

Sentencia T-1212/04

PERSONA JURIDICA-Titular de derechos fundamentales

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Categorías creadas por ley y regímenes a los que se someten

Inicialmente debe advertirse que la Ley 142 de 1994 creó tres categorías distintas de empresas de servicios públicos domiciliarios, a saber: Las empresas oficiales, mixtas y privadas. Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios. Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Eventos en los que procede

En el caso objeto de estudio, y partiendo de las consideraciones expuestas, es indiscutible que no es posible acreditar el cumplimiento del primer presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela, pues a pesar de ser el particular quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales de la accionante, una empresa de servicios públicos domiciliarios, no se demostró la existencia de una relación “usuario-servidor”, que en los términos de la jurisprudencia constitucional se exige como *conditio sine qua non* para admitir su viabilidad.

SUBORDINACION E INDEFENSION-Distinciones

SUBORDINACION-Se puede presentar en relación jurídica de carácter reglamentario

La existencia de una relación jurídica de naturaleza reglamentaria podría suponer en principio la expresión de una situación de subordinación, en el entendido que las obligaciones contractuales no dependen de la voluntad autónoma de las partes, sino del sometimiento a dichas disposiciones reglamentarias.

INDEFENSION DE PERSONA JURIDICA-Caso en que se encuentra incurso en causal de disolución obligatoria

La circunstancia de someter a una compañía a estar incurso en una causal de disolución obligatoria, a partir del desarrollo de una relación contractual con un particular, envuelve un estado de dependencia fáctica o circunstancial propio de una situación de indefensión, ya que una vez decretada la existencia de dicha causal, el objeto social de la compañía se restringiría exclusivamente hacia su liquidación, desdibujando los atributos propios de la personería jurídica, tales como, la capacidad y el patrimonio, que se constituyen en soportes indispensables para garantizar la salvaguarda del derecho fundamental de asociación dentro de los pilares estructurales de la Constitución Económica.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio previo de recursos ordinarios

Referencia: expediente T-884589

Accionante: Comercializar S.A. E.S.P.

Demandado: Interconexión Eléctrica S.A. -ISA S.A. E.S.P.-

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali y la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en relación con la acción tutelar impetrada por Comercializar S.A. contra la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. -ISA S.A. E.S.P.-

I. ANTECEDENTES.

1. Solicitud.

La sociedad accionante solicita se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad, ordenándole a ISA S.A. E.S.P. que cancele el registro y el despacho del contrato DCLC-0055 que celebró con DICEL S.A. E.S.P. el día 26 de octubre de 2001.

Así mismo, solicita se ordene a ISA S.A. E.S.P. “la reliquidación tanto de los contratos como de la compraventa en Bolsa de las dos empresas, haciendo los cruces respectivos para que los pagos de lo no debido a los que se ha visto incurra COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. por causa del uso indebido de la herramienta de Limitación de Suministro, sean restituidos a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., evitando así un enriquecimiento sin causa de DICEL S.A. E.S.P.”²

1. Hechos relevantes.

2.1. El 26 de octubre de 2001, la sociedades DICEL S.A. E.S.P. (parte proveedora) y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. (parte compradora) celebraron un contrato de suministro de energía eléctrica dentro del mercado de energía mayorista por el término de dos años, con vigencia desde el 1º de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004.

2.2. Tratándose de un contrato sobre grandes bloques de energía entre empresas del sector que participan en el mercado de energía eléctrica mayorista, es obligatorio registrar dicho contrato ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, dependencia

de ISA S.A. E.S.P., conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Resolución No. 024 de la CREG4. En virtud de lo anterior, al contrato suscrito entre DICEL S.A. E.S.P. y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. le fue asignado el código de registro No. DCLC-0055.

2.3. Con ocasión de un conflicto relacionado con el posible desequilibrio económico del contrato, las partes acordaron nombrar una comisión de profesionales expertos del sector energético para que analizara la situación financiera contractual, luego de lo cual DICEL S.A. E.S.P. consideraría la probabilidad de modificar el precio del contrato y sus modalidades de pago.

2.4. Rendido el dictamen de los dos expertos del sector, las partes interpretaron de manera diferente su contenido y su fuerza vinculante. Mientras que para COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. el concepto técnico evidenció un desequilibrio económico del contrato que obliga a DICEL S.A. E.S.P. a modificar las condiciones financieras del mismo, la sociedad accionada interpretó todo lo contrario.

2.5. Considerando que DICEL S.A. E.S.P. incumplió lo acordado con respecto al experticio técnico, el 5 de junio de 2003 COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., amparada en el artículo 973 del Código de Comercio, referente a una modalidad especial de incumplimiento del contrato de suministro, procedió a dar por terminado unilateralmente el contrato DCLC-0055.

2.6. En cumplimiento del artículo 18 de la Resolución CREG No. 024 de 19956, el 11 de junio de 2003 COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. informó al ASIC acerca de la terminación unilateral del contrato y solicitó la cancelación inmediata del despacho del contrato DCLC-0055, declarando asumir toda la responsabilidad por dicha actuación.

En escrito dirigido al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, dependencia de ISA S.A. E.S.P., se argumentó por parte de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., lo siguiente:

“(…) en desarrollo del contrato se suscitó una controversia entre COMERCIALIZAR y DICEL, consistente en que para COMERCIALIZAR el mismo presentaba desequilibrio económico. Hecho planteado a DICEL S.A. E.S.P desde julio 11 de 2002 con solicitud de revisión del contrato sin resultados antes del inicio de su ejecución en enero 1 de 2003.

En consecuencia, COMERCIALIZAR y DICEL acordaron el día 10 de enero de 2003, dirimir esa diferencia haciendo uso del mismo contrato, es decir, utilizando el mecanismo previsto para ese fin, consagrado en su cláusula Décima Octava, cuyos efectos serían vinculantes.

Se decidió entonces darle solución a la diferencia de manera directa por las partes, es decir, sin acudir a las otras posibilidades que sobre la solución de controversias contemplaba el contrato, integrándose así una comisión de expertos del sector, quienes serían los encargados de determinar si efectivamente el contrato presentaba o no desequilibrio económico.

En virtud del citado incumplimiento y con amparo legal en lo dispuesto en el artículo 973 del Código de Comercio, que regula de manera particular la terminación unilateral con justa causa en el contrato de suministro, procedemos en tal sentido. (...)

Que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. asume íntegramente la responsabilidad por las consecuencias de la orden que se está dando en este escrito.

En tal virtud, le solicitamos respetuosamente cancelar el despacho de manera inmediata del contrato DCLC-0055, en el término establecido por la regulación”7.

2.7. A través de la comunicación No. 0851 del 19 de junio de 2003, el Director de Operación del Mercado del ISA S.A. E.S.P., negó la solicitud de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. argumentando que ésta, “(...) por sí sola no le permite al ASIC proceder en tal sentido, hasta tanto no se presente una de las siguientes circunstancias:

* Decisión judicial que establezca la terminación del contrato.

* Decisión que sea resultado de uno de los procedimientos previstos en la cláusula Décimo Octava del contrato, -Solución de Controversias-, luego de que se haya realizado una conciliación, amigable composición o una transacción.

* Comunicación suscrita por ambas partes, en la cual se informa al ASIC la terminación del contrato.”

2.8. Con posterioridad, se intercambian diversos memoriales en relación con el objeto de controversia de la presente acción de tutela entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. y el ASIC, entre ellos, se destaca la comunicación de ISA S.A. E.S.P. del 21 de julio de 2003, en donde le informa a COMERCIALIZAR la imposibilidad de ejecutar la orden de cancelar el despacho del contrato DCLC-0055, por cuanto existen prescripciones contradictorias y concurrentes entre sus mandantes conjuntos, lo cual, en su opinión, le impide tomar partida por cualquiera de dichas ordenes.

En sus propias palabras, el ASIC le manifestó a COMERCIALIZAR, lo siguiente:

“Agotado el procedimiento de registro del contrato, de conformidad con la regulación aplicable y no habiendo existido objeción alguna de las partes, se inició la ejecución del contrato en las circunstancias normales a la luz de la normativa vigente. No obstante esta situación, sobrevienen los siguientes hechos:

* COMERCIALIZAR, en ejercicio del contrato de mandato No. 3309 celebrado con ISA en agosto de 2000, mediante comunicación radicada en ISA bajo el número 014040-3 de junio 12 de 2003, le da orden al ASIC, de ‘cancelar el despacho de manera inmediata del contrato DCLC 0055, en el término establecido en la regulación’.

* De otra parte, DICEL en ejercicio del contrato de mandato No. 3283 celebrado con ISA en el mes de diciembre de 1998, mediante comunicación radicada en ISA bajo el número 013995-3 del 11 de junio de 2003, le ha manifestado al ASIC con relación al contrato DCLC 0055 y con fundamento en las comunicaciones de COMERCIALIZAR, lo siguiente:

‘Con todo respeto, debemos señalar que DICEL S.A. E.S.P. tiene toda la intención de continuar con el despacho de energía contratado por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. y de declararse la terminación o suspensión se generaría graves perjuicios para DICEL S.A. E.S.P.’.

Es decir, que frente a la ejecución del contrato identificado en el SIC como DCLC 0055 han sobrevenido instrucciones encontradas por parte de los agentes que celebraron el contrato,

lo cual constituye una controversia entre las partes del mismo. (...)

Una vez analizado el contenido de la regulación y especialmente el de los artículos de la Resolución CREG 024 de 1995, transcritos al inicio de este documento, se concluye que la actuación del ASIC con relación a los contratos de suministro de energía de largo plazo suscritos entre los agentes, se fundamenta en el contrato de mandato celebrado con los agentes del mercado de energía y se circunscribe estrictamente a la ejecución de la regulación eléctrica. (...)

En ese orden de ideas, ISA actúa con base en lo establecido en la regulación y en ejecución de lo consignado por las partes en los contratos que registran, siempre que se ajusten a la ley. Con respecto al contrato de suministro de energía identificado con código SIC DCLC0055, no le corresponde al ASIC proceder a analizar ni menos aún decidir, si existió o no incumplimiento por parte de alguno de los contratantes de las obligaciones derivadas del contrato a favor de una de las partes, para proceder a su terminación y cancelación del despacho, lo que constituiría una actuación no reglada, que trasciende la esfera de competencias del ASIC y le haría responsable por una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En definitiva, ISA le manifiesta que con base en las anteriores consideraciones, ha decidido no acceder a su solicitud de cancelar de manera inmediata el despacho del contrato identificado en el SIC con el código DCLC 0055”.

1. Fundamentos de la acción.

El accionante considera que ISA S.A. E.S.P., como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales de las empresas del sector eléctrico, incurrió en una vía de hecho que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones y por la indebida aplicación de la normatividad relativa a los contratos de suministro.

Para comenzar, el demandante resalta que el Administrador del SIC, como mandatario con representación de los agentes generadores y comercializadores que participan en el

mercado mayorista de energía eléctrica tiene, entre otras, las funciones de llevar el registro de los contratos que celebren las empresas del sector, la liquidación, facturación, cobro y pago de las transacciones en Bolsa. El actor hace énfasis en que esta dependencia no tiene la función de interpretar o decidir acerca de las obligaciones o del incumplimiento de los contratos registrados, pues la naturaleza de sus funciones es únicamente de registro.

Para el accionante, entonces, al Administrador del SIC no le correspondía cuestionar ni impedir a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. hacer uso del derecho de terminar unilateralmente el contrato de suministro DCLC-0055, toda vez que la entidad accionada carecía de competencia para pronunciarse sobre la validez de las actuaciones de las partes contractuales, así como para impedirle a la sociedad demandante el servirse de una facultad legal para terminar unilateralmente el contrato de suministro. Esta competencia es exclusiva de los jueces civiles del circuito, y por lo mismo, fue irregularmente ejercida por el Administrador del SIC.

Además de esta usurpación de funciones, el actor considera que la entidad accionada incurrió en otra vía de hecho al desconocer la facultad legal que le asiste a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. de terminar unilateralmente el contrato de suministro. Señala que la obligación establecida en la Resolución CREG No. 024 de 1995 es, únicamente, de informar al Administrador del SIC sobre la terminación de los contratos registrados, para efectos de excluirlos del mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. En esta medida, como quiera que el efecto pretendido con dicha norma regulatoria no es el de otorgarle al Administrador del SIC la oportunidad de pronunciarse acerca de la validez de la terminación o de la real existencia de la causal invocada, dicho deber de informar es posterior y de carácter meramente operativo. A su juicio, es equivocado afirmar -como lo hace la entidad accionada-, que el artículo 18 de la citada resolución establece un requisito sustancial para que la terminación de un contrato se repute válida, así como exigir el consentimiento de todas las partes interesadas en el contrato para considerarlo terminado.

Argumenta, además, que la Resolución GREG No. 024 de 1995 es de inferior jerarquía normativa que el artículo 973 del Código de Comercio, razón por la cual no puede derogar la posibilidad otorgada a las partes para terminar el contrato de suministro a partir del incumplimiento de alguna de las obligaciones que ocasione perjuicios graves o merme la confianza entre las partes. En consecuencia, el actor sostiene que el desconocimiento de esta

causal de terminación consagrada expresa y taxativamente en la ley para los contratos de suministro, con el fin de otorgarle prevalencia a la errónea interpretación de una norma de procedimiento regulatorio para la operancia del sector eléctrico, vulnera claramente su derecho fundamental al debido proceso.

Por otro lado, el accionante considera que también se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que, caprichosa y arbitrariamente, la entidad accionada le diera aplicación preferente al artículo 18 de la Resolución CREG No. 024 de 1994, frente a una norma permisiva de mayor jerarquía, como lo es el artículo 973 del Código de Comercio.

Considera el actor que la acción de tutela resulta procedente frente al caso concreto, debido a que la irregular actuación de la parte demandada ha implicado la continuación del despacho de energía eléctrica, generando un grave daño económico al patrimonio de la empresa accionante, y un enriquecimiento sin justa causa a favor de la sociedad DICEL S.A. E.S.P., que a la fecha de presentación de la acción de amparo constitucional ascendía a ochocientos millones de pesos (\$800.000.000). Invoca, además, la inexistencia de una instancia administrativa para cuestionar la actuación de la Autoridad Nacional Regulatoria de las transacciones del mercado de energía mayorista, con respecto a la cual se considera en estado de indefensión en virtud de la función que ésta desempeña.

II. ACTUACIONES PROCESALES.

2.1. Respuesta de la entidad accionada.

En respuesta a la solicitud del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, la apoderada especial de la sociedad de INTERCONEXIÓN ELECTRICA S.A. E.S.P. -ISA S.A. E.S.P.- solicitó desestimar las pretensiones de la sociedad accionante, por las siguientes razones:

* ISA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, que se rige por el régimen de derecho privado según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, por lo cual no es cierto que esté revestida de autoridad que permita considerar que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. se encuentra en estado de indefensión frente a ella.

* Como Administrador del SIC, únicamente puede dejar de despachar los contratos registrados por la expiración de su vigencia, por la voluntad de las partes o por la ocurrencia de una causal de incumplimiento expresamente pactada por ellas⁹. Teniendo en cuenta que en el contrato DCLC-0055, la solicitud de cancelación efectuada por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. no tuvo origen en ninguna de estas circunstancias, ISA S.A. E.S.P. debía abstenerse de actuar para evitar extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

* Aunado a lo anterior, el artículo 18 de la Resolución CREG No. 024 de 1995 establece como requisito para terminar anticipadamente un contrato, el consentimiento de todas las partes involucradas en dicho negocio jurídico. “Por lo tanto, esta [dependencia] no es una mera instancia informativa por cuanto el cambio en las condiciones de despacho de un contrato, en todo caso afecta a las partes contratantes.” (folio 153) En relación con este punto, solicitó tener en cuenta que ISA S.A. E.S.P. actúa como mandataria de las dos partes del conflicto contractual. De suerte que, mientras que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. ordenó la cancelación del despacho del contrato DCLC-0055, DICEL S.A. E.S.P. dispuso mantener el registro del contrato, por lo cual “con este hecho le queremos manifestar al Despacho, que para el Administrador del SIC las instrucciones de los mandantes con relación a sus contratos tienen igual validez y ante instrucciones encontradas, tomar cualquier determinación significaría que estaríamos dirimiendo una controversia y finalmente asignado (sic) el derecho, función que tenemos claro no nos corresponde.”

* La jurisdicción constitucional no es competente para definir la interpretación de las normas reseñadas por el accionante, así como tampoco para proteger perjuicios de naturaleza patrimonial.

2.2. Nulidad del fallo de primera instancia y vinculación de DICEL S.A. E.S.P.

El 5 de septiembre de 2003, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali se pronunció en primera instancia sobre la presente acción de tutela, trámite que fue declarado nulo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, quien ordenó vincular y notificar de la admisión de la demanda, de las demás providencias que se adopten y del fallo que

nuevamente se profiera, a la sociedad DICEL S.A. E.S.P.

2.3. Intervención del tercero con interés.

El representante legal de la sociedad denominada Distribuidora y Comercializadora de Energía Eléctrica S.A. E.S.P. -DICEL S.A. E.S.P.- se pronunció dentro del proceso, solicitando sea declarado improcedente por las siguientes razones:

* Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela no es el medio de defensa procedente para dirimir conflictos de naturaleza contractual como el que, a su juicio, plantea el demandante.

* Además, este mecanismo residual y subsidiario resulta improcedente porque COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. cuenta con otros medios de defensa para solucionar la controversia. En efecto, en primer lugar, tiene a su disposición los mecanismos previstos en la cláusula décima octava del contrato, es decir, la amigable composición, la transacción y la conciliación. En segundo lugar, puede acudir al mecanismo de resolución de conflictos ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas, previsto en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, reglamentado por la Resolución 066 de 1998. En tercer lugar, puede someter el conflicto a un Tribunal de Arbitramento ante la misma Comisión de Regulación de Energía y Gas, de conformidad con el artículo 2º de la Resolución 067 de 1998. Finalmente, por tratarse de un contrato de suministro regido por el derecho privado, puede acudir a la justicia ordinaria, o eventualmente, solicitar la declaración de nulidad de la Resolución No. 024 de 1995 ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

* ISA S.A. E.S.P. no vulneró los derechos al debido proceso ni a la igualdad de la sociedad accionante. Por el contrario, su actuación se ajustó a los procedimientos especiales señalados por la Comisión de Regulación del sector, a la vez que protegió y garantizó la seguridad jurídica y contractual del mercado de energía.

* Por último, la sociedad accionante no demostró dentro del proceso la ocurrencia del perjuicio irremediable que haría procedente la acción de amparo como mecanismo transitorio. En efecto, consideró que los documentos anexados hacen referencia exclusivamente a las pérdidas originadas con el contrato en conflicto, sin hacer referencia a la situación financiera y patrimonial de la sociedad en general, ni a sus operaciones comerciales en los demás contratos. Resaltó que el mercado energético es muy volátil y riesgoso, por lo que su inestabilidad impide considerar que las cifras demostradas impliquen la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la continuación en la ejecución del contrato celebrado con DICEL S.A. E.S.P.

III. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

3.1. Primera instancia.

Mediante Sentencia del 18 de noviembre de 2003, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali negó el amparo solicitado, argumentando que la actuación de ISA S.A. E.S.P. se sujetó a lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994 y en la Resolución CREG No. 024 de 1995. En efecto, resaltando que el Administrador del SIC es un simple ejecutor de la regulación del sector, consideró que actuó conforme al ordenamiento jurídico al abstenerse de cumplir con la solicitud de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., pues de lo contrario, le habría conferido validez a una causal de terminación no prevista para los contratos de suministro de energía eléctrica.

3.2. Impugnación.

El apoderado especial de la parte accionante impugnó el fallo del a-quo, y solicitó fuera revocado, haciendo énfasis en que “la presente tutela no tiene por objeto terminar el contrato a que se refiere la misma y que fue celebrado entre las empresas COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. y DICEL S.A. E.S.P., como se ha mal interpretado por DICEL S.A., por ISA S.A. y por el Juez de Primera Instancia; ya que, tan solo, repito, está dirigida a que se ordene a ISA S.A. atender la solicitud de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. de dejar de despacharlo.”

Con posterioridad, adicionó el recurso profundizando en las consideraciones expuestas durante las diversas etapas procesales.

3.3. Segunda instancia.

Tampoco concedió el amparo al derecho a la igualdad invocado por el actor, por cuanto no encontró demostrado que la entidad accionada le brindara un tratamiento diferente a otras personas en idénticas circunstancias fácticas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Competencia.

1. A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Derechos constitucionales violados o amenazados.

2. El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad.

Problemas jurídicos.

3. Para comenzar esta Corporación debe verificar el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, para ello es indispensable resolver los siguientes interrogantes: (i) Si las personas jurídicas, puntualmente, COMERCIALIZAR S.A. E.S.P, es titular de derechos fundamentales y, por ende, se encuentra legitimada por activa para interponer la presente acción. De igual manera, (ii) si en relación con ISA S.A. E.S.P. -empresa mixta de servicios públicos domiciliarios-, se presenta alguno de los requisitos que hacen procedente la acción de tutela contra particulares. Finalmente, (iii) si a pesar de existir otros medios de defensa judicial, la acción de tutela se torna procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Una vez acreditados los supuestos de procedibilidad, y si hay lugar a ello, esta Sala de Revisión debe determinar (iv) si la conducta asumida por ISA S.A. E.S.P, en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P.,

al negarse a cancelar el registro y el despacho del contrato de suministro de energía eléctrica radicado con el número DCLC-0055 que la empresa demandante celebró con DICEL S.A. E.S.P. el día 26 de octubre de 2001.

Para efectos de determinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales previamente reseñados, (v) esta Corporación debe igualmente establecer, si como lo sostiene el accionante, la actuación adelantada por ISA S.A. E.S.P implicó el desconocimiento de un posible derecho reconocido por el legislador para terminar unilateralmente los contratos de suministro en los términos del artículo 973 del Código de Comercio.

4. Esta Corporación procederá entonces a examinar el asunto objeto de revisión, para efectos de determinar la procedencia de la acción de amparo constitucional y, si es del caso, de la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Procedencia de la acción de tutela.

Legitimación activa.

5. Como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales¹⁰. En efecto, la Corte ha reconocido que dicha entidad moral expresa autónomamente su voluntad y obra como cualquier otro sujeto de derecho, a través de la organización de sus propios órganos de dirección, administración y representación. Por esta razón, es claro que las personas jurídicas actúan como sujetos autónomos y racionales, con aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Sobre este punto, la Corte dijo:

“...La persona jurídica es apta para la titularidad de derechos y deberes por su racionalidad y por su autonomía. La aptitud es la adecuada disposición para dar o recibir, para hacer o soportar algo, y la persona jurídica puede (tiene la dimensión jurídica de la facultad) y también debe (soporta el deber frente a sus miembros y frente a otras personas jurídicas o naturales); por tanto tiene adecuada disposición para que se le otorguen o reconozcan derechos y deberes....” .”...Este tipo de entidad al ser racional y autónoma es por sí (per se), no por otro, es decir, es persona (personare), De alguna manera es substancial; y todo lo substancial es un supuesto, y el supuesto es sujeto, y si éste es racional y autónomo, sin

duda alguna tiene que ser sujeto de derechos y deberes. Luego la persona jurídica es una entidad que se expresa jurídicamente como sujeto de derechos y deberes...". (Sentencia T-396 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Ahora bien, dado que las personas jurídicas pretenden no sólo la obtención de un interés particular sino - primordialmente - la consecución de un interés colectivo, es necesario que al expresar su propia racionalidad y autonomía se hagan titulares de derechos y puedan, precisamente, lograr la satisfacción del objetivo común o fin colectivo propuesto. Dichos derechos, generalmente son de contenido patrimonial y prestacional, v.gr, la adquisición y formación de capital, el reconocimiento y reparto de utilidades, la posibilidad de adquirir activos y ceder créditos, etc., sin embargo, algunos otros, son de raigambre fundamental, como el debido proceso, el buen nombre, la libertad de comunicación, la inviolabilidad de correspondencia, la asociación sindical, etc.

De esta manera, como lo ha dicho la jurisprudencia, la protección tutelar de las personas jurídicas tiene una doble connotación, "por una parte, permite garantizar y salvaguardar, de manera indirecta, los derechos fundamentales de los sujetos asociados, v.gr, el derecho al trabajo, la libertad de asociación, la libertad sindical, etc.; y por otra, faculta a las personas jurídicas para velar por sus propios derechos fundamentales - sin consideración alguna a sus miembros individuales -, toda vez que son titulares de dicha garantía constitucional por sí mismas"¹¹, obviamente, sin ignorar que, por su propia naturaleza, ciertos derechos fundamentales son exclusivos e inherentes al ser humano y, por ende, impredicables del ente moral¹².

Por consiguiente, para esta Corporación es indiscutible que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., es titular de derechos fundamentales como persona jurídica y, por ende, se encuentra legitimada por activa para interponer la presente acción. De lo anterior da fe el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Cali, en donde consta que la citada sociedad se constituyó como persona jurídica, a través de escritura pública No. 2814 del 3 de septiembre de 1999 suscrita ante la Notaría Trece del Circulo de la misma ciudad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Comercio¹³.

6. Por otra parte, la Corte ha establecido que para considerar legitimada a una persona jurídica, en la interposición de la acción de amparo constitucional, es necesario que ésta

actúe por intermedio de su representante legal, bien para instaurar la acción en forma directa, ya para conferir el correspondiente poder¹⁴.

En el caso sub-examine, esta Sala de Revisión pudo constatar que la representante legal de dicho ente societario, señora Luz Marina Gómez Cuellar, de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Cali¹⁵, confirió poder especial para la interposición de la presente acción, a título de apoderado judicial, al señor Jaime Alberto Caycedo Cruz. (Folio 31 del cuaderno No. 1)¹⁶.

En este orden de ideas, la Sala Quinta de Revisión encuentra que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P, está legitimada por activa para interponer la presente acción, tal y como lo efectúo a través de su apoderado judicial.

Legitimación pasiva.

7. La presente acción se interpuso en contra de la decisión adoptada por ISA S.A. E.S.P. en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), consistente en abstenerse de registrar la terminación unilateral del contrato de suministro suscrito entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P y DICEL S.A. E.S.P, y en consecuencia, negarse a cancelar el despacho de energía eléctrica del mercado mayorista en torno a las citadas sociedades.

Conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Medellín, ISA S.A. E.S.P. es una empresa mixta de servicios públicos constituida como sociedad anónima, de carácter comercial, del orden nacional y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen jurídico establecido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Leyes 142 y 143 de 1994 y 689 de 2001)¹⁷.

Se pregunta entonces esta Corporación: ¿si al amparo de la normatividad vigente, las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios se consideran entidades públicas de la rama ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, o por el contrario, su naturaleza jurídica corresponde a entes societarios de origen privado?

Inicialmente debe advertirse que la Ley 142 de 1994 creó tres categorías distintas de empresas de servicios públicos domiciliarios, a saber: Las empresas oficiales, mixtas y privadas. El artículo 14 de la citada ley, las define de la siguiente manera:

“(…) 14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte¹⁸. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios.

Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.

Sobre la materia, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia del 28 de enero de 1999¹⁹, al conceptualizar sobre la imposibilidad de las Contralorías Departamentales de cobrar la cuota de vigilancia fiscal a las empresas privadas y mixtas de servicios públicos domiciliarios; consideró que, por su origen, dichas empresas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado

por servicios y, por lo mismo, no pueden considerarse como autoridades públicas. Al respecto, la citada Corporación manifestó:

“Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º.)”. (Subrayado por fuera del texto original).

En idéntico sentido, se pronunció esta Corporación al momento de reconocer que el control que puede adelantar la Contraloría en relación con el manejo de los recursos públicos que poseen las empresas mixtas y privadas de servicios públicos domiciliarios, se fundamenta en la función de vigilancia fiscal reconocida frente a “los particulares que manejen fondos o bienes de la nación” (C.P. art. 267), excluyendo la posibilidad de considerar a dichas empresas como parte del organigrama descentralizado por servicios del orden nacional de la rama ejecutiva del poder público.

Esta Corporación textualmente declaró:

“Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos. (...)”

Conviene anotar, que cuando el artículo 267 Superior dispone que el control fiscal se

extiende a los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía.

Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que "...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares" (Sentencia C-290 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

8. Según lo expuesto, es indiscutible que ISA S.A. E.S.P. al pertenecer a la tipología jurídica de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, se matricula dentro del catálogo de personas jurídicas de naturaleza privada, frente a las cuales es pertinente evaluar la procedencia de la acción de tutela, a partir de los requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991.

Esta Corporación, interpretando el contenido normativo de las disposiciones reseñadas, ha sostenido que la acción de tutela procede no sólo frente a las actuaciones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen los derechos fundamentales, sino también frente al actuar de los particulares cuando éstos asumen la prestación de un servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un desequilibrio a una relación en principio entre iguales²⁰.

Es así como el constituyente (artículo 86), al considerar los atributos de poder que pueden ostentar los particulares en ciertas relaciones jurídicas especiales, decidió establecer tres

eventos en los cuales es procedente la acción de tutela contra particulares. A saber: (i) cuando estos se encarguen de la prestación de un servicio público, (ii) cuando con su conducta afecten grave y directamente el interés colectivo, y (iii) cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto de quienes amenazan o lesionan sus derechos fundamentales.

Sin embargo, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la sola circunstancia de que una empresa preste un determinado servicio público no la convierte, ipso jure, en sujeto pasivo de la acción de tutela²¹. De ahí que, “(...) de acuerdo con el sentido teleológico de la norma, es necesario (...) que la vulneración del derecho fundamental se produzca con ocasión de la prestación de dicho servicio...”²². En estos términos, es necesario que la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, traspase la mera relación contractual y se desarrolle bajo el modelo “usuario-servidor”, evento en el cual es procedente la acción de amparo constitucional.

El caso sub-examine, corresponde en principio a una disputa de alcance legal a partir de la ejecución de un contrato de suministro entre empresas del mercado mayorista de energía eléctrica, frente a las cuales lejos de presentarse la citada relación de “usuario-servidor”, se manifiesta un conflicto de intereses económicos entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía, en los términos previstos en el artículo 1° de la Resolución CREG No. 024 de 1995²³; situación notoriamente distinta a la que surge del mercado minorista de energía eléctrica, que a su vez se subdivide en mercado regulado y mercado libre²⁴, en el que las relaciones jurídicas provienen directamente de transacciones de energía eléctrica entre empresas del sector y los clientes o usuarios finales, en los cuales es procedente el ejercicio de la acción de tutela, por involucrar la existencia de la prestación de un servicio público domiciliario a través de una posición de desequilibrio entre particulares. Así, esta Corporación lo ha manifestado, entre otras, en las sentencias referentes a la suspensión o corte ilegal en el suministro continuo de dichos servicios. Al respecto, se ha sostenido que:

“(...) la jurisprudencia constitucional ha considerado que la acción de tutela procede contra las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean ellas de carácter público, mixto o privado, por estar sujetas, en razón de su actividad, a precisas reglas de orden constitucional²⁵. Ha señalado, igualmente, que la tutela procede contra estas empresas, debido a la importancia de los servicios públicos en la calidad de vida de los asociados o con

el fin de evitar que se niegue arbitrariamente la prestación de los servicios²⁶ o para dirimir, en situaciones especiales, conflictos que se presenten entre empresas y usuarios²⁷.

Lo anterior indica que la importancia que tienen los servicios públicos en la vida de las personas es la que justifica que, bajo ciertas condiciones especiales, el juez de tutela intervenga en las relaciones entre las empresas y los usuarios de las mismas. Las condiciones especiales hacen referencia, por ejemplo, a las actuaciones de las empresas de servicios públicos que tengan implicaciones indebidas en la calidad de vida, la vida o la dignidad de las personas, o en los casos en que las empresas discriminan injustificadamente a algunos ciudadanos, excluyéndolos del suministro del servicio que ellas brindan, sin que medie razón objetiva y razonable. (...)”²⁸.

En el caso objeto de estudio, y partiendo de las consideraciones expuestas, es indiscutible que no es posible acreditar el cumplimiento del primer presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela, pues a pesar de ser el particular quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales de la accionante, una empresa de servicios públicos domiciliarios, no se demostró la existencia de una relación “usuario-servidor”, que en los términos de la jurisprudencia constitucional se exige como *conditio sine qua non* para admitir su viabilidad. Por otra parte, tampoco se explica cómo el comportamiento de ISA S.A. E.S.P se ajusta al segundo presupuesto de procedibilidad previsto en el artículo 86 de la Constitución, ya que bajo ninguna hipótesis su conducta tiene la entidad suficiente para comprometer el interés colectivo.

9. No obstante, es necesario establecer si existe o no un estado de subordinación o indefensión por parte de la accionante frente al accionado y, en caso de ser así, si por dicho motivo, es procedente esta acción.

La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo²⁹. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos³⁰.

Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales³¹.

La jurisprudencia de esta Corporación ha delimitado el alcance conceptual de los fenómenos jurídicos de la subordinación e indefensión, en los siguientes términos:

“(...) [la subordinación] alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)”³².

Evidentemente en el caso sometido a estudio, no nos encontramos en principio frente a un estado de subordinación de acuerdo a los parámetros adoptados por esta Corporación, pues COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. no tiene ningún tipo de vínculo jurídico que implique un estado de dependencia, sometimiento o sumisión en relación con ISA S.A. E.S.P. En efecto, en los términos previstos en los artículos 11 y subsiguientes de la Resolución CREG No. 024 de 1995, dichas empresas se encuentran vinculadas mediante un contrato de mandato, el cual, entre comerciantes, por su naturaleza³³, es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo³⁴, es decir, es aquel en el que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez³⁵; implicando dicho estado de equivalencia una posición de igualdad entre las prestaciones que surgen del vínculo contractual no sólo en su valor, sino también en su estimación y eficiencia.

Sin embargo, encuentra la Corte que las obligaciones que surgen del negocio jurídico bilateral suscrito entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P e ISA S.A. E.S.P no pueden clasificarse exclusivamente dentro de las denominadas cláusulas contractuales, es decir, aquellas que se originan en el concurso de voluntades de las partes contratantes; ya que algunas de dichas obligaciones tienen su fuente en la existencia de una relación jurídica de naturaleza

reglamentaria, destinada a desarrollar los mandatos de intervención legislativa en las actividades de los particulares, con el propósito de lograr la satisfacción de intereses comunes o colectivos, como lo es en este caso, la prestación del servicio público de energía eléctrica.

La combinación de obligaciones netamente contractuales con disposiciones de raigambre reglamentario (relaciones mixtas), implica el sometimiento de las partes contratantes a obligaciones predispuestas, frente a las cuales es imposible física y jurídicamente ofrecer algún tipo de resistencia o discusión, limitándose las partes a aceptarlas al momento de proferir su consentimiento en los términos predispuestos en las reglamentaciones expedidas por la administración, como sucede en el asunto sub-judice con las normas previstas en la Resolución CREG No. 024 de 1995, correspondientes a las obligaciones que asumen las empresas mayoristas de energía eléctrica y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), a partir de la suscripción del contrato de mandato que tienen la obligación legal de pactar.

Si bien, a juicio de la Corte, la existencia de una relación jurídica de naturaleza reglamentaria podría suponer en principio la expresión de una situación de subordinación, en el entendido que las obligaciones contractuales no dependen de la voluntad autónoma de las partes, sino del sometimiento a dichas disposiciones reglamentarias; en el presente caso, como enseguida se explicará, esta Corporación encuentra que se revela con mayor claridad la existencia de un estado de indefensión y, por ello, no es necesario recurrir a una posible situación de subordinación como fundamento de procedencia de la presente acción de tutela.

Dicha situación no se deriva ni de las obligaciones que surgen del contrato de suministro acordado entre generador y comercializador del mercado mayorista de energía, ni de las prestaciones que emanan del contrato de mandato conjunto con representación que ISA S.A. E.S.P. por disposición normativa debe suscribir con las citadas empresas mayoristas³⁶; su ocurrencia tiene como fundamento o soporte las innegables consecuencias jurídicas que se derivarían para COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. de continuar ejecutándose el contrato de suministro DCLC-0055 de 2001, pues se sometería a la empresa afectada en cuanto a la existencia y preservación de los atributos propios de su personería jurídica a una estado de dependencia fáctica o circunstancial en relación con ISA S.A. E.S.P.

Brevemente la Corte procederá a explicar la razón que fundamenta la citada conclusión:

El artículo 19.12. de la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, establece que las empresas de servicios públicos tan sólo se disolverán por las causales previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas la acciones suscritas lleguen a pertenecer a un sólo accionista.

El artículo 457, numeral 2°, del Código de Comercio, dispone que las sociedades anónimas se disolverán cuando “ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito”.

Dentro de las pruebas que se anexaron con la demanda de tutela, se presenta un estudio técnico acerca del desequilibrio económico que conllevaría la ejecución entre los meses de enero de 2003 y diciembre de 2004 del contrato DCLC-0055 suscrito entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. y DICEL S.A. E.S.P. En dicho análisis se concluye que el cumplimiento del citado negocio jurídico en los términos inicialmente pactados, sin proceder a la modificación o revisión de las condiciones financieras a partir de los alegatos impetrados por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., conduciría a un nivel de pérdidas que haría imperante la liquidación de la compañía. En sus propias palabras, el estudio técnico manifiesta que:

“(…) En los gráficos y cuadros siguientes se han cuantificado las pérdidas brutas entre el precio de compra del contrato referenciado en que incurre COMERCIALIZAR y el precio promedio de venta a terceros de la misma energía. Estas diferencias se constituyen en una pérdida bruta, porque no han considerado los costos internos de funcionamiento de la empresa necesarios para la atención de los clientes, facturación, recaudos y pagos, ni los costos de transacciones tales como el impuestos del 3/1000 y la retención en la fuente. (…)

En los gráficos Nos. 1 a 4, pueden observarse las diferencias de precios entre la compra y la venta, arrojando en todo momento una pérdida, expresada en \$/Kwh. y totalizados en pesos de mayo de 2003 por estación en cada gráfico mostrado.

Ejemplo, en el gráfico No. 1, se observa que la pérdida bruta por unidad de energía (Kwh.) es de \$4.924 y la pérdida bruta de la estación de invierno de 2003 es de \$700.535. 234. oo, cifras que están expresadas en pesos de mayo de 2003.

En las misma forma deben leerse cada uno de los cuatro gráficos siguientes. Si se suman las pérdidas brutas de cada estación, en el tiempo de ejecución del contrato (enero de 2003 a diciembre de 2004), la pérdida bruta acumulada y expresada en pesos de mayo de 2003, alcanza la cifra de \$3.137.484.174.00 de mayo de 2003 (...)

Si bien es cierto que las empresas del sector eléctrico transan cantidades de energía y pesos supremamente altas, frente a las cuales esta cantidad luciría pequeña, una cosa son las empresas grandes establecidas de muchos años y otra es la implicación en una empresa comercializadora independiente, que cuenta con un patrimonio sensiblemente menor.

De los estados financieros de COMERCIALIZAR a Diciembre de 21 de 2002, se extrae que el patrimonio de la compañía alcanza la suma de \$3.793.923.000.00. Si se compra con la pérdida bruta del contrato, se concluye que de continuarse con la ejecución del mismo, el ASIC no deje de despacharlo y DICEC haciendo uso de los elementos de limitación de suministro, obligue al pago no debido de esta energía, la empresa quedaría sin patrimonio para operar en el sector eléctrico, siendo imperante su liquidación. (...)”37.

Con sujeción al citado estudio técnico, se concluye por parte del demandante, que el nivel de pérdidas para la empresa de mantener vigente el despacho de energía eléctrica, llegaría a diciembre de 2004 al tope de \$ 3.137.484.174.00. Al respecto, se relaciona la siguiente gráfica que demuestra el nivel progresivo de pérdidas38:

MES

CANTIDAD DE ENERGIA / MES

PÉRDIDA EN PESOS CONSTANTES DE MAYO

PERDIDA EN PESOS CORRIENTES

kWh./mes

\$/kWh.

\$/mes

\$/Kwh.

\$/mes

Ene-03

20,608,800

6.422

132,350,741

6.21

128,063,195

Feb-03

18,614,400

6.422

119,542,605

6.29

117,114,011

Mar-03

20,608,800

6.422

132,350,741

6.35

130,861,001

Abr-03

19,944,000

6.422

128,081,362

128,011,036

May-03

20,608,800

4.924

101,479,403

4.92

101,479,403

Jun-03

19,944,000

4.924

98,205,874

4.91

98,010,406

Juli-03

20,608,800

4.924

101,479,403

4.95

101,974,304

Ago-03

19,944,000

4.924

98,205,874

4.98

99,352,175

Sep-03

19,944,000

4.924

98,205,874

5.03

100,298,457

Oct-03

4.924

101,479,403

5.05

104,071,956

Nov-03

19,944,000

4.924

98,205,874

5.05

100,690,340

Dic-03

20,608,800

6.422

132,350,741

6.62

136,361,644

Ene-04

20,608,800

8.421

173,550,681

8.77

180,803,092

Feb-04

18,614,400

8.421

156,755,454

8.87

165,119,419

Mar-04

20,608,800

8.421

173,550,681

8.94

184,287,918

Abr-04

19,944,000

8.421

167,952,272

9.03

180,065,044

May-04

20,608,800

6.710

138,290,056

7.23

149,035,883

19,944,000

6.710

133,829,086

7.23

144,185,137

Jul-04

20,608,800

6.710

138,290,056

7.27

149,834,246

Ago-04

19,944,000

6.710

133,829,086

7.32

146,060,141

Sep-04

19,944,000

6.710

133,829,086

7.40

147,529,499

Oct-04

20,608,800

6.710

138,290,056

7,44

153,273,723

Nov-04

6.710

133,829,086

7.43

148,227,107

Dic-04

20,608,800

8.421

173,550,681

9.37

193,062,889

PÉRDIDA TOTAL EN PESOS

3,137,484,174

-

3,287,772,027

Dicha suma analizada frente al patrimonio neto de la compañía correspondiente a la suma de \$ 3.793.923.000.00³⁹, y con posterioridad, sometida a los cálculos previstos en el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio, es decir, comparando si las pérdidas reducen el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito (\$ 1.568.700.000.00⁴⁰), demuestran la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., entorno al riesgo latente de estar incurso en una causal de disolución obligatoria en caso de no prosperar el amparo constitucional⁴¹.

Para esta Corporación, la circunstancia de someter a una compañía a estar incurso en una causal de disolución obligatoria, a partir del desarrollo de una relación contractual con un particular, envuelve un estado de dependencia fáctica o circunstancial propio de una situación de indefensión, ya que una vez decretada la existencia de dicha causal, el objeto social de la compañía se restringiría exclusivamente hacia su liquidación, desdibujando los atributos propios de la personería jurídica, tales como, la capacidad y el patrimonio, que se constituyen en soportes indispensables para garantizar la salvaguarda del derecho fundamental de asociación dentro de los pilares estructurales de la Constitución Económica⁴².

Dispone, al respecto, el artículo 458 del Código de Comercio: “Cuando se verifiquen las pérdidas indicada en el ordinal 2° del artículo anterior, los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la asamblea general, para informarla completa y documentadamente de dicha situación”. Y, a su vez, el artículo 223: “Disuelta la sociedad, las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación (...)”.

Por su parte, la Ley 142 de 1994, en su artículo 19.13, dispone: “Si se verifica una de las

causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen”.

Para la Corte, en relación con las personas jurídicas, es suficiente con la demostración de la posible ocurrencia de una causal de disolución, a partir del comportamiento desarrollado por un particular, para entender que una compañía se encuentra en estado de indefensión, ello ocurre básicamente por dos razones, en primer lugar, por cuanto esta Corporación carece de competencia para decretar la existencia de cualesquiera de dichas causales⁴³, y en segundo término, porque el mismo ordenamiento jurídico prevé mecanismos para enervar la disolución de la sociedad⁴⁴.

Así las cosas, la Corte concluye que en el caso sub-judice el solicitante se encuentra en estado de indefensión frente a ISA S.A. E.S.P. y, por lo tanto, es posible continuar con el análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

Improcedencia de la acción de amparo constitucional. Existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

11. Como lo expresa el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente acápite se relacionan exclusivamente los instrumentos judiciales para solucionar la controversia entre ISA S.A. E.S.P y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. La disputa que se presenta entre esta última compañía y DICEL S.A. E.S.P., escapa al análisis de esta acción de tutela.

Para la protección de los derechos invocados por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. frente a ISA S.A. E.S.P., el ordenamiento jurídico cuenta con algunos instrumentos, como lo son, (i) la

declaratoria de terminación judicial del contrato de mandato por el incumplimiento de las obligaciones de ISA S.A. E.S.P. junto con la correspondiente indemnización compensatoria por la responsabilidad civil derivada de los daños acontecidos por dicho incumplimiento⁴⁵; y adicionalmente, (iii) el trámite administrativo y arbitral para solucionar las controversias derivadas de las liquidaciones que realice el Administrador del SIC (artículo 28 de la Resolución CREG No. 024)⁴⁶.

12. Se argumenta por DICEL S.A. E.S.P. que existe un mecanismo adicional de defensa para solucionar la controversia suscitada entre ISA S.A. E.S.P y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., el cual se encuentra previsto en los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, conforme a los cuales:

“Las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales: (...)

73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio”.

Esta Corporación a través de oficio OPT-A-366 de 2004, le solicitó a la CREG, en relación con la posible existencia de otro medio de defensa judicial, la siguiente información: “Qué tipo de controversias son susceptibles de ser resueltas por la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG), en virtud de lo previsto en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994”, y

específicamente “Si en la actualidad, existe algún medio de defensa judicial o administrativo para controvertir ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) decisiones proferidas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC - dependencia dirigida o controlada por ISA S.A. E.S.P”.

Mediante comunicación del 27 de septiembre de 2004, la Comisión de Regulación de Energía y Gas le informa a la Corte que dado el contrato de mandato existente en el ASIC y las empresas mayoristas de energía eléctrica, ha admitido, por una parte, solicitudes de apelación que se presentan en relación con la liquidación y facturación del suministro de dicho servicio (Resolución CREG No. 024 de 1995, artículo 28) y, por otra, controversias suscitadas por diferencias de criterios de interpretación de las normas del reglamento de operaciones del mercado mayorista.

La CREG textualmente declaró:

“(...) La Resolución CREG-006 de 2003, ‘Por la cual se adoptan las normas sobre registro de fronteras comerciales y contratos, suministro y reporte información, y liquidación de transacciones comerciales, en el mercado de energía mayorista’, en el parágrafo del artículo 8°, prevé la posibilidad de acudir ‘ ... ante la CREG a través de los mecanismos previstos en la Ley 142 y la Ley 143 de 1994 de Resolución de conflictos’, cuando existan conflictos entre una empresa agente del mercado mayorista de energía y el Administrador de dicho mercado, por la liquidación de las transacciones efectuadas por este último.

De acuerdo con esta previsión, la CREG en ejercicio de la función prevista en el artículo 73, numeral 73.8, de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta el contrato de mandato que existe entre el Administrador de Sistema de Intercambios Comerciales del mercado mayorista (actualmente Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.) y los agentes de dicho mercado, ha admitido solicitudes para resolver conflictos entre estas partes, suscitados específicamente por diferencias de criterios de interpretación de las normas del Reglamento de Operación del Mercado expedidas por la CREG, que debe aplicar el Administrador para liquidar las transacciones que efectúan los agentes en dicho mercado.

La CREG ha decidido estos conflictos señalando el alcance y contenido de las normas que suscitaron la controversia y su aplicación al caso concreto. (Resoluciones CREG 095 de 2001; 069 de 2002 y 066 de 2003). Y no ha aceptado decidir sobre las peticiones que tienen como

fin declarar o constituir derechos o incumplimientos, etc; ordenar indemnizaciones; imponer sanciones o condenas, pues ha considerado que estos aspectos son de competencia de los jueces (Resolución CREG 041 de 2002). (...)

Es de resaltar que los citados numerales 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1994, expresamente establecen que 'la resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad', lo que, a nuestro juicio, implica que la decisión que adopte la CREG no tiene el carácter de judicial, sino simplemente de decisión administrativa, y como tal, sujeta a control de legalidad. (...)

En adición, como ya mencionamos, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, ha admitido que en ejercicio de la función prevista en el artículo 73, numeral 73.8 de la Ley 142 de 1994, puede resolver conflictos que se presenten entre una empresa agente del mercado mayorista y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), por la liquidación y facturación que este último emite, dado el contrato de mandato existente"47.(Subrayado por fuera del texto original).

En consecuencia, la citada herramienta de defensa no resulta idónea para enervar la procedencia de la acción de tutela, por las siguientes razones: (i) por cuanto su alcance es de tipo administrativo y no judicial48; (ii) por ser su viabilidad frente a la ASIC eminentemente restrictiva; y (iii) por impedirse mediante su ejercicio declarar o constituir derechos o incumplimientos, casos en los cuales, tal y como lo ha reconocido la propia CREG, debe acudir a los jueces ordinarios.

En el presente caso, es oportuno reconocer que la pretensión principal de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. consiste en obtener el registro de la terminación unilateral del contrato de suministro celebrado con DICEL S.A. E.S.P., y consecuentemente, lograr la suspensión del despacho de energía eléctrica. Dicha solicitud envuelve un análisis en cuanto a los límites que circunscriben el actuar de ISA S.A. E.S.P. en su condición de mandatario dentro del ejercicio de las atribuciones y potestades que implica la existencia del contrato de mandato conjunto con representación que suscribe dicha compañía con las empresas mayoristas de energía eléctrica.

En esta medida, si la controversia principal que rodea el presente juicio implica necesariamente una definición en cuanto al cumplimiento o incumplimiento de las

restricciones que se le imponen a ISA como mandatario, los mecanismos de defensa previstos en los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 -en los términos anteriormente reseñados- resultan palmariamente inoperantes.

13. Procede entonces esta Corporación a determinar la viabilidad o no de la acción de tutela, en cuanto a las tres (3) pretensiones solicitadas en la demanda:

14. En primer lugar, la Corte considera que en relación con la pretensión de ordenar la cancelación del registro del contrato DCLC-0055 de 2001 y, consecuentemente, suspender el despacho de energía eléctrica; el ordenamiento jurídico reconoce otros mecanismos de defensa judicial, como lo es la declaratoria judicial de terminación del contrato de mandato por el incumplimiento de las obligaciones de ISA S.A. E.S.P.

Si bien en principio podría considerarse que la circunstancia específica en que se encuentra COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, dada la posible ocurrencia de una causal de disolución obligatoria que conduciría forzosamente a dicha compañía a la liquidación (Decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1°); lo cierto es que en ningún momento se acreditó la impostergabilidad de la acción de tutela, pues como previamente se dijo, existen herramientas en el derecho societario que le permitirían a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., corregir la relación patrimonio neto-capital suscrito y, por ende, enervar la causal de disolución⁵⁰.

La Corte ha sostenido que existe perjuicio irremediable cuando se estructuran cuatro elementos básicos determinados en la sentencia T-225 de 1993⁵¹, a saber: el perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable.

En relación con la impostergabilidad de la acción, en materia contractual, la doctrina de esta Corporación ha definido que para establecer la procedencia de la acción de tutela, es indispensable probar que de no concederse el amparo constitucional, se sufriría un agravio o amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas, que no habría tenido ocurrencia de haber prosperado sin demoras ni retardos la defensa tutelar. Así las cosas, es necesario excluir toda herramienta legal que resulte adecuada y pertinente para restablecer en su integridad los derechos y garantías de los asociados y que, por ende, torne inoperante la proximidad en el uso de la acción.

Sobre la materia se ha dicho:

“La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna”⁵².

En el asunto sub-examine, aunque la Corte encuentra que en relación con los atributos de la personería jurídica de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., como expresiones fundamentales del derecho de asociación, existe un peligro inminente y grave que requiere además la adopción de medidas urgentes, pues la posible situación de liquidación obligatoria a la cual se encontraría sometida así lo amerita. En este caso, no se demostró que la prosperidad de la acción de tutela sea impostergable, toda vez que si bien existe una relación de causalidad entre el riesgo de estar incurso en la causal de disolución por pérdidas con la negativa de registrar la terminación del contrato de suministro por parte de ISA S.A. E.S.P., varias alternativas legales permiten restablecer la situación jurídico-económica de la empresa accionante, sin que el amparo fundamental se torne en herramienta imprescindible para defender la integridad de los derechos fundamentales de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P.

A manera de ejemplo, entre otros, la compañía demandante tenía a su alcance las siguientes alternativas legales para reparar su situación financiera, frente a las cuales no existe explicación alguna del por qué no resultan idóneas, o carecen de la entidad suficiente para solventar la crisis de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. Dichas alternativas legales son: la posibilidad de emitir acciones conforme al capital autorizado, o de capitalizar la cuenta de revalorización del patrimonio, o de la prima en colocación de acciones, o de alguna reserva voluntaria a la cual se le varíe su destinación.

Así las cosas, en el caso sub-judice. no se demostró cómo la situación jurídico-económica de la compañía no era susceptible de ser corregida a través del uso de los institutos propios del derecho societario, que condujeran a la imperiosa necesidad de otorgar el amparo constitucional a pesar de existir un trámite ordinario, suficiente e idóneo para solucionar la controversia surgida entre las partes.

15. En segundo término, la empresa demandante solicita que se “ordene al ASIC la reliquidación tanto de los contratos como de la compraventa en Bolsa de las dos empresas, haciendo los cruces respectivos para que los pagos de lo no debido a los que se ha visto

incurso COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. por causa del uso indebido de la herramienta de limitación de suministro, sean restituidos a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., evitando así un enriquecimiento sin causa de DICEL S.A. E.S.P.”

Frente a la liquidación de los contratos registrados ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), la Resolución CREG No. 024 de 1995, establece la posibilidad de interponer recursos de reposición y apelación ante las autoridades administrativas competentes y, en todo caso, reconoce el derecho de acudir ante tribunales de arbitramento para solucionar cualquier tipo de controversia jurídica. Al respecto, el artículo 28 de la citada Resolución, determina que:

“Artículo 28. PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá el recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II del Título VI de la Ley 142 de 1994. Contra la decisión del Administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG.

(...) Parágrafo 2º.- Las controversias a las que den lugar las liquidaciones, y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. El Superintendente de Servicios Públicos, el agente que presente la solicitud y el Administrador del SIC, designarán cada uno un árbitro, quienes decidirán en derecho. Los costos de los árbitros serán sufragados por los agentes del mercado mayorista afectados en el proceso. (...). (Subrayado por fuera del texto original).

Partiendo del contenido normativo de la citada disposición, la Corte encuentra que la liquidación de los contratos entre empresas mayoristas del mercado de energía eléctrica, se sujeta en un primer momento a la definición que haga del monto de la transacción el administrador del SIC, para con posterioridad recurrir ante la CREG, y en todo caso, poder plantear cualquier controversia o litigio ante un tribunal de arbitramento. Nótese, al respecto, que la procedencia del trámite de liquidación supone previamente la ejecución del despacho de dicha modalidad de energía.

Así las cosas, no puede esta Corporación ordenar la reliquidación de las prestaciones mutuas que surgen de la relación contractual entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. y DICEL S.A. E.S.P., por las siguientes razones:

i. Porque frente a la liquidación se reconoce un medio expedito de defensa judicial, como lo es la jurisdicción arbitral.

i. Porque la jurisdicción arbitral goza de todas las herramientas técnicas, económicas y jurídicas para determinar en derecho, si los supuestos fácticos que dieron lugar a la determinación de cada liquidación, facturación y cobranza del servicio de energía eléctrica, se realizó correcta o incorrectamente.

16. Finalmente, la compañía demandante solicita que “se ordene a ISA S.A. E.S.P. cancelar el despacho del contrato a partir de junio 19 de 2003, fecha en la cual de acuerdo a la normatividad del sector eléctrico debiera haberse suspendido el despacho del contrato”.

Una simple lectura de la pretensión reseñada envuelve la intención de utilizar a la acción de tutela, como medio para adelantar un juicio de responsabilidad contractual contra ISA S.A. E.S.P.

Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela no tiene como propósito obtener una declaración judicial sobre la responsabilidad contractual de las partes en la ejecución de un negocio jurídico, pues para ello el legislador ha establecido varios procedimientos judiciales de raigambre ordinario, como lo es, en este caso, la declaratoria de terminación judicial del contrato de mandato por el incumplimiento de las obligaciones de ISA S.A. E.S.P. junto con la correspondiente indemnización compensatoria por la responsabilidad civil derivada de los daños acontecidos por dicho incumplimiento (Código Civil, art. 1546).

17. Por todo lo anterior, y frente al caso en concreto, esta Sala de Revisión confirmará el fallo de segunda instancia que negó la protección constitucional invocada por el actor, por las razones expuestas en esta providencia.

V. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2004 proferida por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual se denegó la protección constitucional solicitada, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

TERCERO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-1212 DE 2004

INDEFENSIÓN DE PERSONA JURÍDICA-Ampliación del concepto/INDEFENSIÓN DE PERSONA JURÍDICA-Caso en que se encuentra incurso en causal de disolución obligatoria (Aclaración de voto)

Se amplía el concepto de indefensión, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, a aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de las obligaciones

contractuales contraídas por una persona jurídica de derecho privado podrían llevarla a estar incurso en una causal de disolución obligatoria. Esta extensión del concepto de indefensión resulta poco afortunada, desde mi punto de vista, porque supone que una amplia cantidad de eventos de naturaleza típicamente contractual pasarían a ser discutidos en sede de tutela, desvirtuándose la finalidad y naturaleza de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Referencia: Expediente T-884589

Accionante: Comercializar S. A. E.S.P.

Demandado: Interconexión Eléctrica S.A. -ISA S.A. E.S.P.

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el debido respeto por la mayoría de la Sala de Revisión y por el magistrado ponente, aclaro mi voto respecto de una cuestión puntual a la que se hace referencia en la sentencia.

Se trata específicamente de lo relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra particulares tema que en la sentencia en cuestión es abordado, desde mi punto de vista, de una manera extensiva contraria al artículo 86 constitucional y al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. En efecto, en la decisión de tutela de la referencia se sostiene textualmente lo siguiente:

“Para esta Corporación la circunstancia de someter a una compañía a estar incurso en una causal de disolución obligatoria, a partir del desarrollo de una relación contractual con un particular, envuelve un estado de dependencia fáctica o circunstancial propio de una situación de indefensión, ya que una vez decretada la existencia de dicha causal, el objeto social de la compañía se restringiría exclusivamente hacia su liquidación, desdibujando los atributos propios de su personería jurídica, tales como, la capacidad y el patrimonio, que se constituyen en soportes indispensables para garantizar la salvaguarda del derecho fundamental de asociación dentro de los pilares estructurales de la Constitución Económica”.

Se amplia entonces el concepto de indefensión, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, a aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por una persona jurídica de derecho privado podrían llevarla a estar incurso en una causal de disolución obligatoria. Esta extensión del concepto de indefensión resulta poco afortunada, desde mi punto de vista, porque supone que una amplia cantidad de eventos de naturaleza típicamente contractual pasarían a ser discutidos en sede de tutela, desvirtuándose la finalidad y naturaleza de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Esta interpretación extensiva tampoco es acorde con el concepto de indefensión que esta Corporación ha defendido, circunscrito esencialmente a “ (...) situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”⁵³, pues en estos casos concreto resulta claro que la persona jurídica de derecho privado que vea su existencia amenazada puede acudir a las vías judiciales establecidas o simplemente puede incumplir sus obligaciones contractuales y de este modo dar lugar a que se resuelva judicialmente el alcance y contenido de las estipulaciones debatidas.

Como las distinciones mencionadas no inciden en la decisión, respetuosamente aclaro mi voto.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Folio 104 del Cuaderno No. 1.

2 Operación que el actor posteriormente aclara, cuando se pronuncia respecto de la respuesta de la entidad accionada.

3 Entiéndase por mercado mayorista, “el conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica

en el sistema interconectado nacional, para realizar contrato de energía a largo plazo y en bolsa sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables". (Resolución No. 024, artículo 1°, CREG).

4 Dispone la norma en cita: "Todos los contratos de energía a largo plazo que se celebren entre comercializadores y generadores y se liquiden en la bolsa de energía se registrarán ante el Administrador del SIC. Las partes contratantes deberán estar registradas ante el Administrador del SIC y otorgar las garantías definidas en esta resolución (...)".

5 Dispone el artículo 973 del Código de Comercio: "El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.

Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación".

6 Resolución CREG - 024 de 1995, artículo 18. "Terminación de contratos. En caso de terminación de un contrato, es obligación de las partes involucradas informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la CREG para que defina las acciones correspondientes."

7 Folios 48, 49 y 52 del Cuaderno No. 1.

8 Dispone la norma en cita: "Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de

servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”.

9 La cláusula décima del contrato establece como causales de terminación unilateral del contrato, previa comunicación escrita a la otra parte: “i) el incumplimiento por parte de EL PROVEEDOR, de sus obligaciones contractuales relacionadas con la entrega de la energía contratada. Este hecho será considerado justa causa para dar por terminado el contrato. No constituye causal de incumplimiento y, por lo tanto, no dan lugar a la terminación, las restricciones en el suministro de energía por racionamiento de energía o potencia, decretadas en el ámbito nacional o por limitaciones en las redes de transmisión de propiedad diferente a la de EL PROVEEDOR. 2) La cesión parcial o total del presente contrato sin previa autorización expresa y escrita de la otra parte. Ante este hecho, el contratante sin cuya autorización previa y escrita se realizó la cesión, podrá dar por terminado el contrato sin que se genere a cargo de la parte cumplida pago alguno de perjuicios por esta causa”

10 Pueden consultarse al respecto las sentencias: SU-1193 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); SU-182 de 1998. (M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández); T-201 de 1993. (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-300 de 2000.(M.P José Gregorio Hernández Galindo); T-238 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-575 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

11 Sentencia T-575 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

12 Tal es el caso, entre otros, de los derechos a la vida y a la exclusión de la pena de

muerte (artículo 11); a la prohibición de la desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); y a la intimidad familiar (artículo 15).

13 Folio 22 del cuaderno No. 1. Dispone la norma en cita: “La sociedad se constituirá por escritura pública (...)”.

14 Sentencia T-430 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y Sentencia T-658 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

15 Folio 29 del cuaderno No.1.

16 Señala el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”. (Subrayado por fuera del texto original).

17 Folio No. 110 del cuaderno No. 1.

18 Dispone la norma en cita: “Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas.

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

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”. (Subrayado por fuera del texto original).

19 Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón.

20 Véase, sentencias T-1000 y T-1086 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

21 Sentencias T-134 de 1994 y T-640 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)..

22 En sentencia T-134 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) igualmente se determinó que: "...La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público - como de hecho lo autoriza el artículo 365 Superior - o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material - con relevancia jurídica - frente al usuario, es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial..." (Subrayado por fuera del texto original).

23 Dispone la norma en cita: "Mercado mayorista. Conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, para realizar contratos de energía a largo plazo y en bolsa sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables".

24 Determina el artículo 1° de la Resolución CREG No. 024 de 1995: "Mercado libre. Es el mercado de energía eléctrica en que participan los usuarios no regulados y quienes los proveen de energía eléctrica. (...) Mercado regulado. Es el mercado de energía eléctrica en que participan los usuarios regulados y quienes los proveen de electricidad".

25 Sentencias T-321 de 1999 y T-436 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 Sentencias T-1016 de 1999. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1432 de 2000. (M.P. Antonio Barrera Carbonell). En la primera sentencia recordó que "La Corte ha señalado con insistencia que la acción de tutela no es procedente para resolver litigios surgidos a partir de obligaciones contractuales. Sin embargo, en el caso de los servicios públicos domiciliarios es necesario introducir algunas diferenciaciones. Para todos es claro que, por lo regular, en las sociedades modernas las personas no están en condiciones de obtener por sí mismas los elementos que son absolutamente indispensables para poder adelantar

normalmente sus labores cotidianas, tales como agua, energía, etc. Precisamente para suplir a todos los asociados con esos bienes se han constituido las llamadas empresas de servicios públicos domiciliarios”.

27 Sentencia T-1061 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

28 Sentencia T-796 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

29 Sentencia T-290 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

30 Sentencia T-1008 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

31 Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

32 Sentencia T-290 de 1993. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Subrayado por fuera del texto original.

33 Dice el artículo 1501 del Código Civil: “se distinguen en cada contrato las cosas (...) que son de su naturaleza (...) [es decir] (...) las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial (...)”.

34 Dispone el artículo 1262 del Código de Comercio: “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra (...)”. Y, a su vez, el artículo 1264: “el mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos (...)”.

35 Véase, artículo 1498 del Código Civil.

36 Disponen los artículos 11 y 16 de la Resolución CREG No. 024 de 1995: “Artículo 11. REGISTRO DE LOS AGENTES DEL MERCADO MAYORISTA. Para el registro de un agente en el mercado mayorista se requiere por parte del agente: (...) d) Firmar el contrato de mandato con el Administrador del SIC para efectuar las transacciones comerciales que se efectúan en la Bolsa de Energía y para los servicios complementarios de energía. (...)”. “Artículo 16. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS. Para efectos de la liquidación de transacciones realizadas por los agentes en la bolsa de energía los contratos de energía

serán asignados por el Administrador del SIC de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta resolución. El Administrador del SIC no responde por el cumplimiento de las obligaciones que las partes de los contratos de energía asumen recíprocamente. Las obligaciones del Administrador del SIC no se enmarcan como comercializados, no dentro del proceso de compraventa de energía, sino que son de apoyo para este proceso, para lo cual actúa en la ejecución de los contratos por el mandato dado por las empresas participantes en el mercado mayorista, por cuenta y riesgo de éstos”. (Subrayado por fuera del texto original).

37 Folios 78 y 79 del cuaderno No. 1.

38 Folio 85 del cuaderno No. 1.

39 Valor del patrimonio singularizado por la parte demandante, en el estudio técnico que acompaña a la demanda de tutela (Véase, Folio 78 del cuaderno No.1). Recuérdese que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993, se entiende por patrimonio: “el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos”. El adjetivo “neto” utilizado en las normas societarias tan sólo pretende diferenciar el patrimonio desde el punto de vista contable, pues existen nociones diversas de patrimonio de raigambre legal, como el conjunto de derechos y obligaciones que se predicán de una persona (Derecho Civil Bienes) y el monto total de activos (Derecho Tributario).

40 Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Cali, referente a la empresa COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., visible a Folio 30 del cuaderno No. 1.

41 La Superintendencia de Sociedades ha sostenido en relación con la causal de disolución por reducción del patrimonio neto, que: “(...) dentro de las disposiciones que tratan de la disolución y liquidación de la sociedad anónima, el numeral 2º del artículo 457 mencionado, como en su oportunidad se precisó, indica que la ocurrencia de pérdidas que disminuyan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, constituye un motivo de disolución, por considerar que en ese estado, el patrimonio de la compañía, es decir el conjunto de activos y pasivos de que es titular la misma, no es ya suficiente para que la sociedad continúe su actividad empresarial y por ende para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a los acreedores. (...) Por tal razón la ley exige que en ese caso los administradores deben proceder de conformidad con el artículo 458

ibídem, que entre otros ordena abstenerse de iniciar nuevas operaciones, e inmediatamente convocar al máximo órgano social para que determine bien las medidas tendientes al restablecimiento del patrimonio o en su defecto, declarar la disolución y la consiguiente liquidación, con sujeción a los artículos 459 y SS. (...)”. Concepto No. 220-46276 de julio 16 de 2003.

42 Véase, al respecto, la sentencia C-865 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Véase, entre otros, los artículos 219 y 221 del Código de Comercio.

44 Véase, entre otros, los artículos 220, 250 y 251 del Código de Comercio.

45 Se trata de la aplicación de la cláusula resolutoria tácita que envuelve a todos los contratos bilaterales (C.C. art. 1546), por virtud de la cual ante el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, la otra adquiere el derecho de solicitar la terminación o resolución del contrato y, si es del caso, impetrar pretensiones indemnizatorias.

46 Dispone la norma en cita: “Artículo 28. PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá el recurso de recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II del Título VI de la Ley 142 de 1994. Contra la decisión del Administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG.

Parágrafo 1º.- De toda información requerida para hacer las liquidaciones, se mantendrá copia durante, por lo menos, dos años, para que el auditor, pueda acceder a ello y hacer las verificaciones del caso.

Parágrafo 2º.- Las controversias a las que den lugar las liquidaciones, y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. El Superintendente de Servicios Públicos, el agente que presente la solicitud y el Administrador del SIC, designarán cada uno un árbitro, quienes decidirán en derecho. Los costos de los árbitros serán sufragados por los agentes del mercado mayorista afectados en el proceso. (...)”.

47 Folios 124 y subsiguientes del cuaderno No. 2.

48 Recuérdese que el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, dispone que: “No será necesario interponer previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela. El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

49 Sobre la materia, esta Corporación ha sostenido: “(...) el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.// Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros” (Sentencia C-1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

50 Véase, fundamento No. 10 de esta providencia.

51 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

52 Sentencias T-971 y 1331 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (Subrayado

por fuera del texto original).

53 Sentencia T-290 de 1993.