

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INVALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL / Oponibilidad del Laudo Arbitral / Inexistencia del Negocio Jurídico / Requisitos de Validez de las Obligaciones / Requisitos del Pacto Arbitral

Una vez esclarecido que el pacto arbitral no cumple con la totalidad de requisitos contenidos en el Código Civil, ya que la Sala no encontró acreditados el consentimiento, el objeto, ni la causa, se encuentra fundada la causal primera de anulación, pues el pacto arbitral contenido en el “contrato realidad”, con base en el cual el Tribunal ejerció su competencia para decidir varias de las pretensiones de la reforma de la demanda de ADA, es inexistente.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INVALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL / NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO

Como solicitud principal, la recurrente pidió la anulación total del Laudo, sin embargo, esta solicitud no puede prosperar, pues la configuración de la causal primera conllevaría a la anulación de, únicamente, aquello decidido por el Tribunal respecto de las pretensiones de ADA relativas a la Alianza, las cuales corresponden a las pretensiones primera a sexta principales de la reforma de la demanda de ADA. Sin embargo, subsidiariamente, la recurrente pidió que se anulara la decisión del Tribunal respecto de las pretensiones principales de ADA: primera a segunda y cuarta a sexta; petición que acogerá la Sala en virtud del principio dispositivo que gobierna el recurso de anulación. Habiendo prosperado la anulación del Laudo por la configuración de la causal primera, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre las restantes causales presentadas por la recurrente. Se destaca que el fundamento del resto de causales es similar a aquel presentado respecto de la causal primera, además el resto de causales invocadas se refieren a la ya anulada decisión del Tribunal sobre las pretensiones principales de la reforma de la demanda primera a segunda y cuarta a sexta y su prosperidad no daría lugar a la anulación total del Laudo.

NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FINALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO

En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha referido al carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un Laudo Arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que este recurso no puede, bajo circunstancia alguna, convertirse en la vía de entrada para el estudio del caso en una segunda instancia, pues el juez de anulación no es el superior funcional del Tribunal Arbitral. La finalidad esencial del recurso de anulación consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, por lo cual el juez está instituido para analizar los vicios procesales del Laudo, mas no la decisión de fondo del mismo. Además, el recurso tiene un carácter restrictivo, en virtud del cual este únicamente procede cuando se invoque y sustente una o varias de las causales incluidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, las cuales son taxativas. Este recurso está gobernado por el principio dispositivo, que indica que el juez no puede pronunciarse sobre aspectos no incluidos en la

formulación y sustentación de la causal en el respectivo recurso y no está facultado para ahondar sobre causales no invocadas. Así pues, los poderes de la autoridad judicial están restringidos a resolver exclusivamente lo solicitado por el recurrente.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un laudo arbitral, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2020, rad. 64255, C. P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 19 de junio de 2019, rad. 61809, C. P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 15 de mayo de 1992, rad. 5326, C. P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de 12 de noviembre de 1993, rad. 7809, C. P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de 24 de octubre de 1996, rad. 11632, C. P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de 16 de junio de 1994, rad. 6751, C. P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia de 18 de mayo de 2000, rad. 17797, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 23 de agosto de 2001, rad. 19090, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 28 de abril de 2005, rad. 25811, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 4 de julio de 2002, rad. 21217, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 20 de junio de 2002, rad. 19488, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 4 de julio de 2002, rad. 22012, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 1 de agosto de 2002, rad. 21041, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 25 de noviembre de 2004, rad. 25560, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 8 de junio de 2006, rad. 32398, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 4 de diciembre de 2006, rad. 32871, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO / PACTO ARBITRAL / NEGOCIO JURÍDICO / CONCEPTO DE PACTO ARBITRAL / CLÁUSULAS DEL LAUDO ARBITRAL

Un negocio jurídico inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de uno de sus elementos esenciales, por ello no nace a la vida jurídica, ni produce efectos. Los motivos que dan lugar a la inexistencia del pacto no están contemplados en el Estatuto Arbitral, lo cual obliga a determinar las normas aplicables de nuestro ordenamiento jurídico. Según el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, “el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. La cláusula arbitral tiene entonces la naturaleza jurídica de un acuerdo mediante el cual las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción permanente y convienen atribuir competencia para resolver un conflicto a un Tribunal Arbitral. Al tener una naturaleza contractual, a la cláusula arbitral le resultan aplicables las normas atinentes al negocio jurídico y, en este caso particular, a sus condiciones de existencia. El artículo 1502 del Código Civil define los requisitos necesarios para obligarse.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 3 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1502

EFFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / REMISIÓN DE EXPEDIENTE / CÁMARA DE COMERCIO

En relación con los efectos de la sentencia de anulación, el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 indica que “cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el

expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas”. En virtud de lo anterior, el expediente se remitirá al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues la Alianza contenía un pacto arbitral, según el cual “Toda diferencia que surja entre EMTELCO (luego, UNE) y ADA en la interpretación de la presente alianza de colaboración, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de tres (3) árbitros”, el trámite deberá adelantarse conforme a “las reglas de la Cámara de Comercio” y “el Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá”.

FUENTE FORMAL: LEY1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00152-00(64890)

Actor: ADA S. A.

Demandado: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)

Temas: recurso extraordinario de anulación – causal 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

Síntesis: el 25 de abril de 2005, UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y ADA S.A. celebraron el contrato denominado Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial, en el que pactaron obligaciones relacionadas con la prestación de servicios de Mesa de Ayuda o servicios al usuario informático. En la Alianza, se estableció que ADA prestaría el 30% de los servicios y EMTELCO (luego, UNE) el 70% y en esa misma proporción se liquidarían los ingresos y costos de ese negocio. El 1 de octubre de 2008, las mismas partes celebraron un contrato denominado Acuerdo Comercial Marco, que, a diferencia de lo establecido en la Alianza, no estableció una retribución sobre ingresos y costos a favor de ADA, sino que estipuló que se le pagaría por sus servicios en virtud de órdenes de suministro, de acuerdo con las condiciones allí establecidas.

ADA presentó demanda arbitral mediante la cual convocó a UNE, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo Comercial Marco. ADA solicitó la declaratoria de existencia y la resolución por incumplimiento de un “Contrato de Colaboración Empresarial”, compuesto por la Alianza y el Acuerdo Marco, además de las condenas relativas a su resolución. El Tribunal Arbitral dictó el Laudo, mediante el cual

condenó a UNE, el cual presentó recurso extraordinario de anulación e invocó la causal primera del artículo 41 del Estatuto Arbitral, relativa a la inexistencia del pacto arbitral.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. en contra del Laudo Arbitral de 26 de junio de 2019, proferido por el Tribunal Arbitral integrado para dirimir las controversias surgidas entre ADA S.A. (ADA), como parte convocante, y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (UNE), como parte convocada.

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, conforme con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 del CPACA, pues UNE es una empresa de servicios públicos domiciliarios con una participación pública superior al 50%¹².

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones- 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Los antecedentes del proceso arbitral – 1.2. La cláusula compromisoria, el Laudo Arbitral y la solicitud de aclaración, corrección y complementación del Laudo – 1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

1.1. Los antecedentes del proceso arbitral

1. El 15 de junio de 2016, ADA presentó **demanda arbitral**³ ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, mediante la cual convocó a UNE a un trámite arbitral, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo Comercial Marco No. 10010436287.

¹ UNE está conformada en un 50.000012% por recursos públicos, de conformidad con la información que se evidencia en la certificación de la Revisoría Fiscal presentada por la convocada en su recurso extraordinario de anulación (Folio 352 del Cuaderno del Consejo de Estado).

² Para determinar si la convocada es una entidad pública para los efectos de dicha norma, deberá consultarse lo establecido en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, y lo dispuesto por esta Corporación y la Corte Constitucional, que han determinado que las empresas de servicios domiciliarios mixtas, independientemente de su conformación accionaria, son entidades descentralizadas. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 2 de marzo de 2006, exp. 29.703 y Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007.

³ Cuaderno Principal No. 1.

2. El 13 de febrero de 2017, ADA presentó **reforma de la demanda arbitral**⁴. La convocante invocó nuevamente la cláusula arbitral del Acuerdo Marco y narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:

3. 1) ADA es una empresa dedicada a servicios de desarrollo de software, prestación de Outsourcing de TI (subcontratación de servicios tecnológicos) y servicios de Mesa de Ayuda, correspondientes al conjunto de recursos tecnológicos y humanos para gestionar y solucionar requerimientos relacionados con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

4. 2) Según se afirmó en la demanda, existe un Contrato de Colaboración Empresarial entre ADA y UNE, correspondiente a una asociación empresarial, conformada por dos contratos: la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. M-745 de 25 de abril de 2005 (Alianza) y el Acuerdo Comercial Marco No. 10010436287 de 1 de octubre de 2008 (Acuerdo Marco).

5. 3) El 25 de abril de 2005, EMTELCO (luego, parcialmente absorbida por UNE) y ADA celebraron la Alianza, cuyo objeto era (se transcribe):

*“PRIMERO. OBJETO: La presente ALIANZA tiene por objeto que las partes desarrollen y exploten con fines comerciales y con rentabilidad económica un **esquema conjunto de negocios** que tiene como finalidad, el ofrecimiento integral de bienes y servicios al cliente, relacionados con la dotación, expansión, integración y/o administración de sus sistemas de información, de telecomunicaciones y la tercerización de servicios, dirigidos a procedimientos que fortalezcan su actividad principal, permitiéndole centrarse en el 'core' de su negocio o actividad, mejorando sus índices de gestión; para este propósito, **cada una de las partes, colaborará en la implementación del proyecto**, el cual será plasmado a través de anexos”.*

6. 4) En la Alianza se acordaron las obligaciones relacionadas con el SUIN -Servicio de Atención al Usuario Informático-. La unidad SUIN consistía en la prestación de servicios de Mesa de Ayuda, correspondiente a una unidad de negocio o proyecto empresarial. La Alianza estableció que ADA prestaría el 30% de los servicios relativos al SUIN y EMTELCO el 70%, en esa

⁴ Cuaderno Principal No. 1.

misma proporción se liquidarían los ingresos y costos de ese negocio. Según la convocante, este contrato continuaba vigente.

7. 5) El 1 de octubre de 2008, UNE y ADA celebraron el Acuerdo Marco, cuyo objeto era (se transcribe):

"PRIMERA. OBJETO: por medio del presente ACUERDO las partes se comprometen al desarrollo de productos, proyectos, servicios, soluciones o iniciativas, para los clientes de UNE EPM TELECOMUNICACIONES, que tiendan al cumplimiento de iniciativas estratégicas dentro del segmento de mercado al que se dirijan, y así mismo para soporte de la operación interna de UNE EPM TELECOMUNICACIONES. Para este propósito, cada una de las partes participará en la definición e implementación de los productos, proyectos, iniciativas, soluciones y/o servicios, y cumplirá con los compromisos asumidos en el correspondiente Acuerdo Comercial Marco, así como también las condiciones particulares que serán plasmadas en Anexos y Órdenes de Compra y/o suministro, mediante las cuales se ejecuta el respectivo acuerdo, según corresponda, debidamente suscritas por las partes".

8. 6) En el Acuerdo Marco se definieron las obligaciones relativas al *outsourcing*, correspondiente a la tercerización para el desarrollo de productos, servicios y soluciones informáticas para los clientes de UNE a través de órdenes de compra y/o suministro. Según la convocante, este Acuerdo dio continuidad a la participación de ADA en la Mesa de Ayuda SUIN-EPM y se modificó la cláusula compromisoria.

9. 7) Si bien el Acuerdo Marco modificó lo establecido en la Alianza en relación con el *outsourcing*, hasta agosto de 2012, UNE continuó cumpliendo las obligaciones derivadas de la Alianza, entregando a ADA el 30% de los ingresos derivados de SUIN.

10. 8) Luego, UNE, únicamente, subcontrató a ADA a través de la modalidad de *outsourcing* (bajo el Acuerdo Comercial Marco), irrespetando lo acordado en la Alianza frente a la participación en el negocio del SUIN.

11. 9) En el 2015, UNE incumplió las obligaciones devenidas de la orden de suministro 266, manifestó que no honraría las obligaciones pactadas en la

Alianza atinentes a la participación de ADA en el negocio SUIN y terminó unilateralmente las órdenes que se encontraban en ejecución.

12. En la reforma a la demanda, ADA formuló las siguientes **pretensiones principales** (se transcribe):

"PRIMERA. - Que se declare que entre la sociedad ADA S.A y "LA CONVOCADA" se celebró un contrato de colaboración empresarial contenido en su conjunto tanto en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 como en el Acuerdo Comercial Marco Nro. 10010436287.

SEGUNDA. - Que se declare resuelto por incumplimiento el contrato de colaboración empresarial contenido en su conjunto tanto en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 como en el Acuerdo Marco Nro. 10010436287.

TERCERA. - Que se declare que "LA CONVOCADA" está en mora de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de colaboración empresarial, contenidas en su conjunto tanto en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 como en el Acuerdo Comercial Marco Nro. 10010436287.

CUARTA. - Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por UNE en relación con la unidad de negocio SUIN, se condene a pagar las utilidades dejadas de percibir por dicha unidad con ocasión de la participación en el 30% aproximado de los servicios SUIN, desde agosto 31 de 2012, por concepto de lucro cesante consolidado, utilidades que se estiman a mayo 31 de 2016 en TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$3.496.000.000).

QUINTA. - Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales, en materia de la explotación de la unidad de negocio SUIN, se condene al pago de las utilidades dejadas de repartir con ocasión de la participación en el 30% aproximado de los servicios, por concepto de lucro cesante futuro desde marzo de 2016 hasta marzo de 2020, entidades que se estiman TRES MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$3.228.000.000).

SEXTA.- Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de Colaboración, se condene al pago de las utilidades dejadas de percibir por concepto de suministros (OUTSOURCING), en relación con el lucro cesante futuro que por dicha razón se causa desde ENERO de 2016 hasta DICIEMBRE de 2020, por concepto de la disminución de los suministros que requería UNE según la dinámica comercial que se tenía entre los colaboradores, utilidades que se estiman en la suma OCHO MIL SEISCIENTOS TRES MILLONES DE PESOS (\$8.603.000.000).

SÉPTIMA. - Que se condene a la Convocada al pago de la factura cambiaria de compraventa Nro. 13073, por el importe de capital equivalente a Dos mil ochenta y cinco millones cuatrocientos veintinueve mil ochenta y dos pesos (\$2.085.429.082).

OCTAVA. - Que por la terminación anticipada de la Orden de suministro 266 se condene a la convocada al pago de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$171.249.610), correspondiente a la utilidad promedio dejada de percibir por ADA S.A., al privársele de ejecutar a cabalidad la Orden de suministro.

NOVENA. - Que se condene al pago de intereses moratorias desde el momento en que se hizo exigible la factura, esto es desde el 30 de enero de 2015 hasta la fecha efectiva del pago.

DECIMA. - Que se condene al pago de las utilidades dejadas de percibir por la terminación anticipada y sin justa causa de las siguientes órdenes del Acuerdo Comercial Marco No. 10010436287 Anexo No. 1

DECIMO PRIMERA. - Que se condene al pago de intereses corrientes bancarios y/o moratorias sobre el saldo total de la ordenes incumplidas desde el momento en que se constituyó en mora a UNE con el inicio de la etapa de arreglo directo, esto es del 30 de noviembre de 2015 hasta la fecha efectiva del pago".

13. El 13 de marzo de 2017, UNE presentó **contestación a la reforma a la demanda**⁵, en la que expuso, en síntesis, lo siguiente:

14. No es cierto que entre las partes procesales exista un "Contrato de Colaboración Empresarial". Existió, en su momento, una Alianza y, posteriormente, un Acuerdo Marco; los cuales fueron cumplidos integralmente por UNE.

15. El Anexo 3 a la Alianza, relativa a la prestación del SUIN, fue reemplazado por el Acuerdo Marco.

16. Si bien las partes acordaron una participación en el SUIN de 65% para UNE y de 35% para ADA (y, por ende, una distribución de ingresos y costos), el 30 de julio de 2012, acordaron cambiar tales condiciones. En adelante, ADA prestaría los servicios bajo la figura del outsourcing, previa presentación de una cotización a UNE y, por lo tanto, sin retribución sobre ingresos y costos.

17. UNE propuso, entre otras, las siguientes excepciones: "inexistencia del supuesto 'Contrato de Colaboración Empresarial' entre UNE y ADA", "caducidad de la acción frente al supuesto incumplimiento que ADA

⁵ Cuaderno Principal No. 1.

alega de la Alianza" y "falta de competencia del Tribunal para conocer las diferencias en cuanto a la ejecución, cumplimiento y terminación de la Alianza".

18. Respecto de la excepción de falta de competencia del Tribunal para conocer las diferencias relativas a la Alianza, UNE reiteró que la Alianza había terminado, que dicho contrato había sido sustituido en su integridad por el Acuerdo Marco y que, según la cláusula compromisoria incluida en la Alianza, la competencia para resolver las diferencias relativas a dicho contrato era de un Tribunal Arbitral con sede en Bogotá, por lo que el Tribunal en curso carecía de competencia para resolver las pretensiones primera a quinta de la reforma de la demanda.

19. El 15 de septiembre de 2016, UNE presentó **demanda de reconvención**⁶ y el 19 de julio de 2017, presentó **reforma de la demanda de reconvención**⁷, en las que invocó, al igual que ADA, la cláusula compromisoria incluida en el Acuerdo Marco y expuso que ADA había incumplido sus obligaciones contractuales devenidas de la orden de suministro 266.

20. En la reforma de la demanda de reconvención, UNE formuló las siguientes **pretensiones declarativas** (se transcribe):

"4.1.1 Que se declare la existencia del Acuerdo Marco Nro. 10010436287, suscrito entre UNE y ADA el 1º de octubre del año 2008, junto con el Anexo Nro. 01 del Acuerdo y los documentos adjuntos del Anexo.

4.1.2 Que se declare la existencia de la Orden Nro. 266 suscrita entre UNE y ADA, con ocasión del referido acuerdo marco, y en virtud de la oferta presentada por ADA y aceptada por UNE.

4.1.3 Que se declare que en virtud de la Orden Nro. 266, ADA adquirió para con UNE obligaciones de suministro de personal y de entrega en funcionamiento de los siete subsistemas que compondrían el Sistema Integrado de Información del Ministerio del Trabajo, es decir, obligaciones propias de un contrato de fábrica de software.

4.1.4 Que se declare el incumplimiento por parte de ADA del Acuerdo Marco, su Anexo Nro. 01 y de la Orden Nro. 266, al no haber suministrado el personal y no haber cumplido con los entregables, a los

⁶ Cuaderno Principal No. 1.

⁷ Cuaderno Principal No. 1.

que se había obligado para con UNE".

21. El 5 de febrero de 2018, se llevó a cabo la **primera audiencia de trámite**. Mediante Auto No. 26, el Tribunal decidió lo siguiente:

22. La causa de las diferencias entre las partes subyacía en dos negocios jurídicos, los cuales se estudiarían "de manera separada", pues sus cláusulas arbitrales "se repulsa(ba)n entre sí", ya que, entre otras diferencias, el pacto arbitral incluido en la Alianza establecía que el Tribunal estaría ubicado en la ciudad de Bogotá y aquel incluido en el Acuerdo Marco indicada a Medellín como sede del trámite arbitral.

23. Adicionalmente, el Tribunal afirmó que no era competente para conocer de las pretensiones primera, segunda y tercera de la reforma de la demanda en relación con la Alianza (se transcribe):

"Para los Árbitros es nítido que admitiendo la falta de competencia relativa a las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA, referidas únicamente al negocio jurídico de la 'ALIANZA ESTRATÉGICA DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL No. M-745', en acogimiento de las argumentaciones de la convocada, a este Tribunal sí le asiste competencia para conocer de la totalidad de las pretensiones en cuanto dicen relación al 'ACUERDO MARCO No. 10010436287', porque todas y cada una de ellas envuelven situaciones o eventos litigiosos nacidos y consolidados bajo el régimen jurídico del contrato o negocio celebrado el 1º de octubre de 2008 (ACUERDO MARCO), mismo que sitúa la solución de los conflictos en el Tribunal de arbitramento que hoy ejerce la función jurisdiccional en Medellín.

(...)

Desde la óptica de la demanda incoada por ADA S.A., este Tribunal Arbitral es competente para componer el diferenciado contractual sobre el que versa el presente proceso, entendiéndose que el poder de juzgar para el cual están investidos los suscritos árbitros, por habilitación de las partes, conforme a la cláusula compromisoria citada en el aparte 1.3.1 de este auto no puede exceder los límites del contencioso existente entre ADA y UNE, concerniente de manera exclusiva al contrato 'ACUERDO COMERCIAL MARCO SUSCRITO ENTRE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y ADA S.A. # 10010436287, del 1º de octubre de 2008.

(...)

EL TRIBUNAL ARBITRAL, RESUELVE: declarar que es competente para conocer, instituir y juzgar el asunto litigioso existente entre ADA S.A., UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y ALLIANZ SEGUROS S.A., de conformidad con la demanda inicial, la demanda de reconvenición, el llamamiento en garantía y las correspondientes contestaciones, teniendo en cuenta las precisiones y limitantes expuestas en esta providencia (...) Ninguna de las partes ni el Ministerio Público interpusieron recurso contra la anterior decisión".

1.2. La cláusula compromisoria, el Laudo Arbitral y la solicitud de aclaración, corrección y complementación del Laudo

24. En la reforma de la demanda, ADA invocó la cláusula compromisoria incluida en el parágrafo único de la cláusula décimo novena del Acuerdo Marco (se transcribe):

"PARÁGRAFO ÚNICO. CLAUSULA COMPROMISORIA. Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja entre las partes en relación con la celebración, aplicación, ejecución o cumplimiento de este ACUERDO, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación o relativo a una violación a los mismos, se resolverá mediante arbitraje, se someterá a las disposiciones aplicables, particular pero no exclusivamente a lo contemplado en el Decreto 1818 de 1998 y en lo pertinente a las reglas, normas y tarifas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo con las siguientes reglas: (i) El tribunal estará conformado por uno (1) o tres (3) árbitros dependiendo de si las pretensiones son de menor o mayor cuantía. Los árbitros, que deberán ser abogados, serán designados por acuerdo entre las Partes en un plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha en la que una cualquiera de las Partes notifique a la otra la existencia de una disputa. Si dentro de dicho plazo no se llega a tal acuerdo, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín, quien los designará con base en una lista de seis (6) nombres, lista que las Partes integrarán por mitades; (ii) la organización interna del tribunal estará sujeta a las normas y tarifas que se disponen para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín: el tribunal decidirá en derecho, con base en la legislación colombiana; y, (iv) el tribunal sesionará en Medellín, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín".

25. Aparte del Acuerdo Marco, las partes celebraron con anterioridad, la Alianza, contrato que también incluía una cláusula arbitral en el parágrafo único de su cláusula décimo novena (se transcribe):

"PARÁGRAFO ÚNICO. ARBITRAMENTO. Toda diferencia que surja entre EMTELCO y ADA en la interpretación de la presente alianza de colaboración, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de tres (3) árbitros designados directamente por las partes, aplicando lo establecido por la ley colombiana y según las reglas de la Cámara de Comercio. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y los árbitros serán designados uno por cada parte y el otro de mutuo acuerdo. Los gastos que ocasione el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida".

26. El 26 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral dictó el **Laudo**⁸, que puso fin a la controversia entre las partes. En síntesis, el Tribunal decidió:

27. Respecto de las pretensiones de la reforma de la demanda de ADA, relativas a la unidad de negocio SUIN y al *outsourcing*, el Tribunal decidió “retomar” el problema inicial relativo a su competencia “para pronunciarse sobre la pertinencia de las pretensiones esgrimidas en la demanda, (el cual) radica en que sin duda alguna el litigio versa sobre el acuerdo marco No. 10010436287, suscrito por las partes el 1º de octubre de 2008, acuerdo al que se reduce en los términos de la cláusula compromisoria la competencia del Tribunal”.

“En los términos de la cláusula décimo segunda del acuerdo comercial marco, se estipula lo siguiente:

‘DÉCIMA SEGUNDA INTEGRIDAD DEL ACUERDO. El presente ACUERDO constituye y refleja el único y total convenio entre las partes, y todas las demás declaraciones, discusiones, propuestas y arreglos, verbales o por escrito, efectuados con anterioridad, se considerarán sustituidos por éste, el cual podrá ser modificado únicamente por escrito firmado por ambas partes. El presente ACUERDO prevalecerá respecto de cualquiera términos y condiciones adicionales que pudieren aparecer en cualquier otro documento proporcionado por una parte a la otra, en que tenga relación directa con lo aquí establecido’.

(...)

Lo cual llevaría a pensar que cualquier alusión a un contrato diferente al acuerdo comercial marco, con anterioridad a la celebración del mismo, se considerarán sustituidos por éste, razón por la cual habría desaparecido la alianza del mundo jurídico, así no se hubiere liquidado dicha alianza estratégica de colaboración”.

28. Afirmó el Tribunal que este no tendría competencia para conocer de conflictos derivados de la Alianza, pues la cláusula arbitral incluida en dicho contrato era opuesta a aquella incluida en el Acuerdo Marco. El Tribunal concluyó lo siguiente respecto de su competencia:

“A partir de la entrada en vigencia del acuerdo comercial marco se siguió implementando lo convenido en el anexo número 3 de la alianza, razón por la cual si bien no hay lugar a pretender que la alianza continuara vigente, hay perfectamente lugar a reconocer que dentro del ámbito del acuerdo comercial marco se siguió ejecutando un convenio que se había celebrado en vigencia de la alianza de colaboración empresarial.

Lo anterior remite al Tribunal al concepto de contrato realidad y a

⁸ Folios 6-197. Cuaderno del Consejo de Estado.

concluir que dentro de las relaciones jurídicas que se presentaron en el curso de la ejecución del acuerdo comercial marco, deben incluirse aquellas relaciones jurídicas que se gestaron en el curso de la alianza de colaboración empresarial sustantivamente consideradas, razón por la cual dichas relaciones deben tenerse en cuenta por el Tribunal como parte integrante de los vínculos obligacionales que se presentan en el acuerdo comercial marco.

(...)

El Tribunal no puede ignorar que la situación que se presenta es ambigua y que de alguna manera desde el punto de vista sustancial, implica una yuxtaposición de relaciones obligacionales, que se ejecutan en vigencia del acuerdo comercial marco, pero que provienen en lo que al SUIN hace, de un convenio celebrado en vigencia de la alianza de colaboración empresarial, razón por la cual el planteamiento del problema, desde el punto de vista de la entidad demandante, es sin duda complejo, pero no por ello desacertado, siendo explicable que para efectos de describir globalmente la problemática, la demandante haya hecho referencia a lo que la misma denomina contrato de colaboración empresarial, contrato que ciertamente no existe por escrito, pero que resume la híbrida relación obligacional que finalmente se configura y que bien pudo haber sido denominado, en lugar de contrato de colaboración empresarial, conjunto obligacional innominado, ejecutado en vigencia del acuerdo comercial marco.

(...)

En atención a lo dicho el Tribunal considera que es legítimo, en términos procesales, proceder a una decisión de fondo sobre el caso sub-lite en relación con la pretensiones formuladas con base en la existencia de un conjunto obligacional que el demandante denomina acuerdo de colaboración empresarial, compuesto en realidad por la ejecución, en vigencia del acuerdo comercial marco, del mecanismo previsto en el anexo 3 de la alianza de colaboración empresarial y de lo previsto, básicamente en materia de simple suministro u outsourcing, en el anexo número 1 del acuerdo comercial marco y los documentos adicionales al mismo".

29. De lo anterior se destaca que, a diferencia de la Alianza, el Acuerdo Marco no incluyó las obligaciones relacionadas con el SUIN, ni los porcentajes en los que se prestarían los servicios relativos al mismo. Sin embargo, tales obligaciones se continuaron ejecutando durante la vigencia del Acuerdo Marco⁹. Al respecto, el Tribunal concluyó que las partes habían celebrado un "contrato realidad", derivado de la yuxtaposición entre las obligaciones contenidas en la Alianza y aquellas contenidas en el Acuerdo Marco.

30. Adicionalmente, el Tribunal resolvió que UNE había abusado de su posición dominante al terminar la aplicación del SUIN y, por lo tanto, había

⁹ De hecho, afirmó el Tribunal que "el conjunto probatorio anexado al proceso y entre otras cosas arrojado por la entidad pública, no deja el menor atisbo de duda acerca del hecho de que el anexo 3 de la alianza, materialmente hablando, se ejecutó en vigencia del acuerdo comercial marco".

incumplido el Acuerdo Marco; "cosa que bastaría para acceder a la declaración de terminación del acuerdo marco y a proferir, si fuera del caso, condena en lo que hace al perjuicio que ADA sufrió por el incumplimiento del SUIN". Adicionalmente, el Tribunal decidió que UNE había incumplido el Acuerdo Marco en materia de suministro y/o outsourcing.

31. El Tribunal resolvió lo siguiente respecto de las pretensiones de la reforma de la demanda de ADA:

"PRIMERA. - Que se declare que entre la sociedad ADA S.A y "LA CONVOCADA" se celebró un contrato de colaboración empresarial contenido en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 y en el Acuerdo Comercial Marco Nro. 10010436287."

El Tribunal accede a la declaratoria de dicha pretensión, puesto que la existencia del denominado contrato de colaboración empresarial fue objeto de controversia en este litigio y accede el Tribunal a dicha pretensión bajo el entendido de que el término contrato de colaboración empresarial no es más que la denominación que se le da al conjunto obligacional que en materia de suministro (materia fundamental del acuerdo comercial marco) se conforma a través de la continuación de la ejecución del anexo número 3 de la alianza de colaboración empresarial durante la vigencia del acuerdo comercial marco, ejecución que se realiza paralelamente con los suministros que de manera específica se reglamentan en el anexo número 1 al acuerdo comercial marco, conformándose entonces un conjunto obligacional de carácter sustantivo que obedece al concepto de **contrato realidad** y cuya denominación como contrato de colaboración empresarial, no hace más que reflejar la existencia de dicho conjunto; se reitera, ejecutado durante la vigencia del acuerdo comercial marco, el cual puso fin a la alianza estratégica de colaboración empresarial como tal.

"SEGUNDA. - Que se declare resuelto por incumplimiento el contrato de colaboración contenido en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 y en el Acuerdo Marco Nro. 10010436287."

El Tribunal por las razones expuestas en el presente laudo declara el incumplimiento tanto de las obligaciones derivadas del SUIN (régimen de suministro procedente de la alianza estratégica de colaboración empresarial) y que se siguió ejecutando en vigencia del acuerdo comercial marco y del outsourcing al que se refiere el acuerdo comercial marco y el anexo número 1 al mismo, declarando, por ende, resuelto por incumplimiento el contrato realidad, ya referido.

"TERCERA. - Que se declare que "LA CONVOCADA" está en mora de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de colaboración empresarial, unas contenidas en la Alianza Estratégica de

Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 y otras contenidas en el Acuerdo Comercial Marco Nro. 10010436287".

El Tribunal no accede a dicha pretensión, en primer lugar, porque lo que se está discutiendo es el cumplimiento de un conjunto obligacional a efectos de que se declare la terminación del mismo y se efectúen las condenas pertinentes, y en segundo lugar, porque en la demanda no se mencionan hitos concretos respecto de los cuales pueda predicarse la exigibilidad y sí que menos la mora.

"CUARTA.- Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por UNE EPM TELECOMUNICACIONES en relación con la unidad de negocio SUIN, contenidas en el Contrato de Colaboración específicamente las contenidas en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005 se condene a pagar las utilidades dejadas de repartir por dicha unidad desde agosto 31 de 2012 hasta la fecha de la presentación de la demanda, por concepto de lucro cesante consolidado, utilidades que se estiman en TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$3.463.000.000).

QUINTA.- Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de Colaboración específicamente las contenidas en la Alianza Estratégica de Colaboración Empresarial No. 745 del 25 de abril de 2005, en materia de la explotación de la unidad de negocio SUIN, se condene al pago de las utilidades dejadas de repartir por concepto de fuero cesante futuro desde marzo de 2016 hasta marzo de 2021, utilidades que se estiman TRES MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$3.228.000.000)."

El Tribunal considera pertinente pronunciarse de manera conjunta de las pretensiones cuarta y quinta, teniendo en cuenta, por una parte, que no existe una prueba contundente del perjuicio derivado por el incumplimiento del negocio SUIN, que se gestó en el anexo 3 de la alianza estratégica de colaboración empresarial y se siguió ejecutando en vigencia del acuerdo comercial marco y por otra parte porque en la inspección judicial decretada de oficio, no se efectuó diferencia alguna entre utilidades consolidadas causadas desde 31 de agosto de 2012 hasta marzo de 2021, habiéndose esclarecido en el contradictorio que el SUIN se ejecutó hasta el 31 de julio de 2012 y habiéndose realizado la inspección judicial en relación con lo acaecido entre el 1 de octubre de 2008 y el año 2018.

Como si lo anterior fuera poco, y pese a la fecha en que se dicta el presente laudo, en el curso del contradictorio se estableció que UNE EPM TELECOMUNICACIONES cesó sus relaciones contractuales con EPM en materia de la prestación de mesa de ayuda y conexos. Por ende el Tribunal accede parcialmente a las dos pretensiones que vienen de mencionarse, de acuerdo con el fardo probatorio recogido y las liquidaciones que al respecto se han llevado a cabo, y condena a UNE EPM TELECOMUNICACIONES a pagarle a ADA la suma de \$3.197.786.965 por este concepto, suma sobre la cual se liquidan intereses moratorios a partir del día siguiente al de la firmeza del presente laudo. "SEXTA.- Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el

contrato de Colaboración específicamente las contenidas en el ACUERDO COMERCIAL MARCO, se condene al pago de las utilidades dejadas de percibir por concepto de suministros (OUTSOURCING), en relación con el lucro cesante futuro que por dicha razón se causa desde marzo de 2016 hasta marzo de 2021, por concepto de la disminución de los suministros que requería UNE EPM TELECOMUNICACIONES según la dinámica negocia! que se tenía entre los colaboradores, utilidades que se estiman en la suma OCHO MIL SEISCIENTOS TRES MILLONES DE PESOS (\$8.603.000.000)."

El Tribunal resuelve acogerse en ese sentido a lo predicado en el juramento estimatorio en la parte motiva. Lo anterior porque si bien el juramento estimatorio fue objetado por la falencia de los métodos utilizados para liquidar las correspondientes sumas de dinero, no es menos cierto que UNE EPM TELECOMUNICACIONES no desvirtuó, a través de la demostración de la existencia de sumas menores a las que en dicho juramento se postulan, la acertabilidad de las mismas, razón por la cual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, el juramento estimatorio a este respecto hace prueba de su monto, mientras que su cuantía no sea objetada probando la inexactitud de la misma.

Empero, la pretensión se refiere al período concernido entre marzo de 2016 hasta marzo de 2021, siendo claro para el Tribunal, en primer lugar, que si ADA solicita la resolución del contrato no puede pretender la existencia de lucro cesante futuro con posterioridad a la declaratoria de resolución del mismo, y que tampoco existe prueba concreta que permita establecer que UNE EPM TELECOMUNICACIONES, a partir del momento en que se declare dicha resolución continuará celebrando contratos de suministro en materia de mesa de ayuda, con terceros.

La pretensión se formula por la suma de 8.603.000.000.

La pretensión se formula por 1.825 días, lo cual daría lugar a una pretensión diaria de 4.713.972.60.

El Tribunal reconoce el perjuicio causado por los años 2016, 2017, 2018, hasta el día 25 de junio de 2019, o sea por 1.271 días que liquidados a la suma de \$4.713.972.60 arroja la suma de \$5.991.459.174.60 y consecuentemente condena a UNE EPM TELECOMUNICACIONES al pago de dicha suma, sobre la cual se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente al de la ejecución del presente laudo.

"SÉPTIMA- Que se condene a UNE EPM TELECOMUNICACIONES al pago de la factura cambiaría de compraventa Nro. 13073, por el importe de capital equivalente a Dos mil ochenta y cinco millones cuatrocientos veintinueve mil ochenta y dos pesos (\$2.085.429.082).

"OCTAVA. - Que se condene al pago de intereses moratorias desde el momento en que se hizo exigible la factura, esto es desde el 30 de enero de 2015 hasta la fecha efectiva del pago."

El Tribunal no accede a las pretensiones séptima y octava por las razones expuestas en este laudo.

NOVENA. - Que se condene al pago de las utilidades dejadas de percibir por la terminación anticipada y sin justa causa de las siguientes órdenes del Acuerdo Comercial Marco No. 10010436287 Anexo No. 1:

DÉCIMA. - Que se condene al pago de intereses moratorios sobre el saldo total de la ordenes incumplidas desde el momento en que se constituyó en mora a UNE EPM TELECOMUNICACIONES con el inicio de la etapa de arreglo directo, esto es del 30 de noviembre de 2015 hasta la fecha efectiva del pago.

El Tribunal no accede a las pretensiones novena y décima por las razones expuestas en este laudo".

32. No prosperaron las pretensiones declarativas de la demanda de reconvencción interpuesta por UNE relacionadas con el incumplimiento de ADA, ni las pretensiones condenatorias.

33. El árbitro Mauricio Velásquez Fernández presentó salvamento de voto frente a la decisión. Se transcriben los principales apartes del salvamento:

"No comparto (...) la decisión de proferir laudo condenatorio en contra de UNE Telecomunicaciones al pago de la indemnización de perjuicios a ADA S.A., en lo que tiene que ver con las pretensiones derivadas de la denominada unidad de negocios SUIN y del OUTSOURCING.
(...)

El Tribunal debió entonces declarar la excepción de inexistencia del Contrato de Colaboración Empresarial (...) impidiéndole la declaratoria de dicha excepción, pronunciarse sobre las pretensiones consecuenciales y de condena.

El Tribunal no debió acceder a declarar la celebración del CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL, por cuanto de las pruebas recaudadas en el proceso no se acreditó la celebración de este Contrato.
(...)

Esa declaratoria en mi opinión, condujo a que el Tribunal terminara pronunciándose sobre la existencia de la Alianza, sobre sus alcances, sobre su prorrogación o ampliación en el tiempo; sobre la integración y confluencia con el Acuerdo Marco y claramente cómo se decidió en el auto en el que el Tribunal asumió su propia competencia, sobre ese asunto no éramos competentes. Aplicando el marco de competencia fijado en el auto # 26 de febrero 5 de 2018, no podía el Tribunal declarar la existencia de un Contrato de Colaboración Empresarial que está integrado por la Alianza, tema sobre la cual carecemos de competencia, decisión que no fue recurrida por ADA.

Me aparto del laudo cuando (...) declara el supuesto contrato de colaboración con la tesis de que surgió de un contrato o Acuerdo realidad. En mi criterio no hay prueba testimonial alguna respecto de su existencia, objeto, plazo, ni sobre sus reglas, condiciones, derechos y obligaciones.

(...)

No comparto entonces la motivación del laudo en proferir decisión de condena con el argumento que en vigencia del Acuerdo Marco se hubiese continuado reconociendo la fórmula de retribución pactada en la Alianza, trasladando de la Alianza al Acuerdo esas condiciones de reconocimiento, por cuanto las reglas contractuales, bajo la vigencia del Acuerdo Marco, tenía unas reglas contractuales propias.

(...)

Todo lo expuesto anteriormente permite llegar a la siguiente conclusión: si la unidad de negocios SUIN se continuó desarrollando o ejecutando bajo la Alianza y una vez entrado en vigencia el Acuerdo Marco, todo lo que derive del SUIN se resuelve bajo la estructura contractual de la Alianza, razón por la cual el Tribunal no es competente".

34. El 3 de julio de 2019, UNE presentó **solicitud de aclaración, corrección y complementación del Laudo**¹⁰. La convocada adujo, entre otros, que existía una manifiesta contradicción en la providencia arbitral, pues pese a que el Tribunal había afirmado en la primera audiencia de trámite que su competencia se debía limitar exclusivamente al Acuerdo Marco, el Panel había declarado la existencia del Contrato de Colaboración Empresarial y había resuelto sobre su incumplimiento y las consecuencias del mismo. En el mismo sentido, en varias audiencias de testimonios, el Tribunal había indicado que sobre los asuntos relativos a la Alianza "no tenía competencia" y no eran "objeto del debate".

35. El 11 de julio de 2019, el Tribunal expidió el Auto No. 62¹¹, mediante el cual resolvió la referida solicitud. En lo que respecta a su competencia, indicó (se transcribe):

"Lo que el Tribunal hace (...) es señalar que no es competente para conocer de conflictos surgidos de la alianza estratégica de colaboración empresarial, como tal, pero sí es competente para conocer de todo lo acaecido durante la ejecución del acuerdo comercial marco, es decir de todo el conjunto obligacional que se desarrolló y ejecutó en los términos de dicho acuerdo".

36. De conformidad con lo anterior, el Tribunal negó la aclaración, corrección y complementación relativa a su presunta falta de competencia.

1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

¹⁰ Folios 207-282. Cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 283-320. Cuaderno del Consejo de Estado.

37. El 23 de agosto de 2019, UNE presentó recurso extraordinario de anulación¹² contra el Laudo arbitral.

38. En el recurso, la convocada invocó y sustentó las causales de anulación contenidas en los numerales 1, 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En resumen, la recurrente expuso los siguientes argumentos:

39. Causal 1. Inexistencia del pacto arbitral

"En este caso se ha configurado la causal de nulidad, por la inexistencia del pacto arbitral del 'contrato realidad' reconocido por el Tribunal Arbitral en el Laudo, con base en el cual ejerció su competencia al declararlo resuelto con base en el incumplimiento de UNE y respecto del cual otorgó ciertos perjuicios a ADA. En efecto, por tratarse de un contrato realidad, no escrito, resulta imposible que las Partes hayan pactado una cláusula compromisoria o compromiso donde hubieran acordado de manera mutua e inequívoca someter las diferencias entre ellas respecto a ese contrato de colaboración empresarial por medio de arbitraje".

40. Según la recurrente, no se cumplieron los elementos esenciales del pacto arbitral, en virtud de lo siguiente (se transcribe):

"(i) No hubo acuerdo de voluntades, ya que las Partes ni siquiera de manera verbal acordaron someter las controversias surgidas bajo el supuesto contrato realidad de colaboración empresarial a arbitraje. Ni la demandante alegó la existencia de tal pacto arbitral, ni el Tribunal de manera alguna se refirió a ella. En este caso, el Tribunal 'presume' la existencia de un pacto arbitral no invocado, respecto a ese contrato realidad.

(ii) No se cumplió con el elemento esencial de solemnidad, ya que no existe constancia por escrito de un pacto arbitral alguno que se refiera al contrato realidad de colaboración empresarial (...).

(iii) Tampoco se cumplió con el elemento esencial del objeto (...) no se podría aplicar la cláusula compromisoria del Acuerdo Marco como el pacto arbitral existente con base en el cual el Tribunal falló el Laudo. El alcance del pacto arbitral del Acuerdo Marco solo se extiende al Acuerdo Marco mismo y no al contrato realidad supuestamente existente, incumplido y resuelto. Tampoco se podría tomar la cláusula compromisoria del Contrato de Alianza ya que ésta aplica solamente para las controversias relativas a ese contrato y habilita la competencia de un tribunal arbitral con sede en Bogotá".

¹² Folios 326-349. Cuaderno del Consejo de Estado.

41. Por último, UNE alegó su imposibilidad de haber presentado recurso de reposición contra el Auto de Competencia y, por lo tanto, la improcedencia de exigir el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

42. Causal 2. Caducidad de la acción y falta de competencia del Tribunal:

"El supuesto incumplimiento que ADA le endilga a UNE con respecto al negocio del SUIN para el cliente EPM al igual que parte de las utilidades reclamadas al respecto, ya caducaron, como quiera que se habrían causado mucho antes del plazo de 2 años que establece el artículo 164 del CPACA en sus literales j) y v) -antes transcrito-, teniendo en cuenta que mientras el cambio en las condiciones del SUIN ocurrió el 30 de julio de 2012 y la participación en los ingresos se cobra desde el 31 de agosto de 2012, la demanda se presentó apenas el pasada 15 de junio de 2016".

43. Respecto de la falta de competencia del Tribunal, UNE afirmó que pese a que en el Auto expedido en la primera audiencia de trámite, el Panel había resuelto que no tenía competencia respecto de la Alianza, *"en el Laudo, el Tribunal se pronunció sobre la existencia de obligaciones y el incumplimiento de dichas obligaciones por fuera o distintas de aquellas previstas en el Acuerdo Marco"*.

44. Causal 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

45. Según la recurrente, *"el Tribunal decidió extra petita respecto a las pretensiones y las alegaciones de ADA sobre el contrato invocado por ADA supuestamente existente e incumplido"*. Adicionalmente, el Panel decidió sobre aspectos no sujetos a su decisión, pues *"el Tribunal ejerció su competencia en el Laudo sobre aspectos respecto de los cuales en el Auto de Competencia ya había decidido, con carácter ejecutoriado, no tener competencia"*.

46. En caso de declararse fundada cualquiera de las causales invocadas por UNE, la recurrente solicitó *"la anulación total del Laudo o, de manera subsidiaria, la anulación de aquello decidido por el Tribunal respecto a las pretensiones principales de ADA: primera a segunda y cuarta a sexta"*.

47. El 17 de septiembre de 2019, ADA recorrió el **traslado del recurso** de anulación¹³. A su juicio, el recurso no estaba llamado a prosperar. Respecto de la inexistencia de la cláusula arbitral y de la competencia del Tribunal, afirmó que *“las obligaciones referidas al SUIN permitían entreverar los dos contratos (la Alianza y el Acuerdo Marco), llamándolo Contrato de Colaboración Empresarial (...) compendio contractual formal último, sobre el cual el Tribunal fundó y declaró su competencia para decidir”*.

48. En la misma fecha, el Ministerio Público presentó concepto frente al recurso¹⁴ y afirmó que el Tribunal se encontraba habilitado para proferir el Laudo, en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo Marco, pues el Panel debía estudiar todas las circunstancias acaecidas durante su vigencia.

49. Mediante Auto de 13 de noviembre de 2019¹⁵, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado **avocó conocimiento** del recurso y **suspendió** los efectos del Laudo Arbitral.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Problema jurídico – 2.2. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación – 2.3. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – 2.4. Sobre el reembolso de honorarios, la remisión del expediente y la condena en costas

2.1. Problema jurídico

81. En consideración a los argumentos presentados en el recurso extraordinario de anulación, la Sala deberá establecer si procede la anulación del Laudo Arbitral por las causales 1, 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

2.2. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación

¹³ Folios 376-432. Cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁴ Folios 434-442. Cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Cuaderno del Consejo de Estado.

82. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha referido al carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un Laudo Arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que este recurso no puede, bajo circunstancia alguna, convertirse en la vía de entrada para el estudio del caso en una segunda instancia¹⁶, pues el juez de anulación no es el superior funcional del Tribunal Arbitral¹⁷.

83. La finalidad esencial del recurso de anulación consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, por lo cual el juez está instituido para analizar los vicios procesales del Laudo, mas no la decisión de fondo del mismo. Además, el recurso tiene un carácter restrictivo, en virtud del cual este únicamente procede cuando se invoque y sustente una o varias de las causales incluidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, las cuales son taxativas¹⁸.

84. Este recurso está gobernado por el principio dispositivo, que indica que el juez no puede pronunciarse sobre aspectos no incluidos en la formulación y sustentación de la causal en el respectivo recurso y no está facultado para ahondar sobre causales no invocadas. Así pues, los poderes de la autoridad judicial están restringidos a resolver exclusivamente lo solicitado por el recurrente¹⁹.

85. Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar las características generales y la configuración de las causales invocadas por la recurrente.

2.3. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de marzo de 2020, exp. 64255; 19 de junio de 2019, exp. 61809.

¹⁷ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, exp. 7809; 24 de octubre de 1996, exp. 11632; 16 de junio de 1994, exp. 6751; 18 de mayo de 2000, exp. 17797; 23 de agosto de 2001, exp. 19090; 28 de abril de 2005, exp. 25811; 4 de julio de 2002, exp. 21217; 20 de junio de 2002, exp. 19488; 4 de julio de 2002, exp. 22012; 1 de agosto de 2002, exp. 21041; 25 de noviembre de 2004, exp. 25560; 8 de junio de 2006, exp. 32398; 4 de diciembre de 2006, exp. 32871.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 15 de noviembre de 2019, exp. 62535.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 58875.

86. El numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone que será causal de anulación “*la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral*”. En el caso concreto, la recurrente alegó la inexistencia de la cláusula compromisoria como causal de anulación.

87. Inicialmente, se destaca que no era exigible a la recurrente haber interpuesto recurso de reposición contra el Auto de competencia para poder alegar esta causal de anulación. Es claro que el referido requisito de procedibilidad solo es exigible cuando la parte está en condiciones de agotarlo o cumplirlo, supuesto que no se cumplió en el caso concreto, pues los motivos que configuraron la causal solo fueron conocidos hasta el Laudo, por lo cual la Sala entrará a estudiar la configuración de la causal²⁰.

88. Un negocio jurídico inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de uno de sus elementos esenciales, por ello no nace a la vida jurídica, ni produce efectos. Los motivos que dan lugar a la inexistencia del pacto no están contemplados en el Estatuto Arbitral, lo cual obliga a determinar las normas aplicables de nuestro ordenamiento jurídico.

89. Según el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, “*el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*”. La cláusula arbitral tiene entonces la naturaleza jurídica de un acuerdo mediante el cual las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción permanente y convienen atribuir competencia para resolver un conflicto a un Tribunal Arbitral. Al tener una naturaleza contractual, a la cláusula arbitral le resultan aplicables las normas atinentes al negocio jurídico y, en este caso particular, a sus condiciones de existencia.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. 52992B.

90. El artículo 1502 del Código Civil define los requisitos necesarios para obligarse:

"ARTICULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra".

91. De conformidad con los referidos requisitos, en el caso concreto, la Sala definirá si el pacto arbitral es inexistente o si, por el contrario, se cumplieron las exigencias para su perfeccionamiento y, por ende, sí era vinculante para las partes y dotó de competencia al Tribunal para resolver el conflicto.

92. En lo atinente al requisito de capacidad, no hay duda de que las partes tenían capacidad para celebrar el pacto. Al contrario, la Sala no encuentra cumplidos los requisitos de consentimiento, objeto y causa. De hecho, ni durante todo el proceso arbitral, ni en el texto del Laudo se halla prueba o referencia al acuerdo de voluntades de las partes de someter a arbitraje sus diferencias derivadas del denominado -por el Tribunal- "*contrato realidad*" y, por lo tanto, no es claro el objeto (correspondiente a las controversias que las partes querían someter a arbitraje), ni la causa de dicho pacto (relativa al motivo que debía inspirar a las partes para la celebración del pacto).

93. ADA invocó en su demanda y en la reforma de la misma la cláusula arbitral del Acuerdo Marco como fuente de la competencia del Tribunal. Adicionalmente, en el Auto proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal admitió su "*falta de competencia relativa a las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA, referidas únicamente al negocio jurídico de la 'ALIANZA'*" y se declaró competente para conocer del conflicto conforme con la cláusula compromisoria del Acuerdo Marco. Por último, afirmó que "*no p(odía) exceder los límites del contencioso existente entre*

ADA y UNE, concerniente de manera exclusiva al contrato 'ACUERDO COMERCIAL MARCO'".

94. Así las cosas, solo hasta el Laudo, el Tribunal hizo alguna referencia al supuesto "*contrato realidad*" suscrito entre las partes. El problema procesal que se evidencia en esta etapa tiene que ver con el pacto arbitral sobre el cual el Tribunal fundamentó su competencia. Conforme al Estatuto Arbitral, la cláusula arbitral que atribuye competencia al Panel debe ser incluida en la demanda²¹ y, de hecho, el Tribunal deberá rechazar de plano la demanda cuando esta no acompañe prueba de la existencia del pacto arbitral²². Luego, en la primera audiencia de trámite, el Tribunal deberá decidir sobre su propia competencia, irradiada a partir del pacto arbitral incluido en la demanda²³.

95. Es decir, en ninguna de las oportunidades procesales definidas por la ley para que la parte convocante presentara el pacto arbitral y para que el Tribunal se pronunciara sobre el mismo y se declarara competente en relación con este, se hizo referencia alguna a la cláusula compromisoria incluida en el "*contrato realidad*", sino que el Tribunal se limitó a estudiar la cláusula compromisoria del Acuerdo Marco y fundamentó su competencia sobre esta.

96. Solo hasta la emisión del Laudo, el Tribunal hizo referencia al "*contrato realidad*". De hecho, el Panel concedió la primera pretensión de ADA, que le solicitó declarar la celebración de un Contrato de Colaboración Empresarial entre las partes, aduciendo la suscripción de un "*contrato realidad*". Sin embargo, más allá de afirmar la existencia de tal contrato, el cual, según el propio Tribunal "*no existe por escrito*", el Laudo no definió sus estipulaciones y, mucho menos, determinó si el mismo contenía una

²¹ "El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral" (Artículo 12).

²² "El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3º" (Artículo 20).

²³ "Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto" (Artículo 30).

cláusula compromisoria. La existencia de dicha cláusula era esencial e indispensable para dotar de competencia al Tribunal para resolver sobre los conflictos que se derivasen del mismo, pues el pacto arbitral no puede presumirse, ni su existencia puede deducirse por vía interpretativa²⁴.

97. Se anota, además, que en el Laudo Arbitral, el Tribunal no estaba habilitado procesalmente para “retomar” -como lo indica la providencia- el problema relativo a su competencia, pues este punto ya había sido decidido por el Panel mediante el Auto proferido en la primera audiencia de trámite, el cual gozaba de plena fuerza ejecutoria.

98. En contravía de lo definido por el Tribunal en el Auto de competencia, el Panel resolvió en el Laudo de la primera a la sexta de las pretensiones principales de la reforma de la demanda de ADA. Al haber decidido sobre tales pretensiones, el Tribunal necesariamente se refirió y decidió sobre obligaciones contenidas en la Alianza. Ello, pues las pretensiones primera a tercera se referían expresamente al Contrato de Colaboración Empresarial (compuesto, según ADA, por la Alianza y el Acuerdo Marco). Particularmente, la primera pretendía que se declarara su existencia, la segunda, que se declarara resuelto por incumplimiento y la tercera, que se declarara que UNE estaba en mora de cumplirlo. Luego, las pretensiones cuarta a sexta eran de condena y consecuenciales respecto de la segunda, pues su prosperidad dependía indefectiblemente de la previa declaratoria de la resolución del Contrato de Colaboración Empresarial.

99. El Tribunal fundamentó su competencia para pronunciarse sobre las obligaciones contenidas en la Alianza en la existencia de un “contrato realidad”, correspondiente a un “conjunto obligacional que en materia de suministro (...) se conforma a través de la continuación de la ejecución del anexo número 3 de la alianza de colaboración empresarial durante la vigencia del acuerdo comercial marco”. Sin embargo, el hecho de que el Anexo 3 de la Alianza se haya continuado ejecutando por las partes durante la vigencia del Acuerdo Marco, no es óbice para fundamentar la competencia del Tribunal frente a las obligaciones de la Alianza.

²⁴ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 3 de agosto de 2016, exp. 56752.

100. El razonamiento del Panel es errado, pues la fuente de las obligaciones contempladas en el Anexo 3 de la Alianza nunca fue el Acuerdo Marco. Por lo tanto, la cláusula compromisoria del Acuerdo Marco no atribuyó competencia al Tribunal para pronunciarse sobre obligaciones que no encontraban su fuente en dicho contrato y, por lo tanto, la decisión sobre conflictos surgidos de la ejecución de obligaciones contenidas en la Alianza no estaba sujeta a la decisión del Panel.

101. Una vez esclarecido que el pacto arbitral no cumple con la totalidad de requisitos contenidos en el Código Civil, ya que la Sala no encontró acreditados el consentimiento, el objeto, ni la causa, se encuentra fundada la causal primera de anulación, pues el pacto arbitral contenido en el “contrato realidad”, con base en el cual el Tribunal ejerció su competencia para decidir varias de las pretensiones de la reforma de la demanda de ADA, es inexistente.

50. Como solicitud principal, la recurrente pidió la anulación total del Laudo, sin embargo, esta solicitud no puede prosperar, pues la configuración de la causal primera conllevaría a la anulación de, únicamente, aquello decidido por el Tribunal respecto de las pretensiones de ADA²⁵ relativas a la Alianza, las cuales corresponden a las pretensiones primera a sexta principales de la reforma de la demanda de ADA. Sin embargo, subsidiariamente, la recurrente pidió que se anulara la decisión del Tribunal respecto de las pretensiones principales de ADA: primera a segunda y cuarta a sexta; petición que acogerá la Sala en virtud del principio dispositivo que gobierna el recurso de anulación.

102. Habiendo prosperado la anulación del Laudo por la configuración de la causal primera, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre las restantes causales presentadas por la recurrente. Se destaca que el fundamento del resto de causales es similar a aquel presentado respecto de la causal primera, además el resto de causales invocadas se refieren a la ya anulada decisión del Tribunal sobre las pretensiones principales de la

²⁵ Se recuerda que las pretensiones de la reforma de la demanda de reconversión de UNE están cobijadas por el pacto arbitral del Acuerdo Marco, cuya existencia no está en discusión.

reforma de la demanda primera a segunda y cuarta a sexta y su prosperidad no daría lugar a la anulación total del Laudo. Se recuerda que la recurrente se refirió a: (i) la caducidad de la acción respecto del supuesto incumplimiento de UNE frente al negocio del SUIN -la decisión frente a las pretensiones relativas al SUIN ya fue anulada-; (ii) la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse frente a la Alianza -tema tratado a fondo por la Sala y con base en el cual se anuló parcialmente el Laudo- y (iii) la supuesta incongruencia del Laudo, ya que en el mismo, el Tribunal decidió *extra petita* respecto a las pretensiones de ADA atinentes al contrato de colaboración empresarial y ejerció su competencia sobre aspectos respecto de los cuales en el Auto de Competencia ya había decidido-decisión que ya fue anulada-.

2.4. Sobre el reembolso de honorarios, la remisión del expediente y la condena en costas

103. No hay lugar a ordenar el reembolso de honorarios por parte de los árbitros, ya que el inciso final del artículo 48 de la Ley 1563 de 2012 establece que tal devolución únicamente opera frente a las causales 3 a 5 y 7²⁶, pero en este caso prospera la causal 1 del artículo 41 de la citada ley.

104. En relación con los efectos de la sentencia de anulación, el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 indica que *“cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas”*. En virtud de lo anterior, el expediente se remitirá al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues la Alianza contenía un pacto arbitral, según el cual *“Toda diferencia que surja entre EMTELCO (luego, UNE) y ADA en la interpretación de la presente alianza de colaboración, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de tres (3)*

²⁶ “Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”.

árbitros", el trámite deberá adelantarse conforme a "las reglas de la Cámara de Comercio" y "el Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá".

105. Por otra parte, en virtud de que el recurso de anulación se declarará parcialmente fundado, no se condenará en costas, de acuerdo con el último inciso de la misma norma²⁷.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral de 26 de junio de 2019, proferido por el Tribunal Arbitral integrado para dirimir las controversias surgidas entre ADA S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. por inexistencia del pacto arbitral.

SEGUNDO: Como consecuencia, **ANULAR PARCIALMENTE** el Laudo Arbitral de 26 de junio de 2019.

TERCERO: ANULAR INTEGRALMENTE los numerales primero, segundo, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive del Laudo Arbitral de 26 de junio de 2019, relativos a la decisión del Tribunal sobre las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta y sexta de la reforma de la demanda presentada por ADA S.A.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral de 26 de junio de 2019 respecto de los demás cargos formulados.

²⁷ "Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación.

(...)

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público".

QUINTO: **LEVANTAR** la suspensión de la ejecución del Laudo Arbitral decretada mediante Auto de 13 de noviembre de 2019.

SEXTO: **SIN CONDENA** en costas.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, **REMITIR** el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA

