo que la mención que sobre este extremo se hace en la ley examinada es puramente reiterativa y descriptiva del status legal del servicio.

“No obstante que no es procedente someter precedentes reservas legales de servicios públicos a los requisitos nuevos que para el efecto trae la actual Constitución, para mayor abundamiento no sobra constatar que ellos concurren plenamente en el presente caso.

“El actual estado de la técnica, el alto costo de la infraestructura, la necesidad de garantizar la igualdad en el acceso al servicio y la responsabilidad y competitividad de los operadores, la utilización que el servicio hace del espacio electromagnético de propiedad pública, son razones suficientes para considerar que se encuentra justificada la titularidad pública que la norma legal establece.

“La alternativa contraria, atendido el estado de la técnica actual y los altos costos asociados a la prestación del servicio, seguramente redundaría en la creación de monopolios u oligopolios privados nacionales o extranjeros, que serían los únicos capaces de asumirlo, con las consecuencias negativas que pueden derivarse para los usuarios y, en general, para el efectivo e igualitario ejercicio de las libertades públicas cuyo ejercicio requiere de la infraestructura comunicativa existente. Así el Estado no sea operador directo del servicio, su titularidad pública, le permite un radio de acción mayor que el de la ordinaria intervención legislativa en una actividad originariamente privada, particularmente en lo que se refiere a su estrecho control, orientación y supervisión y, en fin, fijación de

condiciones, regulación del servicio y de la competencia.

“Es evidente que si los datos técnicos y económicos tenidos en cuenta por el legislador para tornar pública una determinada actividad se modifican, el área de reserva estatal puede en consonancia variarse y, correlativamente, ampliarse el espacio de iniciativa económica de los sujetos privados. Por el momento, pese a que no se desconoce la relatividad e historicidad del establecimiento de una reserva estatal, cabe anotar que las circunstancias técnicas y económicas, apreciadas por el legislador, a través de la perspectiva del interés general, lo han llevado en este caso a reiterar respecto de la telefonía móvil celular la titularidad pública.

“De otra parte, la titularidad pública recae sobre una actividad que tiene la connotación legal y material de servicio público (L. 37/93, art. 1º) y, además, por haber estado siempre reservada al Estado, no existen operadores privados que deban ser indemnizados como consecuencia de la reiteración legal de la anotada titularidad pública.

“La prestación indirecta del servicio de telefonía móvil celular por parte del Estado, a través de concesiones, otorgadas mediante licitaciones públicas a las empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta, conforme a la regulación que se contiene en el artículo 3º de la Ley 37 de 1993, es objeto de severa crítica constitucional en la demanda.

“La opción organizativa y de manejo del servicio público que contempla la norma, se aviene a la Constitución. Los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente (C.P., art. 365). Precisamente, la concesión es el instrumento contractual más socorrido de gestión estatal indirecta de un servicio de su competencia; en su virtud el contratista se compromete, durante el término convenido, a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones estipuladas.

“El Estado social de derecho es eminentemente participativo y no escatima oportunidades propicias para “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (C.P., art. 2º). En el campo de las funciones públicas (C.P., art. 123) y, más concretamente en el de los servicios públicos (C.P., arts. 365 y 369), la Constitución contempla y favorece, de acuerdo con lo que establezca la ley, la participación de las comunidades organizadas y de los particulares en su gestión y fiscalización.

“No cabe duda de que la participación de los particulares, cuando la ley lo permita, tendrá más alcance general respecto de la vigilancia del servicio por los usuarios que en relación con la participación en su gestión. La dimensión económica y organizativa necesaria para el efecto, unida al sistema de licitación pública, como se prevé en la norma acusada, solo permitirá a un número reducido de personas intervenir como gestores del servicio. No obstante, aun en estas condiciones, la apertura a la gestión de un servicio de suyo reservado al Estado, representa ya una ganancia cualitativa significativa en términos de la libertad de iniciativa privada que, en lugar de estar del todo proscrita en este ámbito, por lo menos accede a una porción del mismo, articulada en un esquema donde la titularidad y el control público se combinan con la gestión privada. Las reservas al sector público, gracias a este mecanismo y a que la actividad lo permite, están informadas por un criterio de economía institucional muy propia de un Estado participativo, que se orienta a la persecución de las finalidades públicas que inspiran la específica reserva, pero con el menor sacrificio posible en términos de libertades y derechos constitucionales (*principio pro libertate*)...

“No es contrario a la Constitución que las empresas estatales o las sociedades de economía mixta, puedan, en los términos que la ley señala, intervenir en un plano de igualdad con las sociedades privadas, para obtener la adjudicación de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular. A este respecto, cabe señalar que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, por regla general, se someten al derecho privado y, excepcionalmente, al derecho público. El principio general dentro del sistema económico es la igualdad (C.P., art. 13) y a él solo pueden excepcionalmente sustraerse las empresas públicas, cuando lo autorice la ley y por motivos de relevante interés público; de lo contrario, no se entiende cómo pueda pregonarse que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” (C.P., art. 333). En este orden de ideas, cuando por decisión de la ley un aspecto —la gestión— de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, la garantía institucional de la libre competencia económica, trasunto de la igualdad en el terreno económico, cobra plena vigencia, frente a los operadores públicos y privados. De otra parte

debe observarse que la intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también servicios públicos y que su finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios (C.P., art. 334). Los sujetos públicos no están, pues, exceptuados de la intervención estatal en la economía. No escapa a la Corte que una forma legítima de intervención en lo que hace a la gestión de un determinado servicio público, puede ser la de homologar a los operadores públicos y privados como competidores para su realización y prestación. Justamente a esto se contrae el artículo 3º acusado que luego de contemplar la hipótesis de la prestación indirecta del servicio a través del sistema de concesiones, procede a establecer las pautas conforme a las cuales se adelantarán las respectivas licitaciones ya fijar las condiciones que deben acreditar sus eventuales concesionarios.

“Aunque el demandante no acusa las disposiciones del artículo 4º de la ley, pese a referirse a ellas desestimándolas desde el punto de vista técnico, es importante anotar que en ellas se pone de presente el afán del legislador de procurar en punto a la gestión del servicio público de telefonía móvil celular, la instauración de un régimen a la vez equilibrado y competitivo entre los agentes públicos y privados que intervienen en ella. En efecto, allí se dispone que las concesiones se otorgarán en dos redes que compitan entre sí y que una de estas redes, en cada una de las áreas señaladas, será operada por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y la otra por privadas. No se trata, por lo visto, de marchitar la presencia de las empresas públicas en la gestión de este servicio, sino de auspiciar la competencia en el sector en el que junto al sujeto público —que siempre ha estado en él, tiene recursos y experiencia— concurrirá el privado —que no ha estado—, de modo que su supervivencia económica, antes que de la gracia de la ley, dependerá de sus propias ejecutorias. No en vano la libre competencia se ha erigido en principio medular del régimen económico (C.P., art. 333).

(...).

“La prestación indirecta de un servicio público que es el punto al cual se contrae el artículo 3º acusado, tiene, como se analizó, pleno asidero constitucional. El régimen tarifario del servicio de telefonía móvil celular no se trata en la ley y, en los términos del artículo 4º de la misma, deberá ser objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional y de consideración dentro de los contratos de concesión (C.P., art. 367 y L. 37/93, art. 1º). Pese a que, en las actuales condiciones técnicas, la telefonía móvil no tiene el carácter de servicio público domiciliario se infiere de lo dicho que no se libra al exclusivo criterio del concesionario la fijación de la tarifa que deba cobrarse.

(...).

“Por lo que respecta a la “tarifa contable”, que permite que los servicios superavitarios subsidien a los deficitarios y generen ingresos para los subsidios tarifarios, no puede soslayarse el hecho de que como contraprestación a la adjudicación de una concesión, el concesionario debe entregar a la Nación recursos que puede aplicar a la extensión de la red de servicios y a la financiación de los anotados subsidios tarifarios.

(...).

“Las concesiones no tienen un objeto universal. Se refieren a la prestación de un determinado servicio en un lugar y en unas condiciones económicas que se precisan en el contrato respectivo. En el ámbito del contrato evidentemente existe una posibilidad de utilidad económica para el concesionario, que justamente es lo que lo mueve a contratar, y que no puede calificarse como ilícita o ilegítima. El cumplimiento de la concesión reporta un beneficio individual para el concesionario, junto a un beneficio social para el Estado y los usuarios, cuya tangibilidad y envergadura dependerá de la negociación que se lleve a cabo por el Estado y de factores ajenos al examen constitucional. Para enfrentar el cargo que formula el demandante, basta decir que independientemente de las concesiones y de las modalidades de la prestación del servicio público, el Estado como titular de la actividad debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (C.P., art. 365) y tomar en cuenta —para la prestación de los servicios domiciliarios— además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (C.P., art. 367). Ni el sistema de concesiones impide que el Estado como titular de los servicios de telecomunicaciones cumpla con estos deberes ni el Estado puede ampararse en aquel para dejarlos de cumplir.



“Las leyes se declaran inexequibles si violan la Constitución, independientemente de que beneficien o perjudiquen a una determinada entidad descentralizada. De hecho, la ley puede incluso ordenar la supresión de la entidad (C.P., art. 150-7) y, en principio, también. El levantamiento de la reserva estatal que recaiga sobre cierta actividad o servicio público y, en estos eventos, la medida legal se confrontará únicamente a la luz de la Constitución” <sup>(20)</sup> .

Igualmente, al revisar la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993, mediante la Sentencia C-586 del 7 de diciembre de 1995, la Corte Constitucional resaltó que los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y, por tanto, según las voces del artículo 365 de la Constitución, son inherentes a la finalidad social del Estado y “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley” <sup>(21)</sup> .

Posteriormente, con la Sentencia C-310 del 11 de julio de 1996 <sup>(22)</sup> , además de transcribir lo dicho en las sentencias C-189 y C-318 de 1994, la Corte Constitucional reiteró que las telecomunicaciones han sido definidas como un servicio público.

“... es importante recordar que las telecomunicaciones han sido definidas como un servicio público. El legislador colombiano, a través del tiempo, las ha catalogado como tal y ello ha quedado expresado entre otras normas, en los artículos 5° de la Ley 72 de 1989 y 4° del Decreto 1900 de 1990.

(...).

“Estas disposiciones legales encuentran pleno respaldo constitucional en el artículo 365 de la Carta, que delega en la ley la facultad de regular los servicios públicos, señalando el régimen jurídico al que deben someterse, e indicando igualmente que dichos servicios pueden ser prestados por el propio Estado, directa o indirectamente, o a través de comunidades organizadas, o por particulares, manteniendo el Estado “la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios”.

(...).

“Así entonces, es al Estado a quien corresponde el suministro de los servicios públicos básicos a la comunidad. Pero a pesar de tratarse de una de sus funciones prioritarias, la complejidad, los altos costos y el grado de extensión de algunos de estos servicios, ha dejado abierta la posibilidad de que sean los particulares quienes adelanten su prestación, por lo menos en parte, como ocurre precisamente con el servicio de las telecomunicaciones, reservándose el Estado como ya se dijo, su vigilancia y control para dar cumplimiento a la obligación constitucional de asegurar su prestación eficiente (C.P., art. 365).

“En relación con el servicio público de las telecomunicaciones, la ley ha sido clara en delegar en el Ministerio de Comunicaciones, como representante del gobierno central, el manejo de la política general del sector de las comunicaciones, ejerciendo entre otras, las funciones de planeación, regulación y control de estos servicios (L. 72/89, art. 1°; D. 1900/90, art. 5°) ...”.

De conformidad con todo lo anterior, se concluye que la telefonía móvil celular, como modalidad especial de las telecomunicaciones, es un servicio público que ha sido reservado por el legislador al Estado, por razones de soberanía o de interés social, según lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, y cuya explotación o prestación puede hacer directamente, a través de sujetos suyos de derecho público, o indirectamente, a través de sujetos de derecho privado o de carácter mixto, de la misma forma como se entrega a estos el desarrollo de cualquiera de las actividades estatales, esto es, a través de la concesión.

Que sea un servicio público reservado por la ley al Estado, significa que en este caso no existe libertad e iniciativa privada para que sea prestado o explotado por los particulares. O, en otros términos, que la titularidad pública recae sobre una actividad que tiene la connotación legal y material de servicio público según lo previsto en el artículo 1° de la Ley 37 de 1993 y que, además, por haber estado siempre reservada al Estado, no existen operadores privados que deban ser indemnizados como consecuencia de la reiteración legal de la anotada titularidad pública. En consecuencia, el Estado es el único que puede explotarlo, prestándolo directamente o, si así lo determina, indirectamente, llamando para tal efecto a los particulares a través del sistema de concesión y a cambio de una contraprestación económica, sin perjuicio de las facultades que tiene y los derechos que además pueda cobrar a su favor por la utilización de un bien que también es suyo, el espectro radioeléctrico, para su

prestación, como se verá más adelante.

La Ley 37 de 1993 y su Decreto Reglamentario 741 del mismo año, han determinado que, como regla general, el servicio se preste en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato estatal y ello es así, porque como lo ha dicho el juez constitucional, la concesión es el instrumento contractual más socorrido de gestión estatal indirecta de un servicio de su competencia, en virtud del cual el contratista se compromete, durante el término convenido, a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones que se estipulen con el Estado. De todas maneras, así el Estado no sea operador directo del servicio, su titularidad pública, le permite un radio de acción mayor que el de la ordinaria intervención legislativa en una actividad originariamente privada, particularmente en lo que se refiere a su estrecho control, orientación, supervisión, fijación de condiciones, regulación del servicio y de la competencia.

Las concesiones no tienen un objeto universal. Se refieren a la posibilidad de explotar la actividad o permitir la posibilidad de obrar como operador para la prestación del servicio a los usuarios o abonados en un lugar y en unas condiciones económicas que se precisan en el contrato respectivo.

Finalmente, de acuerdo con el contrato, existe una posibilidad de utilidad económica para el concesionario, que justamente es lo que lo mueve a contratar, y que no puede calificarse como ilícita o ilegítima, pero que se deriva, como se verá más adelante, de los contratos que celebre con los usuarios a quienes les preste el servicio, en las condiciones del mercado.

4.1.2. El espectro radioeléctrico y su uso para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y en particular para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular

Hecho el estudio sobre el servicio público de telefonía móvil celular reservado por la ley al Estado, corresponde ahora analizar el espectro radioeléctrico, esto es, aquella parte del espectro electromagnético que como un bien de propiedad también del Estado es utilizado por los operadores para la prestación de aquel servicio y demás actividades de telecomunicaciones a favor de los usuarios, previa concesión, licencia o autorización otorgada por su titular.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 1900 de 1990, el espectro radioeléctrico es la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones.

De conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Constitución Política, el espectro electromagnético es un bien público, cuyo titular es la Nación, inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

En consecuencia, se trata de un bien del Estado que no puede ser enajenado o transferido y que no puede ser adquirido por ningún modo; apenas puede ser usado en las condiciones que determine la ley y la autoridad administrativa del Estado que tiene a su cargo su intervención por mandato constitucional.

Además de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en la Sentencia 53 del 25 de abril de 1991, atrás citada, con motivo del tratamiento dado al espectro electromagnético por el Decreto 1900 de 1990, la Corte Constitucional al revisar el tema frente a las normas de la Constitución Política que la regulan, en la Sentencia T-081 de 1993, señaló su definición y características:

“El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado (C.P., art. 75).

“Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas.

“Las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares obedecen a que este es parte del territorio colombiano (C.P., art. 101), y pertenece por tanto a la Nación (C.P., art. 102). Razones de soberanía y

de seguridad, así como los principios de pluralismo informativo, democracia participativa e igualdad, justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

“De otra parte, factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las condiciones óptimas de transmisión y de uso adecuado de este bien público.

“La apropiación del espacio electromagnético no hace parte de la capacidad patrimonial y de la autonomía negocial de los particulares. Tampoco pueden los particulares pretender adquirir su dominio mediante prescripción. La voluntad constituyente se expresó inequívocamente en el sentido de definir el espectro electromagnético como un bien de uso público inenajenable e imprescriptible.

“La intervención estatal —gestión y control— en el ámbito de las comunicaciones responde al ejercicio de la potestad del Estado para regular lo que está dentro de su territorio, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético y evitar las prácticas monopolísticas. Los medios masivos de comunicación que utilizan este bien están sujetos en su funcionamiento a la gestión y al control del Estado.

“La gestión del Estado en materia del uso del espectro electromagnético (C.P., art. 75) se estructura mediante la dirección y el control que este ejerce sobre los servicios de televisión (C.P., art. 76).

“La gestión estatal en el uso del espectro electromagnético tiene como finalidad mantener las condiciones óptimas que hagan posible la transmisión de información, el pluralismo informativo y la competencia. Hasta el presente los operadores no han tenido la facultad de emitir ondas radioeléctricas contentivas de información sonora y visual, debiendo proceder al arrendamiento de los espacios televisivos. Con la Constitución de 1991, la emisión puede realizarse por los particulares, previa autorización del Estado, mediante el sistema de concesiones.

“La concesión del uso de una frecuencia para transmitir información es una facultad del Estado que se desprende de su función de gestión (C.P., art. 75). Solamente mediante el mecanismo de autorizaciones previas es posible garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el uso técnicamente adecuado del espectro y la igualdad de oportunidades en su acceso” <sup>(23)</sup> .

Posteriormente, en la Sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, la Corte Constitucional señaló que el espectro electromagnético es un medio técnico de carácter público que se utiliza en el servicio de telecomunicaciones:

“Para efectos de llevar a cabo la emisión, transmisión y recepción de datos o información, los medios de comunicación se valen de distintos instrumentos técnicos para realizar sus operaciones, algunos de los cuales son de índole estrictamente privada o particular y otros son bienes públicos, cuya propiedad obviamente es del Estado. Dentro de estos últimos se encuentra el denominado espectro electromagnético, que define y regula el artículo 75 de la Constitución Nacional.

“El espectro electromagnético, según la definición que aparece en el Diccionario de Ciencias Físicas de F. Bueche. Editorial Reverté, 1988, página 416, está conformado por “Las diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz, ultravioleta, rayos X y rayos gamma”.

“Este bien público que forma parte del espacio colombiano es inenajenable e imprescriptible, y está sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades y en los términos que fije el legislador. El Estado puede intervenir por mandato de la ley para garantizar el pluralismo informativo y la competencia y evitar las prácticas monopolísticas en el uso del citado bien (arts. 63, 75, 76, 101 y 102 de la Carta).

“La radio, la televisión, la telefonía, la difusión por cable, el telégrafo, el télex, etc., son algunos de los medios que utilizan el espectro electromagnético para enviar y recibir mensajes, y en general toda clase de datos o información. Por tanto también ven limitada su libertad de fundar medios masivos de comunicación, pues al hacer uso del espectro electromagnético, tienen que subordinarse necesariamente a las normas que lo reglamentan” <sup>(24)</sup> .

En la Sentencia C-318 de 1994, la Corte Constitucional descartó que por virtud de la Ley 37 de 1993, sobre telefonía móvil celular, a los particulares se les haya cedido parte de las riquezas y del patrimonio nacional “como el espectro electromagnético”:

“En estricto rigor la prestación indirecta del servicio de telefonía móvil celular, a través del sistema de concesiones, como lo dispone la ley, más allá de contemplar una modalidad específica de gestión de un servicio público, permitida por la Constitución, no entraña modificación alguna a la titularidad del servicio que se mantiene en cabeza del Estado y que este administra mediante dichas concesiones —que corroboran su titularidad originaria— y sus facultades irrenunciables de regulación y control. La circunstancia de que la ley, en punto a la gestión del servicio de telefonía móvil celular, le dé cabida a los particulares y a la iniciativa privada dentro de un marco bien preciso, no desvirtúa su titularidad pública ni significa, como lo postula el demandante que “las telecomunicaciones se han privatizado”.

“La gestión privada del servicio de telefonía móvil celular, mediante el esquema de la concesión, tampoco significa enajenar en favor de los particulares el espectro electromagnético, como lo señala, sin fundamento y sin explicación alguna, el demandante. Las tareas de gestión y control del espectro electromagnético permanecen confiadas al Estado, con todas las facultades que aparejan, entre otras, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la comprobación técnica de emisiones, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes, la detección de irregularidades y perturbaciones, la adopción de medidas tendientes a establecer su correcto y racional uso, etc. La utilización del espectro por parte del concesionario para los fines del servicio, no representa ni apropiación del mismo ni abdicación de las facultades del Estado, como quiera que este es quien en virtud de la concesión respectiva dispone y asigna por sí mismo los canales para cubrir las áreas a las cuales se extiende el servicio que en su nombre y por su cuenta temporalmente se presta” <sup>(25)</sup> .

Así mismo, en la Sentencia T-484 del 2 de noviembre de 1994, la Corte Constitucional hizo las siguientes consideraciones sobre el artículo 75 de la Constitución y el espectro electromagnético:

“El espectro es el conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas (rayos gamma, rayos x), ondas medias o intermedias (luz visible), hasta ondas largas (las radiocomunicaciones actuales).

“Dentro de este rango de frecuencias hay una escala privilegiada que, con la tecnología actual, corresponde al espectro de las comunicaciones. Obviamente es a esta frecuencia a la que se refiere la Constitución, especialmente en el artículo 76, al establecer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.

“Por consiguiente, el espectro electromagnético no es una franja por donde pasan datos, ni tiene que ver con el espacio alrededor de la tierra.

“El Estado no puede intervenir el espectro electromagnético en su totalidad. Solo puede intervenir o controlar el rango de frecuencias que se utilizan para las comunicaciones, control que corresponde a la tecnología actual.

“Es decir, la Constitución en los artículos que tratan sobre el espectro electromagnético (arts. 75, 76 y 101), se refiere a una parte del espectro, a las frecuencias que se utilizan en las comunicaciones, y no al espectro en su totalidad que, como se mencionó, corresponde a fenómenos que no tienen relación con las comunicaciones. Pretender su control total equivaldría a decir que el Estado, en virtud del artículo 75, puede intervenir la luz o la radiación térmica del sol.

“De otra parte, es evidente que la igualdad de oportunidades a que el artículo 75 se refiere, es la que tiene que ver con el otorgamiento de concesiones, en especial para radio y televisión. El uso que el concesionario haga de las frecuencias, se rige por otros principios, en especial por los que consagran la libertad de información” <sup>(26)</sup> .

En 1996, al ordenar recaudar una prueba pericial para mejor proveer la decisión por tomar en el proceso D-1129 y que culminó con la Sentencia C-310 de ese año, la Corte Constitucional consultó la opinión técnica del ingeniero y físico José Fernando Isaza Delgado, quien al responder las siguientes preguntas atinentes a ciertos aspectos

técnicos relacionados con el espectro electromagnético, señaló lo siguiente:

¿Qué se entiende por espectro electromagnético y qué por espectro radioeléctrico?”.

“El espectro electromagnético es el conjunto de las frecuencias de radiación electromagnética. Comprende desde la bajísima frecuencia aproximando 10 a 100 Hertzios que corresponde a los campos generados por las actividades de generación y transmisión de electricidad, hasta frecuencias mayores a los 10 Hertzios que corresponden a la radiación de los rayos cósmicos.

“(…).

Por espectro radioeléctrico, la Unión Internacional de Radiocomunicaciones, UIT, define las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión, servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos”. Este “... no es un concepto estático, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, corresponde al estado de avance tecnológico”.

¿Qué se entiende por gestión del espectro?

“Involucra las actividades de planeación, utilización, ingeniería, computación y monitoreo del espectro. Es la combinación de procedimientos administrativos, técnicos y de control, para garantizar la explotación eficiente de los servicios de radio comunicaciones sin causar interferencia perjudicial”.

¿Cómo se lleva a cabo en la práctica la asignación de frecuencias?

“La asignación de una frecuencia o de un canal radioeléctrico, es la autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o canal radioeléctrico determinado, en condiciones especificadas. ... En Colombia, el Ministerio de Comunicaciones ... asigna las frecuencias previa una solicitud formulada por el interesado quien debe aportar el proyecto, el rango de frecuencias y las características. El ministerio realiza el análisis respectivo para determinar la zona y capacidad de los equipos con el fin de asignar las frecuencias.

“Identificada la factibilidad, hace la respectiva asignación en el cuadro técnico y emite una resolución autorizando el uso de las frecuencias ...”.

“¿Dentro del espectro electromagnético es posible distinguir técnicamente cuáles frecuencias son asignables específicamente para el servicio de televisión, respecto de otras que no sirven para tal efecto y solamente puedan asignarse para radiodifusión, radiocomunicaciones, banda ciudadana y otros servicios? ¿O, por el contrario, todas las frecuencias sirven indistintamente para las diversas modalidades de telecomunicación y depende del criterio de quien gestiona el espectro y la distribución de esas frecuencias entre los distintos servicios?

“El ancho de band. del espectro radioeléctrico asignado a diferentes usos (televisión, radio, telefonía celular, etc.), surge de acuerdos internacionales, que reflejan el estado tecnológico de las comunicaciones.

“... Una banda de frecuencias determinada por la Comisión Internacional de Radiocomunicaciones puede ser utilizada para uno o varios servicios tales como: radionavegación, fijo, espacial, móvil, marítimo, radio-astronomía, en uno o varios países o zonas geográficas determinadas sin considerar la función que se va a desempeñar. Colombia se encuentra ubicada en la región 2. En este aspecto, las frecuencias pueden servir para diversas modalidades de telecomunicación y por lo tanto dependerá la distribución de esas frecuencias entre los distintos servicios, del criterio de quien gestione el espectro”.

En todo caso, con la Sentencia C-310 del 11 de julio de 1996, con la cual se puso término al proceso, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“Ahora bien, para efectos de llevar a cabo la emisión, transmisión y recepción de datos o informaciones, gran parte de los medios de comunicación requieren del uso de instrumentos técnicos, algunos de los cuales son bienes de uso público que por su naturaleza pertenecen al Estado. Este es el caso del espectro electromagnético, que de

conformidad con el artículo 75 de la Constitución Política es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades de conformidad con los términos que fije la propia ley.

“Sobre el espectro electromagnético, el Diccionario de Ciencias Físicas de F. Baueche (Edit. Reverté) ha señalado que el mismo está conformado por “las diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz ultravioleta, rayos X y rayos gamma”. Es decir que a través del espectro, circulan las diversas ondas electromagnéticas que transmiten los servicios de radio, televisión, telefonía, televisión por cable, télex, etc., siendo estos solo algunos de los medios que lo utilizan para enviar y recibir mensajes” <sup>(27)</sup> .

Definido qué es el espectro radioeléctrico, corresponde analizar ahora cómo se accede a él —bajo qué modalidad— para su utilización en la prestación del servicio público de telefonía móvil celular: esto es, la concesión mediante contrato estatal o la licencia o el permiso.

De manera general, el Decreto 1900 de 1990, determinó que el uso de las frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y da lugar al pago de los derechos que correspondan.

Para el caso del servicio de telefonía móvil celular regulado por la Ley 37 de 1993, tal y como lo señala la apoderada de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, el uso del espectro electromagnético, fue reglamentado también por esa misma ley en sus artículos 1º, 2º, 4º y 6º.

Siendo la telefonía móvil celular un servicio público de telecomunicaciones —como ya se ha indicado—, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada, RTPC, entre aquellos, y usuarios de la red telefónica pública conmutada, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, tal y como lo determina la Ley 37, la parte del espectro electromagnético asignado constituye su elemento principal (art. 1º). Ahora, como lo señala el artículo 2º de esa misma ley, las redes de telefonía móvil celular son redes de telecomunicaciones, que interconectadas entre ellas o a través de la red telefónica conmutada, permiten un cubrimiento nacional destinadas principalmente a la prestación al público del servicio público de telefonía móvil celular en las cuales el espectro electromagnético se divide en canales discretos, los cuales a su vez son asignados en grupos de células geográficas para cubrir un área.

Además, conforme a lo previsto en los artículos 4º y 6º de la Ley 37, el servicio de telefonía móvil celular lo prestan cada uno de los operadores en dos redes (red A y red B), que compiten entre sí, en cada área de servicio (la oriental, la occidental y la Costa Atlántica) con sus correspondientes polos técnicos, en las bandas de frecuencias del espectro electromagnético asignadas por el Ministerio de Comunicaciones, entidad a la cual le corresponde igualmente distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se puede prestar dicho servicio.

De lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 4º y 6º de la Ley 37 y de las normas previstas en la Ley 80 de 1993, antes citadas, se infiere que la modalidad adoptada para el uso del espectro radioeléctrico con el objeto de prestar el servicio de telefonía móvil celular es la concesión, mediante contrato estatal, que se celebra simultáneamente o en un mismo cuerpo contractual, con la concesión para la explotación económica del servicio para su prestación a los usuarios a que se ha hecho referencia en el numeral anterior.

Corroborar este aserto lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-423 de 1995, en la cual señaló que los recursos originados para la Nación a partir de 1994 e incorporados en el presupuesto general de la Nación, generados en los contratos de concesión celebrados para la explotación del espectro electromagnético con miras a la prestación del servicio público de telefonía móvil celular, entre los cuales se encuentra el contrato 05 del 28 de marzo de 1994 celebrado entre la Nación - Ministerio de Comunicaciones y Ocel S.A. y que es objeto de examen, tienen las características configurativas de los ingresos corrientes no tributarios con el carácter de rentas contractuales resultantes por la explotación y utilización de un bien del Estado, el espectro electromagnético, los cuales, dada esa condición, deben alimentar el situado fiscal y las transferencias a los municipios.

Dijo entonces la Corte lo siguiente sobre el origen y las condiciones de generación de los recursos provenientes de la explotación del espectro electromagnético:

“Los recursos que se impugnan provienen de contratos de concesión celebrados con particulares para la explotación del espectro electromagnético, con miras al ofrecimiento del servicio público de telefonía móvil celular; los adjudicatarios le pagan al Estado el derecho a explotar, durante un período de tiempo determinado, ese bien, definido en el artículo 75 de la Constitución Política como “... un bien público, inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado ...”.

“Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones de su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas” (C. Const., sent. T-081, feb. 26/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“Se trata entonces de la explotación de un bien cuya existencia no es una mera expectativa, que es parte del territorio colombiano y propiedad de la Nación, artículos 101 y 102 de la Constitución Política, y que como tal permanece disponible para su utilización regular, según las modalidades que al efecto determine el legislador. Tales características permiten concluir, que la explotación del espectro electromagnético constituye una “disponibilidad normal del Estado”, de la cual se puede hacer un uso regular, no sujeta a imprevistos, inagotable, cuyos costos de operación y rendimientos son predecibles técnicamente, con un elevado grado de certidumbre, lo cual a su vez viabiliza su inclusión en el presupuesto anual a partir de una base, por lo menos aproximada, de los rendimientos que este generará.

“En síntesis, un bien cuya explotación reúne las condiciones que configuran un ingreso corriente, que en el caso propuesto se deriva de la celebración de un contrato, y que por lo tanto corresponde a lo que el artículo 20 de la Ley 38 de 1989, denominó “rentas contractuales”, norma vigente en la época en que se causaron y recaudaron dichos recursos, y además se tramitó, aprobó y expidió la Ley 168 de 1994.

“Pero si lo dicho no fuera suficiente para aceptar que los recursos cuestionados sí son recursos ordinarios, a las características que estos presentan se les puede adicionar la de la regularidad, no obstante, que como se ha dicho, se trata de un elemento útil para caracterizarlos y distinguirlos, aunque no esencial para determinarlos; ello por cuanto la no regularidad que a tales recursos le atribuye el Ministerio de Hacienda, que le sirve para desvirtuarlos como recursos ordinarios, tampoco es admisible, pues dicha característica no puede entenderse derivada del contrato, cuyas condiciones de ejecución, valor, plazos, forma de pago, etc., son producto de un acuerdo de voluntades sujeto a la discrecionalidad de las partes; la regularidad se origina, en este caso, de la disponibilidad permanente que tiene el Estado de un bien, propiedad de la Nación, inenajenable e imprescriptible, para explotarlo y usufructuarlo de manera continua, con independencia de los plazos y demás condiciones que en un determinado negocio se establezca para percibir dicho usufructo. Esto explica, por qué los recursos que se originan en los contratos de crédito, depósito, o compraventa de activos, se clasifican como recursos de capital, pues su objeto se agota en una única negociación; la venta de un inmueble propiedad de la Nación, por ejemplo, en cuanto bien enajenable y prescriptible, le produce al Estado recursos por una sola vez, es un ingreso esporádico, no susceptible de repetición, que no admite, obviamente, la condición de regularidad, la cual, se reitera, se deriva no del contrato sino de las características del objeto que lo origina.

“En conclusión, los contratos de concesión celebrados para la explotación del espectro electromagnético, generan para el Estado recursos ordinarios, no tributarios, en cuanto, como lo dijo esta corporación, “de ellos dispone o puede disponer regularmente el Estado”” (28) .

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, con la Sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999, la Corte Constitucional al referirse a los recursos que se obtienen por la concesión del espectro electromagnético, los definió como “la contraprestación económica por la concesión para el uso del espectro electromagnético por particulares”, con el objeto de excluir que los mismos constituyan un impuesto (29) . Se trata, dijo la Corte, de rentas nacionales de origen distinto al tributario, obtenidas por el Estado a través de mecanismos regulares y permanentes, como ocurre con los ingresos que puedan engrosar las arcas del tesoro por la vía contractual, entre

otros, los que provienen de pagos a cargo de quienes son titulares de concesiones, por la explotación que hacen de bienes o recursos públicos.

Al analizar la naturaleza de los recursos que se obtienen para el Fondo de Televisión Pública según la Ley 335 de 1997 por el uso de frecuencias del espectro electromagnético en el campo de la televisión en canales de operación privada, en la Sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999, dijo entonces la Corte lo siguiente:

“... los pagos que, con destino al Fondo de Televisión Pública, deben hacer periódicamente los concesionarios por la explotación de frecuencias en el campo de la televisión en canales de operación privada, no son un impuesto, pues carecen de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de canales integrantes del espectro electromagnético. Tales pagos tampoco gozan de la característica de la parafiscalidad en sentido estricto, ya que no se establece que el sector privado de las telecomunicaciones deba asumir una exacción predeterminada que haya de aplicarse al mismo sector. Tal obligación legal en cabeza de los concesionarios es solamente una retribución económica que, por razones de interés general, el Estado exige, junto con las demás previstas en la ley, a los particulares a quienes ha otorgado facultad temporal para hacer uso del espectro electromagnético.

“Los recursos correspondientes tienen, por tanto, un propósito directamente señalado por la ley: deben ingresar al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública creado por la misma.

(...).

“Ahora bien, así como el Estado se halla facultado para cobrar, en los términos que la ley señale, a los concesionarios de radiodifusión, de radiocomunicaciones o de telefonía, o de otros servicios en el ramo de las telecomunicaciones, unas determinadas sumas durante el tiempo que dure la concesión que otorga, puede hacerlo en este caso, también con base en la ley, y bajo distintas modalidades de cobro, en cuanto a la explotación de las ondas electromagnéticas para canales de operación privada, en beneficio de la televisión pública.

“El argumento según el cual los operadores particulares tienen en la televisión pública su competencia, de manera que “en la medida en que se fortalezcan los operadores públicos del servicio de televisión, se debiliten los privados”, como lo dice el demandante, resulta inadmisibles para sostener la inconstitucionalidad de tales pagos, ya que no puede olvidarse que el espectro electromagnético no es de propiedad privada; y, por tanto, el asunto mal puede presentarse o entenderse en el rígido esquema de la competencia económica y la libertad de empresa, garantizadas por la Carta Política pero “dentro de los límites del bien común” (C.P., art. 333); se trata de un bien público por cuyo uso se debe pagar al Estado, y el Estado bien puede destinar las cantidades que reciba por ese concepto al fortalecimiento de la televisión pública, que en alto grado interesa a la comunidad y que no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por los particulares, sin que por ello vulnere la Constitución Política” <sup>(30)</sup>.

En consecuencia, el espectro radioeléctrico que se usa para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, es un bien del Estado y más precisamente de la Nación, la cual, en tratándose de la prestación del servicio público de telefonía móvil celular por los particulares, de acuerdo con la ley, autoriza su uso mediante un contrato de concesión y a cambio también de una remuneración como contraprestación a favor del Estado ya cargo de los concesionarios quienes la cancelan periódicamente por conducto del Fondo de Comunicaciones, por concepto de derechos por la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas.

4.1.3. La concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular a favor de los usuarios y para el uso del espectro electromagnético con esa misma finalidad, en el presente caso se otorgó mediante contrato estatal conforme a la Ley 37 de 1993 y en las disposiciones que la desarrollan o complementan

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se concluye que la telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través



de la interconexión con la red telefónica pública conmutada, RTPC, entre aquellos y usuarios de la red telefónica pública conmutada, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro electromagnético asignado constituye su elemento principal.

De acuerdo con la Constitución Política, dicho servicio de telefonía móvil celular ha sido reservado por la ley al Estado, y está a cargo de la Nación, quien lo puede prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos estatales a empresas estatales, a sociedades privadas o a sociedades de naturaleza mixta.

Por regla general, según lo previsto en la Ley 37 de 1993 y su reglamento, el servicio se presta en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato estatal celebrado con sociedades constituidas en Colombia como sociedades anónimas, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en el país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía celular en particular.

Las concesiones se han otorgado en dos redes, que compiten entre sí, en cada área de servicio, conforme a la distribución de frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones. Una de esas redes, en cada una de las áreas, es operada por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y la otra, por sociedades privadas.

De conformidad con los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política y la Ley 37 de 1993, corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se presta dicho servicio. A su vez, los operadores de la telefonía móvil celular tienen derecho de acceso a las redes telefónicas públicas conmutadas fijas que se encuentran establecidas en el país, para efectos de la interconexión de los elementos de sus propias redes y para el manejo de su tráfico. Esta interconexión a su vez se somete al principio de acceso igual – cargo igual, en virtud del cual los operadores de la red telefónica pública conmutada están obligados a prestar la interconexión en condiciones técnicas y económicas iguales a todo operador celular que lo solicite.

Los artículos 32 numeral 4º y 33 de la Ley 80, sancionada el 28 de octubre de 1993, que contiene el estatuto general de contratación de la administración pública, reguló el contrato de concesión en general y el contrato de concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones, pero en el parágrafo de este último señaló que los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, entre ellos los de telefonía móvil celular, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.

En el presente caso, de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se tiene que de acuerdo con la ley, se está en presencia de un contrato estatal de concesión, el 05 del 28 de marzo de 1994, modificado el 28 de agosto de 1995 y posteriormente el 30 de enero de 1997, cuyo objeto es doble: Por una parte, la concesión para la prestación o explotación económica, por cuenta y riesgo del concesionario, del servicio público de telefonía móvil, no domiciliario. De ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada, RTPC, entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso del servicio de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico “asignado al concesionario constituye su elemento principal y, por la otra, la concesión para la utilización de un bien del Estado, de uso público, esto es, el espectro radioeléctrico, con el fin de prestar a favor de los usuarios dicho servicio en la red A y en el área occidental, en las bandas de frecuencias asignadas de 824.040 a 825.000 MHz, 825.030 a 834.990 MHz y 845.010 a 846.480 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 869.040 a 870.000 MHz, 870.030 a 879.990 MHz y 890.010 a 891.480 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el pliego de condiciones y las normas reglamentarias.

Contrato que tiene un objeto que es inescindible por cuanto en este caso lo primero no puede ir sin lo segundo y viceversa, ya que no se aceptaría técnicamente que se concesionara la explotación o prestación del servicio pero no se concesionara al mismo operador la utilización del espectro radioeléctrico con el objeto de hacer posible o efectiva dicha explotación o prestación a favor de los usuarios del mismo.

Por la primero, se trata de la concesión de un servicio público que la ley ha reservado al Estado y por ello él es su titular —el de telecomunicaciones, en la modalidad de telefonía móvil celular— a cambio de una contraprestación prevista en la cláusula sexta del contrato, la cual ingresó como una renta corriente de origen contractual al tesoro público de la Nación y como tal, se incorporó en el presupuesto de rentas para su uso conforme a la respectiva ley de apropiaciones, esto es: a) La suma de \$ 123.120.000.000, que por el término de diez años, entre el 29 de marzo de 1994 y el 28 de marzo del año 2004, el concesionario ya pagó en un solo contado a favor de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, por conducto del Fondo de Comunicaciones, establecimiento público a él adscrito según lo previsto en el Decreto 1901 de 1990, cantidad resultante de sumar \$ 105.800.000.000, por derechos de concesión y \$ 17.320.000.000, por la financiación del plan de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas; y, b) La suma en pesos equivalente a US\$ 16.623.000, que por el término de la prórroga por otros diez años más, entre el 29 de marzo del año 2004 y el 29 de marzo del año 2014, según contrato de modificación celebrado el 30 de enero de 1997, el concesionario ya pagó el 30 de junio de 1997 —la suma de US\$ 12.786.926— y el 30 de noviembre de ese mismo año —la suma restante de US\$ 3.800.000.

Por lo segundo, se trata de una concesión sobre un bien del Estado que es de uso público —el espectro radioeléctrico— a cambio también de una contraprestación —precio— que se liquida en los términos previstos en la cláusula séptima del contrato 05 del 28 de marzo de 1994, modificado el 28 de agosto de 1995, en la cual se establece que, además del precio previsto en la cláusula sexta y en virtud de lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 3° del Decreto 1901 de 1990 y el pliego de condiciones, el concesionario debe cancelar trimestralmente al Ministerio de Comunicaciones, a través del Fondo de Comunicaciones, por concepto del derecho a la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas contenidas en el subrango especificado en el numeral 1.1.5. de la sección II del pliego de condiciones, una suma equivalente al 5% de los ingresos brutos mensuales de la empresa, pago que debe efectuarse dentro de los 30 días corridos siguientes al vencimiento del correspondiente período trimestral, el cual tiene lugar en las fechas marzo 31, junio 30, septiembre 30 y diciembre 31, es decir, el 30 de abril, el 30 de julio, el 30 de octubre y el 30 de enero de cada año, según la relación detallada de ingresos que el concesionario debe presentar al Ministerio de Comunicaciones. Para tal efecto, se acordó considerar como ingresos brutos los obtenidos exclusivamente de la operación y prestación del servicio de telefonía móvil celular. Para su determinación se acordó tener en cuenta los siguientes conceptos: ingresos por conexión o suscripción, ingresos por cargos básicos periódicos, ingresos por consumo (cargos por el uso del servicio) e ingresos por servicios suplementarios, las sumas recibidas de otros operadores celulares por concepto de “roaming” y de llamadas originadas en las redes operadas por ellos, las sumas transferidas por otros operadores de telecomunicaciones por concepto de llamadas originadas en dichas redes. Se excluyeron los siguientes conceptos: devoluciones y descuentos por cargos básicos periódicos, por cargos por el uso del servicio y de servicios suplementarios; los pagos efectuados a otros operadores celulares por concepto de “roaming” y por llamadas originadas en la red; los pagos efectuados a los operadores de la red fija por acceso y los pagos efectuados a los operadores de larga distancia nacional e internacional.

El término de duración de una y otra concesión se pactó inicialmente hasta por diez (10) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del mismo, esto es, a partir de la firma de las partes. Desde un comienzo se pactó que sería prorrogable por otro período de diez años y, mediante el contrato de modificación celebrado el 30 de enero de 1997, ya se acordaron las condiciones económicas de la prórroga que surtirá efectos desde el 29 de marzo de 2004 y hasta el 29 de marzo del año 2014 y, de manera anticipada, ya se pagó, en 1997, la suma correspondiente a la misma que las partes tasaron en la suma de US\$ 16.623.000.

El concesionario se obligó a prestar el servicio de telefonía móvil celular de conformidad con todas las normas y reglamentos nacionales e internacionales que la regulan, a cumplir las disposiciones de la ley que protegen la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y, en general, a dar cumplimiento a los reglamentos que expidiera el Ministerio de Comunicaciones. Igualmente, para la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concesionario se obligó a utilizar la tecnología AMPS, cumpliendo como mínimo con las normas establecidas en el pliego de condiciones. El equipo empleado para la construcción de la red debió ser nuevo, de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo compatibilidad y posibilidad de migración técnica a nuevas características y normas compatibles con el estándar AMPS. El concesionario se obligó a prestar el servicio de telefonía móvil celular en forma continua y

eficiente, cumpliendo con las normas de calidad descritas en el pliego de condiciones. Salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado y en aquellos otros casos en que de acuerdo con la ley se esté exento de responsabilidad, se determinó que el concesionario es el único responsable por el correcto funcionamiento y la calidad del servicio, en lo que hace a su red celular frente a los suscriptores; y frente a terceros, por la adquisición de equipos y materiales y por las relaciones laborales que adquieran. Las relaciones entre el concesionario y el usuario del servicio de telefonía móvil celular se rigen por el contrato que este suscribe con aquel, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias y a la concesión.

Sin perjuicio de las demás obligaciones pactadas y de las previstas en la ley y los reglamentos, el concesionario se obligó para con la Nación - Ministerio de Comunicaciones a cumplir con las siguientes obligaciones especiales:

— Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, de conformidad con lo estipulado en el pliego de condiciones, para lo cual debió instalar, mantener y operar la respectiva red.

— Brindar la colaboración que el Ministerio de Comunicaciones requiera para las labores de supervisión e inspección que el mismo tiene que realizar en el desarrollo del contrato.

— Acatar las instrucciones y disposiciones que con fundamento en la ley, los reglamentos y el contrato de concesión, el Ministerio de Comunicaciones le imparta en desarrollo del mismo, en orden a la mejor prestación del servicio.

— No cambiar, salvo autorización del ministerio, el operador u operadores que haya indicado en el momento de su inscripción en el registro, así como tampoco los demás elementos esenciales que fueron tomados en cuenta para efectos de la calificación en dicho registro y que fueron evaluados para la adjudicación, sin perjuicio de los cambios que se produzcan en cumplimiento de la ley o por autorización de la misma.

El concesionario dejó constancia expresa que en relación con las estipulaciones contractuales examinó los pliegos y demás antecedentes, y que los consideró en relación con las condiciones del área donde prestaría el servicio, para lo cual dijo haber realizado los estudios necesarios, en consideración al propósito y el alcance de todas las estipulaciones del contrato. Dejó constancia además que investigó la disponibilidad de equipos, las restricciones, depósitos y derechos de aduana aplicables a las importaciones de dichos equipos y las demoras que pudieran ocasionar tales importaciones, así como de las demás condiciones que pudieran afectar el costo o el tiempo para la puesta en práctica de la prestación del servicio de telefonía móvil celular, e igualmente, que estas condiciones fueron tenidas en cuenta al formular su propuesta y que su incidencia no podría alegarse como causal que justificara el incumplimiento de sus obligaciones (cláusula octava).

El concesionario también declaró conocer todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y aceptó por la tanto ajustarse en la ejecución del contrato de concesión a todas ellas y a las posibles modificaciones a que hubiere lugar en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, comprometiéndose en todo caso a obtener la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones para efectuar cualquier modificación a las características esenciales del servicio de telefonía móvil celular.

Conforme a la modificación acordada para la cláusula décima sobre calidad del servicio, se determinó que el concesionario se obligaba a prestar el servicio de telefonía móvil celular en forma continua y eficiente, cumpliendo con las normas de calidad descritas en el pliego de condiciones y a suministrar al Ministerio de Comunicaciones dentro de los 30 días corridos al vencimiento de cada período trimestral, la información prevista en dicho pliego sobre las condiciones y la calidad en que se esté prestando el servicio.

En esta medida, no comparte el tribunal la tesis de que se trate únicamente de un contrato de concesión de una licencia o permiso de utilización del espectro electromagnético como bien estatal de uso público. Como se ha visto, se está en presencia de un contrato estatal de concesión de un servicio público reservado por la ley al Estado, el de telefonía móvil celular y, al mismo tiempo, de un contrato estatal de concesión para el uso de un bien estatal —el espectro electromagnético— con el objeto de prestar al público dicho servicio.

Lo que sí es cierto es que no se trata de un contrato de concesión de servicios públicos en los términos generales

definidos por la legislación nacional y precisados por la jurisprudencia y la doctrina. Se está en presencia de un contrato de concesión especial, que reviste unas características propias y que por la mismo, no puede tratarse con las mismas reglas que rigen a los demás contratos de concesión o a otros también especiales que de acuerdo con sus propias normas jurídicas y modalidades tienen a su vez sus propias características.

Cabría dentro de la definición que trae el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que contiene el estatuto general de contratación de la administración pública, el cual, en términos generales define los contratos de concesión como aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Pero no se rige por los artículos siguientes de la misma Ley 80 en los que de manera complementaria se regulan la concesión de los servicios y las actividades de telecomunicaciones en general (arts. 33, 36 y 38), la concesión de los servicios de radiodifusión sonora (art. 35 y par. del art. 36) y la concesión de los servicios postales (art. 37).

El contrato se rige por su propio cuerpo normativo especial, como sucede con otros contratos de concesión de otros servicios, actividades y de bienes del Estado que tienen también sus propios cuerpos normativos específicos y a los cuales remite la Ley 80, así: para la concesión del servicio de telefonía móvil celular y del uso del espectro electromagnético para su prestación, el párrafo del artículo 33 remite a la Ley 37 de 1993 y disposiciones que la desarrollen o complementen; para la concesión de los servicios de televisión, el mismo párrafo remite a las normas legales —Ley 182 de 1995 y 335 de 1997— y demás disposiciones especiales sobre la materia; y, para la concesión para los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga distancia nacional e internacional, el artículo 34 remite al Decreto 2122 de 1992, sin contar que otras normas legales regulan directamente la concesión de otros servicios, actividades y bienes del Estado.

Se puede decir que, en términos generales, utilizando algunos elementos proporcionados por la jurisprudencia <sup>(31)</sup>, se trata de un contrato estatal que se celebra previo proceso de selección mediante licitación pública, que tiene por objeto otorgar a una persona facultad suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que habiendo sido reservado por la ley al Estado es responsabilidad de este y al mismo tiempo, habilitar el uso de un bien estatal —el espectro radioeléctrico— con el objeto de prestar al público usuario, dicho servicio.

Los sujetos que intervienen son: el concedente, esto es, la persona de derecho público que otorga la concesión, en este caso la Nación titular tanto del servicio público reservado por la ley como del espectro electromagnético; y, el concesionario, a quien se le otorga la concesión que puede ser una empresa estatal, una sociedad de derecho privado o una sociedad de naturaleza mixta constituidas como sociedades anónimas, en la que participen directa o indirectamente operadores de telefonía fija o convencional en Colombia. El usuario a quien se le presta el servicio no es parte, pues con él existirá una relación jurídica distinta.

Las relaciones jurídicas que surgen del contrato de concesión se establecen entre el concedente y el concesionario, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato estatal, los une un vínculo contractual, relaciones que son diferentes a las que se establecen entre el concesionario y el usuario, cuya regulación por tratarse de un servicio público de uso facultativo, es en principio, de carácter contractual.

El contrato, como el que es objeto de examen, es de carácter oneroso, por cuanto concedente y concesionario reciben una utilidad, gravándose cada uno en beneficio del otro (C.C., art. 1497). Planiol y Ripert enseñan que un contrato es interesado o a título oneroso, cuando cada una de las partes ha recibido o recibe bajo la forma de una dación inmediata o de una promesa para lo porvenir, una ventaja que constituye la contrapartida de lo que ella promete a la otra.

En el caso objeto de examen, el concesionario tanto del servicio público como del bien que se asigna para su uso

con el fin de prestar el correspondiente servicio, se obligó a pagar a favor del Estado concedente una prestación económica consistente en una suma determinada de dinero que, como atrás se indicó, constituye un ingreso corriente para la Nación —no tributario y de carácter contractual— y recibe a cambio la concesión misma por cuya explotación obtendrá una remuneración, precio, emolumento que él mismo fija y cobra al usuario por la prestación del servicio que le ha sido concesionado.

Sin embargo, el contrato no es conmutativo, por cuanto no obstante ser oneroso o útil para las partes, dicha utilidad no pudo ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del contrato y las prestaciones que resultan de la relación jurídica no pueden mirarse como equivalentes entre sí, de tal manera que determinen un cierto equilibrio en la ecuación económica del contrato. En efecto, la obligación del concesionario consistente en pagar un precio —que corresponde a una suma fija y otra variable trimestralmente— a favor del concedente, no es equivalente a la prestación de este consistente en otorgar la concesión del servicio y garantizar el uso de un bien del Estado para su prestación con el objeto de que obtenga por su explotación un precio cuya tarifa debe fijar y cobrar directamente el concesionario al usuario beneficiario del servicio, de acuerdo con las condiciones del mercado.

Conviene aquí observar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 1952 (G.J., T. 72, pág. 503), señaló:

“Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe a cambio y determinar, en consecuencia, la utilidad o pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio, ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta”.

De esta manera, para definir si un contrato es conmutativo o aleatorio es necesario determinar si desde el momento de la celebración del contrato, es posible determinar el alcance de los derechos y obligaciones que surgen del mismo o si ello no es posible, porque depende de una contingencia.

Siguiendo las orientaciones jurisprudenciales trazadas a partir de la citada sentencia, los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en su libro la “Teoría general de los actos o negocios jurídicos”, señalan que un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones a saber: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que se miren como equivalentes entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato.

En el que es objeto de examen, véase cómo el precio, emolumento o remuneración que el concesionario paga a favor del Estado concedente, es el resultado de la relación jurídica que se acuerda y define en el contrato de concesión, de acuerdo con la ley y sus reglamentos. La contraprestación por la explotación de la actividad o el servicio debería corresponder al menos al monto de los ingresos netos que el mismo Estado obtendría si lo prestara directamente, en tanto que la contraprestación por el uso del bien del Estado para la prestación del servicio tiene como finalidad lograr para este una retribución justa, objetiva y permanente por el uso de un bien que es de su dominio. De conformidad con el artículo 35 del Decreto Reglamentario 2041 de 1968, los actuales concesionarios de telefonía móvil celular deben continuar cancelando las contraprestaciones a su cargo conforme a lo establecido en los respectivos títulos habilitantes por concepto del uso del espectro.

En cambio, la utilidad o beneficio que recibe el concesionario no proviene del Estado concedente sino del usuario beneficiario como resultado de la prestación del servicio público o la explotación del mismo, de acuerdo con la tarifa que el mismo concesionario fija y en virtud de la relación jurídica que se defina en el contrato de prestación del mismo, del cual no forma parte el concedente, con lo cual aparece también una sensible diferencia respecto de los demás contratos de concesión, en los cuales la remuneración consiste en el derecho otorgado por el Estado al concesionario para recibir del público usuario del servicio que se presta, una tasa que fija directamente el concedente y se calcula en forma tal que asegure al concesionario una remuneración razonable <sup>(32)</sup> .

El Decreto 2122 de 1992, le atribuyó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la función de fijar las

tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, pudiendo establecer el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a que la fijación de tarifas sea libre. En tal virtud, mediante la Resolución 87 de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en primer lugar, estableció los criterios generales del régimen de tarifas aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones, esto es, libertad regulada, libertad vigilada y libertad de tarifas y, en segundo lugar, dispuso como principio general que todos los servicios de telecomunicaciones están sometidos al régimen de libertad vigilada de tarifas, excepto en los casos allí señalados o cuando la comisión resuelva lo contrario. En cuanto se refiere a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la resolución estableció (art. 5.24) que las tarifas a los abonados celulares serán fijadas libremente por los operadores del servicio de telefonía móvil celular.

Téngase en cuenta que la telefonía móvil celular se presta en régimen de competencia entre los operadores autorizados —dos por cada una de las tres áreas de servicio en que está dividido el país— a través de redes de telefonía celular instaladas por los operadores en todo el territorio nacional y en conexión con el exterior.

En consecuencia, el precio que el concesionario obtiene por la prestación de los servicios de telefonía móvil celular corresponde a la tarifa fijada libremente por él mismo como operador del servicio y la recibe en tanto tenga abonados que utilicen sus servicios, de acuerdo con las reglas del mercado en el que intervienen otros competidores, todo lo cual indica que su prestación en función del concedente Estado consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida y por lo tanto, aleatoria, pues ella no se supo a cuánto ascendía en el momento mismo de la celebración del contrato.

Distinto es el caso, como sucede en los demás contratos de concesión, si de antemano o simultáneamente con la celebración del contrato de concesión, la tarifa de la tasa la hubiera fijado el Estado, consultando los intereses del concesionario en función de una justa remuneración y de ella se pudiera colegir de una vez por este cuál era la utilidad que recibiría por la prestación del servicio. En este evento, el concesionario estaría motivado por el lucro que obtendría con la concesión, sin perjuicio de tener en cuenta que se está en todo caso enfrente de la prestación de un servicio público y/o del uso de un bien del dominio del Estado. Con la teoría del equilibrio financiero, estos dos intereses, en principio distantes, se conjugan sin que el particular tenga que sufrir menoscabo alguno en su patrimonio y sin que el interés general se vea vulnerado ante la ocurrencia de hechos que alteren la ecuación contractual. En este último caso, no hay duda alguna, debe existir un equilibrio económico del contrato por cuanto este sería entonces oneroso y conmutativo. El concesionario, empresario, asumiría, como en todo negocio, cierto riesgo normal dentro de unas condiciones previstas de explotación las cuales, en caso de verse afectadas y que marcaran unas pérdidas exageradas o superiores a las asumidas al celebrar el contrato, deberían ser resarcidas si las mismas son causadas por la entidad concedente. En caso contrario, opinan algunos tratadistas, el riesgo de manera excepcional sería compartido por el otorgante <sup>(33)</sup> .

Sin embargo, como arriba se indicó, en el contrato materia de examen la tarifa no la fija de antemano el Estado, consultando la justa remuneración que debe recibir el concesionario, sino que por virtud del ordenamiento jurídico vigente, la va fijando el mismo concesionario en la medida en que presta el servicio y para lo cual debe tener en cuenta el mercado al cual concurren otros competidores que se supone estarán en igualdad de condiciones.

#### 4.2. El principio del equilibrio económico o financiero de los contratos. La ruptura y su restablecimiento

Según lo previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

La buena fe en las relaciones entre los administrados y la administración parte de la convicción del administrado de que la administración en su actuar lo hace con lealtad, con apego al contenido de la ley, sin ánimo de desmejorar su situación, con un trato igualitario, con respeto al derecho de defensa, y acogiendo el procedimiento.

Como lo señala el Consejo de Estado,

“La buena fe contractual, se ha dicho, es una actitud que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento. Durante la ejecución del contrato debe estar presente, no solo

como una actitud vacía o de ausencia de conducta sino debe referirse a la economía del mismo para que prevalezca la ecuación financiera y no se altere el patrimonio de una de las partes, producto de un enriquecimiento injustificado de la otra parte” <sup>(34)</sup> .

Con el principio del equilibrio económico o financiero del contrato se realiza igualmente el principio de reciprocidad contractual, entendido como la reciprocidad en los derechos y las obligaciones que adquieren las partes entre sí.

Para el Consejo de Estado, “la ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no”, por lo que a su juicio “es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando este se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias. Frente al mandato legal, mal podría el juez de dicho contrato desconocer, sin razón, tales preceptos normativos” <sup>(35)</sup> .

En términos generales, ha dicho la jurisprudencia, lo que ejecuta el contratista debe ser equivalente a lo que percibe por su trabajo, con un margen prudencial de ganancia o lucro <sup>(36)</sup> .

El equilibrio de la ecuación económica o financiera de los contratos estatales se reduce a la equivalencia entre lo que recibe la entidad de derecho público y lo que esta paga por ello <sup>(37)</sup> , por lo cual dicho equilibrio es predicable exclusivamente de los contratos que sean onerosos y conmutativos.

Con fundamento en esta premisa, siguiendo nuestra tradición jurídica, la Ley 80 de 1993, consagró el principio del equilibrio económico del contrato tanto a favor del contratista como de la entidad pública contratante.

En tal virtud, el artículo 4° impone a las entidades estatales, entre otros, los siguientes deberes:

“3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...).

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

A su vez, el artículo 5° de la ley establece entre los derechos y deberes de los contratistas el siguiente:

“1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada ya que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece entre las facultades de las entidades estatales que las mismas:

“1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

Finalmente, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prescribe que

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Al analizar los numerales 8º del artículo 4º y 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que:

“La ecuación contractual se refiere a las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o al momento de contratar cuando se trate de contratación directa.

Mediante la ecuación contractual se mantiene el valor adquisitivo del precio convenido inicialmente, protegiendo de este modo los intereses de los contratantes” <sup>(38)</sup> .

En sentencia del 8 de mayo de 1995, el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, al definir el alcance del artículo 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, señaló que en la responsabilidad fundada en el contrato, es título jurídico de imputación, el rompimiento de la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos <sup>(39)</sup>.

Así mismo, en la sentencia del 9 de mayo de 1996, el Consejo de Estado señaló que el principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato, reviste especial importancia en aquellas relaciones conmutativas y de ejecución a mediano o largo plazo. Dijo entonces esta corporación:

“Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato, cuya preservación a través de la ejecución de aquel, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o a largo plazo, en razón a que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia



administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución de contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión ...

Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales. En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resaltaba cómo en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general, "... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado ... El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato”.

De otra parte, legislativamente el manejo de la figura comentada ha transcurrido hasta hoy por tres etapas diferentes: la primera, regulada por las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, y por los decretos 1670 de 1967 y 150 de 1976, en la cual se había previsto el sistema de reajuste de precios tendiente a conservar el valor de los diversos ítems propuestos, aplicando un sistema de reajuste a los mismos, de acuerdo con la variación real o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. La segunda, ... entró en vigencia con el Decreto 222 de 1983, y especialmente con los artículos 19 y 20 de tal ordenamiento, que consagraron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, pero condicionando el ejercicio de tales facultades a la debida protección de los intereses del contratista, otorgándole, según el caso, el derecho a ser indemnizado o a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas. Para el caso de la modificación unilateral del contrato, en el artículo 20 del estatuto contractual comentado se fijaron las siguientes reglas: "... c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista. d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes. e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación ...”.

Pero, de otra parte, en punto del mantenimiento del equilibrio financiero la previsión del legislador fue más allá; dado que no limitó las causas del mismo a la actuación de la administración, sino que igualmente contempló la necesidad de restaurarlo cuando se hubiera alterado por causas ajenas a las partes. De ahí que autorizara la revisión periódica de precios en contratos como los de obra pública, consultoría y suministro, por variaciones en los factores determinantes de los costos.

Las normas referidas sirvieron y han servido de apoyo a la jurisprudencia de la corporación para reconocer el derecho del contratista a conservar la ecuación financiera del contrato cuando el mismo se hubiera roto por causas imputables a la administración y, en fin, por causas ajenas a las partes contratantes. En tal sentido cabe anotar cómo han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala encaminados a restaurar o mantener el equilibrio financiero del contrato. Se recuerdan, entre otras, las sentencias del 18 de abril de 1989, actor: Sociedad Representaciones Prodeinco Ltda., Expediente 5426, de 26 de marzo de 1992 <sup>(40)</sup>, expediente 6353, actor: Ceat General de Colombia S.A.; de 12 de marzo de 1992 <sup>(41)</sup>, actor: Juan Jaime Saldarriaga Ruiz, expediente 6759; de 19 de septiembre de 1994, proceso 8182, actor: Sociedad Servies; de 16 de marzo de 1995, proceso 9863, actor: Covipe S.A.

El anterior criterio legislativo y jurisprudencial se mantuvo y reforzó con la expedición de la Ley 80 de 1993, constitutivo de la tercera etapa de esta evolución normativa, al disponer con carácter imperativo, como una prestación a cargo de la administración, la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato. Para ello se le otorgaron a las entidades, todas las facultades necesarias para que a través de acuerdos, pactos, o en forma unilateral, adopten las medidas indispensables para mantener ese equilibrio, es decir, para que el contratista obtenga el beneficio económico inicialmente pactado y, consecuentemente, pueda conseguir las ganancias

razonables que hubiera podido percibir de haberse dado el cumplimiento del contrato en las condiciones originalmente convenidas (L. 80/93, arts. 27, 28 y 50).

Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de cuando se presente una situación imprevista, el co-contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que este pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera, considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

“En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aun más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su co-contratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros y ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación.

Con razón el profesor Enrique Sayagués Lasso, en su Tratado de Derecho Administrativo señala “... que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato ... Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras ... En todos los casos la situación del contratante (sic) debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias”. (págs. 571-572. Se resaltó)

La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente lo es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes.

En torno al asunto que se examina, resulta conveniente recordar cómo en punto referente a los contratos estatales, puede la administración unilateralmente terminarlos, sea por razones de conveniencia o por motivos imputables al contratista, o modificarlos también en forma unilateral. Se trata de regulaciones contractuales expresivas de las facultades y prerrogativas inherentes al Estado como contratante, en virtud de las cuales procura la satisfacción de las necesidades de sus administrados. Frente a estas excepcionales facultades, surge a favor del particular contratista el derecho a que el propio Estado le conserve el equilibrio económico de sus pretensiones contractuales inicialmente pactadas, en aquellas ocurrencias en que la ecuación financiera se modifique por causas económicas, administrativas o físicas no atribuibles al contratista” <sup>(42)</sup> .

Así mismo, en la Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, la honorable Corte Constitucional al determinar que el artículo 90 de la Constitución Política establece la responsabilidad de la administración tanto en materia

contractual como extracontractual, estudió el tema que es objeto de análisis, para concluir que en el caso de la primera, tal como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia del 8 de mayo de 1995 que la Corte comparte —en la responsabilidad fundada en el contrato—, constituye título jurídico de imputación del daño, la ruptura de la igualdad y equilibrio de prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos.

En tal virtud, teniendo en cuenta este presupuesto, vital así mismo para poder entender las consecuencias y las conclusiones a las que llega más adelante la misma Corte Constitucional, es que con motivo del análisis de constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que establece que las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, por lo que en tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, esa honorable corporación expresó lo siguiente:

“10. ... no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un “título jurídico” distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la “*imputatio juris*” además de la *imputatio facti*” <sup>(43)</sup>.

En síntesis, el anterior análisis lleva a la Corte a compartir las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

“Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de la buena fe, y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (L. 80/93, art. 28) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Nacional, y en el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo; la igualdad de las personas ante la ley (C.N., art. 13, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, (CPC, arts. 40 y CPP, art. 414 etc), la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y de equidad como este del no enriquecimiento sin causa” <sup>(44)</sup>. (el resaltado es nuestro).

“Daño antijurídico. Conducta antijurídica y responsabilidad contractual del Estado.

11. Precisos los alcances del artículo 90 como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, entra la Corte a determinar si la disposición impugnada vulnera este mandato constitucional. Así, el artículo acusado señala que “las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas”.

La simple lectura de la norma muestra que el título para poder imputar al Estado la responsabilidad por un daño en materia contractual es el carácter antijurídico, no del daño en sí mismo considerado, sino de las actuaciones,

abstenciones, hechos y omisiones de las entidades.

Ahora bien, ninguna objeción constitucional se puede hacer a que el Estado deba responder por un daño derivado de una conducta antijurídica que le sea imputable. Sin embargo, el problema reside en que el intérprete puede considerar que este es el único fundamento de la responsabilidad contractual del Estado, lo cual genera interrogantes pues, como bien lo plantea la actora, ello implica potencialmente una reducción del alcance del artículo 90 de la Carta en el ámbito contractual, ya que si bien toda actuación antijurídica del Estado que provoca un perjuicio a un particular implica la existencia de un daño antijurídico indemnizable, lo cierto es que, como ya se mostró, no todo daño antijurídico supone una conducta antijurídica de la administración pues esta puede ser legítima.

12. A pesar de lo anterior, según los intervinientes y la vista fiscal, esta regulación es lógica y es un desarrollo razonable del artículo 90 de la Carta en materia contractual, siempre y cuando se interprete en armonía con el resto de disposiciones del estatuto de contratación del cual hace parte. En efecto, según estos intervinientes, la propia Ley 80 de 1993 señala en sus artículos 4° y 5° que es un deber de las autoridades el respeto de los derechos de los contratistas, de suerte que estas normas incorporan legalmente los fundamentos tradicionales de la responsabilidad contractual. Por ejemplo, allí se encuentra explícitamente señalado el derecho del contratista al equilibrio de la ecuación económica del contrato (art. 5° ord. 1°) y el deber de las entidades públicas no solo de mantener y restablecer tal equilibrio (art. 4° ord. 8° y 9°) sino también de actuar de tal modo que por su causa “no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista”. Por ende, si la entidad incumple con esos deberes y desconoce los derechos del contratista entonces estaría efectuando una actuación antijurídica que, si genera un daño al particular, compromete la responsabilidad patrimonial de la administración. En tales circunstancias, sugieren estos intervinientes, la expresión impugnada es un desarrollo natural del artículo 90 de la Carta, pues en materia contractual, y teniendo en cuenta la amplia regulación del estatuto contractual de los derechos del contratista y los deberes de la administración, todo daño antijurídico supone, como lo indica la expresión acusada, una actuación, una abstención, un hecho o una omisión antijurídicos de las entidades públicas.

13. La Corte coincide con los intervinientes en que el estatuto contractual incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, de suerte que en general todo daño antijurídico supone en este campo una conducta antijurídica, pues si la entidad incumple esas normas legales su conducta es contraria al derecho. Así por ejemplo, en general se ha considerado que en el campo contractual el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración. Según esta concepción, proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo. La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato, el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada.

14. Con todo, la Corte considera que puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Así, sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general <sup>(45)</sup>. En ese caso, en función de la teoría de la imprevisión (C.C., art. 2060, ord. 2°), habría un enriquecimiento de la administración sin causa que implica un deber indemnizatorio, pues el contratista no tiene por qué soportar ese perjuicio. Así, si en tales eventos se aplicara el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 como fundamento único de la responsabilidad contractual del Estado, se estaría admitiendo que este daño no fuese reparado, lo cual vulnera el artículo 90 de la Carta <sup>(46)</sup>.

Así mismo, en la sentencia del 15 de febrero de 1999, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del honorable Consejero Ricardo Hoyos Duque, señaló que existen otros mecanismos que conducen a la equidad de la

relación contractual por circunstancias que pudieron ser previstas por las partes y, aun si no lo contemplaron en el contrato deben reconocerse cuando ocurran, si de ello depende su ejecución en condiciones justas y el mantenimiento de la ecuación financiera del mismo, regulación que es “de la naturaleza de los contratos onerosos y conmutativos y de obligaciones recíprocas que resulta de vital importancia determinarla, dado que cualquier variación en la economía de estos durante su vigencia, que se caracteriza por ser más o menos larga, rompe el equilibrio deseado” <sup>(47)</sup> .

Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 21 de junio de 1999, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, señaló:

“Resulta de vital importancia determinar que dicha ecuación financiera clama aplicación en los llamados contratos “conmutativos” y, con mayor razón en aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, dado que cualquier variación en la economía de estos, durante su vigencia, rompe el equilibrio convenido”.

Aplicada la teoría del equilibrio económico o financiero a los contratos onerosos y conmutativos, se tiene entonces que dicho equilibrio se puede ver afectado durante la ejecución del contrato por causas atribuibles a la administración contratante (por incumplimiento contractual o por el uso de los poderes exorbitantes de la administración - modificación, interpretación y terminación unilateral de las condiciones de ejecución), o por actos de la administración como Estado o lo que es lo mismo por el ejercicio de las funciones estatales según la teoría conocida como el hecho del príncipe, o por factores ajenos, exógenos o extraños a las partes (teoría de la imprevisión).

Se estará en el campo del incumplimiento contractual cuando se deje de cumplir con las obligaciones pactadas en un contrato, y se estará ante la responsabilidad extracontractual cuando se cause un daño aun particular que es colaborador de la administración, por hechos ajenos y no previstos al momento de celebrar el contrato.

En palabras de Raúl Enrique Granillo Ocampo <sup>(48)</sup> , en realidad se trata de aplicar a una relación contractual, principios propios de la responsabilidad extracontractual. “Se trata de un caso de responsabilidad contractual sin culpa, dice De Laubadére, que se explica por el principio del equilibrio financiero del contrato”<sup>(49)</sup> .

Así, la ruptura del equilibrio contractual en contra del contratista puede provenir del propio hecho de la administración pública como contratante, bien de hechos imputables al Estado como autoridad pública, o bien de hechos imprevistos e imprevisibles al tiempo del contrato.

De lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 5º, así como en el artículo 14, de la Ley 80 de 1993, se infiere que el equilibrio de la ecuación económica del contrato se puede afectar:

- a) Por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratantes;
- b) Por el incumplimiento de la entidad estatal contratante, y
- c) Por el ejercicio de las potestades excepcionales, de unilateralmente interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas o introducir modificaciones a lo contratado.

La ley colombiana recoge así, entre las causas del rompimiento del equilibrio económico de los contratos onerosos y conmutativos y de obligaciones recíprocas, las dos teorías ampliamente estudiadas por la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, a saber:

La teoría o doctrina del *Factum Principis* o Hecho del Príncipe, “según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe esta restablecerse” <sup>(50)</sup> . Se presenta como consecuencia de una medida de carácter general emanada de la administración no previsible al momento de celebrar el contrato y que produce un daño al patrimonio del particular. Para los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “se trata de una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad), un daño especial al contratista que da lugar a compensación, en aplicación del

principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad ya sea normal o anormal” <sup>(51)</sup> .

La teoría de la imprevisión, esto es, cuando durante la ejecución del contrato, el cumplimiento de las prestaciones se hace más oneroso para el contratista por causas o hechos imprevisibles en el mismo, ajenos a la voluntad de las partes contratantes —como una crisis económica, una guerra exterior, los hechos catastróficos de la naturaleza—, y que son de tal magnitud que producen efectos serios en la ejecución del contrato que evitan que este pueda cumplirse plenamente <sup>(52)</sup> . Marienhoff la define como “el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del contratista, este puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus prestaciones”<sup>(53)</sup> .

Tratándose de la teoría de la imprevisión, el alea es un fenómeno extraordinario e imprevisto no imputable a la administración tal como un terremoto, o una perturbación del orden social, como una huelga, en el que la administración responde por ser el garante o titular de los servicios públicos en cuya órbita el particular es un colaborador y que como tal no tiene por qué asumir estos riesgos. Se trata de un conflicto entre la resolución de contrato por incumplimiento con todas las consecuencias del caso para el contratista y la administración y la continuidad del servicio público que debe mantenerse so pena de colapsar la actividad de que se trate <sup>(54)</sup> .

Algunos tratadistas admiten la posibilidad de estar ante la teoría de la imprevisión por causas imputables a la propia administración, siempre y cuando ella no forme parte del mismo orden jurídico del que suscribe el contrato <sup>(55)</sup> . De igual manera, se ha afirmado que, el alea al cual se refiere la imprevisión debe tener la característica de ser un alea económico y no administrativo ya que la alteración debe recaer sobre las condiciones externas de ejecución del contrato que lo tornan más oneroso. En caso de que el alea sea administrativo se estaría más bien ante el hecho del príncipe o la *potestas variandi* <sup>(56)</sup> .

De todo lo anteriormente expuesto se concluye que el principio de restablecimiento del equilibrio económico que consagra expresamente la Ley 80 de 1993, se aplica exclusivamente a los contratos onerosos y conmutativos de prestaciones recíprocas, y deriva, en el caso del contratista, del hecho de que el particular es un colaborador de la administración que debe asumir los riesgos normales del contrato y tiene derecho a recibir la remuneración inicialmente prevista; por ello, si por causas que no le son imputables, se altera dicho equilibrio, el mismo debe ser restablecido. En efecto, a través del contrato la entidad estatal busca lograr los fines de la administración en aras del interés público; por el contrario, el contratista busca una utilidad. No es posible imponer a un contratista cumplir un contrato en beneficio del interés público, sin restablecer el equilibrio, pues ello desconocería la igualdad ante las cargas públicas y además, a la postre pondría en peligro la prestación misma del servicio público.

Esta no es la situación del contrato de concesión especial para la explotación económica del servicio público de telefonía móvil celular y para el uso del espectro radioeléctrico del Estado con el fin de prestar a los usuarios dicho servicio, como el que es objeto de examen, el cual, como atrás quedó plenamente sentado, no es un contrato conmutativo y el contratista no es un colaborador de la administración por cuya actividad reciba una remuneración del Estado. Aquí el que recibe una remuneración es el Estado, como consecuencia de la concesión otorgada para la explotación de un servicio público del cual es titular y por la utilización de un bien que también es el del Estado: el espectro electromagnético y dentro de él el espectro radioeléctrico.

En tal virtud, no es preciso predicar aquí el principio del equilibrio económico o financiero del contrato, como consecuencia de lo cual, tampoco será posible predicar su ruptura —cualquiera que sea la causa que se invoque— y al mismo tiempo demandar su restablecimiento.

#### 4.3. El restablecimiento del equilibrio económico no procede respecto de contratos aleatorios

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, en todo caso el tribunal estima pertinente precisar, además —con el respaldo de la doctrina—, que el principio del restablecimiento del equilibrio económico o financiero no procede respecto de contratos aleatorios, como el que es objeto de examen.

Sobre el particular, en concepto del 14 de agosto de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil, al analizar la

procedencia del restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista, señaló que ella no es aplicable a los contratos aleatorios. Dijo entonces la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

### “1.3. El principio de la ecuación contractual en la Ley 80 de 1993

El estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, contempló como una de las grandes innovaciones en el régimen de los contratos estatales, el principio de la ecuación contractual...

...la Ley 80 de 1993 al hablar de situaciones imprevistas que afectan el equilibrio económico del contrato y de la necesidad de restablecerlo por parte de la administración, consagró en realidad, en materia de contratos estatales, la teoría de la imprevisión.

Ese fue el espíritu del legislador, como se desprende de la exposición de motivos de la ley, en la cual, refiriéndose a la segunda hipótesis contemplada en el inciso segundo del numeral 1° del artículo 5°, se explica:

“Los motivos propiciadores de la restauración del equilibrio financiero que amparan la segunda hipótesis, es decir, la “ocurrencia de situaciones imprevistas” que no sean imputables al contratista, se enmarcan dentro de la “teoría de la imprevisión”. Se trata, pues, de situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación contractual en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución. De modo que también tendría que de ellas predicarse su temporalidad o transitoriedad.

Así pues, el acaecimiento de cualquiera de las circunstancias descritas confieren al contratista el derecho a recibir la remuneración pactada y a que esta permanezca intangible durante la vida contractual. La intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios. Todos ellos de aplicación directa por parte de la propia administración pública” <sup>(57)</sup> .

Precisamente en este mismo sentido, la Sala, en concepto número 526 del 2 de julio de 1993, expresó:

1. En la contratación administrativa prevalece el principio del equilibrio financiero o ecuación económica, el cual consiste en que en la relación contractual debe existir una equivalencia entre lo que recibe la entidad de derecho público y lo que paga por ello —en el caso estudiado— lo que paga por las obras contratadas. De este modo, se evita un enriquecimiento sin causa del Estado y el empobrecimiento correlativo del particular contratista, que de haberse conocido antes habría impedido la celebración del contrato.

2. El equilibrio financiero se rompe cuando tiene ocurrencia un hecho imprevisible ajeno a la voluntad de las partes y que altera de manera fundamental el equilibrio económico del contrato.

3. La presencia de hechos imprevisibles durante la ejecución del contrato, generadores del desequilibrio económico del mismo, ha dado nacimiento a la teoría de la imprevisión, mediante la cual se dispone compensar o indemnizar al contratista por el desmejoramiento económico ostensible que haya sufrido.

Sin embargo, como se indicó, para que se pueda aplicar esta teoría deben reunirse las siguientes condiciones: que durante la ejecución del contrato se produzcan hechos imprevisibles en el mismo; que la ocurrencia de estos hechos sean ajenos a la voluntad de los contratantes, como por ejemplo, una crisis económica, la presencia de un estado de guerra, hechos de la naturaleza como terremotos; y, por último, que se produzcan efectos serios en la ejecución del contrato que eviten que este pueda cumplirse plenamente”.

“En otra ocasión, la Sala manifestó:

Según los numerales 8° del artículo 4° y 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, la ecuación contractual se refiere a las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o al momento de contratar cuando se trate de contratación directa. Mediante la ecuación contractual se mantiene el valor adquisitivo del precio convenido inicialmente, protegiendo de este modo los intereses de los contratantes” <sup>(58)</sup> .

“En síntesis, la ecuación contractual inicial se debe mantener durante la vigencia del contrato y si sobrevienen

hechos imprevistos, no imputables a ninguna de las partes, que la desequilibren de manera grave, la administración debe adoptar las medidas necesarias para restablecerla, tales como el reconocimiento de gastos adicionales o la revisión de precios.

Ahora bien, es evidente que el mantenimiento de la ecuación contractual en virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión, que consagra como una de las dos hipótesis el inciso segundo del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, se debe producir únicamente respecto de los contratos que por su naturaleza admitan la aplicación de dicha teoría.

En otras palabras, en aquellos contratos en que, por sus mismas características, no sea pertinente la teoría de la imprevisión, no es procedente entrar a aplicar el restablecimiento del equilibrio contractual, por falta de causa para tomar esta medida.

Esto sucede en los casos de los contratos de ejecución instantánea y los contratos aleatorios, en los cuales la misma ley excluye la aplicación de la teoría de la imprevisión, como en efecto lo dispone el último inciso del artículo 868 del Código de Comercio.

Sobre este tema, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de octubre de 1996, señaló:

“La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos, la Sala reitera que es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando este se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias” (negrilla no es del texto original).

(...).

El inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece la normatividad aplicable a los contratos estatales y señala claramente que estos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, con lo cual remite en materia de seguros, a los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio y en cuanto concierne a la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, al artículo 868 del mismo cuerpo legal, sin que pudiera entenderse que las normas de la Ley 80 de 1993 sobre la ecuación contractual y su restablecimiento hubieran exceptuado la última remisión anotada, puesto que la interpretación de tales normas debe hacerse en consonancia con las características esenciales de los contratos y no en contradicción con estas.

Es así como debe interpretarse que tales normas son aplicables en los contratos estatales en donde se dan sus supuestos, esto es, en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, no en los contratos de ejecución instantánea, y en los contratos conmutativos, no en los contratos aleatorios.

“Pretender que las normas de la ecuación contractual constituyen una materia particularmente regulada por la Ley 80 de 1993 que no hace distinción acerca de los contratos y que por lo tanto, se aplica a la totalidad de estos sin tener en cuenta su naturaleza y sus características, sería contravenir la esencia de los contratos, cimentada por la tradición jurídica, y darle un alcance inusitado y abusivo a tales normas, pues se aplicarían aún en los contratos en los cuales no se dan sus supuestos de hecho, ya que es evidente que en los contratos de ejecución instantánea se cumplirían de manera inmediata las prestaciones sin que pudiera aducirse que un hecho imprevisto posterior las hubiera afectado y en los contratos aleatorios, la incertidumbre que recae sobre la prestación de una de las partes, le confiere de entrada un desequilibrio respecto de la prestación de la otra parte, de tal forma que no podría hablarse de que un hecho imprevisto, posterior, alterara la equivalencia de las prestaciones, la cual, como se advierte, no existe desde el comienzo del contrato.

Precisamente el primer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, reafirma lo aquí expuesto, cuando dispone:

Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” (negrilla no es del texto original).



En realidad, los contratos aleatorios, por la contingencia que comportan, no presentan equivalencia de las obligaciones, de manera que no se da en ellos la figura del equilibrio de la ecuación contractual, concebida por la Ley 80 de 1993 como “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, según el caso (art. 27). Por ende, no se da tampoco en ellos la medida de restablecimiento de dicho equilibrio por aplicación de la teoría de la imprevisión, máxime cuando esta se encuentra excluida por la ley mercantil respecto de este tipo de contratos” <sup>(59)</sup> .

El tribunal comparte la interpretación del Consejo de Estado y por ello considera que respecto de los contratos aleatorios no procede el restablecimiento del equilibrio económico, pues en dichos contratos el contratista asume un alea <sup>(60)</sup> .

El tribunal reitera que en el presente caso, el contrato de concesión que celebraron las partes debe ser calificado como aleatorio. En efecto, tal y como atrás se señaló, si bien las prestaciones que debe cumplir el concesionario están claramente determinadas en el contrato, la contraprestación a su favor no depende exclusivamente de su propio hecho. En efecto, la misma resulta de los pagos de las tarifas que realicen los usuarios del servicio de telefonía móvil celular, que no garantiza el Estado y cuyo valor puede variar independientemente del hecho tanto del Estado como del concesionario. Además, como también atrás se indicó, dichas tarifas no están sujetas a determinación por parte del Estado, pues existe libertad para que los concesionarios adopten el monto que les parezca más adecuado. Existe pues una contingencia de ganancia o pérdida y por ello, el concesionario no podía, al celebrar el contrato, determinar con certeza la utilidad o pérdida que resultaría del mismo.

Si se considera que el restablecimiento del equilibrio económico no cabe respecto de los contratos aleatorios, hay que concluir entonces que en el presente caso no es procedente la solicitud del convocante,

Adicionalmente, es pertinente señalar que en el presente caso el restablecimiento económico haría referencia a un factor —las utilidades de la convocante que serían gravadas por el impuesto sobre la renta y complementarios— lo cual precisamente depende del alea contractual, por lo que se confirma aún más la improcedencia del restablecimiento.

#### **4.4. El restablecimiento del equilibrio y la eliminación por la ley de una exención tributaria durante la ejecución del contrato en el caso *sub examine***

Ahora bien, partiendo de la base de que hay un contrato de concesión especial de las características anotadas, en todo caso el tribunal considera necesario analizar si existe o no ruptura del supuesto equilibrio económico o financiero del contrato que deba ser restablecido con motivo de la supresión por la Ley 223 de 1995 de la exención tributaria que hasta el 31 de diciembre de ese año favoreció a la entidad concesionaria.

Véase que en el presente caso, el hecho que invoca el demandante no se vincula a un incumplimiento de la administración pública como contratante, ni al ejercicio de las potestades de la misma dentro de la órbita del contrato, sino a una decisión del Estado, por conducto de la rama legislativa del Poder Público en ejercicio de su facultad autónoma de modificar las normas tributarias, mediante la expedición de leyes de carácter general. Se trata por consiguiente de un evento en el cual cabe preguntarse si es aplicable la aneja teoría del hecho del príncipe.

En efecto, el fundamento esencial de las pretensiones del actor consiste básicamente en la modificación de las normas tributarias de la siguiente forma:

El artículo 2º del Decreto 1979 de 1979, reproducido por el artículo 16 del Decreto Ley 624 de 1989, disponía:

“A partir del año gravable de 1974, son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, cualquiera que sea la proporción del capital que en estas corresponda a entidades oficiales. Se exceptúan las entidades que tengan a su cargo la prestación de los servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública” (se resalta).

Dicha norma fue modificada por el artículo 60 de la Ley 223 de 1995, que reformó el artículo 16 del estatuto

tributario en los siguientes términos:

“ART. 16.—Entidades contribuyentes. Son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, asimiladas a sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Las pérdidas sufridas por estas sociedades durante los años gravables en que no tengan la calidad de contribuyentes podrán ser calculadas en forma teórica, para ser amortizadas dentro de los cinco años siguientes a su ocurrencia, de acuerdo con las normas generales”.

De esta manera, la norma transcrita eliminó la exención prevista por el artículo 2º del Decreto 1979 de 1979 para las entidades que prestan servicios públicos.

Desde este punto de vista, cabe entonces preguntarse si un cambio en el régimen tributario y más precisamente del impuesto sobre la renta y complementarios que afecta al sujeto pasivo en su relación tributaria con la Nación, puede dar lugar al rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato estatal de concesión del servicio público de telefonía móvil celular y del uso del espectro electromagnético para la prestación del mismo de tal manera que a su vez obligue a su restablecimiento.

Sin perjuicio de lo ya anotado sobre la procedencia de la teoría o doctrina del *factum principis* o del hecho del príncipe así como de la teoría de la imprevisión, únicamente en los contratos onerosos y conmutativos, lo primero que debe observarse ahora es que la doctrina tradicional (De Laubadère) ha señalado que la teoría del hecho del príncipe es confusa (Ob. Cit. N° 1291) y puede ser entendida en sentido amplio o en sentido restringido. En sentido amplio (Ob. Cit. N° 1292) “la expresión “hecho del príncipe” designa toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado afectar de una manera cualquiera las condiciones jurídicas o aun solamente las condiciones de hecho en las cuales el contratante de la administración debe ejecutar el contrato”. En sentido estricto (Ob. Cit. N° 1293) “el hecho del príncipe —llamado también hecho de la administración— es una medida tomada por la autoridad contratante que afecta las condiciones de ejecución del contrato”. Dicha medida puede tener por objeto directo modificar las condiciones de ejecución del contrato o puede simplemente tener efecto en la ejecución del contrato. Agrega De Laubadère, que en el concepto de autoridad contratante entran no solo el órgano que firmó el contrato, sino también los otros órganos de la misma persona pública (N° 1302).

Igualmente Marienhoff <sup>(61)</sup> señala que la teoría del hecho del príncipe se aplica en todos los casos en que se afecta el equilibrio de un contrato en virtud de una decisión del Estado, no importa si se trata de la misma autoridad contratante (N° 764), siempre y cuando se trate del mismo orden jurídico (pág. 487) <sup>(62)</sup>. Marienhoff señala además que la teoría del hecho príncipe opera para los eventos en los cuales la medida que se adopta es de carácter general, pues cuando se trata de actos particulares se trata de un acto de responsabilidad contractual del Estado <sup>(63)</sup>.

La aplicación de la teoría del hecho del príncipe supone, según la doctrina (De Laubadère. ob cit., pág. 521): una decisión imputable a la colectividad pública que ha celebrado el contrato, la imprevisibilidad de la medida de la administración y, un daño, que como se verá, se concreta en la ruptura del equilibrio económico del contrato.

En cuanto, al primer aspecto, esto es, la existencia de una decisión que cause una ruptura del equilibrio económico del contrato, la doctrina ha señalado que los actos de carácter general pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe.

En cuanto se refiere específicamente a la adopción de medidas tributarias de carácter general, debe observarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido posiciones variadas acerca de la posibilidad de disponer el restablecimiento del equilibrio del contrato.

En cuanto hace a la primera, en concepto rendido el 11 de marzo de 1972, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó:

“Puede suceder que los contratantes con la administración, en forma expresa e inequívoca, hagan constar que han tenido en cuenta ciertas circunstancias económicas o tributarias existentes al momento de contratar, como determinantes de las obligaciones que asumen o como compensatorias de estas. Este tipo de estipulaciones no

significa que no pueda cambiarse o modificarse la ley o que tenga el alcance de restarle generalidad a la aplicación inmediata de la ley futura; como ya se dijo, la administración no puede limitar los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

Las consecuencias de estas estipulaciones son otras.

Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, la variación de la ley o de las circunstancias concomitantes, daría lugar a los consiguientes reajustes o compensaciones entre los contratantes eventualmente a condenas indemnizatorias siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del alea normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia, se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de precios en los contratos de obra pública que autoriza la Ley 4ª de 1964. En la concesión esta posibilidad podría presentarse en los contratos en que la autoridad administrativa tenga el poder determinante de los ingresos del concesionario, o la libre estipulación de sus compensaciones pecuniarias, pero resulta de muy difícil ocurrencia en contratos cuya estructura económica sea la del pago de cánones o participaciones a la Nación, sin que esta controle los ingresos del concesionario y en los que las condiciones del contrato no resultan de la voluntad de las partes sino de la ley” (64) .

Así mismo, en concepto rendido el 19 de septiembre de 1994, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al revisar el impacto del impuesto creado por el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, sobre los contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, expresó que los impuestos son ajenos a la ecuación contractual de los convenios celebrados con las entidades públicas porque obviamente se excluyen del incumplimiento y de la modificación unilateral del contrato, por lo cual el valor de los mismos no puede ser tenido en cuenta para celebrar contratos adicionales. Así se expresó el Consejo de Estado (65) :

5. La Sala estima que los impuestos fijados por el Congreso o las entidades territoriales, son ajenos a la ecuación contractual de los convenios celebrados con las entidades públicas porque obviamente se excluyen del incumplimiento y de la modificación unilateral del contrato; respecto de la causal relativa a situaciones imprevistas no imputables a los contratantes, se debe señalar que ella se refiere a aquellos hechos imprevisibles ajenos a la voluntad de los contratantes como la presencia de un estado de guerra o una crisis económica, que produzcan efectos serios en la ejecución del contrato de tal magnitud que impidan su cumplimiento pleno, es decir que se presenten situaciones directamente relacionadas con la ejecución del contrato, no por circunstancias coyunturales o con ocasión del contrato, como sucede, en el asunto estudiado, con el impuesto que se fijó para quienes celebren contratos de obra con el Estado.

Este impuesto grava, a partir de la vigencia de la ley, la actividad particular dedicada a celebrar contratos principales o adicionales de obras públicas para la construcción y mantenimiento de vías, colocando a los sujetos pasivos en igualdad de condiciones frente a la ley y a las cargas públicas.

De manera que si el valor del contrato se incrementa en la suma que corresponde al porcentaje del impuesto, ello implicaría imposibilidad de hacer efectivo el gravamen y su traslado a la entidad pública contratante, con desconocimiento de la Constitución y de la ley.

En este orden de ideas es preciso concluir que los impuestos fijados por la ley, no constituyen factor que altere la ecuación económica de los contratos estatales, por lo mismo, no deben efectuarse reajustes en el valor inicial de los contratos de obra que incidan en el valor de los contratos adicionales que sea necesario celebrar” (66) .

Jurisprudencialmente se observa igualmente lo siguiente:

En sentencia del 7 de octubre de 1938 (T. XLVII, pág. 377) la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Considerado el punto por el aspecto de la posterioridad de la ley tributaria en relación con la fecha de la concesión, debe tenerse en cuenta que cuando una ley grava derechos provenientes de contratos celebrados con anterioridad a ella, no modifica las convenciones, siempre que por lo demás, reúna las condiciones anotadas en su sentido material y político. Débase ello a que el objeto de la nueva ley no es el contrato sino el estatuto legal

tributario, y si afecta a los contratantes no es por ser tales contratantes sino por su calidad de contribuyentes. Por idéntica razón no existe el pretendido desequilibrio económico en el contrato, a consecuencia de la nueva ley”.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 27 de marzo de 1992, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo <sup>(67)</sup>, consideró que la Ley 50 de 1984, en cuanto creadora de impuestos, constituye un verdadero hecho del príncipe, con todas las notas que la doctrina nacional y extranjera la ha dado a la teoría, por lo cual aceptó las pretensiones de la demandante (Ceat General de Colombia S.A.), con motivo del mayor valor que tuvo que pagar por concepto del impuesto establecido en el artículo 9° de la Ley 50 de 1984 y de IVA por la importación de materias primas con destino a un pedido para las Empresas Públicas de Medellín.

Debe precisarse que en ese caso, el contrato objeto de examen era oneroso y conmutativo, en virtud del cual la sociedad Ceat General de Colombia S.A. se obligó para con las Empresas Públicas de Medellín a diseñar, fabricar y entregar cables monopolares de cobre de 350 y 570 kc mil, 15 kv. Dijo entonces el Consejo de Estado, lo siguiente:

“Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del alea administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada.

Frente a esta tesis la medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

A este respecto es ilustrativo lo sostenido por el profesor antecitado en la obra mencionada (se refiere a Marienhoff) y que la Sala prohíja en especial en cuanto al fundamento de la pretensión indemnizatoria.

“Dice el profesor argentino:

“Solo el alea “anormal”, extraordinaria, que afecte la economía del contrato queda a cargo del Estado. En este orden de ideas, en Francia se ha resuelto que tales disposiciones generales pueden dar lugar a indemnización con base en la teoría del “hecho del príncipe” cuando ellas causen una verdadera “alteración” o “trastorno” en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el contratante. Es lo que suele o puede ocurrir con la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias, autorización para exportar productos de la índole de los que deben ser proveídos al Estado según el contrato, etc. Todo esto constituye cuestiones de hecho, cuya solución depende de cada caso concreto, al que deberá aplicársele los “principios” pertinentes. No pueden darse soluciones fijas: solo pueden exponerse criterios generales.

El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su co-contratante basada en el “hecho del príncipe”, radica en los “principios” de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues, so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al contratista se le estaría dando un trato desigual respecto a los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma “general” dictada afecta los derechos individuales de tal contratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haríase incidir sobre él una carga que no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho, en la especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. No es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo sufra el detrimento en su patrimonio obedeciendo esto a razones de interés público. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma “general” dictada que trastorna o altera la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría, si en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el co-contratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato: habría ahí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art. 17 de la Ley Suprema) —de la que forma parte el derecho nacido de un contrato—, ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio

del co-contratante. A las demás personas o habitantes a quienes afecte la expresada medida “general”, no les corresponde, en este supuesto, indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse estas vinculadas al Estado por un contrato, no es “diferencial”, no pudiendo entonces invocar a su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de esa norma “general”. En tales casos, la obligación del Estado de indemnizar al co-contratante es una obvia consecuencia del “principio” también contenido en el expresado artículo 17 de la Constitución, conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido: trátase de un principio general de derecho aplicable en todos los supuestos de lesión patrimonial particular por razones de interés público y no solo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública”.

“Todo lo anterior sirve de apoyo para rechazar la tesis del tribunal y para reafirmar la *causa petendi* alegada en la demanda”.

Así mismo, en la Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, ya citada, la honorable Corte Constitucional al compartir lo “dicho por el Consejo de Estado en la sentencia del 8 de mayo de 1995 y concluir que es título jurídico de imputación del daño, la ruptura de la igualdad y el equilibrio de prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos, aceptó que en tales contratos, es posible admitir la teoría del hecho del príncipe, razón por la cual, si el Estado adopta una medida global por razones de interés general, como una reforma tributaria que rompa el equilibrio de un contrato estatal, así ella sea legítima y el contrato deba ser cumplido, aquel debe restablecerse. Luego de compartir lo dicho por el Consejo de Estado que señala que ello procede en los contratos conmutativos, dijo entonces la Corte lo siguiente:

“13. La Corte coincide con los intervinientes en que el estatuto contractual incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, de suerte que en general todo daño antijurídico supone en este campo una conducta antijurídica, pues si la entidad incumple esas normas legales su conducta es contraria al derecho. Así por ejemplo, en general se ha considerado que en el campo contractual el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración. Según esta concepción, proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo. La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato, el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada” <sup>(68)</sup> .

Ahora bien, además de la doctrina citada por el Consejo de Estado, otros autores señalan lo siguiente:

Gastón Jeze <sup>(69)</sup> , al estudiar la posible modificación de la remuneración del concesionario como consecuencia de un acto legislativo o reglamentario regular de la administración pública, que produce un cambio considerable en la situación legal cuyo mantenimiento se había tenido en cuenta para la fijación de las tarifas, señala:

“Un primer punto debe ponerse fuera de toda discusión. El contrato de concesión no puede comprometer la competencia legal de las autoridades para dictar las leyes y reglamentos necesarios para el interés público. En particular, el poder reglamentario de policía de la administración o su poder legislativo o reglamentario de establecer o modificar los impuestos, no resulta limitado en forma alguna a raíz de la concesión, cualesquiera sean las cláusulas incluidas en el acto de concesión aun cuando dicho acto estipule expresamente una limitación <sup>(70)</sup> . La medida general de interés público, dispuesta por la autoridad (concedente o no concedente) en ejercicio de su competencia legal, es válida y regular. Una competencia reglamentaria no puede ser comprometida por su titular <sup>(71)</sup> .

El problema que se plantea, pues, ante todo, es el de saber si el acto general de la administración es legal. Si es ilegal, el concesionario deberá hacer comprobar la ilegalidad del hecho o del acto, hacer anular el acto jurídico y reclamar el pago de daños e intereses.

Si el acto es legal, el principio general, sostenido por el Consejo de Estado <sup>(72)</sup>, es que los precios fijados para la ejecución de un servicio público se establecen según el estado de cosas existente al efectuarse la concesión. Se considera que el concedente y el concesionario han contratado tomando como base de la concesión los hechos existentes. Si la autoridad pública, usando regularmente su poder legal o reglamentario, modifica seriamente, de manera imprevista, la situación legal existente, el concesionario, en caso de que pueda probar que ello lo provoca un perjuicio anormal, tiene derecho a exigir un reajuste de la remuneración, a fin de que esta vuelva a ser normal.

“Estas ideas se han expresado ante el Consejo de Estado en los siguientes términos, que resumen la jurisprudencia: “El poder público puede siempre, en ejercicio de los poderes que le confiere la ley, adoptar las medidas de autoridad, reglamentarias o fiscales, que estime necesarias para las necesidades de la vida colectiva que se le ha encomendado satisfacer; pero si dichas medidas, legales y legítimas en sí mismas, agravan en forma directa las cargas de los contratos celebrados por él, para la ejecución de sus servicios públicos, con sus empresarios sus arrendatarios o sus concesionarios en condiciones o proporciones que no han podido prever las partes contratantes, debe soportar las consecuencias pecuniarias, como sucedería si ejecutase por sí mismo el servicio” <sup>(73)</sup>.

Inversamente, la reciprocidad se impone: La administración concedente puede dar lugar a la revisión de las tarifas, si las medidas adoptadas por la administración modifican considerablemente, en sentido favorable o desfavorable al concesionario, la situación legal cuyo mantenimiento se había tenido en cuenta para la fijación de la tarifa de base <sup>(74)</sup>.

¿Qué pasa si se trata de una modificación de una reglamentación general, cuyo mantenimiento era uno de los elementos esenciales de la tarifa básica <sup>(75)</sup>.

La modificación puede resultar: De un cambio ocasionado por una ley o por un reglamento o de la no aplicación por parte de la autoridad pública de una ley o un reglamento, cuyo mantenimiento se ha considerado esencial al efectuarse la concesión <sup>(76)</sup>.

Al efectuarse la concesión, no existía ninguna reglamentación molesta u onerosa para la explotación del servicio público. En el transcurso de la concesión, la autoridad pública dicta una reglamentación molesta y onerosa. El concesionario no podía razonablemente prever que se dictaría esta reglamentación. Si el concesionario suministra la prueba de un perjuicio resultante de esta nueva reglamentación, tiene derecho a un reajuste, a fin de obtener la remuneración normal con la que tiene derecho a contar.

Para que se deba una indemnización al concesionario, es preciso que la nueva reglamentación sea imprevista y que cause un perjuicio al concesionario <sup>(77)</sup>. La indemnización que se debe es igual al monto del daño causado exclusivamente por esta nueva reglamentación, más allá del alea normal. El concesionario está obligado a aportar pruebas evidentes, indiscutibles. Esta cuestión de prueba es fundamental. Muy a menudo, no se suministra prueba <sup>(78)</sup>.

Poco importa, por lo demás, la autoridad pública de la cual emana la nueva reglamentación: Administración concedente u otra autoridad. No hay ninguna razón para hacer el distingo. La solución se ha admitido más fácilmente cuando la nueva reglamentación ha emanado de la administración concedente; al instante, se ha estimado contrario a la buena fe y a la equidad que la administración concedente se desligue de toda responsabilidad pecuniaria por las consecuencias de las medidas que ha adoptado legalmente, pero que sabía que habrían de perjudicar a su concesionario.

El hecho de que estos actos son legales <sup>(79)</sup>, demuestra que la idea de falta de concedente es la base del derecho del concesionario a la indemnización. El fundamento es la idea de modificación imprevista, provocada por la autoridad pública, de una situación jurídica cuyo mantenimiento se ha considerado elemento esencial al fijarse la tarifa de la tasa que constituyen la remuneración del concesionario. Por tanto, poco importa la autoridad de la cual *statu quo* emana la nueva situación imprevista y perjudicial <sup>(80)</sup>. La administración ha modificado el; (sic) poco importa la autoridad pública que ha roto el equilibrio financiero.

Poco importa, también, el fin perseguido por la autoridad pública, cuando hace la modificación: fin social, fin económico, etc. Sin embargo, cuando la autoridad pública, mediante su acto, haya intentado procurarse un

beneficio pecuniario, a costa del concesionario, el caso se examinará en forma más favorable a este último.

Consideramos, ahora, los diferentes hechos legales de la administración, comenzando por los casos más simples.

Creación de un impuesto o modificación de los impuestos existentes. Entre los hechos de la administración que modifican la situación legal, figura la creación de nuevos impuestos. Hay allí un elemento sobre el cual no puede ejercerse en absoluto la acción del concesionario. Se han suscitado dificultades sobre la cuestión de saber si el concesionario tenía derecho a reclamar de la administración concedente un suplemento de remuneración, en caso de creación de un impuesto o de aumento de impuestos, en el transcurso de la concesión, y en qué medida podía hacerlo <sup>(81)</sup> .

“Deben distinguirse tres casos:

1. Establecimiento de un impuesto general, que grava a todos los comerciantes, industriales, individuos.
2. Establecimiento de un impuesto particular; por ejemplo, un impuesto que grava ciertas materias empleadas por el concesionario (derechos de aduana, impuestos al consumo, etc.).
3. Establecimiento de una tasa especial, en el sentido técnico, es decir, que tiene como contrapartida una determinada prestación hecha al concesionario del servicio público.

Impuesto general: El ejemplo más frecuente en la jurisprudencia, es el aumento de la tarifa del impuesto sobre los beneficios de los industriales y de los comerciantes (patentes, impuesto cedular), o del impuesto sobre los valores mobiliarios (sellos, impuesto a la renta, impuesto a la transmisión), o del impuesto general sobre la renta.

En lo referente a los impuestos generales de esta naturaleza, el Consejo de Estado rechaza todo reclamo por aumento de los precios del contrato. Trátase de cargas generales que gravan a todos los industriales y comerciantes, a todos los empresarios de obras (públicas o privadas). Estos impuestos forman parte de los gastos generales de la empresa. No hay razón para que los empresarios de obras públicas se hallen en situación privilegiada frente a la administración. La común intención de las partes no ha sido crear una situación de privilegio al empresario <sup>(82)</sup> .

En caso de derogación expresa o inaplicabilidad de una reglamentación favorable al concesionario y cuyo mantenimiento habían previsto el concedente y el concesionario de hecho, el caso de inaplicabilidad dará lugar a dificultades de prueba mayores que el de la derogación expresa. Pero la solución de fondo es exactamente la misma en ambas hipótesis <sup>(83)</sup> " <sup>(84)</sup> .

Por su parte Georges Vedel y Pierre Devolvé, señalan:

“Puede ocurrir que el concesionario sea afectado no por una medida que se refiera al funcionamiento de la concesión o que atañe especialmente al concesionario, sino por una medida general adoptada por la autoridad concedente. Es el caso de los concesionarios del Estado, cuando los impuestos, directos o indirectos, son aumentados por la ley. En este caso el concesionario no está afectado particularmente por razón de la concesión; él se encuentra en la situación de todos los empresarios que se encuentran en el territorio y que se ven afectados por el agravamiento tributario. No habrá derecho a una indemnización, salvo el caso en el cual el agravamiento de las condiciones generales de la explotación (tributos, ley social) perturben realmente el funcionamiento del contrato y su equilibrio financiero, porque entonces se encuentra en la hipótesis de la imprevisión” <sup>(85)</sup> .

De Laubadère, quien hace un completo estudio sobre la materia, señala que como regla general una reforma tributaria no puede dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, pero que puede permitir la aplicación de la teoría de la imprevisión, si se dan los supuestos de la misma y en particular una ruptura del equilibrio económico del contrato (Ob. Cit. N° 1306 y 1307). En tal sentido expresa respecto de las disposiciones de carácter general:

“Cuando la medida legislativa o reglamentaria, sin afectar las disposiciones mismas del contrato, solo tiene por efecto hacer la ejecución de este más difícil o más onerosa porque ella afecta sus condiciones de ejecución, el

problema de aplicación de la teoría del hecho del príncipe se vuelve más delicada y las soluciones jurisprudenciales más difíciles a interpretar.

En principio tales medidas no dan lugar a indemnización integral sobre la base de la teoría del hecho del príncipe; ellas pueden sin embargo dar derecho excepcionalmente en ciertas condiciones.

Una jurisprudencia muy abundante descarta, en la hipótesis actualmente estudiada, la reclamación de indemnización del co-contratante. La fórmula de estilo, constantemente reproducida por el Consejo de Estado, es que “las disposiciones de la ley (o del reglamento) ... tenían un carácter general y los gastos suplementarios que hayan podido ocasionar al demandante han sido soportados por él, en las mismas condiciones que por los otros comerciantes o industriales, que en tales condiciones ellas no pueden dar al demandante el derecho a una indemnización salvo que ellas tengan por efecto la ruptura de la economía del contrato”. La primera parte de la fórmula excluye la aplicación de la teoría del hecho del príncipe; la segunda por la alusión que hace a la “ruptura del equilibrio del contrato”, significa que el contratante habría podido solamente reclamar el beneficio de la teoría de la imprevisión si las condiciones de esta teoría y en particular “la ruptura de la economía del contrato” se encuentran reunidas”.

Igualmente señala De Laubadère que en algunos casos la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de aplicar la teoría del hecho del príncipe respecto de disposiciones de carácter general en la siguiente forma:

“La idea dominante que se desprende de la lectura de los fallos que han consagrado en la materia la teoría del hecho del príncipe, y de las conclusiones de los comisarios del gobierno que han inspirado dichos fallos, es la siguiente: a pesar de la generalidad de sus efectos, las leyes o reglamentos cuya aplicación hace más difícil o más onerosa la ejecución de un contrato administrativo abren al co-contratante derecho a una compensación pecuniaria integral cuando dichas leyes o reglamentos afectan una base que se podría considerar que ha sido esencial y determinante en la celebración del contrato; cuando aparece que el contratante no ha aceptado vincularse que en consideración de un cierto estado de cosas existente al tiempo del contrato, si una medida general modifica dicho estado de cosas, las consecuencias de este cambio deben ser soportadas por la administración”.

Señala De Laubadère (1312) como ejemplo:

“Se ha visto que las leyes que establecen impuestos generales no pueden dar lugar a una reclamación por el hecho del príncipe; pero no es lo mismo para los impuestos especiales, susceptibles de gravar particularmente uno de los elementos del contrato, por ejemplo un impuesto indirecto que afecta un producto necesario para la ejecución”.

Si se examinan los fallos del Consejo de Estado Francés que cita de De Laubadère se encuentra que en ellos se señala que “es en consideración a dicho estado de cosas que las partes han convenido los precios” y por ello procede la aplicación de la teoría del hecho del príncipe.

Como se puede apreciar, la doctrina francesa rechaza en principio que la adopción de medidas generales que afectan a todos los empresarios pueda dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe; sin perjuicio de que se pueda aplicar la teoría de la imprevisión cuando se pruebe la ruptura del equilibrio económico. Esta diferencia es importante en derecho francés habida cuenta que en el mismo solo se reconoce el restablecimiento integral en el caso del hecho del príncipe pero no en el evento de la teoría de la imprevisión. En todo caso de acuerdo con la jurisprudencia las medidas de carácter general pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe cuando quiera que se afecta una de las bases tomadas en cuenta por las partes al celebrar el contrato.

En este último sentido conviene recordar los profundos análisis realizados por Karl Larenz (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956), sobre la base de los negocios jurídicos. A tal efecto concluye que existen dos sentidos de la expresión base del negocio (pág. 37): base en sentido subjetivo y en sentido objetivo.

“Por base del negocio subjetiva jurídicamente relevante entendemos la común representación de los contratantes de la que han partido al concluir el contrato y que ha influido en la decisión de ambos... La representación o expectativa tiene, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas —suponiendo un



leal modo de proceder— no hubiesen concluido el contrato o no lo hubiesen concluido tal como lo han hecho si hubiesen conocido su inexactitud. No es suficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de las partes, incluso en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto, cada parte sufre, en principio, el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas” (Ob. Cit. pág. 95).

En cuanto a la base del negocio en sentido objetivo señala (pág. 170):

“Entendemos por “base del negocio objetiva” las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido.

Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido:

- a) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruido en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una “contraprestación”;
- b) Cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.

Finalidad objetiva del contrato es la finalidad de una contraparte si la otra la hizo suya. Esto ha de admitirse cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato y cuando ha determinado el contenido de la prestación o la cuantía de la contraprestación.

“No han de tenerse en cuenta, por el contrario, los acontecimientos y transformaciones que:

- a) Son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la “fuerza mayor”);
- b) Repercutieron en el contrato tan solo porque la parte perjudicada se encontraba al producirse los mismos, en mora *solvendi o accipiendi*;
- c) Porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato”.

Como se puede apreciar, de acuerdo con la doctrina de la base del negocio jurídico, para que un elemento constituya base de un contrato no es suficiente que haya sido tomado en cuenta por una de las dos partes, es necesario que lo haya sido por las dos y que por ello, realmente constituya la base de su acuerdo. Las consideraciones puramente personales de una de las partes no constituyen *per se* bases del negocio jurídico.

Finalmente, debe señalarse que algunos sectores de la doctrina ya abogan por la eliminación del *factum principis* por anacrónico en la legislación de los contratos estatales y por el abuso que de él se ha hecho. Así por ejemplo, Tomás Quintana López, en la Revista Española de Derecho Administrativo, N° 50, 1986, abril-junio, indica que su aplicación está lastrada por la enorme carga de excepcionalidad con que tradicionalmente se han dado las circunstancias que justificaban su intervención.

“Una aplicación de este principio tan limitada como la que todavía se realiza en estos momentos pudo tener su justificación en el pasado, en circunstancias ya históricas, pero no en la actualidad en que la intervención de la administración en la economía, con las secuelas que predice en las relaciones contractuales, lejos de ser esporádica, aislada y difícilmente repetible, se ha hecho continua. La administración en la constante búsqueda del interés público que tiene encomendado, incide y altera permanentemente el equilibrio alcanzado entre ella y sus contratistas en el momento de la perfección del contrato, equilibrio que no puede supeditar los intereses generales que gestiona la administración, pero que debe disponer de los mecanismos oportunos para su rápido restablecimiento en caso de ser alterado por obra de la administración. En definitiva, entiendo que es altamente aconsejable, en aras de una necesaria flexibilización de las relaciones económicas que subyacen en la contratación administrativa, la reconducción total del *factum principis*, como técnica garante del equilibrio financiero del contrato administrativo, a la revisión de precios, pero a una revisión de precios *ex lege*, por ser esta una respuesta

imprescindible a la constante y por qué no, inevitable incidencia administrativa en la economía del contrato”.

Partiendo de las doctrinas expuestas, seguidamente el tribunal considera necesario hacer un análisis del alcance de las normas que regulan el equilibrio económico en la Ley 80 de 1993, así como también el artículo 90 de la Constitución Política.

Lo primero que debe observar el tribunal es que si se toma en cuenta el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, que distingue para efectos del restablecimiento del equilibrio entre “situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” y los eventos de “incumplimiento de la entidad estatal contratante”, y el numeral 1° del artículo 14, que prevé el restablecimiento del equilibrio para los eventos de ejercicio de las potestades excepcionales del Estado, no debe entenderse que el restablecimiento del equilibrio solo opera cuando hay incumplimiento del contrato, hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes o ejercicio de las potestades de modificación o interpretación del contrato, pero no cuando se presentan otras decisiones del Estado. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 80 de 1993 se expresó:

“El precitado artículo 5°, numeral 1°, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación económica alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras.

La responsabilidad contractual del Estado por incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal; el ejercicio de cualquiera de las potestades o derechos de que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera “alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante” se erigen en los móviles que pueden agruparse dentro de las primeras causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto, conviene precisar que la última de las circunstancias delineadas corresponde a lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar el “hecho del príncipe”.

Los motivos propiciados de la restauración del equilibrio financiero que ampara la segunda hipótesis, es decir, la “ocurrencia de situaciones imprevistas” que no sean imputables al contratista, se enmarcan dentro de la “teoría de la imprevisión”.

Como se puede observar, los antecedentes de la Ley 80 de 1993 confirman que el legislador quiso consagrar de manera amplia el principio del restablecimiento del equilibrio económico, incluyendo los diversos supuestos considerados por la doctrina. Es por ello que el artículo 27 de la ley impone la obligación de mantener el equilibrio en cualquier caso de ruptura del equilibrio, salvo que sea imputable a quien resulte afectado.

Por consiguiente, no es posible, de manera general, excluir *a priori* ciertos eventos y, en particular, debe aceptarse que una determinación de carácter general puede dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico, si se dan los demás supuestos de dicha figura. Así, por lo demás, se deduce de la jurisprudencia contenciosa del honorable Consejo de Estado, el cual ha reconocido que la obligación del restablecimiento del equilibrio puede provenir de la ruptura del mismo por razón de decisiones generales de la administración (así se afirma de manera general en las sents. de jun. 21/99 y abr. 29/99 de la Sección Tercera).

Ahora bien, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, es necesario que haya una ruptura en el mismo. Para determinar cuándo esta se presenta, debe observarse que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

La ruptura del equilibrio del contrato parte entonces de una alteración en el balance entre los derechos y obligaciones de contrato, bien sea porque la administración como entidad pública adopta una decisión en tal

sentido (por ejemplo, la modificación unilateral), bien porque por hechos ajenos a las partes las prestaciones se hacen más onerosas para el contratista (por ejemplo, porque se incrementan los costos correspondientes, se prolonga el tiempo de ejecución), o bien porque la contraprestación a cargo de la entidad contratante pierde valor.

Es por ello que otras normas de la Ley 80 de 1993 que regulan la materia hacen referencia a que las entidades deben actuar para que no haya una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones por el contratista (ord. 9º del art. 4º), y prevén como un derecho del contratista: que el valor intrínseco de la remuneración “no se altere o modifique durante la vigencia del contrato” (art. 5º).

De este modo, siempre que se habla de restablecimiento del equilibrio se hace referencia al alcance de las prestaciones propias del contrato y el costo que tiene su ejecución o el valor que se recibe por ellas.

Por ello De Laubadère (Nº 718) expresa:

“El equilibrio financiero es solamente una relación aproximada, “la equivalencia honesta” entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración “como un cálculo” al momento de la celebración del contrato y que lo han llevado a contratar. Es entonces cuando este balance razonable que se rompe que aparece equitativo restablecerlo, porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato”.

No sobra señalar que igualmente en materia de imprevisión, que es una de las aplicaciones del concepto de restablecimiento del equilibrio económico, la doctrina señala (Paolo Tartaglia. Onerosidad Excesiva. Enciclopedia del Diritto, T. 30, pág. 164) que puede haber dos enfoques, pero en todo caso debe tomarse en cuenta la relación entre prestación y contraprestación. “El criterio de valoración de la excesiva onerosidad está dado siempre en la relación entre prestación y contraprestación; en la primera la alteración consiste en el aumento de la onerosidad de la prestación; en la segunda la alteración está en la degradación del valor de la contraprestación”.

Si bien el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, garantiza las utilidades del contratista, es claro que dicha previsión se refiere a aquellas que derivan directamente del contrato, pero en manera alguna a las que puedan obtener un contratista del Estado como producto de sus actividades en general o las que reciben sus accionistas.

Así las cosas, es ajeno al concepto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato lo que sucede después de que el Estado ha recibido la prestación y pagado al contratista la contraprestación. Es por ello, que si se revisan los casos más relevantes de la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado en que el mismo ha condenado al restablecimiento del equilibrio económico, se encuentra que siempre se ha tratado de factores que incidían en las prestaciones propias del contrato (incumplimiento, mayor permanencia en la obra, mayor cantidad de obra, cambio en las fuentes de materiales, sobrecostos, obras adicionales, etc), haciendo más gravoso el cumplimiento del contrato para el contratista.

Por consiguiente, una modificación al impuesto sobre la renta que afecta aun contratista de la administración no constituye una alteración del equilibrio económico del contrato, pues el mismo no incide en las prestaciones del contrato, en el costo de las mismas, ni en el pago por parte de la administración, pues lo que grava es la renta que haya obtenido el contribuyente en un determinado período.

Una situación distinta podría plantearse en el caso de contribuciones específicas que afectan las prestaciones específicas de un determinado contrato. En tal caso deberá examinarse si ellas hacen más gravosas o no las prestaciones del contrato. Es esta la hipótesis que consideró el honorable Consejo de Estado en la sentencia de la Sección Tercera del veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), ya mencionada, o que igualmente ha considerado el honorable Consejo de Estado Francés, como lo señala De Laubadère. Igualmente es el caso que analiza Larenz (pág. 132) en un evento en el cual después de celebrado el contrato se impuso un impuesto al objeto del mismo (aguardiente). El tribunal consideró que se había prometido “la entrega de una mercancía a cambio del pago de un equivalente y “El vendedor, prosigue el tribunal, no conseguiría ya un equivalente si tuviese que pagar el impuesto, que era mayor al precio convenido”. Agrega Larenz “... El contrato, por consiguiente, perdió su sentido y carácter de negocio de cambio”.

Adicionalmente, conviene recordar que en el fondo, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se funda en el hecho de que el contratante del Estado, que está obligado a prestar un servicio público, no debe soportar

un sacrificio mayor que los demás ciudadanos por razón de la prestación de los servicios públicos y por ello, puede tener derecho a dicho restablecimiento.

En el presente caso, la reforma legal que funda la reclamación de la convocante tiene por objeto establecer el mismo tratamiento para todas las personas, inclusive para los demás competidores privados que junto con Ocell S.A. prestan el servicio público de telefonía móvil celular. Es decir, la ley no causa una desigualdad entre los administrados, sino busca establecer por el contrario, un tratamiento igualitario, que el legislador consideró necesario habida cuenta de las nuevas circunstancias en que se desarrollaría la prestación de los servicios públicos, tanto por entidades públicas como por entidades mixtas y por entidades privadas.

De otra parte, es claro para el tribunal que si se acude adicionalmente al artículo 90 de la Carta para precisar si procede o no el restablecimiento del equilibrio económico, se encuentra que la responsabilidad del Estado supone, según lo ha señalado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, un daño antijurídico imputable al Estado. En el presente caso considera el tribunal que no existe daño antijurídico, por cuanto el contratante no sufre un perjuicio que no esté obligado a soportar. En efecto, lo que sucedió fue que el legislador consideró que las empresas que prestan servicios públicos debían pagar los mismos impuestos que los demás contribuyentes. La ley no rompió ninguna igualdad sino que, por el contrario, la afirmó por considerar que en esta materia no se justifica más un tratamiento desigual.

Desde este punto de vista, la norma es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que impone como deberes de la persona y del ciudadano:

“9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

De otro lado, para que haya una ruptura del equilibrio económico del contrato, es necesario que esté claramente establecido que el contratante sufre un daño, un perjuicio por razón del acto de la administración. Sin embargo, dicha situación no se presenta cuando el contratista tiene la posibilidad de ajustar sus ingresos o reducir sus gastos para evitar una lesión. No sobra recordar que en el célebre caso de la Cía. de Gaz de Bourdeaux, en el cual el concesionario vio incrementar sus costos por razón del aumento del precio en el carbón, la primera solicitud del concesionario consistió en pedir que se le permitiera aumentar las tarifas y ante la negativa de la administración solicitó una indemnización, la cual finalmente le fue concedida. En el presente caso considera el tribunal que ante los cambios en la ley tributaria, el contratista podía ajustar sus ingresos o reducir sus gastos, es decir, que no hay una ruptura directamente originada en la ley a la cual el contratante no pueda responder, como por la demás, la podría hacer y lo debe hacer cualquier empresario ante el cambio de la ley tributaria.

Adicionalmente, es pertinente tener en cuenta que la doctrina (De Laubadère N° 1305) advierte que no procede el restablecimiento del equilibrio cuando el legislador haya entendido excluir dicha indemnización. El legislador puede determinar de manera directa o indirecta que no procede el restablecimiento, porque por ejemplo, considera equitativo que una determinada persona contribuya a los gastos del Estado en igual forma que los otros. Ello obviamente solo puede ocurrir dentro de los límites constitucionales. Solo si se concluyera que en este caso se dan los supuestos para que opere la responsabilidad del estado legislador podría haber lugar a determinar una indemnización, pero ello debería ser objeto de un proceso dirigido a tal fin.

En el caso que se analiza es claro que la decisión del legislador busca proveer de recursos adicionales al fisco a través de la eliminación de una ventaja tributaria. Sería inconsistente que frente a dicha voluntad se sostuviera que en todo caso el Estado debe proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues se tendría entonces un objetivo no perseguido por el legislador.

Finalmente, es preciso señalar que en el presente caso no se puede afirmar que el régimen de impuesto sobre la renta haya constituido o constituya una base del contrato. En efecto, los elementos de la obligación tributaria en cuanto se refiere a este impuesto, no tienen relación alguna con que se haya presentado una oferta y luego, con base en ella, se haya celebrado un contrato con una entidad estatal. El hecho generador de esa obligación tributaria consiste en la obtención por parte del sujeto pasivo, durante el respectivo período gravable, de ingresos de fuente nacional susceptibles de producir incremento patrimonial y no la adjudicación y celebración el contrato. Así mismo, el contrato en sí mismo tampoco constituye base gravable de dicho impuesto.

En tal virtud, tal y como lo señala la Nación - Ministerio de Comunicaciones a través de su apoderada, el principio del equilibrio financiero en este contexto, no es predicable de un impuesto cuyo objeto no es el contrato, sino el agente económico independientemente considerado, cualquiera que sea la actividad económica que desarrolle.

El hecho de que los pliegos señalaran (1.3.1) que “El operador se registrará por el estatuto tributario y demás normas fiscales vigentes en Colombia”, sin precisar que serían las vigentes al adoptar el pliego, solo implica que el Estado quiso hacer claridad acerca de que en todo caso el concesionario respetaría las norma tributarias, lo cual no implica ningún compromiso de mantener el régimen vigente o sus efectos económicos. La circunstancia de que el concesionario haya afirmado en su propuesta que estaba enterado de que se aplicaría el régimen tributario y que hubiese señalado (fl. 181 del cdno. de pbas. 2) que “Ocel en su propuesta, al elaborar sus proyecciones financieras y determinar todos sus costos, para adquirir los compromisos establecidos en el pliego frente al Ministerio de Comunicaciones, incluyendo la oferta económica, tuvo en cuenta el estatuto tributario y demás normas fiscales vigentes en Colombia al momento de presentación de su propuesta” y que además hubiera señalado que no tuvo en cuenta el impuesto de renta (fl. 182 del cdno. de pbas. 2), constituye una manifestación unilateral de una de las partes, no aceptada por la otra, por lo que la misma no puede constituir una base del negocio jurídico, ni alterar los supuestos bajo los cuales actuaba la Nación.

En consecuencia, por las razones expuestas, no es posible admitir la ruptura del equilibrio financiero del contrato con motivo de la medida tributaria de carácter general adoptada por la Ley 223 de 1995.

4.5. La celebración del contrato adicional de 30 de enero de 1997 para definir la prórroga de la concesión 05 de 1994, luego de la eliminación de la exención. Doctrina de los actos propios

Dentro del expediente está debidamente acreditado que el día 20 de marzo de 1996, la junta directiva de Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., dio la autorización para que se demandara a la Nación —Ministerio de Comunicaciones—, con el fin de obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 05 de 1994. Consta también que posteriormente, el día 6 de noviembre del mismo año, se ratificó tal decisión. Empero, solo hasta el 21 de abril de 1997, casi dos meses después de haberse modificado el contrato de concesión para prever en forma anticipada la prórroga del mismo por un término igual de diez años, fijar las nuevas condiciones económicas para la prórroga y pactado el pago anticipado de la misma, el presidente y representante legal de la sociedad Ocel S.A. en comunicación enviada al Ministro de Comunicaciones, señaló que con motivo de la eliminación de la exención tributaria decretada año y medio atrás por la Ley 223 de 1995 a partir del 1º de enero de 1996, se había producido la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, por lo que solicitó se dispusiera su restablecimiento.

Está también, debidamente probado, que las partes comprometidas en el presente conflicto de intereses, suscribieron el día 30 de enero de 1997, un contrato adicional al 05 de 1994, en el cual se pactó que el término inicial de duración de la concesión, objeto del contrato, era de diez años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento del mismo. Se estipuló, igualmente, que la concesión se prorrogaría automáticamente por otro período de diez años, sin que para ello fuera menester obtener nuevas autorizaciones o suscribir pactos adicionales. Para el tribunal, en ese momento, en el tiempo físico, las partes perdieron la oportunidad de hacer reclamaciones adicionales, por hechos o circunstancias ocurridos antes del 30 de enero de 1997, pues al firmar el contrato adicional, sin observaciones, no hicieron ninguna salvedad ni se reservaron ningún derecho. Para casos como el que se analiza, tanto la doctrina como la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, han aplicado la doctrina de los actos propios, que es una proyección del derecho fundamental a la igualdad. La firma de una adición al contrato, es trascendental, y presupone la eficacia jurídica de la conducta vinculante. Por ello se enseña:

“Que la norma conforme a la cual “a nadie es lícito venir contra sus propios actos” tiene fundamento y raíz en el principio general de derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díez-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia del 22 de abril de 1967, “la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos

jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos”. Y la de 27 de febrero de 1981 (ponente Martín del Burgo) dice que “constituye un principio de derecho civil, y de la Teoría general del derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de Fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir *venire contra factum proprium*: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia, sentencias de 23 de diciembre de 1959, 13 de junio de 1960, 16 de octubre de 1965, 11 de marzo de 1978. sobre la buena fe, y sentencia del 17 de diciembre de 1954, sobre los actos propios”. (El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas, págs. 117 y 118).

A la luz de lo que se deja expuesto, para el tribunal las reclamaciones de naturaleza económica no pueden tener vocación de prosperidad y, por lo mismo, serán denegadas.

Así mismo, se precisa que la controversia generada por la supresión de la exención tributaria según lo previsto por la Ley 223 de 1995, no puede comprender el término a que se refiere la prórroga del contrato de concesión según el contrato de modificación celebrado por las partes el 27 de enero de 1997, puesto que cuanto este se celebró y en él se pactaron las condiciones económicas de la misma que generaron su pago anticipado para el período comprendido entre los años 2004 a 2014, ya no existía dicha exención, razón por la cual, aquella no puede extenderse a este período.

En otros términos, para la prórroga del término de la concesión, que comprende otros diez años entre el año 2004 y el año 2014, ya se determinaron nuevas condiciones económicas que partieron de la base de la realidad existente al momento de la celebración del respectivo contrato adicional en el que ya no existía la exención para el pago del impuesto de renta y, con base en ella, el concesionario pagó en dos contados, el 30 de junio y luego el 30 de diciembre de 1997, la suma correspondiente.

En consecuencia, por todas las anteriores razones expuestas, al analizar las segundas pretensiones subsidiarias formuladas por el demandante, el tribunal considera que no existió ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión 05 celebrado entre la Nación - Ministerio de Comunicaciones y Ocel S.A., el 28 de marzo de 1994, modificado de común acuerdo por las partes mediante sendos contratos suscritos el 28 de agosto de 1995 y el 30 de enero de 1997, y que, por consiguiente Ocel S.A., no adquirió derecho alguno reclamable ante el Ministerio de Comunicaciones por esta causa.

## 5. Demanda de reconvención

### 5.1. Las pretensiones principales y sus excepciones

La Nación - Ministerio de Comunicaciones en su demanda de reconvención, formuló las siguientes pretensiones principales, en las cuales solicita que se declare:

“Primera. ... que el acto administrativo contenido en la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, se encuentra debidamente ejecutoriado, por lo mismo vigente y goza de la presunción de legalidad propia de todos los actos administrativos y por lo mismo, es obligatorio mientras autoridad competente no lo anule o decrete su suspensión provisional”.

Frente a esta pretensión, Ocel S.A., sostuvo que la Resolución 3672 del 5 de agosto de 1997, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, es inexistente.

Sobre el particular, tal y como se concluyó en la primera parte de este laudo, este tribunal reconoce la existencia del acto administrativo contenido en la Resolución 3672 de 1997 del Ministerio de Comunicaciones, mediante el cual se revocó el acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo positivo, el cual, estando vigente, goza de la presunción de legalidad y es obligatorio hasta tanto sea suspendido o anulado por la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, solo que, como igualmente se ha advertido, el tribunal carece de competencia para juzgar la existencia y validez de uno y otro.

Dicho reconocimiento, ya lo hizo también el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en providencia calendada el 30 de junio de 1998 de la mesa del consejero doctor Juan de Dios Montes.

Así mismo, la Nación - Ministerio de Comunicaciones solicita:

“Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior ... declarar en el laudo que ponga fin a este proceso, que no existe, por haber sido revocado mediante actos administrativos ejecutoriados, el acto presunto derivado del silencio administrativo positivo, protocolizado por Ocel S.A. mediante escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante la Notaría 3ª del Círculo de Medellín, que pretende hacer valer en este proceso”.

Sobre el particular debe señalar este tribunal que como quiera que reconoce la existencia del acto administrativo contenido en la Resolución 3672 de 1997 del Ministerio de Comunicaciones; debe concluir también que el acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo protocolizado por Ocel S.A. mediante la escritura pública N° 2141 de julio 25 de 1997, otorgada ante la Notaría 3ª del Círculo de Medellín, fue revocado por dicho acto.

Adicionalmente, la Nación - Ministerio de Comunicaciones solicita:

“Tercera. Que se declare que en el desarrollo del contrato 05 de 1994, se presentaron circunstancias imprevistas que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del Ministerio de Comunicaciones que alteraron en su contra el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato, derivadas de la expedición por el Congreso de la República de la Ley 422 de 1998 “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993 y se dictan otras disposiciones””.

Y, como consecuencia de lo anterior, igualmente solicita:

“Cuarta. ... restablecer el equilibrio económico del contrato, y a tal fin en el laudo que ponga fin a este proceso ordenará a Ocel S.A., reconocer a favor del Ministerio de Comunicaciones los valores que este dejará de percibir en razón del desequilibrio contractual generados en su contra durante la ejecución del contrato 05 de 1994, según resulten probados en este proceso”.

Con fundamento en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, al responder la demanda de reconvención, Ocel S.A. invocó a su favor todos aquellos hechos que constituyan una excepción y que pudieran aparecer probados en el proceso en beneficio suyo, con la solicitud de que sea reconocida de oficio en el laudo. Así mismo, en el alegato de conclusión Ocel S.A., consideró que el tribunal carece de competencia para conocer de las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención presentada por la Nación - Ministerio de Comunicaciones, por cuanto de conformidad con el texto de la cláusula compromisoria pactada en el contrato 05 de 1994, se establece como requisito indispensable y previo, para someter a la competencia de un Tribunal de Arbitramento, que “Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato ...”, no hayan podido ser resueltas directamente por las partes, y a juicio de la convocante, no existe prueba en el proceso según la cual la Nación - Ministerio de Comunicaciones haya siquiera insinuado el tema materia de la demanda de reconvención a Ocel S.A. y mucho menos que haya tratado de resolver la disputa directamente, motivo por el cual, considera que debe entenderse que la demanda de reconvención adolece de un presupuesto procesal indispensable.

Además, las excepciones enlistadas en los numerales 2° a 6° del escrito presentado por el apoderado de Ocel S.A., se refieren al fondo de estas pretensiones principales de la Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Sobre el particular, el tribunal considera:

La cláusula cuadragésimotercera del contrato 05 de 1994, contiene la cláusula compromisoria en la cual se prevé que “Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato y que no puedan ser resueltas directamente por las partes, las someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento ...” (se resalta).

A su vez, en el “Acta de desacuerdo y de complementación cláusula compromisoria contrato de concesión 05 de 1994”, suscrita por las partes el 23 de junio de 1999, se expresó:

“C. Que a partir de la solicitud de restablecimiento del equilibrio del contrato formulada por Ocel S.A. ante el ministerio, ha surgido una discrepancia entre las partes, sobre la procedencia de dicho reclamo y las actuaciones adelantadas por las partes.

D. Que a la fecha las partes han agotado la instancia de solución directa de las controversias surgidas, por encontrar sus posiciones desde el punto de vista contractual y legal totalmente irreconciliables, dando cumplimiento a los términos de la cláusula compromisoria atrás mencionada y del artículo 68 de la Ley 80 de 1993;

“Han acordado en consecuencia, lo siguiente:

“Primero. Someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento independiente, en los términos de la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del mismo año, las controversias surgidas entre las partes, mencionada atrás en la letra C) de los considerandos del presente”.

Así mismo, en los documentos que obran en el proceso, se infiere que efectivamente la Nación - Ministerio de Comunicaciones y Ocel S.A., antes de la convocatoria e instalación de este tribunal, nunca plantearon, debatieron, discutieron o controvirtieron en forma directa los temas a que se refieren las pretensiones principales 3ª y 4ª de la demanda de reconvención formulada por la Nación - Ministerio de Comunicaciones en forma tal que ellas no hayan podido ser resueltas directamente por las mismas partes.

En consecuencia, tales materias —no controvertidas— no pueden ser asumidas por este tribunal que, por lo mismo, carece de competencia para ello. En tal virtud, el tribunal debe abstenerse de conocer las pretensiones principales 3ª y 4ª de la demanda de reconvención presentada por la Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Pero aún si lo anterior no fuera cierto, considera el tribunal que no es procedente la pretensión de la Nación - Ministerio de Comunicaciones, por las siguientes consideraciones:

La ruptura del equilibrio económico la funda la Nación - Ministerio de Comunicaciones en la expedición de una ley que eliminó la reversión que originalmente era aplicable al contrato de concesión. Se invoca entonces un acto que es el producto de la misma persona que es parte del contrato de concesión y que ahora solicita el restablecimiento del equilibrio económico.

Bajo esta óptica, cabe preguntarse si es posible que uno de los co-contratantes pueda solicitar el restablecimiento del equilibrio a su favor, cuando la ruptura de dicho equilibrio deriva de su propia conducta, de su propio hecho.

A juicio del tribunal ello no es posible.

En efecto, en primer lugar, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 señala que “Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

Como se puede apreciar, para que proceda el restablecimiento del equilibrio es necesario que la causa de la ruptura no sea imputable a quien resulte afectado. Por lo cual, es claro que la Nación - Ministerio de Comunicaciones no puede solicitar el restablecimiento del equilibrio cuando la ruptura es obra de la propia Nación.

No sobra anotar que el principio que consagra el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y al cual se ha hecho referencia corresponde, así mismo, a los análisis de la doctrina.

En efecto, de manera general, la doctrina que ha estudiado el concepto de la conservación de la base del contrato, señala (Larenz ob. cit.) que no es posible alegar la ruptura cuando los acontecimientos y transformaciones “a) son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la “fuerza mayor”)”.



Así mismo, si se analizan los diversos aspectos a través de los cuales se desarrolla la teoría del restablecimiento del equilibrio se encuentra que en ellos una parte no puede invocar sus propios hechos para derivar derechos a su favor.

En primer lugar, cuando se trata de una ruptura del equilibrio económico causado por un incumplimiento, es evidente que quien causa la ruptura, esto es, quien incumple, no puede pretender derivar derechos de su conducta.

En segundo término, cuando se trata de la teoría de la imprevisión, el contratista no la puede invocar sino en la medida en que sea extraña. En tal sentido expresa De Laubadère (Ob Cit. N° 1353):

“El co-contratante no puede invocar la imprevisión que si el evento perturbador le es extraño; de este lado, la condición de exterioridad es cierta y absoluta; ella conduce a descartar la imprevisión cada vez que el co-contratante ha participado en la ruptura del equilibrio del contrato, sea que él la haya provocado, sea que el no haya podido hacer todo aquello que habría podido hacer para impedirla, sea que, de una manera general, un reproche cualquiera (negligencia, error, culpa propiamente dicha) pueda serle hecho”.

Igualmente Jacques Ghestin y Marc Billiau (“El Precio en los Contratos de Larga Duración”. Ed. Zavalia. Buenos Aires 1994), al hacer referencia a la aplicación de la teoría de la imprevisión en los diferentes países señalan (pág. 228) por ejemplo que en Alemania para que la misma opere “El cambio de circunstancias no debe ser imputable al demandante”.

Finalmente, en cuanto al hecho del príncipe la doctrina excluye su aplicación cuando su operancia es originada por el contratista. En tal sentido, De Laubadère (N° 1299) precisa:

“El hecho del príncipe se distingue esencialmente de los otros “hechos nuevos” (fuerza mayor, sujeciones imprevistas, imprevisión) en que es una medida que emana de una autoridad pública, sin que ello signifique que no importa qué autoridad pública, como se verá en la sección siguiente, pero en todo caso de entrada de tal autoridad. Esta condición excluye la indemnización no solo cuando esta no ha intervenido que a solicitud del contratante mismo (C.E. jul. 9/21, Le Clainche, pág. 706) o cuando la medida no es más que la constatación o la consecuencia inevitable de hechos económicos exteriores a las partes ...”.

Como se puede apreciar, por regla general la doctrina y la jurisprudencia han negado el restablecimiento del equilibrio económico cuando quiera que quien pretende derivar derechos del mismo ha participado en la producción de los hechos que lo generan.

Adicionalmente, el principio del restablecimiento del equilibrio en relación con el hecho del príncipe fue estructurado para subsanar la situación en la que se encuentra un contratante cuando la administración adopta una decisión que afecta la economía del contrato. En tal caso, el contratante no puede ser obligado a soportar la carga de cumplir el contrato en beneficio del interés público, pues ello le implicaría soportar un gravamen adicional al que sufren los demás ciudadanos. Desde este punto de vista, es claro que la misma situación no se presenta respecto de la administración pública.

En este punto conviene observar que Marienhoff (pág. 533) y otros autores argentinos (por ejemplo, Raúl Enrique Granillo Ocampo. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Ed. Astrea, 1990, págs. 152 y ss.) sostienen que la administración no puede invocar a su favor la teoría de la imprevisión. Si bien el tribunal considera que en derecho colombiano la teoría de la imprevisión puede ser aplicada a favor de la propia administración, pues en nuestro régimen jurídico dicha teoría no se reserva a una de las partes en los contratos estatales y además se aplica también a los contratos comerciales, el tribunal encuentra que los argumentos que exponen los autores mencionados para excluir la teoría de la imprevisión a favor de la administración son plenamente aplicables a los eventos en los cuales la ruptura del equilibrio se produce en contra de la administración por hecho del príncipe.

Las razones que se exponen para excluir en tal caso el restablecimiento del equilibrio son las siguientes: 1. La teoría tiende a lograr que el co-contratante no sufra lesión patrimonial por razones de interés público o general. La administración pública representa el interés público y no podría sostenerse que sufre una lesión por el interés público. 2. El interés público es la razón de ser del Estado y por ello él mismo debe absorber todos los costos de la

satisfacción del mismo. 3. Siendo, en definitiva, el Estado la contraparte de los contratos administrativos, si la administración reclamase una indemnización el Estado se indemnizaría a sí mismo.

Así las cosas, considera el tribunal que no es posible aplicar en el presente caso un restablecimiento del equilibrio a favor de la Nación.

## **5.2. Las pretensiones subsidiarias**

Aceptadas las pretensiones 1ª y 2ª principales, no procede el estudio de las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias de las pretensiones 1ª y 2ª principales, ni las excepciones propuestas.

## **6. Costas del proceso**

Como la conducta de las partes fue leal y transparente a lo largo del proceso, de acuerdo con lo previsto en los artículos 171 del Código Contencioso Administrativo y 55 de la Ley 446 de 1998, el tribunal considera que no es del caso condenar a ninguna de las partes en costas del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. Deniéganse las pretensiones principales enlistadas en la demanda principal.
2. En relación con las pretensiones primeras subsidiarias de la demanda principal, el tribunal declara que no tiene competencia para decidir sobre ellas, por las razones expuestas a lo largo de este laudo.
3. Deniéganse las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta enlistadas bajo el rubro “segundas subsidiarias”, por las razones expuestas en los considerandos de este laudo.
4. Respecto de la pretensión primera principal de la demanda de reconvención, declárase que se encuentra acreditado dentro del proceso el acto administrativo contenido en la Resolución 3276 del 5 de agosto de 1997, el cual de acuerdo con la ley goza de la presunción de legalidad y tiene vigencia mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativa no la suspenda o anule. En consecuencia, decláranse no probadas las excepciones propuestas respecto de esta pretensión.
5. Respecto de la pretensión segunda principal de la demanda de reconvención, declárase que el acto administrativo contenido en la Resolución 3276 del 5 de agosto de 1997, produce todos los efectos en cuanto revocó el acto ficto o presunto fruto del silencio administrativo positivo, protocolizado por Ocel S.A., mediante escritura pública N° 2141 de junio 25 de 1997, otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Medellín. En consecuencia, decláranse no probadas las excepciones propuestas, respecto de esta pretensión.
6. En relación con las pretensiones 3ª y 4ª principales de la demanda de reconvención, declárase probada la excepción de falta de competencia del tribunal para decidir sobre el alcance de ellas, por las razones expuestas en los considerandos de este laudo.
7. Respecto de todas las pretensiones subsidiarias de las pretensiones 1ª y 2ª principales de la demanda de reconvención, como estas fueron despachadas favorablemente, no hay lugar a que el tribunal se pronuncie sobre ellas ni sobre las excepciones propuestas, por sustracción de materia.
8. Deniéganse todas las demás pretensiones formuladas por las partes en la demanda principal y en la demanda de reconvención.

Sin costas para las partes.

En firme este laudo, por la secretaría, protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C.

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados. La secretaria entregó a cada uno de los apoderados una copia auténtica del laudo.

A continuación el tribunal fijó la fecha del lunes veinticuatro (24) de julio de 2000 a las tres (3) p.m. para que tenga lugar la audiencia que resuelva sobre las solicitudes de aclaración, adición o corrección si hubiere lugar.

De las decisiones anteriores quedaron notificados en audiencia los señores apoderados y la señora agente del Ministerio Público.

Cumplido el objeto de la audiencia se termina la sesión y se firma por quienes en ella intervinieron.

---