



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil doce (2013)

Radicación No. 2109

Expediente: 11001-03-06-000-2012-00054-00

Referencia: Bienes de Telecom y sus teleasociadas no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que bienes que en su momento estuvieron afectos a prestación del servicio de telecomunicaciones y que hoy no lo están, puedan considerarse como de propiedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante decreto ley 1616 de 2003 se creó Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, como una sociedad anónima prestadora de servicios públicos domiciliarios, cuyo objeto social principal es la organización, operación, prestación y explotación de las actividades y servicios de telecomunicaciones.
2. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 20 del Decreto 1616 de 2003, el 13 de agosto de 2003 se celebró un contrato de explotación de bienes, activos y derechos entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- en liquidación y las Empresas Teleasociadas en liquidación, por una parte, y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, por otra, en virtud del cual esta última recibe, a cambio de una remuneración, el uso y goce de los bienes que las primeras tenían destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones.
3. En relación con los bienes no afectos al servicio o que dejen de estarlo, que son aquéllos sobre los cuales recae la presente consulta, el referido

contrato dispone que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. los devolverá a TELECOM y a las demás Telesociadas –hoy en liquidación.

4. Para la Contraloría General de la República existen bienes no destinados al servicio de telecomunicaciones que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. mantiene en su poder y explota comercialmente, lo que, a su juicio, constituye un detrimento patrimonial para las entidades en liquidación. Según el organismo de control, no es posible jurídicamente que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. conserve dichos bienes, razón por la cual tiene que devolverlos a la liquidación de TELECOM y las Telesociadas, junto con los recursos que ha generado su explotación.

5. Por su parte, el organismo consultante considera que el cambio en la forma de remuneración inicialmente pactada (Otro sí 2 de 2006) hizo perder sustento a la obligación contractual de devolver los bienes que dejan de estar afectos al servicio de telecomunicaciones, pues ello estaba ligado a la forma en como se había calculado originalmente la contraprestación que debía pagar Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Con base en lo anterior, se consulta:

“¿Teniendo en cuenta el Decreto Ley 1616 de 2003 y demás normas vigentes, así como el contenido del Contrato de Explotación suscrito el 13 de agosto de 2003, con sus respectivas modificaciones, entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y TELECOM EN LIQUIDACIÓN y las empresas TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN, existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., pueda conservar la tenencia, uso y goce de los bienes no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin que exista obligación legal de devolverlos ni pagar contraprestación alguna?”

II. CONSIDERACIONES

A. Régimen legal y reglamentario de los bienes no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones en la liquidación de Telecom y las Telesociadas.

1. Mediante los Decretos 1603 a 1615 de 2003, el Gobierno Nacional ordenó la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –Telecom- y sus Telesociadas¹. A su vez, el Decreto 1616 de 2003 creó Colombia

¹ Telecaquetá (D.1603 de 2003); Telemaicao (D.1604 de 2003); Telecalarcá (D.1605 de 2003); Teletuluá (D. 1606 de 2003); Telenariño (D.1607 de 2003); Telesantarosa (D.1608 de 2003);

Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como una sociedad anónima prestadora de servicios públicos domiciliarios, encargada de la organización, operación, prestación y explotación de las actividades y los servicios de telecomunicaciones.

2. En esta reforma institucional, los referidos decretos previeron que:

2.1 La nueva empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., continuaría con la prestación del servicio de telecomunicaciones que estaba a cargo de las entidades liquidadas², para lo cual recibiría mediante un contrato de explotación y a cambio de una remuneración, los bienes que aquéllas tenían destinados a la prestación de dicho servicio. Así, el Decreto 1615 de 2003³ que ordena la liquidación de TELECOM dispone:

“Artículo 8°. Contrato de explotación. Con el propósito de generar recursos para atender pasivos y de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, se ordena a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom en liquidación celebrar en forma directa y en conjunto con las demás empresas del orden nacional prestatarias de servicios de telecomunicaciones cuya liquidación se disponga, **un Contrato de Explotación para el uso y goce de los bienes, activos y derechos requeridos para la prestación del servicio de telecomunicaciones**, con aquella entidad que se establezca como Gestor del Servicio, en los términos del artículo 39 numeral 3 de la Ley 142 de 1994, **respetando las disposiciones legales y reglamentarias sobre la liquidación de entidades públicas.**” (se resalta)

A su vez, el Decreto 1616 de 2003 que crea Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., establece en el mismo sentido lo siguiente:

“Artículo 18. Celebración de un contrato de explotación. Con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P. celebrará, entre otros, y en forma directa

Telecartagena (D.1609 de 2003); Telebuenaventura (D.1610 de 2003); Telearmenia (D.1611 de 2003); Teletolima (D. 1612 de 2003); Teleupar (D.1613 de 2003); Telehuila (D.1614); y Telecom (D. 1615 de 2003). Posteriormente, mediante Decreto 1773 de 2004 se ordenó también la liquidación de Telesantamarta.

² Decreto 1616 de 2003. “Artículo 14. Contratos de interconexión y de prestación del servicio público. Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P. se subroga en los contratos de interconexión celebrados con operadores de telecomunicaciones, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación y por las Telesociadas en liquidación, en las mismas condiciones que fueron pactados. Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P. se subroga en los contratos de condiciones uniformes y en los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones celebrados con los usuarios de dichos servicios, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom y por las Telesociadas, en las mismas condiciones que fueron pactadas.” Esta misma subrogación se ordena en el Decreto 1615 de 2003 que liquida TELECOM.

³ En adelante se toma como referencia el Decreto 1615 de 2003 relativo a TELECOM, ya que los demás decretos que ordenaron la liquidación de las Telesociadas comparten el mismo contenido normativo.

con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación y con las Telesociadas en liquidación, **un Contrato de Explotación para el uso y goce de los bienes, activos y derechos requeridos para la prestación del servicio de telecomunicaciones**, en los términos del artículo 39 numeral 3 de la Ley 142 de 1994." (negrilla fuera del texto)

2.2. En relación con la antigua Telecom y sus Telesociadas la reforma dispuso que procederían a su liquidación inmediata siguiendo las reglas establecidas en el decreto 254 de 2000 para la liquidación de entidades públicas⁴; según los decretos de liquidación (decretos 1603 a 1615 de 2003), la masa de la liquidación de estas entidades estaría compuesta entonces por (i) la contraprestación que la nueva empresa pagaría por la explotación de los bienes destinados a él y (ii) *por los bienes no afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones*⁵.

3. Particularmente, respecto de estos bienes de las entidades liquidadas *no afectos a la prestación del servicio*, los decretos 1603 a 1615 ordenaron su realización por el liquidador para el pago de los pasivos que pudieran existir. Así el Decreto 1615 de 2003 señala:

Artículo 7°. Bienes afectos y no afectos a la prestación del servicio. Se entiende por bienes afectos al servicio, los necesarios para la prestación del servicio de telecomunicaciones, de acuerdo con la metodología que se establezca en el contrato de explotación.

Los bienes muebles e inmuebles **no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones, serán realizados por el liquidador** de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación (...)”⁶. (se resalta)

4. En este punto es preciso señalar que la realización de estos bienes no destinados a la prestación del servicio se sujeta a las reglas generales del

⁴ El artículo 1 del Decreto 1615 de 2003 establece que "(...) **El régimen de liquidación será el determinado por el Decreto ley 254 de 2000.**" (se resalta). En igual sentido, el artículo 12 del mismo Decreto 1615 de 2003 remite nuevamente al régimen de liquidación establecido en el Decreto Ley 254 de 2000: "**Artículo 12. Funciones del Liquidador.** El Liquidador actuará como representante legal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom en liquidación y adelantará el proceso de liquidación de la Empresa, **dentro del marco de las disposiciones del Decreto ley 254 de 2000**, de las atribuciones señaladas en el presente decreto, y de las demás normas aplicables." (se resalta)

⁵ "**Artículo 9.- Masa de la liquidación. Modificado por el Decreto 4781 de 2005.** "Artículo 9o. Masa de la liquidación. La masa de la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom en Liquidación estará constituida por los bienes de propiedad de Telecom en Liquidación, a los que se refiere el artículo 20 del Decreto-ley 254 de 2000 y la contraprestación que pague el Gestor del Servicio en virtud del contrato de explotación a que se refiere el artículo anterior."

⁶ Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 254 de 2000 que dispone cómo se integra la masa de liquidación de las entidades estatales públicas sometidas a ese proceso concursal: "**Artículo 20. Masa de la liquidación.** Integran la masa de la liquidación todos los bienes, las utilidades, rendimientos financieros y cualquier tipo de derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar al patrimonio de la entidad a liquidar."

Decreto Ley 254 de 2000, según el cual el liquidador debe, dentro del proceso concursal, hacer un primer ofrecimiento a título oneroso a otras entidades estatales y, en su defecto, a terceros bajo criterios estrictamente comerciales:

“Artículo 30- Modificado por la Ley 1105 de 2006: Enajenación de activos a otras entidades públicas. La entidad en liquidación publicará en la página web que determine el Gobierno Nacional una relación del inventario y avalúo de los bienes de la entidad, con el fin de que en un plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la fecha de la publicación, las demás entidades públicas informen si se encuentran interesadas en adquirir a título oneroso cualquiera de dichos bienes. El precio base para la compra del bien es el valor del avalúo comercial. La entidad propietaria del bien puede establecer un valor inferior al del avalúo comercial que incorpore el costo de oportunidad del dinero y el valor presente neto de la administración y mantenimiento, de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. Asimismo, la entidad propietaria puede establecer la forma de pago correspondiente. En caso tal que existan varias entidades interesadas en adquirir el bien, se dará prioridad a aquella entidad con la mejor oferta económica. Si tal manifestación ocurre dentro del plazo estipulado, el liquidador celebrará un convenio interadministrativo con la entidad respectiva en el cual se estipularán las condiciones de la venta.⁷

Artículo 31. Modificado por la Ley 1105 de 2006: Enajenación de activos a terceros. Los activos de la entidad en liquidación que no sean adquiridos por otras entidades públicas, se enajenarán con criterio estrictamente comercial, con sujeción a las siguientes normas:

- a) El liquidador podrá celebrar contratos con entidades públicas o privadas para promocionar y gestionar la pronta enajenación de los bienes;
- b) La enajenación se hará por subasta, con o sin martillo, o por contratación directa bajo criterios de selección objetiva;
- c) Se podrán admitir ofertas de pago del precio a plazo, con la constitución de garantías suficientes a favor de la entidad que determine el liquidador;
- d) El precio base de enajenación será el del avalúo comercial. En todo caso, el valor por el cual podrá enajenar el liquidador los activos será su valor en el mercado, que debe incorporar el costo de oportunidad del dinero y el valor presente neto de la

⁷ El texto original del Decreto 254 de 2000 establecía: “Enajenación de activos a otras entidades públicas. Copia del inventario y avalúo de los bienes de la entidad en liquidación deberá remitirse a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, con el fin de que en un plazo máximo de treinta (30) días, informen si se encuentran interesados en adquirir cualquiera de dichos elementos. Si tal manifestación ocurre dentro del plazo estipulado, el liquidador celebrará un convenio interadministrativo con la entidad respectiva.”.

administración y mantenimiento, de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional;

e) Se podrá hacer uso de mecanismos tales como la enajenación del predio total o la división material del mismo y la enajenación de los lotes resultantes, la preselección de oferentes, la constitución de propiedad horizontal sobre edificaciones para facilitar la enajenación de las unidades privadas resultantes y los demás que para el efecto determine el reglamento (...)

5. Así mismo, debe recordarse la obligación del liquidador de realizar el inventario de los bienes de las entidades liquidadas, como lo dispone de manera general el Decreto Ley 254 de 2000⁸ y, en este caso en particular, el artículo 12 del Decreto 1615 de 2003:

“Artículo 12. Funciones del Liquidador. El Liquidador actuará como representante legal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom en liquidación y adelantará el proceso de liquidación de la Empresa, dentro del marco de las disposiciones del Decreto ley 254 de 2000, de las atribuciones señaladas en el presente decreto, y de las demás normas aplicables. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

12.1. **(Modificado por el Decreto 4781 de 2005).** Realizar el inventario físico detallado y el avalúo de los activos y de aquellos bienes declarados como tales por el Gestor del Servicio y elaborar el inventario de los pasivos de la entidad, en los términos del presente decreto”⁹.

6. Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene entonces que los bienes que Telecom y las Teleasociadas **no destinaban a la prestación del servicio de telecomunicaciones al momento de su supresión**, forman parte de su masa de la liquidación y se encuentran sujetos a las reglas generales del Decreto Ley 254 de 2000 para su contabilización y realización; por lo mismo, no deberían formar parte del objeto del contrato de explotación

⁸ **“Artículo 18. Modificado por la Ley 1105 de 2006. Inventarios** El liquidador dispondrá la realización de un inventario físico, jurídico y contable detallado de los activos, pasivos, cuentas de orden y contingencias de la entidad, el cual deberá ser realizado dentro de un plazo no superior a seis (6) meses, contado a partir de la fecha de su posesión, prorrogables por una sola vez por un plazo no superior a seis (6) meses; dicha prórroga debe estar debidamente justificada.” (El texto original del Decreto –Ley 254 de 2000 daba un plazo de tres meses para realizar el inventario).

⁹ El aparte tachado fue anulado por el Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de marzo de 2012, M.P. María Elizabeth García González. El Consejo de Estado consideró que el inventario debe cobijar la totalidad de bienes de la entidad en liquidación como lo dispone el Decreto Ley 254 de 2000; por ello, concluyó que el decreto excedía la potestad reglamentaria al señalar que en el caso de Telecom el inventario sólo cobijaba *los bienes no afectos a la prestación del servicio*, lo que excluía el de aquéllos que sí tenían dicha finalidad. En igual sentido, sentencia del 11 de febrero de 2010, M.P. María Claudia Rojas Lasso, exp. 2006-00129.

entre las entidades liquidadas y la nueva operadora del servicio de telecomunicaciones, el cual solamente puede recaer sobre los bienes afectos a esa finalidad.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que los bienes no afectos al servicio, no podrían ser entregados a título gratuito y sin contraprestación alguna a la nueva empresa operadora del servicio, pues, como se ha señalado, están destinados a atender el pago de los pasivos que dejaron las empresas liquidadas.

Es así que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 4781 de 2005, autorizó la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes (PAR) encargado específicamente de la administración y realización de este tipo de bienes:

"Artículo 3°. Modifícanse los numerales 12.1, 12.2 y 12.4; y adiciónanse los numerales 12.28 y 12.29 al artículo 12 del Decreto 1615 de 2003, los cuales quedarán así:

"Artículo 12. Funciones del liquidador. El Liquidador actuará como representante legal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en Liquidación y adelantará el proceso de liquidación de la Empresa dentro del marco de las disposiciones del Decreto-ley 254 de 2000, de las atribuciones señaladas en el presente decreto y de las demás normas aplicables. En particular ejercerá las siguientes funciones:

*12.29. **Celebrar un contrato de fiducia mercantil para la constitución del PAR, cuya finalidad será la administración, enajenación y saneamiento de los activos no afectos al servicio;** la administración, conservación, custodia y transferencia de los archivos; la atención de las obligaciones remanentes y contingentes, así como de los procesos judiciales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio y el cumplimiento de las demás actividades, obligaciones o fines que se indican en el presente decreto o que de conformidad con la ley correspondan a las sociedades Fiduciarias". (se subraya)*

Por tanto, el contrato de explotación suscrito entre las entidades liquidadas y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. recae exclusivamente sobre los bienes afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones; respecto de los *bienes no afectos al servicio*, el contrato prevé su devolución a las entidades en liquidación como pasa a revisarse.

B. El contrato de explotación suscrito entre Telecom y las Telesociadas, por una parte, y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, por otra.

162

1. El objeto del contrato: explotación de los bienes afectos a la prestación del servicio.

De acuerdo con lo señalado en el capítulo anterior, el 13 de agosto de 2003 se celebró un contrato de explotación de bienes, activos y derechos entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- en liquidación y las Empresas Telesociadas en liquidación, por una parte, y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., por otra, en virtud del cual esta última recibe, a cambio de una remuneración, el uso y goce *de los bienes que las primeras tenían destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones*. Así, la Cláusula 2 del contrato establece:

"**Cláusula 2. Objeto.** El objeto del presente contrato consiste en regular las obligaciones legales de:

- a) Otorgar a título oneroso a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., por parte de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas **el derecho de uso y goce de los bienes que dichas entidades destinaban a la prestación del servicio de telecomunicaciones para su explotación.**
- b) Pagar la contraprestación por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. para que las liquidaciones de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas atiendan los pasivos a su cargo.
- c) Hacer uso de tales bienes, por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., para prestar los servicios de telecomunicaciones a su cargo.
- d) Hacer la administración y coordinación, por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., de los contratos celebrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas, para que se ejecuten de acuerdo con lo pactado si tales contratos estaban en curso cuando se dictaron los decretos que suprimieron dichas entidades, y si estaban afectos a la continuidad de la prestación del servicio de telecomunicaciones.
- e) Hacer gestiones de cartera corriente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas, y de terceros." (se resalta)

El destino final de estos bienes será su transferencia definitiva a Colombia Telecomunicaciones una vez ésta pague la totalidad de la contraprestación acordada entre las partes (Cláusula 13).

2. La obligación de devolver a las entidades liquidadas los bienes no afectos a la prestación del servicio.

Ahora bien, en la parte considerativa del contrato las partes dejan constancia de las siguientes circunstancias que resultan relevantes en la presente consulta para determinar la situación de aquellos bienes que las entidades suprimidas *no destinaban a la prestación del servicio al momento de su liquidación*:

"Que para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de Telecomunicaciones que ofrecían la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, ha sido tenedora **del universo de bienes de estas empresas**, a partir de la vigencia de los decretos que ordenaron la supresión, disolución y liquidación de las entidades mencionadas.

Que la tenencia del universo de bienes de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y de las Telesociadas, la recibió Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P **sin inventarios previos** y por ministerio de la ley". (se resalta)

De modo que, como Colombia Telecomunicaciones quedó con la tenencia no sólo de los bienes objeto del contrato, es decir, los destinados a la prestación del servicio, sino de la universalidad de bienes de las entidades liquidadas, surgieron obligaciones contractuales relacionadas con el inventario, identificación y devolución a las entidades en liquidación *de los bienes no afectos al servicio*, los cuales, por disposición de los decretos que ordenaron las respectivas liquidaciones, no eran parte del contrato de explotación, sino que integraban la masa de la liquidación a efectos de su realización en los términos del Decreto-Ley 254 de 2000, según ya se señaló.

Así, la Cláusula 4 del Contrato establece, entre otras obligaciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., las siguientes:

"Cláusula 4. Obligaciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

En virtud del presente contrato, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., asume las siguientes obligaciones:

4.7 Colaborar en **la realización de los inventarios** de los activos que a cualquier título tengan la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas de los cuales es tenedora Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por ministerio de la ley, en los términos de los convenios que se suscriban para el efecto en ejecución del presente contrato

4.10 **Devolver a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y a las Telesociadas los bienes recibidos por ministerio de la ley, cuyo uso y goce no requiere para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.**

4.11 **Devolver a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y a las Telesociadas los bienes inmuebles cuyo uso y goce en cualquier momento deje de requerir para la prestación del servicio de telecomunicaciones."** (se resalta)

En este mismo orden, la Cláusula 8ª del contrato fija la responsabilidad de Colombia Telecomunicaciones por los bienes no afectos a la prestación del

servicio que se encuentren en su poder, hasta su identificación y devolución a las entidades liquidadas:

"Cláusula 8. Tenencia de los bienes que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y las Telesociadas destinaban a prestar servicios (...).

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. será responsable hasta por culpa leve en relación con los bienes que tiene por ministerio de la ley para garantizar la continuidad de la prestación del servicio de telecomunicaciones y respecto de los cuales recibe el derecho de uso y goce, hasta que se haga propietaria de ellos. **Igual responsabilidad tendrá sobre los bienes que detenta materialmente por ministerio de la ley no afectos a la prestación del servicio, hasta su identificación y devolución a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones o a las Telesociadas.** (...)" (se resalta)

Igualmente, la cláusula 9 del Contrato prevé la obligación de Colombia Telecomunicaciones de identificar los bienes afectos y no afectos al servicio (o que dejen de estarlo), estos últimos con el deber de ser devueltos a las entidades en liquidación:

"Cláusula 9. Determinación y recibo de los bienes requeridos para prestar el servicio.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. identificará dentro de los doce (12) meses siguientes a la celebración del presente contrato, los bienes que requiera para prestar el servicio de telecomunicaciones, así como los contratos afectos al mismo propósito; unos y otros continuarán afectos a la prestación del servicio (...)

Una vez identifique tales bienes y contratos, el liquidador de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones o de cada una de las Telesociadas, suscribirá con Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. un acta para individualizar lo bienes y contratos.

En esta u otra acta **se hará constar la entrega a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones o a la Telesociada que corresponda, de todos aquellos bienes que Colombia Telecomunicaciones no requiera para prestar el servicio de telecomunicaciones.**

Parágrafo. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. podrá en cualquier tiempo restituir aquéllos inmuebles que la empresa Nacional de Telecomunicaciones o las Telesociadas destinaban a prestar el servicio de telecomunicaciones y **que dejen de ser requeridos para ello. Estos bienes serán, en consecuencia, excluidos del objeto del presente contrato.** Su restitución se efectuará con la firma de un acta, suscrita por las respectivas partes." (se resalta)

Correlativamente, el contrato reconoce expresamente el derecho de Telecom y las Telesociadas en liquidación, a obtener la restitución de los bienes que no se destinaban a la prestación del servicio o que Colombia Telecomunicaciones deje de requerir para ello:

165

"Cláusula 5. Derechos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y de las Telesociadas.

En lo que no haya sido previsto por la ley, en virtud del presente contrato, tanto la Empresa Nacional de Telecomunicaciones como las Telesociadas (o, en el futuro y, según lo pertinente, el PARAPAT o sus cesionarios), adquieren los siguientes derechos:

5.1 Recibir de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. **los bienes que tenían y que no destinaban para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones, o que ya no se requieran para ello.**¹⁰ (se resalta)

En síntesis, el contrato de explotación simplemente refleja lo que dispusieron en su momento los decretos de liquidación y el propio decreto de creación de Colombia Telecomunicaciones, que buscaban darle a esta última la posibilidad de seguir prestando el servicio de telecomunicaciones con los bienes que las entidades suprimidas destinaban a ese fin, lo que implicaba el tener que devolver a las liquidaciones los bienes que no tenían esa finalidad. Es ese aspecto no cabía pacto en contrario entre las partes.

3. Pacto especial sobre los bienes que durante el desarrollo del contrato dejan de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Es importante resaltar que conforme a las ya transcritas Cláusulas 4 (Obligaciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), 5 (Derechos de Telecom y las Telesociadas) y 9 (Determinación y recibo de los bienes requeridos para prestar el servicio), la obligación de devolución se extendió por mutuo acuerdo entre las partes, además de los bienes que las entidades liquidadas no destinaban a la prestación del servicio una vez se produjo su disolución, *a aquéllos otros que durante el desarrollo del contrato dejen de tener esa finalidad.*

Así, la Cláusula 4 establece que Colombia Telecomunicaciones está obligada a devolver *"los bienes inmuebles cuyo uso y goce en cualquier momento deje de requerir para la prestación del servicio de telecomunicaciones"*; la Cláusula 5 consagra el derecho de Telecom y las Telesociadas a recibir *"los bienes que tenían y que no destinaban para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones, o*

¹⁰ En concordancia, en la Cláusula 3 se establece el deber de las entidades en liquidación de recibir de Colombia Telecomunicaciones los bienes que no están destinados a la prestación del servicio: "Cláusula 3. Obligaciones de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y de las Telesociadas: (...) 3.7. Recibir los bienes inmuebles de propiedad de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y de cada una de las Telesociadas, que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P no requiera para prestar el servicio de telecomunicaciones."

que ya no se requieran para ello”; y la Cláusula 9 dispone que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. restituirá *“aquéllos inmuebles que la empresa Nacional de Telecomunicaciones o las Telesociadas destinaban a prestar el servicio de telecomunicaciones y que dejen de ser requeridos para ello.”*

En todo caso, es preciso advertir que esta obligación de devolver también los bienes que en el transcurso del contrato dejen de estar afectos al servicio de telecomunicaciones *es eminentemente contractual* (no estaba prevista en los decretos de liquidación), de manera que podría ser objeto de negociación entre las partes; ello, claro está, sin perjuicio de que por parte del liquidador o quien haga sus veces, se tenga en cuenta la razonabilidad económica de la operación y se protejan los intereses de las entidades liquidadas.

4. Otrosí No. 2 de 2006. Efectos frente a la obligación de devolver los bienes que durante el desarrollo del contrato dejan de estar afectos al servicio de telecomunicaciones.

Precisamente, en este último aspecto que acaba de exponerse, la entidad consultante pregunta hasta dónde es posible entender que la obligación contractual de devolución de los bienes que durante el desarrollo del contrato han dejado de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, desapareció con el Otrosí No. 2 del 21 de abril de 2006, en particular por la variación en la remuneración pactada por la explotación de los bienes destinados al servicio de telecomunicaciones.

Al respecto se tiene lo siguiente. La Cláusula 14 del contrato señalaba inicialmente que la contraprestación por el uso de los bienes destinados a la prestación del servicio correspondería al 95% de la utilidad operacional de la nueva empresa, hasta que se cubrieran los pasivos de las entidades liquidadas o hasta que se pagara el valor total de bienes objeto del contrato:

“Cláusula 14. Valor de la Contraprestación.

La contraprestación que pagará Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. será el equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de su utilidad operacional hasta concurrencia del valor de los pasivos de las fideicomitentes y, en particular, del pagaré relacionado con obligaciones pensionales de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley 651 de 2001); o hasta la concurrencia del valor de los bienes fideicomitados de las sociedades en liquidación, evaluados como de empresas en marcha o a través de cualquier otro medio técnicamente aceptable, si éste fuere mayor.”

Lo anterior, sin perjuicio de una contraprestación mínima pactada para cada año, hasta la fecha de terminación del contrato en el año 2020 (Cláusula 15).

Además, como ya se señaló, se establecía que una vez pagada la totalidad de la remuneración pactada, los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, por cuyo uso y explotación se estaba pagando la contraprestación, pasarían a ser propiedad de Colombia Telecomunicaciones (Cláusulas 7 y 13).

En todo caso, como se acaba de ver, Colombia Telecomunicaciones se obligaba a devolver todos los bienes no destinados al servicio (que no eran objeto del contrato), *así como los que dejarán de cumplir dicha finalidad*.

Con la suscripción del Otrosí No.2 del 21 de abril de 2006 se modifica la Cláusula 14 del contrato, fijando una contraprestación pagadera en 17 cuotas anuales, a partir de una valor inicial que se irá justando anualmente conforme al IPC más un 4%. Dicha cláusula establece en su parte pertinente lo siguiente:

"Cláusula 14. Contraprestación.

14.1 A partir de la presente modificación al Contrato de Explotación, la contraprestación será igual al agregado de diecisiete (17) cuotas anuales (en adelante "Cuotas de la Contraprestación y cada una de las cuotas anuales una "Cuota de la Contraprestación"). (...)

14.5 La Primera Cuota de la Contraprestación será por un monto equivalente a aplicar la siguiente fórmula:

$$CC2006 = 350.000.000.000 * NB/365$$

Donde:

CC2006 es el valor de la Primera Cuota de Contraprestación

NB es la cantidad de días desde la fecha en que entre en vigencia la Modificación No. 2 (incluido dicho día) y el 31 de diciembre de 2016 (...)"¹¹

De esta manera, como establece más adelante la misma cláusula 14, la contraprestación se desliga del monto de los pasivos de las entidades en liquidación, en especial de su pasivo pensional¹², y se ratifica, como ya se establecía en el contrato inicial, que con el pago total de la contraprestación, los bienes recibidos por Colombia Telecomunicaciones y afectos a la prestación del servicio, pasarán a ser de su propiedad:

" (...) 14.10 Los activos y demás derechos objeto de este Contrato de Explotación **(incluyendo sin limitación todos los activos inherentes a la prestación del**

¹¹ Para los años subsiguientes se pactará un sistema de ajustes conforme el IPC, más un porcentaje adicional del 4%.

¹² La Ley 1509 de 2012 establece que "en caso de que los recursos de su liquidación sean insuficientes, las respectivas obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...)"

servicio de telecomunicaciones cuyo uso, explotación o administración fueron entregados a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P) se transferirán a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. cuando se haya pagado la totalidad de las Cuotas de la Contraprestación (independientemente del saldo del pasivo pensional y otros pasivos que tenga el PARAPAT para dicha fecha) contra la totalidad de las cuentas por pagar (junto con los intereses y ajustes, causados o no) que en ese momento tenga Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom en Liquidación, las Telesociadas en Liquidación o el PARAPAT, las cuales se tomarán de los estados financieros del cierre contable definitivo del mes de abril de 2006.”¹³ (los paréntesis forman parte del texto original).

No obstante, pese a lo señalado por la entidad consultante sobre lo que hubiera podido ser la intención de las partes en su momento, la Sala observa que el Otrosí No.2 no aclara cómo se pactó la nueva contraprestación y tampoco establece que con la nueva fórmula se elimina el deber de revertir a las entidades liquidadas los bienes que durante el desarrollo del contrato dejan de estar afectos a la actividad de telecomunicaciones; además, una interpretación en dicho sentido se enfrenta a la circunstancia aún más poderosa de que dicho otrosí no modificó las cláusulas 4, 5 y 9 del contrato original en que expresamente se pactó esa obligación¹⁴.

Al contrario, la Cláusula 19 del Otrosí No. 2 señala expresamente que *“las cláusulas del contrato de explotación que no se modifican mediante esta Modificación No.2 permanecerán vigentes y sin ninguna modificación, para todas las partes, lo cual ratifican con la firma del presente Acuerdo.”*

De manera que estando vigentes las referidas cláusulas 4, 5 y 9¹⁵ del contrato de explotación, subsiste el deber de Colombia Telecomunicaciones S.A.E.S.P. de devolver también los bienes que durante el desarrollo del contrato dejen de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Con base en lo anterior,

¹³ Según la parte motiva, la modificación se basa en la necesidad de ajustar el modelo de gestión de Colombia Telecomunicaciones, con el fin de permitirle afrontar nuevos retos en el mercado, como sería su entrada en el mercado móvil.

¹⁴ Por demás, la parte considerativa del respectivo otrosí, en la cual se explican las razones que motivan su suscripción, tampoco hace referencia al interés de las partes en modificar el régimen pactado para los bienes que en el transcurso del contrato dejan de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

¹⁵ La Cláusula 9 sufrió solamente una modificación parcial con el Otrosí No.1 del 1 de diciembre de 2004, en el sentido de extender el plazo para hacer el inventario de los bienes afectos y no afectos al servicio, en la medida que hasta ese momento no había sido realizado.

La Sala RESPONDE

“¿Teniendo en cuenta el Decreto Ley 1616 de 2003 y demás normas vigentes, así como el contenido del Contrato de Explotación suscrito el 13 de agosto de 2003, con sus respectivas modificaciones, entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y TELECOM EN LIQUIDACIÓN y las empresas TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN, existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., pueda conservar la tenencia, uso y goce de los bienes no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin que exista obligación legal de devolverlos ni pagar contraprestación alguna?”

No existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., pueda conservar la tenencia, uso y goce de los bienes que las entidades liquidadas no destinaban a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin que exista obligación legal de devolverlos ni pagar contraprestación alguna.

Respecto de los bienes que con posterioridad a la celebración del contrato de explotación dejaron de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, el contrato de explotación suscrito entre las partes establece actualmente que deberán ser devueltos a Telecom y las Telesociadas o a quien represente sus derechos.

Remítase al señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala


LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado


AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado


OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

09 MAYO 2013

LEVANTAMIENTO DE RESERVA OFICIO RECIBIDO EL 9 DE MAYO DE 2013 DEL
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES