



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)

Convocante: NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES

Convocadas: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Temas: CAUSAL DE ANULACIÓN POR FALTA DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA) – (...) es evidente que los conceptos “relevancia del propósito integrador”, “controversia” y “aplicabilidad del derecho andino” deben predicarse en cada caso concreto para que se imponga el deber de solicitar la interpretación prejudicial del TJCA. Desconocer esos criterios significaría desgastar la jurisdicción del TJCA en consultas que no tienen sentido para la finalidad del derecho comunitario y, también, existiría el riesgo de abrir paso a una cesión de la jurisdicción nacional, en contra de lo dispuesto en las disposiciones de la Decisión 500 (...). // (...) para el análisis de la causal por falta de interpretación prejudicial, es indispensable tener en cuenta que la simple coincidencia de las definiciones del derecho andino con los términos utilizados en la demanda o en el laudo arbitral no constituye presupuesto suficiente para anular el laudo arbitral.// (...) en este caso la comparación entre el contenido normativo de las decisiones comunitarias y el objeto de la controversia lleva a observar que no existe disposición alguna que se refiera a la CLÁUSULA DE REVERSIÓN - no le compete al TJCA desplazar a los árbitros en la interpretación de las pruebas. / CAUSAL DE ANULACIÓN POR FALTA DE PRUEBA – no se tipifica en caso de rechazo razonado de nuevas preguntas en la etapa de contradicción del dictamen debidamente decretado y practicado en el proceso arbitral / CAUSAL POR INCONGRUENCIA no se presenta en la decisión de fijar un plazo para el pago de la condena / FALLO EN CONCIENCIA – la causal no abre paso a una segunda instancia, no se puede fundar en una apreciación diferente de la ley, del contrato o de la prueba.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

INDICE

	Pág.
ANTECEDENTES	6
1. El procedimiento arbitral	7
2. La demanda presentada al tribunal de arbitramento	7
2.1. Pretensiones	7
2.2. Síntesis del caso	9
3. El laudo arbitral (transcripción parcial y resumen)	11
4. Las causales invocadas en los recursos de anulación	22
5. Otras actuaciones en el trámite del recurso de anulación (informe de pago del laudo).	22
CONSIDERACIONES	
1. La causal de falta de interpretación prejudicial	24
1.1. Argumentos presentados por COMCEL	24
1.2. Argumentos presentados por COLTEL	26
1.3. Contestación de MINTIC	29
1.4. Consideraciones acerca de la causal de interpretación prejudicial	34
1.5. Fuerza vinculante de la interpretación prejudicial	40
1.6. El problema jurídico: ¿pueden las partes del conflicto arbitral decidir que no se consulte al Tribunal Andino de Justicia?	43
1.7. ¿Cómo se trató el asunto de la interpretación prejudicial en el trámite arbitral?	46
1.8. Las disposiciones del derecho comunitario que fueron invocadas en los recursos, como aplicables al presente caso (Decisiones 439 y 462)	49
1.9. Análisis de la aplicación de las disposiciones comunitarias al caso concreto. Conclusiones.	53
CAUSALES INVOCADAS POR COMCEL	
2. Causal 5 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Haberse negado el decreto de una prueba	58



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

2.1	Argumentos presentados por COMCEL	58
2.2.	Contestación de MINTIC	59
2.3.	Consideraciones de la Sala acerca de la causal 5. Recuento del debido proceso en el decreto, práctica y contradicción del dictamen pericial.	60
3.	Causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012	66
3.1	Argumentos presentados por COMCEL	66
3.2	Contestación de MINTIC	66
3.3.	Consideraciones acerca de las disposiciones contradictorias y error aritmético en la aplicación del escenario financiero escogido por el Tribunal de Arbitramento	66
4.	Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012	68
4.1	Argumentos presentados por COMCEL	68
4.2	Contestación de MINTIC	69
4.3	Consideraciones acerca de la supuesta incongruencia por fijar un plazo para el pago de la condena	69
5	Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Consideraciones generales del fallo en conciencia	71
5.1	El laudo no aplicó régimen de transición de la Ley 1341 de 2009	72
5.2	El Tribunal de Arbitramento no aplicó la definición de reversión de la legislación de telecomunicaciones	74
5.3	Falta de aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993	74
5.4	Fallo en conciencia por cuanto el Tribunal aplicó intereses moratorios desconociendo los intereses del contrato estatal	76
5.5	El Tribunal de Arbitramento aplicó un plazo para el pago desconociendo la ley en materia de pago de condenas	78
5.6.	Decreto de pruebas en oposición a las normas procesales aplicables al caso	79
5.7	Análisis del posible fallo en equidad al momento de definir la valoración económica de la condena	83
5.8	El Tribunal de Arbitramento falló en equidad al no condenar al pago de la obligación como la ley y los contratos lo establecían	85
5.9	El Tribunal dejó de apreciar la prueba de los hechos fundamentales del proceso	88



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.10	Fallo en equidad al condenar al pago de una suma tasada con base en el patrimonio de un tercero	89
6	CAUSALES INVOCADAS POR COLTEL	
6.1	Causal 8 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012	90
6.2	Contestación de MINTIC	94
6.3	Consideraciones y conclusiones de la Sala acerca de la incongruencia y el supuesto fallo <i>extra petita</i>	94
7	Costas	100
	RESOLUTIVAS	101

Decide la Sala los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por las convocadas contra el laudo arbitral de 25 de julio de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones- MINTIC, como parte convocante y las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular COMCEL S.A., como partes convocadas, laudo en el cual se resolvió (se transcribe de forma literal):

"Primero: Negar las excepciones propuestas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP bajo la denominación: 'Caducidad de la acción'; 'Prescripción'; 'Ausencia de derecho a obtener una reversión sobre bienes distintos del espectro'; 'Ausencia de derecho a obtener una reversión con el alcance indicado por La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones' y 'Derecho a una Compensación'.

"Segundo: Negar las excepciones propuestas por COMUNICACIÓN CELULAR S.A.COMCELS.A. bajo la denominación: 'Cosa juzgada de las diferencias surgidas entre Mintic y Comcel'; 'Cumplimiento del contrato'. Lo único que debía revertir Comcel era el espectro radioeléctrico'; 'Indebida interpretación de la Corte Constitucional'; 'Reversión exclusiva de! espectro radioeléctrico a cargo de Comcel, por interpretación de la cláusula 33 de los contratos'; 'Error communis facit ius'; 'Violación al régimen de buena fe y confianza legítima'; 'La obligación de Comcel bajo los contratos obligaban (sic) a revertir -antes del cambio legislativo exclusivamente lo relacionado a la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

la estación base y viceversa dentro del Plan Mínimo de Expansión'; 'La reversión pretendida por la convocante implicaría un desequilibrio económico del contrato'; e 'Inexistencia de daños y perjuicios.'

"Tercero: Declarar que prosperan las excepciones propuestas por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCELS.A. bajo la denominación 'Inexistencia de obligación de dar los bienes empleados para el pago del precio del espectro adicional entregados en las modificaciones al contrato del 30 de diciembre de 2004' y 'La reversión pretendida por la convocante es técnicamente imposible ...'; con el alcance que se señaló en la parte motiva.

"Cuarto: Declarar que la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA - REVERSIÓN de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 Y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994, celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para los respectivos operadores celulares mencionados, conforme se establece en los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano. Por consiguiente prospera la pretensión 1.1. de la Demanda.

"Quinto: Negar las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4, 1.5., 2.1., 3.1, 5.1., 5.2., 5.3., 5.4., 5.5., 5.6, 5.7., 5.8., 6.1. parcialmente en lo referido a la actualización de acuerdo con el índice de precios aplicable y 6.2 de la Demanda.

"Sexto: Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES la suma de un billón seiscientos cincuenta y un mil doce millones de pesos M/cte (\$1.651.012.000.000). Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda¹.

"Séptimo: Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES la suma de tres billones ciento cincuenta y cinco mil cuatrocientos treinta y dos millones de pesos M/cte (\$3.155.432.000.000). Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda.

"Octavo: Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley sobre el monto a que se refiere el numeral sexto de la parte resolutive de esta providencia, intereses que se causarán a partir del vencimiento de

¹ Se transcribe la resolutive con el texto final, de acuerdo con la decisión de corrección de error aritmético del laudo arbitral adoptada por el Tribunal de Arbitramento, en respuesta a la solicitud presentada por COLTEL, decisión que consta en el acta No. 35 de 4 de agosto de 2017, auto No. 49, folio 391, cuaderno principal, Consejo de Estado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo y hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Se niega la solicitud de actualización de esta condena”.

“Noveno: *Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley sobre el monto a que se refiere el numeral séptimo de la parte resolutive de esta providencia, intereses que se causarán a partir del vencimiento de un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo y hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Se niega la solicitud de actualización de esta condena”².*

Los recursos de anulación que ahora se resuelven se tramitan bajo las disposiciones de la Ley 1563 de 2012, mediante la cual se adoptó el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional³ y de la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)⁴.

I. ANTECEDENTES

1. El procedimiento arbitral

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se pactó en los contratos de “concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular” números 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 suscritos el 28 de marzo de 1994⁵, se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda

² Folios 288 y 289, cuaderno principal Consejo de Estado.

³ “Artículo 46 de la Ley 1563 de 2012. Competencia. (...). Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

⁴ Los días 18 y 22 de agosto de 2017 se presentaron los recursos ante la Secretaría del Tribunal de Arbitramento. Folios 402 – 462 y 493 – 654 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵ “CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA TERCERA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato y que no puedan ser resueltas directamente por las partes, las someterán a decisión de un tribunal de arbitramento. El Tribunal estará integrado por tres miembros y su fallo será en derecho; el modo de su designación y su funcionamiento se someterá a las disposiciones legales vigentes” (tomado del contrato 000001, folio 366, cuaderno de pruebas 2).



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

instaurada por la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información⁶ contra las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.⁷, concesionaria en los tres primeros contratos y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.⁸, concesionaria en los tres últimos contratos antes citados.

2. La demanda presentada al tribunal de arbitramento

2.1. MINTIC relacionó las pretensiones de la demanda bajo los siguientes grupos:

"I.- Sobre la obligación legal y contractual de reversión"; "II.- De la liquidación de los contratos"; "III.- De la pretensión subsidiaria de compensación por el equivalente económico"; "IV.- De la pretensión subsidiaria por concurrencia en la prestación de los servicios adicionales" y "V.- Sobre la restitución de activos para pagar el espectro adicional otorgado a los concesionarios".

Se transcriben a continuación las **pretensiones** de la demanda que guardan relación con el asunto que se debate en el presente recurso de anulación del laudo arbitral (se transcribe en forma literal):

"1. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL DE REVERSIÓN"

"1.1. Que se declare que la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA-REVERSIÓN de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 Y 000006 celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCELS.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para

⁶ En adelante se denominará MINTIC.

⁷ En adelante se denominará COLTEL. Los contratos 000001, 000002, 000003 correspondieron a la denominada "RED B" de telefonía móvil celular, celebrados con Celumóvil S.A., Unión Temporal Celumóvil S.A.- Celumóvil de la Costa S.A. y Compañía de Celular de Colombia S.A. Cocolco, que constituyeron la sociedad Celumóvil S.A.(1997), luego cambió su nombre a Bellsouth Colombia S.A, posteriormente a Telefónica Empresas Colombia S.A. y a Telefónica Móviles Colombia S.A., sociedades que fueron finalmente absorbidas por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. mediante fusiones (2006 y 2012).

⁸ En adelante se denominará COMCEL. Los contratos 000004, 000005, 000006 correspondieron a la denominada "RED A" de telefonía móvil celular, inicialmente celebrados con Comcel, la Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. y Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel SA., luego fusionadas por Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. (2004)-



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

los operadores celulares mencionados, conforme lo establecen los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano.

"(...).

3. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN POR EL EQUIVALENTE ECONÓMICO

"Que, en el evento de no ser posible acceder a las pretensiones del Capítulo 1 relativas a la cláusula de reversión a favor de la NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES de los elementos, equipos, estructuras y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la debida prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, por razón de probarse dentro del proceso, que ello no es posible sin afectar la continuidad de la prestación del servicio, o en el evento de probarse causas imputables a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP y/o COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA., o bien, demostrarse la ocurrencia de otra causa legal o técnica, se ordene en su lugar, el pago de la respectiva compensación económica, así:

"3.1 Se condene a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP y COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA. a pagar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico de los elementos y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013, en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda conforme los contratos 000001, 000002 Y 000003, 000004, 000005 Y 000006 de 1994"

"(...).

4. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR CONCURRENCIA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADICIONALES.

"Que en caso que alguna parte de la infraestructura instalada esté siendo empleada para la prestación de servicios adicionales a los concesionados inicialmente, en aras de la continuidad de la prestación del servicio, se solicita condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. según sea del caso, a efectuar en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, las correspondientes compensaciones económicas en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda, conforme los contratos 000001, 000002 Y 000003, 000004, 000005 Y 000006 de 1994".



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

2.2. Síntesis del caso

En **síntesis**, la controversia se presentó ante la falta de acuerdo en la etapa de liquidación de los contratos de concesión de la telefonía móvil celular celebrados por el Ministerio de Comunicaciones – hoy *MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES –MINTIC* – teniendo en cuenta que se discutió la aplicación o no de la reversión pactada en la cláusula trigésima tercera de los respectivos contratos, a cuyo tenor (se transcribe de forma literal):

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA – REVERSIÓN – al finalizar el término de la reversión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la Nación- MINISTERIO DE COMUNICACIONES sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna”.

De acuerdo con los hechos de la demanda, las contestaciones a la misma y el contenido del laudo arbitral, se advierten dos aspectos de la controversia en torno de la citada reversión: **i)** el tránsito de legislación y la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias que se expidieron en vigencia de los contratos de concesión y **ii)** la restitución o no de la red de telecomunicaciones materia de la reversión o el valor de la prestación económica equivalente pretendida en la demanda, en caso de que no fuera posible la reversión.

2.3. En cuanto al tránsito de legislación, se indicó que los contratos de concesión habían sido suscritos el 28 de marzo de 1994, en los que se invocaron las disposiciones del Decreto 1900 de 1990, el Decreto 741 de 1993 y la Ley 80 de 1993, fueron prorrogados por 10 años en 2004, modificados en varias oportunidades, especialmente en 2005, al amparo del Decreto 4234 de 2004, en el sentido de ampliar el espectro asignado a la prestación del servicio con el acuerdo del valor correspondiente a pagar. De la misma forma, se expuso que la terminación de los contratos ocurrió el 28 de noviembre de 2013, de manera anticipada, toda vez que las sociedades concesionarias se acogieron a los artículos 14 y 68 de la Ley 1341 de 2009 y al artículo 5 del Decreto 2044 de 2013.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Para mejor comprensión de las disposiciones que se citaron en la demanda, se destaca que la Ley 422 de 1998⁹ dispuso en su artículo 4:

“Artículo 4º. En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

Por su parte, la Ley 1341 de 2009¹⁰ estableció:

“Artículo 68. De las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones

“(…).

“En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

Las anteriores disposiciones, es decir, el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el último inciso del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013 *“por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”.*

⁹ Por la cual se modificó parcialmente la Ley 37 de 1993, que regulaba la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

¹⁰ En la cual se estableció el régimen de habilitación general así:

“Artículo 10. Habilitación general. A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico”.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2044 de 19 de septiembre de 2013¹¹ dispuso:

"Parágrafo transitorio. Cuando se conozca el texto íntegro de la Sentencia C-555 de 2013 de la Honorable Corte Constitucional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá los criterios de liquidación de los respectivos contratos".

2.4. Se precisa que en cuanto al monto de las pretensiones, el debate en sede arbitral se desplegó teniendo en cuenta la prueba pericial que finalmente se aplicó en relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda, dado que MINTIC solicitó el reconocimiento de un valor de compensación por el "equivalente económico", en el caso de que no fuere posible la reversión física de los elementos y bienes afectados a la concesión de telefonía móvil celular, lo cual dio lugar a las condenas que han sido transcritas en la parte inicial de este proveído.

3. El Laudo Arbitral

A continuación, se presenta un resumen sobre el contenido del laudo arbitral:

3.1. Acerca de la pretensión de reversión

Una vez analizados los presupuestos procesales de la no ocurrencia de la caducidad y de la cosa juzgada, el Tribunal de Arbitramento estudió las pretensiones relativas a la reversión, la posición de las partes, la ANDJE y el Ministerio Público y estableció el marco legal y contractual del concepto de reversión¹².

Luego, el laudo arbitral identificó el objeto de los contratos de concesión y la cláusula trigésima tercera contentiva de la reversión¹³, estudió la vigencia de la

¹¹ Por el cual se reglamentan los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009.

¹² Página 71 a 76 del laudo arbitral.

¹³ Página 56 a 79 ibídem.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

reversión frente a la expedición de la Ley 422 de 1998¹⁴, en virtud de la cual *“la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas”*.

El Tribunal de Arbitramento detalló que la incorporación normativa inmediata referida en la cláusula vigésima novena de los contratos se aplicó únicamente a las disposiciones reglamentarias del servicio público¹⁵, pero no así en relación con las leyes que se expidieron con posterioridad a la celebración de los respectivos contratos, como era el caso de la Ley 422 de 1998.

El Tribunal de arbitramento analizó la sentencia C- 555 de 2013 y los problemas jurídicos abocados por la Corte Constitucional en el análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de Ley 422 de 1998 y del último inciso del artículo 68 de la Ley 1349 de 2009. Advirtió que, siguiendo las consideraciones de la Corte Constitucional, dado que los contratos de concesión se rigieron por las leyes vigentes al momento de su celebración, las disposiciones de las leyes antes citadas no aplicaron a los contratos celebrados con anterioridad. Por ello, los árbitros concluyeron que las concesionarias convocadas en este proceso debieron incluir en sus cálculos el valor de la reversión de los respectivos contratos¹⁶.

En cuanto a las reglas de interpretación de los contratos¹⁷, el Tribunal de Arbitramento expuso que se aplicaban teniendo en cuenta los principios de la Ley 80 de 1993¹⁸ y destacó la importancia del análisis sobre la intención de las partes en la etapa de formación del contrato.

Identificó que en el acta de aclaraciones al pliego de condiciones se incluyó la reversión¹⁹.

¹⁴ Página 82 ibídem.

¹⁵ Página 86 del laudo arbitral.

¹⁶ Página 90 a 94 del laudo arbitral.

¹⁷ Citó la sentencia del Consejo de Estado, Consejero Ponente Danilo Rojas radicación 2500023256000199703808, de 29 de agosto de 2012, página 102, pie de página 54.

¹⁸ Página 97 del laudo arbitral.

¹⁹ Página 104 ibídem



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Acerca de la regla de interpretación basada en la conducta de las partes, estableció que a partir de la Ley 422 de 1998 no hubo revelaciones en las notas a los estados financieros de las concesionarias acerca del estado de las cuentas que podrían haber reflejado la reversión²⁰ y que con posterioridad a dicha ley el Ministerio no registró los activos materia de la reversión en cuentas de orden²¹. Indicó que tampoco en el período 1994 a 1999 el Ministerio informó sobre la reversión.

Por otra parte, el Tribunal realizó el estudio de los argumentos referidos al error, con base en los distintos testimonios recibidos en el proceso arbitral. Concluyó que la intención del “estado colombiano” -cuando presenta los proyectos de ley - no es equivalente a la intención de la parte contractual y que solo puede interpretarse la voluntad de las partes para efectos de los pactos contractuales respecto de las modificaciones contractuales perfeccionadas por escrito²².

Estableció que la cláusula de reversión no se alteró en el momento de la prórroga de los contratos de concesión²³ y que debía aplicarse respecto de los bienes llamados a revertir y de la fecha para determinar los activos a revertir²⁴.

Observó que el plan mínimo de expansión inicialmente previsto no constituyó condicionamiento tecnológico y que el Ministerio aceptó la flexibilidad en la tecnología de la telefonía móvil celular, que cambió en el desarrollo del contrato y de la prórroga²⁵.

Por lo anterior, el tribunal de arbitramento concluyó (se transcribe literal incluso con errores):

²⁰ Página 115 ibídem.

²¹ Página 122 ibídem.

²² Página 135 del laudo arbitral.

²³ Página 139 y 240 ibídem.

²⁴ Página 141 y 142 ibídem.

²⁵ Página 145 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

“En la medida en que los contratos claramente establecían la reversión, de todos los bienes y elementos directamente afectados al servicio, los concesionarios como profesionales especializados que son deberían ser conscientes que todos los bienes que cumplieran dicha condición, serían objeto de reversión”²⁶.

Analizó la reversión frente al acuerdo de adición en la asignación de frecuencias y, con base en las resoluciones contentivas del valor que se asignó en su momento, concluyó que en las respectivas modificaciones contractuales se pactó para esa asignación de espectro una obligación de hacer. En relación con la modificación contractual correspondiente – la celebrada en marzo de 2005- observó que (se transcribe literal):

“La obligación de hacer era prestar el servicio de telefonía móvil [en las rutas indicadas en el anexo 1 de la modificación] pero no se pactó que los equipos que se utilizaran serían transferidos a la Nación”.

Advirtió que no es aceptable concluir que la reversión solo podía recaer sobre los bienes que se hubieran previsto al momento de la celebración del contrato. Estudió la aplicación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al desequilibrio económico de los contratos de concesión, el cual no se configuró²⁷.

Afirmó que el perito no recibió los estudios previos porque el Ministerio no pudo ubicarlos²⁸ y que los servicios de datos y de valor agregado fueron avances tecnológicos incorporados voluntariamente por las sociedades concesionarias.

Finalmente, con base en los análisis de los conceptos de los peritos y las normas del Decreto 1900 de 1990²⁹, el Tribunal de Arbitramento arribó a las siguientes conclusiones (se transcribe de forma literal):

“Debe prosperar la pretensión 1.1 y, por ello, se declarará que la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión (...) se encuentra vigente

²⁶ Página 147. ibídem.

²⁷ Página 158. del laudo arbitral.

²⁸ Página 159 ibídem.

²⁹ “Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”, página 167 a 171 ibídem.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

y es de obligatorio cumplimiento para los operadores celulares mencionados conforme lo establecen los contratos y el ordenamiento legal colombiano.

"Dado que no puede disponerse de la reversión física de todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación de servicio de Telefonía Móvil Celular, se denegarán las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4. y 1.5.

"Por lo anterior prospera la pretensión subsidiaria de compensación por el equivalente económico en relación con los elementos y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular al momento de la terminación de los respectivos contratos³⁰.

"Adicionalmente por las razones expuestas, se negarán las excepciones (...).

"Por el contrario, frente a las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4. y 1.5 prospera la excepción denominada 'la reversión pretendida por la convocante resulta técnicamente imposible' (...)"

3.2. En cuanto a la prueba practicada en el proceso y a las consideraciones que llevaron a determinar el valor de la condena con base en los dictámenes periciales, el Tribunal de Arbitramento razonó de la siguiente manera (se transcribe de forma literal)³¹:

"5. LA CONTRADICCIÓN DE LOS DICTAMENES PERICIALES³²

"(...).

"5.1. LAS OBSERVACIONES DE COMCEL

"5.1.1. Observaciones al dictamen pericial técnico practicado en el proceso

*"En relación con este punto advierte el Tribunal que como ya se indicó en otro aparte de este Laudo **la reversión no está limitada al Plan Mínimo***

³⁰ Página 174 ibídem.

³¹ Se acude a la copia textual de los apartes más importantes del análisis de la prueba pericial, con el propósito de presentar fielmente el soporte y razonamiento que llevó a definir el valor de las condenas. En negrilla se destaca lo que la Sala advierte como hilo conductor de las referidas consideraciones.

³² Página 222 y siguientes del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

de Expansión ni al Plan Mínimo de Vías, por lo que en ese aspecto no encuentra reparo al trabajo del perito.

"(...).

*"Como se puede apreciar del texto que se ha transcrito, el perito técnico no utilizó la información que señala la demandada, porque la misma no contenía todos los elementos que requería para su trabajo. Ahora bien, **no se ha demostrado que las razones aducidas por el perito no son ciertas, por lo que el Tribunal considera que la crítica formulada no es procedente**"³³.*

5.2. Observaciones al dictamen financiero y contable de la firma Valora

"(...) el Tribunal no encuentra que el perito haya incurrido en los errores que denuncia el apoderado de Comcel. Por tal razón tampoco existe el error consecuencial del perito financiero que señala el apoderado de COMCEL.

"(...).

"En relación con este punto, considera el Tribunal que como ya se dijo la reversión cobija todos los bienes y elementos directamente afectados al contrato de concesión de telefonía móvil celular, por lo que comprende no solo la infraestructura activa, sino también la pasiva en la medida en que sin ella no puede establecerse la comunicación entre los usuarios del servicio"³⁴.

"(...).

"En su dictamen financiero el perito realizó la estimación de los valores de acuerdo con lo que le preguntaron. En esta medida al perito se le solicitó calcular el valor a reposición a nuevo y así lo hizo. Por otra parte, incluyó también otros valores determinados con la metodología que consideró que era la más adecuada para el propósito del dictamen. No encuentra el Tribunal que se haya acreditado que en dichos ejercicios de valoración el perito haya incurrido en error. En esta medida no considera el tribunal que la crítica al trabajo pericial sea pertinente.

"Por tanto no procede la crítica formulada".

³³ Página 224 y 226 del laudo arbitral.

³⁴ Página 228 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.2. OBSERVACIONES A LOS DICTÁMENES POR PARTE DEL PERITO DE TELEFÓNICA

"(...).

"Sobre el particular considera el Tribunal que, como se expone en otra parte de este laudo la compensación económica debe corresponder al valor de lo que habría recibido el Ministerio en caso de una reversión física. **Desde este punto de vista para el Tribunal, el valor neto contable no es el que refleja de mejor manera dicho valor, en la medida en que este valor varía en función de las políticas contables de cada compañía dentro del margen que da la ley, y por ello puede dar lugar a que un bien aparezca totalmente depreciado en la contabilidad, y sin embargo conserve su valor de uso porque todavía sirve para su propósito, y su valor comercial. No sobra señalar que como lo indicó el perito financiero, dentro de las alternativas que otorgan las normas de contabilidad, las partes tomaron el costo histórico que depreciaron, el cual presenta las dificultades a que se ha hecho referencia.**

"Por tal razón no son procedentes las críticas formuladas"³⁵.

"(...).

"Sobre el particular el Tribunal considera que si se examinan las observaciones al dictamen pericial, se advierte que el perito financiero señala que se aplicaron factores de corrección sobre los valores contables de 2013. **Agrega que en Comcel se aplicó un valor de ajuste global debido a que no entregó un valor adicional sobre activos**, mientras que en ColTel se aplicaron para cada subsistema, pues se tenía información para hacer esta clasificación. Finalmente señala que la información entregada los procesos de ajuste aplicados a los dos operadores son los mismos. Por lo anterior no está acreditado que el perito haya incurrido en un error"³⁶.

"(...).

"Al respecto considera el Tribunal que, como ya se dijo, la determinación de los bienes y elementos que revierten está vinculada a que los mismos estén directamente afectados al uso de unas frecuencias, por lo que si el servicio de telefonía móvil se prestaba en virtud de los contratos, es claro que todos los bienes que determinó el perito deben revertir"³⁷.

³⁵ Páginas 233 y 234, laudo arbitral.

³⁶ Página 234 del laudo arbitral.

³⁷ Página 236 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"5.3. EL PERITAJE PRESENTADO POR LA DEMANDANTE

*"(...) Como se apreció en la audiencia que se realizó sobre dicho dictamen, la valoración contenida en el mismo se basa en el modelo DANTZIG que se utiliza para regulación, al cual le fueron introducidas algunas modificaciones. Dicho modelo con las modificaciones no fue acompañado al dictamen, como correspondía de conformidad con el numeral 10 del artículo 226 del Código General del Proceso, que exige que con el dictamen se deben adjuntar los 'documentos e información utilizados' para su elaboración, **por lo cual en este aspecto se afecta su valor probatorio.***

"En todo caso el Tribunal considera procedente examinar el dictamen presentado.

"(...).

"En relación con el análisis anterior encuentra el Tribunal que el mismo no se encuentra soportado, porque como ya se dijo, al peritaje no se acompañó el modelo en que se funda, lo cual impide examinar si dicha conclusión es fundada.

"En todo caso la regla que debe aplicar el Tribunal para aplicar la compensación es la afectación directa de los bienes y elementos al servicio de telefonía móvil celular, que es distinto del costo que tendría hacer una red del servicio de voz"³⁸.

Por otro lado, el laudo arbitral indicó que los peritos de la Universidad Nacional señalaron la imposibilidad de dividir técnicamente la red en voz y datos. Sin embargo, también observó que la red estaba afecta a unos y a otros servicios y, frente a ello, optó por otra alternativa de valoración contenida en las aclaraciones y complementaciones realizadas por el perito financiero, con fundamento en las siguientes consideraciones (se transcribe de forma literal):

"(...) lo que disponen los contratos de concesión es que debe transferirse a la Nación la propiedad de los bienes y elementos que se encuentren directamente afectados a la concesión del servicio de telefonía móvil celular. Los contratos no establecen que deba transferirse a la Nación una red que permita prestar exclusivamente el servicio de voz. A lo anterior se agrega que en la medida en que la red se destina a prestar el servicio de voz y al mismo tiempo otros servicios de valor agregado es claro que la red está afecta a unos y otros, y tal

³⁸ Página 238 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

circunstancia no puede ser ignorada desde el punto de vista jurídico³⁹.

“6. LA VALORACION DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO PARA LA NACIÓN

“Establecido que la Nación tiene derecho a una serie de activos y elementos y que no hay lugar a la reversión física, para proceder a determinar el equivalente económico que le corresponde son procedentes las siguientes consideraciones:

“Al contestar una solicitud de complementación formulada por Comcel en la que se señala que, comoquiera que la segregación de la red física no es generalmente viable, se solicita se interpreten los resultados de las valoraciones realizadas que consideren la participación de los servicios de voz y otros (datos), el perito técnico expreso que si bien inicialmente se prestaban servicios de voz, posteriormente se prestan otros servicios, por lo que el crecimiento de la red ha sido no solo por los servicios de voz sino también por razón de los otros servicios, **por lo que se puede considerar que el incremento de la red corresponde en la misma proporción a cada servicio**⁴⁰.

“(…).

“Adicionalmente tanto el perito técnico como el financiero señalaron sobre la metodología, **que se trató de acudir al modelo de costos de redes móviles de la CRC pero ello no fue posible**⁴¹, por lo que se decidió acudir a otra metodología. En tal sentido expreso el perito técnico (…).

“Por ello señalan los peritos **que se analizó otra alternativa que consistió en considerar:**

‘que el comportamiento de los usuarios respecto al uso de cada uno de los servicios (tráfico) **lo refleja en forma razonable la proporción de los costos requeridos en el crecimiento de las redes (activos) y aplicarlos como proporción para la metodología antes planteada** (…).

“Señala el perito técnico que ‘para ello se tomó como referencia y resultado del **factor de equivalencia** definido en la respuesta a la solicitud de aclaración y complementación presentada por el MINTIC, **respecto de la respuesta dada en el dictamen pericial técnico a la pregunta 10 de TELEFÓNICA**, del presente documento. En dicho apartado se obtiene que

³⁹ Página 238 del laudo arbitral.

⁴⁰ Página 239 del laudo arbitral.

⁴¹ Se narró que la CRC le indicó al perito que los datos del modelo financiero eran reservados.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

la proporción del tráfico de voz para la fecha del fin de la vigencia de los contratos de concesión (noviembre de 2013) equivale al 33,02% del total del tráfico causado en dicho corte⁴².

El Tribunal de Arbitramento advirtió que el perito financiero presentó diversos escenarios con corte a diferentes fechas o hitos del contrato, entre los cuales destacó que el escenario 3 se basa en el “cálculo promedio ponderado por las inversiones de cada uno de los años”⁴³ y que en el escenario 4 “se valora únicamente el servicio de voz utilizando el porcentaje resultante del año 2013”⁴⁴.

Siguiendo con el análisis del dictamen financiero, en el laudo se observó (se transcribe de forma literal):

*“Por otra parte la diferencia entre los escenarios 3 y 4 según señala el perito, es que en el tercero el porcentaje de voz a aplicar se determina a partir de un cálculo del promedio ponderado por las inversiones; por el contrario en el 4 el porcentaje de voz a aplicar se determina en función del año 2013. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que **el escenario 3 es el que corresponde a las reglas contractuales**, pues parte de la participación de voz en la medida en que se realizan las inversiones, lo que implica que se toma en cuenta la afectación del servicio de voz y por ello a la prestación del servicio de telefonía móvil celular **en el momento en que se realiza la inversión, Momento en el cual el inversionista tomó su decisión y debió contemplar cómo amortizarla.***

“(…)”

“Ahora bien en relación con el escenario señalado se observa que el perito presenta 4 valores posibles (…).”

*“Señala el perito que para determinar el valor de reposición a nuevo **se resta un demérito técnico que involucra los activos que inciden en la pérdida de valor de los bienes**’. Como se puede apreciar este valor no presenta reparos que se predicen del valor de reposición a nuevo”⁴⁵.*

⁴² Página 241 del laudo arbitral.

⁴³ Página 241 ibídem.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Folio 224, cuaderno 37.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Para los contratos de COLTEL el resultado que adoptó el Tribunal de Arbitramento se apoyó en el valor actual *"a partir de las clases contables definidas con el perito técnico"*⁴⁶, con los siguientes supuestos de valoración del servicio de voz:

"% Voz según modelo voz-datos y CAPEX 78,87%.

"% Datos según modelo voz-datos y CAPEX 21,13%".

Para los contratos de COMCEL el resultado que adoptó el Tribunal de Arbitramento fue definido en el valor actual *"a partir de los grupos financieros remitidos por el concesionario"*, con los siguientes supuestos de valoración del servicio de voz:

"Escenario 3

"En este escenario se valora únicamente el servicio de voz de acuerdo con las consideraciones técnicas como porcentaje

"% de voz según modelo voz datos y CAPEX 71.41%.

"% de datos según modelo voz datos y CAPEX 28.59%.

"Hito 2013 Comcel

"Tabla 40

"Activos asociados a un grupo funcional servicio de voz".

En relación con cada uno de los contratos, el Tribunal estimó que procedía la deducción del valor de los activos relacionados con la obligación de hacer por la asignación de espectro adicional, de acuerdo con el inventario técnico remitido por el perito técnico.

En la determinación de la condena a cargo de COLTEL, el laudo arbitral indicó (se transcribe de forma literal):

"Es pertinente señalar que en el escenario descrito el perito valoró la totalidad de la red lo que implica que en ella se incluyeron también los activos que se instalaron para cumplir la obligación de hacer. Ahora bien, como ya se dijo una recta interpretación de la demanda implica que como quiera que se solicitó la restitución de los bienes no puede entenderse que

⁴⁶ Folio 243, cuaderno 37.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*tales bienes estén incluidos en la solicitud de que se declare la reversión*⁴⁷.

Más adelante, para el caso de COMCEL reiteró (se transcribe de forma literal):

“Ahora bien, al igual que en el caso anterior, debe deducirse el valor de los activos instalados para cumplir la obligación de hacer y cuya restitución solicita la demandante. Los peritos valoraron dichos activos como escenario 5 de la siguiente manera: (...)”

“De esta manera si el valor de la compensación de la totalidad de los activos afectados se le resta lo correspondiente a los activos instalados en desarrollo de la obligación de hacer cuya restitución se solicita, el valor a cargo de COMCEL es de \$3.155.432 millones”⁴⁸.

4. Las causales invocadas en los recursos de anulación

4.1. Las causales invocadas por COLTEL fueron las siguientes: **i)** *“haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros”* y **ii)** *“la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas”*.

4.2. Por su parte COMCEL invocó las siguientes causales agrupadas así: **i)** *“falta de interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia”*; **ii)** *“haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión”*; **iii)** *“haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esa circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*; **iv)** *“contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas”* y, **v)** *“haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido cuestiones sujetas al arbitramento”*.

⁴⁷ Página 244, cuaderno 37.

⁴⁸ Folio 247, cuaderno 37.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5. Otras actuaciones en el trámite del recurso de anulación

En escrito de 9 de octubre de 2017, mediante el cual dio contestación a los recursos de anulación contra el laudo arbitral, el apoderado de MINTIC manifestó que *“ambos operadores de telefonía celular (...) oportunamente efectuaron el pago de la condena realizando los respectivos giros a favor de la Nación”*⁴⁹.

Se acompañaron sendas certificaciones expedidas el 11 de septiembre de 2017, por el Secretario General de MINTIC, en las que se acreditó el pago del *“100% del valor establecido en el fallo arbitral”*⁵⁰. Se advierte que en la certificación correspondiente a COLTEL se indicó que por aplicación del Decreto 1435 de agosto de 2017, se acudió a una sustitución de activos por valor de \$537'578.900.000, correspondiente a la capitalización realizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en COLTEL, a prorrata de su participación en el capital de COLTEL.

Por otra parte, se relacionan las siguientes actuaciones de las partes y decisiones del Consejo de Estado: **i)** esta Corporación rechazó la solicitud de medidas cautelares de urgencia presentada el 22 de agosto de 2017 por COMCEL, mediante auto de 31 de agosto de 2017, decisión que se adoptó por carecer el Consejo de Estado de competencia en ese trámite dado que la solicitud se anticipó indebidamente al agotamiento del trámite correspondiente al recurso de anulación⁵¹ y **ii)** habiendo recibido el expediente, en el trámite del presente recurso de anulación, esta Corporación negó la medida de suspensión de la condena solicitada por COLTEL, decisión que se adoptó con fundamento en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 104 del C.P.A.C.A., mediante auto de 27 de noviembre de 2017, contra el cual COLTEL interpuso recurso de reposición y que fue confirmada mediante auto de 14 de marzo de 2018.

⁴⁹ Folio 725, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁵⁰ Folios 800 a 904, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁵¹ Exp 59912.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Procede la Sala al estudio de las causales de nulidad impetradas.

II.- CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que se ha verificado la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral, el estudio de las causales invocadas se iniciará por la falta de interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia que fue expuesta por ambas recurrentes y luego se analizarán las causales presentadas por cada una de ellas.

El orden será el siguiente⁵²: **1)** causal de interpretación prejudicial; **2)** causal 5 propuesta por COMCEL, haberse negado a decretar una prueba con incidencia sobre la decisión; **3)** causal 8 propuesta por COMCEL, disposiciones contradictorias y error aritmético en la aplicación del escenario financiero; **4)** causal 9 propuesta por COMCEL, incongruencia por fijar un plazo para el pago de la condena; **5)** causal 7 propuesta por COMCEL, fallo en conciencia por apartamiento de la ley y de la prueba, en diversos aspectos; **6)** Causal 9 propuesta por COLTEL, incongruencias en el laudo arbitral, por haber decidido sobre cuestiones que no hacían parte de la demanda, violación del principio de la congruencia y decisiones *extra petita*; **7)** costas.

1. Causal de falta de interpretación prejudicial

1.1. Argumentos de COMCEL

COMCEL invocó la causal de falta de interpretación prejudicial del TJCA, indicando que: "*E[en] este caso, el Tribunal de Arbitramento no decretó ni trámite la interpretación prejudicial cuando era su obligación hacerlo*".

⁵² Se identifica el número de la causal que le corresponde en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la organización y titulación de los temas es propia de esta sentencia.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En relación con la **Decisión 462** relacionó como aplicables al caso concreto las siguientes normas, en la forma que se resume a continuación⁵³:

El artículo 1 consagra la protección a las inversiones de los operadores en las redes públicas de transporte de telecomunicaciones, *"las cuales define la propia decisión 462"*.

El artículo 2 consagra *"definiciones muy importantes para la controversia"* como son *"Red Pública de transporte de telecomunicaciones"*, *"Servicio Público de Transporte de Telecomunicaciones"*, *"Título Habilitante"* y además remite a las definiciones de la *"Unión Internacional de Comunicaciones"*.

Los artículos 4, 8, 30 y 37 de la Decisión 462 *"consagran el marco normativo de la infraestructura afectada por la prestación de los servicios, lo cual es una materia esencial de la controversia a pesar de lo cual el Tribunal de Arbitramento no decretó su interpretación prejudicial obligatoria"*.

El artículo 18 consagra disposiciones relativas al otorgamiento de títulos habilitantes, *"materia regulada por el artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, lo cual debió ser objeto de interpretación prejudicial del TJCA"*.

Los artículos 22 y 23 consagran disposiciones reguladas con el uso del espectro radioeléctrico, el cual *"también fue objeto de análisis sometido al Tribunal de Arbitramento"*.

Los artículos 28 y 36 consagran la libre competencia y la garantía de prestación continuada del servicio, sin que el Tribunal se hubiera percatado de solicitar la interpretación prejudicial.

En relación con la **Resolución 432**, COMCEL invocó como aplicables los artículos 10, 21 y 24, relacionados con la responsabilidad de las operaciones de redes públicas, la desagregación de las instalaciones esenciales de la red pública y de las obligaciones de los operadores respectivamente, los cuales destacó como

⁵³ Folios 51 a 55, cuaderno principal Consejo de Estado



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

disposiciones que tocan “aspectos esenciales” para la controversia que fue materia del Tribunal de Arbitramento.

Como apoyo citó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Consejo de Estado, acerca de la obligatoriedad de interpretación prejudicial.

Transcribió en forma extensa la interpretación 57-IP-2012 del TJCA, en la cual se mencionó el caso colombiano y se definió que los tribunales de arbitramento son jueces de única instancia, de manera que si expiden un laudo arbitral sin solicitar la interpretación prejudicial, cuando ella resulte procedente, el mismo adolecerá de nulidad, en tanto que su omisión vulnera la normativa comunitaria, además de que genera el incumplimiento de la misma.

1.2. Argumentos presentados por COLTEL

COLTEL realizó una descripción general del litigio y manifestó su desacuerdo con el alcance que se dio a la reversión de las “redes” afectas al servicio, para establecer la condena que se le impuso en el laudo arbitral.

Anotó que el Tribunal (se transcribe de forma literal):

“Finalmente, determinó la abultada suma incluyendo no sólo lo que pericialmente se señaló como elementos y bienes requeridos para prestar el servicio de voz, sino también unos totalmente ajenos al contrato de concesión. De esta suerte se incluyeron elementos y bienes dispuestos por Colombia Telecomunicaciones para prestar servicios móviles, pero no al amparo de los Contratos sino por virtud de actos jurídicos del propio Ministerio que nada tenían que ver con el mismo. Y también resultaron incluidos unos que, mucho antes de la terminación del contrato, habían pasado a ser propiedad de terceros. Pero además, lo que sorprende es que el Tribunal ordenó una ‘compensación económica’ por todos los bienes y elementos directamente afectos a la concesión, tomando como base para calcularlo el promedio histórico de las inversiones realizadas por mi representada desde 2004 y no con fundamento en el valor real de ellos al momento de la terminación de los Contratos.

*“Por el camino, el Tribunal de arbitraje calculó el monto de la compensación a partir de su propia deducción de los bienes a los cuales ella habría de referirse. **Y en este análisis aplicó una norma doméstica no obstante resultare aplicable prevalentemente una norma de la Comunidad Andina de Naciones. Fue, en efecto, sobre la definición de***



944

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"redes" que el monto de la compensación se elevó hasta alcanzar niveles gigantescos" (la negrilla no es del texto)⁵⁴.

COLTEL reseñó cada uno de los artículos de la **Decisión 462** que estimó relacionados con la controversia en el presente caso. En ese recuento afirmó (se transcribe de forma literal):

i) "La protección de las inversiones en redes e infraestructura"

"El artículo 1, literal d) de la Decisión 462 expresa lo siguiente:

'Artículo 1.- Objetivo: La presente Decisión tiene como objetivo fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina.

"Tendrá además los siguientes objetivos específicos: (...) d) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros."

*"Ella debió ser objeto de interpretación prejudicial por parte del TJCA **pues establece como objetivo propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones. Porque justamente la controversia sobre reversión de redes o infraestructura para la prestación de dichos servicios tiene relación directa con la inversión que hicieron las convocadas en dichas redes**" (la negrilla no es del texto).*

ii) De la misma forma, relacionó las definiciones del artículo 2 de la Decisión 462, entre ellas a la de **red pública de telecomunicaciones**, la cual, en su criterio, ha debido ser objeto de la interpretación prejudicial para el caso concreto.

iii) En cuanto al **"otorgamiento de títulos habilitantes"** (previsto en el artículo 18 de la Decisión 462), el recurrente advirtió (se transcribe de forma literal):

"Esta norma es vital para establecer, a la luz de las normas andinas, si lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 resultaba aplicable a la controversia, en la forma como lo hizo el Tribunal, o si debió aplicarse de otra manera según la interpretación prejudicial del TJCA:

"(...).

*"Esta norma es aplicable a la controversia **por cuanto la disminución del término de la concesión en virtud de la habilitación general***

⁵⁴ Folios 403, 404 y 405, cuaderno principal Consejo de Estado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

consagrada en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 ocasiona la liquidación anticipada de los contratos de concesión y la disputa sobre reversión de activos”.

iv) Estimó aplicables las normas sobre uso del espectro radioléctrico, protección a la libre competencia y derechos del usuario final en la prestación continua del servicio, los principios de transparencia y el *statu quo* relativos a las redes de telecomunicaciones.

v) Argumentó que debieron ser objeto de la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA las disposiciones de la **Resolución 432** de la Comunidad Andina que regulan aspectos esenciales de la red pública de transporte de telecomunicaciones en lo concerniente a la interconexión con otras redes.

COLTEL dedicó un acápite a demostrar que después de la manifestación que hicieron las partes, en el sentido de no encontrar normas de la comunidad andina aplicables en el proceso arbitral, se evidenciaron dudas acerca de tal aplicación, las cuales han debido ser advertidas por el Tribunal de Arbitramento y resueltas precisamente a través de la interpretación prejudicial. En ese acápite, el apoderado de COLTEL indicó (se transcribe de forma literal):

“d. Las manifestaciones que hicieron los apoderados de las partes frente a la interpretación prejudicial no purgan la configuración de la causal de anulación del laudo.

“(…).

“y aquí se destacan dos actos procesales de Colombia Telecomunicaciones por virtud de los cuales esa misma duda del Tribunal podía inclusive haberse hecho más intensa.

“La primera oportunidad que se destaca se dio en punto al interrogatorio del perito técnico que se practicó el 7 de junio del corriente año. Allí se le preguntó si su dictamen técnico tenía en cuenta para los diferentes hitos alguna norma técnica. El perito, sin ambages, respondió negativamente.

“En efecto, en dicha audiencia se dijo: (…)

[PERITO]: “A ver lo que entiende el perito técnico es que se debe revertir una red que sea funcional para prestar el servicio tal y como está definido en el contrato de concesión, para que la red sea funcional debe permitir prestar el servicio, al prestar el servicio, se está hablando de permitir la



945

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*comunicación de un punto a otro de la red...[APODERADO]: Pero son conceptos de naturaleza técnica, ese de que sea funcional por ejemplo. [PERITO]: Desde el punto de vista del perito técnico sí, porque de lo contrario no podría prestar el servicio. [APODERADO]: En que norma técnica lo define [EL PERITO]: no, **no puedo citar ninguna norma técnica**" (he resaltado)⁵⁵.*

"Una tal respuesta, en punto a la definición de los bienes y elementos afectados a la prestación del servicio debió ser suficiente para decretar la suspensión del proceso para solicitar la interpretación prejudicial. Sin embargo ello no ocurrió.

"Y, segundo. al momento de presentar los alegatos de conclusión, Colombia Telecomunicaciones claramente dijo, como se ha señalado anteriormente, que la definición de red de telecomunicaciones era de naturaleza técnica-jurídica y debía integrarse mediante las disposiciones pertinentes de la Comunidad Andina de Naciones, entre ellas la Resolución 432 de 1999 (página 58 de los alegatos de conclusión de mi representada). "Así, ante la duda, y a pesar de la ausencia de solicitud expresa de las partes y de sus anotadas manifestaciones, el Tribunal, quien era quien tenía que decidir el derecho aplicable para resolver la controversia, debió correrle traslado al TJCA para interpretar las normas que podían llegar a ser aplicables.

"De cualquier forma, no puede sostenerse que Colombia Telecomunicaciones renunció a la interpretación prejudicial. Se limitó a decir, por conducto del suscrito, que, a su modo de ver, y hasta donde entonces era posible vislumbrar, ella no era aplicable. Y esa interpretación no constituye un derecho subjetivo de las partes que pueda ser renunciado, puesto que la interpretación prejudicial busca preservar la homogeneidad en la aplicación de este derecho supra nacional".

1.3. Contestación de MINTIC en relación con la causal de interpretación andina

MINTIC manifestó (se transcribe de forma literal):

"De conformidad con los artículos 32 y siguientes de la Decisión 472 de 1999 (codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y 121 y siguientes de la Decisión 500 de 2001 (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), una de las competencias que corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es la de la interpretación prejudicial, mecanismo procesal que tiene como finalidad asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros.

⁵⁵ Nota original del recurso: "39 Audiencia de interrogatorio del perito, minuto 45".



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*"Dado que en el caso concreto el trámite arbitral de la Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contra Comcel S.A y Colombia Telecomunicaciones S.A ESP debía ser fallado en derecho y el laudo arbitral carece de recursos de instancia en el derecho interno, procedería la solicitud de interpretación prejudicial **siempre y cuando haya lugar a la aplicación de normas de derecho andino, lo cual NO ocurre en el presente caso**" (negrilla y subraya corresponden al texto original).*

MINTIC hizo notar que para definir la aplicación o no del derecho comunitario deben tenerse en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos invocados por las partes en el respectivo proceso.

Presentó un recuento de todos los hechos y transcribió las pretensiones de la demanda, sobre lo cual indicó (se transcribe de forma literal):

"Las pretensiones de la demanda encontraban su fundamento legal en la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 37 de 1993 y el Decreto 741 de 1993, en cuanto dicho régimen legal otorgaba a las telecomunicaciones la connotación de servicio público a cargo del Estado, señalando a su vez que éste debía prestarlo directamente o de manera indirecta mediante contrato de concesión.

"Ahora bien, en materia de reversión el Ministerio adujo que ésta se incorporó en los contratos por mandato legal de los artículos 14 y 19 de la ley 80 de 1993 aplicable a los contratos de concesión celebrados con Comcel, por remisión ordenada por los artículos 41 del Decreto Ley 1900 de 1990 y 30 de la ley 37 de 1993.

"(...).

"Con posterioridad a la celebración de los contratos de concesión materia de la controversia, se expidieron las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 que limitaban el alcance de la reversión a las frecuencias radioeléctricas y que fueron declaradas exequibles bajo el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se debería respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas"⁵⁶.

MINTIC advirtió que la causal que alegaron las recurrentes tenía que referirse a la a la reversión, dado que fue la cláusula que se aplicó en el laudo arbitral.

⁵⁶ Folio 734, cuaderno principal Consejo de Estado.



946

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Después de revisar una a una las normas citadas por COMCEL, MINTIC concluyó (se transcribe de forma literal):

"Revisados los argumentos de Comcel sobre la causal de anulación por falta de la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia de diversas normas contenidas en la Decisión 462 de 1999 y en la Resolución 432 de 2000 se observa que su contenido es vago, colmado de generalidades y equívocos, por lo que no logra demostrar la existencia de normas comunitarias de observancia directa y concreta en la resolución del caso planteado y por ende, la conducencia y utilidad de la interpretación prejudicial de las mismas"⁵⁷.

MINTIC realizó un recuento de las excepciones presentadas por las partes, respecto de las cuales manifestó sus distintas estimaciones sobre la improcedencia de las mismas. Transcribió algunos apartes sobre los contenidos generales de las normas andinas: en materia de Telecomunicaciones, el objetivo de la Decisión 462 de 1999, la Resolución 432 de 2000, relativa a las normas comunes de interconexión, la Decisión 638 de 2006, contentiva de los "Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina", en orden a enumerar sus contenidos generales. Con base en ello advirtió (se transcribe de forma literal):

*"De lo anterior, de la demanda, de sus contestaciones y excepciones resulta palmario **que en la controversia suscitada entre el MINTIC y los operadores no se planteó, ni se debatió el contenido, ni el alcance de norma comunitaria alguna que requiriera de una interpretación prejudicial al momento de proferir el Laudo arbitral**, cuya condena insistimos fue oportunamente cumplida por ambos operadores"⁵⁸.*

"(...).

"No parece suficiente con el propósito de sustentar la causal de anulación por falta de interpretación prejudicial obligatoria, enlistar una serie de definiciones de la Decisión 462 de 1999, toda vez que la "aplicación" de una norma comunitaria es un proceso complejo que supone tomar en consideración la base fáctica sobre la que se planteó el litigio, lo pretendido y lo excepcionado por los sujetos procesales que intervienen en la causa. En manera alguna puede concluirse que como el conflicto se dio en relación con un contrato que involucra la prestación de un servicio de telecomunicaciones, deben aplicarse e interpretarse prácticamente todas

⁵⁷ Folios 744 y 745 cuaderno principal Consejo de Estado.

⁵⁸ Folio 742, cuaderno principal Consejo de Estado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*las definiciones propias del sector, sin tener que relacionar dicha definición con los problemas jurídicos ínsitos en la controversia*⁵⁹ (la negrilla no es del texto).

El convocante fue enfático en afirmar que *“en la presente controversia no hay lugar la consulta prejudicial obligatoria”*. Explicó que (se transcribe de forma literal):

“Los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y 123 del Estatuto de ese Tribunal (Decisión No. 500) pregonan como uno de los presupuestos de la consulta prejudicial obligatoria el que en un proceso “deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Por ende, resulta medular aproximarse a las nociones de “aplicabilidad” y “controversia” en la aplicación de las normas, de la mano de la jurisprudencia comunitaria”.

Transcribió en extenso la sentencia del 10 de noviembre de 2016, proferida por la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado acerca de la forma como deben ser entendidas las nociones de “aplicabilidad” y “controversia”, para definir la procedencia de la interpretación prejudicial.

Por otra parte, en relación con los argumentos de COLTEL, MINTIC observó (se transcribe de forma literal):

“COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., quien hoy echa de menos el no haberse solicitado la interpretación prejudicial ante el TJCA, no remitió ninguna comunicación sobre la solicitud del Tribunal de Arbitramento del 10 de marzo de 2017; sin embargo, en audiencia del 30 de marzo (ver Acta 24) consta que:

“En cuanto a la pregunta formulada por el Tribunal acerca de la existencia de normas de derecho andino aplicables a este trámite arbitral el apoderado de la parte convocada Telefónica, señala que de acuerdo con (sic) la investigación que han hecho, no se observa que haya dificultades de ninguna naturaleza en cuanto a normas andina (sic) que pudieran afectar el proceso”.

Sobre ese aspecto, MINTIC observó que había *“cierta deslealtad procesal”*⁶⁰ al proponer la causal de falta de interpretación prejudicial, *“en la medida en que si*

⁵⁹ Folio 747, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁶⁰ Folio 792, cuaderno principal Consejo de Estado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*para finales de marzo, en pleno debate probatorio no consideraron necesaria la interpretación prejudicial; ahora cuando los resultados del Laudo no les favorece si la consideran necesaria*⁶¹.

MINTIC agregó que (se transcribe de forma literal):

*“Ahora bien, encontrará el Honorable Consejo de Estado que la controversia que derivó en la expedición del Laudo del 25 de julio de 2017, fue propuesta por el MINTIC con fundamento en normas exclusivamente colombianas (esto es de derecho interno) relacionadas con el estatuto de contratación estatal y el marco obligacional de unos contratos de concesión celebrados dentro de las fronteras patrias, no habiendo invocado -en ningún caso- normas de derecho comunitario andino alguno que dieran lugar a la solicitud de interpretación judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*⁶².

MINTIC rebatió los argumentos mediante los cuales COLTEL enmarcó en el litigio arbitral las definiciones contenidas en las decisiones de la comunidad andina.

En el caso particular de la “*compensación económica*” advirtió que la demandada conocía la pretensión correspondiente y destacó que “*(...) no es cierto como plantea el apoderado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. que el Tribunal haya implantado al trámite ‘definición’ alguna respecto de la compensación incoada en la demanda*”⁶³.

En cuanto a los argumentos de COLTEL, referidos al concepto de los elementos que se incluyeron en las redes de telecomunicaciones y otras definiciones de la Decisión 462, MINTIC observó que “*no fue el Tribunal quien estableció de manera técnica la extensión de bienes y elementos que sirvieron de fundamento para la toma de la decisión en los términos en que fue planteada y debatida en el trámite arbitral, sino que partió de las conclusiones que arrojaron las pruebas técnicas y financieras practicadas en su interior, en las que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. tuvo protagonismo indiscutible en su aporte y*

⁶¹ Folio 792, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁶² Folio 789, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁶³ Folio 791, cuaderno principal Consejo de Estado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*controversia; lo demás, son consideraciones subjetivas propias de la inconformidad con la suma a su cargo fijada en el Laudo*⁶⁴.

En materia de las argumentaciones sobre la Resolución 432, relacionada con la interconexión, aseveró que no tenía relación con el caso sub júdice, así (se transcribe de forma literal):

*“Ninguna de las cinco disposiciones de la Resolución 432 de la CAN, que sustentan la segunda causal de anulabilidad por no haber obtenido interpretación judicial que arguye el recurrente COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. tiene relación con el objeto de la controversia suscitada por el MINTIC ante el Tribunal de Arbitramento Nacional. No existe entonces, relación de dependencia, conexidad, pertinencia, conducencia de las anteriores cinco definiciones con la problemática de reversión contractual que concluyó con la expedición del Laudo Arbitral*⁶⁵.

1.4. Consideraciones acerca de la interpretación prejudicial del TJCA

A manera de introducción al asunto en cuestión, debe recordarse la naturaleza y la finalidad de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, la cual, de conformidad con el acto fundacional contenido en el Acuerdo de Cartagena (1969), es una organización subregional de derecho internacional público que implementó un sistema de integración del que hace parte Colombia⁶⁶, para *“permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración*⁶⁷.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁸ (TJCA) es uno de los órganos creados desde el acto fundacional y se rige por el tratado de su creación, sus protocolos modificatorios y el Acuerdo de Cartagena y sus respectivas modificaciones.

⁶⁴ Folio 792, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁶⁵ Folio 796, cuaderno principal Consejo de Estado.

⁶⁶ Actualmente son partes Colombia, Perú y Ecuador.

⁶⁷ Artículo 7 del Acuerdo de Cartagena.

⁶⁸ En adelante se denominará Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o TJCA.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Mediante la Ley 457 de 1998⁶⁹ se aprobó en Colombia el "Protocolo modificadorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena", contenido en la Decisión 472, suscrito en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de 1996.

Mediante la Ley 458 de 1998 se aprobó en Colombia el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997), denominado "Protocolo de Sucre", adoptado en Quito, el 25 de junio de 1997, que entró en vigencia el 14 de abril de 2003, el cual dispuso la codificación que se adoptó mediante la Decisión 563 "dada en el Recinto Quirama, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil tres", a cuyo tenor se reiteró que el Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina⁷⁰.

Las atribuciones del TJCA se han analizado por la Corte Constitucional en vigencia de la Constitución de 1991⁷¹. Frente al sistema de integración, dichas potestades conservan su alcance, pero pueden versar sobre nuevos temas, en la medida en que las decisiones de la comunidad andina han sometido nuevos sectores a los esquemas de integración subregional⁷².

⁶⁹ Diario Oficial No. 43.360, de 11 de agosto de 1998.

⁷⁰ "Artículo 40.- El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina".

"Artículo 41.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se rige por el Tratado de su creación, sus protocolos modificadorios y el presente Acuerdo.

"El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador".

⁷¹ Corte Constitucional Sentencia C 277/99. "Declarar **EXEQUIBLE** el "Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", suscrito en la ciudad de Cochabamba (Bolivia) a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996), y de la Ley 457 de 1998 aprobatoria del tratado".

⁷² Corte Constitucional, sentencia C 137/96 "El concepto de supranacionalidad encuentra claro fundamento en la Constitución colombiana cuando ella establece que las relaciones internacionales del país se 'orientarán hacia la integración latinoamericana y del Caribe'. En este sentido, el Congreso de la República podrá 'aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional'. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Acerca de la naturaleza y la finalidad integradora del derecho comunitario, la doctrina ha estimado:

“Sin embargo, debe señalarse como un aspecto particularmente importante, que ha logrado diferenciarse del derecho internacional por sus particularidades, del cual solo adopta el derecho de los tratados en el nivel fundacional y las fórmulas de solución de controversias entre Estados, pues él en el fondo, como lo ha destacado la doctrina no es un derecho entre países, sino mas propiamente “de los países” que reunidos en comunidad dan preferencia a las normas comunitarias, y por ende provoca la obligación de interpretar el derecho interno en torno a las orientaciones del ordenamiento comunitario, en nuestro caso el andino”⁷³ (la negrilla no es del texto).

Mediante la Decisión 500⁷⁴, adoptada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones, se actualizó y codificó⁷⁵ el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena⁷⁶ y se consagró la interpretación prejudicial obligatoria por parte del referido Tribunal⁷⁷, de acuerdo con lo que se lee en los artículos 121, 123, 126 y 127 del mencionado estatuto, según se transcribe más adelante.

De conformidad con la Decisión 500, es de la mayor importancia advertir que la interpretación prejudicial del TJCA está prevista para aquellos eventos en que: i) las disposiciones de la comunidad andina deban aplicarse al caso concreto, o ii) se

⁷³ Fernando Álvarez Rodríguez, “Aplicación de las normas comunitarias de la CAN en el ordenamiento interno”, Revista de Impuestos No. 147, editorial Legis, Bogotá, mayo junio de 2008, páginas 9 a 14.

⁷⁴ Dada en la ciudad de Valencia, Venezuela, a los veintidós (22) días del mes de junio del año dos mil uno (2001). Este estatuto tiene como antecedente el contenido en la Decisión 184 de 1983 - en la cual la interpretación prejudicial no se imponía en forma obligatoria- y la Decisión 472 de 1996, aprobada en Trujillo – Perú, adoptada por la Ley 323 de 1996 y revisada en sentencia C-231 de 1997 de la Corte Constitucional de la república de Colombia.

⁷⁵ “Que, como resultado de las modificaciones al Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) introducidas por el Protocolo de Trujillo, así como las derivadas del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobar las modificaciones al Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”.

⁷⁶ En adelante se denominará Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o TJCA.

⁷⁷ La Decisión 472 de 1996 ya había introducido la interpretación prejudicial en dos sentidos: a) facultativa y b) obligatoria, en forma similar a lo que consagra la Decisión 500 de 2001.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la referida Comunidad Andina.

En efecto, las disposiciones consagran la finalidad de la interpretación prejudicial obligatoria, así:

"Artículo 121.- Objeto y finalidad

*"Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, **con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros** (la negrilla no es del texto).*

"(...).

"Artículo 123.- Consulta obligatoria

*"De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, **en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina**, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal" (la negrilla no es del texto).*

"(...).

"Artículo 126.- Trámite

"Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal.

"Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia.

*"En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el **contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto**. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, **pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada** (la negrilla no es del texto).*

"Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante:



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

“El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

De acuerdo con las citadas disposiciones, se hace notar que el TJCA no tiene competencia para interpretar el ordenamiento nacional aunque puede referirse a este último cuando sea indispensable para efectos de la interpretación solicitada, sobre las normas del derecho comunitario.

Resulta importante advertir que el derecho comunitario se integra al derecho nacional y es prevalente, de manera que en presencia de normas andinas imperativas aplicables a la controversia, el litigio debe resolverse preferencialmente considerando las disposiciones del derecho comunitario y, por ende, la interpretación prejudicial asignada al TJCA.

De las mencionadas normas puede establecerse que la consulta para la interpretación prejudicial es facultativa para los jueces de primera instancia y obligatoria para los jueces que fallan en única o en última instancia, como es el caso de los tribunales de arbitramento que tienen jurisdicción para resolver en única instancia.

Tratándose del juez de única instancia o de última instancia, la definición de la interpretación prejudicial resulta ser un deber - obligación, en el sentido de que se le impone establecer si el litigio debe resolverse con fundamento en las disposiciones del derecho comunitario, total o parcialmente, para abrir paso a la solicitud de interpretación prejudicial como un requisito de procedibilidad obligatorio, so pena de nulidad de la sentencia.

La Sala considera que en el supuesto de que el requisito de la interpretación prejudicial se haya omitido, el problema jurídico que surge en sede del recurso de anulación debe cuestionar el procedimiento que el Tribunal de Arbitramento estaba obligado a seguir -o no- y no se puede constituir en un mecanismo para revisar el fondo del laudo arbitral.

Para identificar la obligatoriedad de la interpretación del TJCA, de acuerdo con la normativa que se ha transcrito, es necesario razonar sobre dos ejes: i) el sentido



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

finalístico del derecho de integración, es decir, el propósito que ha sido encomendado al TJCA para asegurar en el caso concreto la uniformidad en la interpretación de la norma andina⁷⁸ y ii) la esencialidad de la aplicación del derecho andino a la controversia en cuestión. Por ello, es evidente que los conceptos "relevancia del propósito integrador", "controversia" y "aplicabilidad del derecho andino" deben predicarse en cada caso concreto, para que se imponga el deber de solicitar la interpretación prejudicial del TJCA.

Desconocer los criterios enunciados significaría desgastar la jurisdicción del TJCA en consultas que no tienen sentido para la finalidad del derecho comunitario y también existiría el riesgo de abrir paso a una cesión de la jurisdicción nacional, en contra de lo dispuesto en las disposiciones de la Decisión 500 que se han citado en esta providencia.

Se trata, entonces, de evidenciar el denominado "juicio de relevancia" en el proceso hermenéutico que debe adelantar el juez nacional para definir la pertinencia de la aplicación del derecho comunitario⁷⁹.

⁷⁸ En la sentencia C-227 de 1999, en la que se estudió la Ley 457 de 1998, "Por medio de la cual se aprueba el 'Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena'"⁷⁸, la Corte Constitucional advirtió que la competencia del Tribunal Andino tiene su razón de ser en la unificación de la interpretación de los jueces en los distintos estados miembros, en orden a facilitar las condiciones de integración de los servicios que se prestan en el ámbito de la comunidad andina, según se lee a continuación:

"Las disposiciones de esta sección se ajustan a la Constitución Política. La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario".

⁷⁹ Manuel Cienfuegos Mateo, Consultas Prejudiciales en la Comunidad Andina y Cuestiones Prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de Comparación. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba Argentina, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013) 37-77.

"Se trate de la interpretación o de la apreciación de validez de una norma comunitaria, antes de acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia las jurisdicciones de los Estados miembros de la UE tienen que examinar si la cuestión es necesaria para dirimir el proceso interno (artículos 267 del



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Como corolario de lo anterior, para el análisis de la causal por falta de interpretación prejudicial, es indispensable tener en cuenta que la simple coincidencia de las definiciones del derecho andino con los términos utilizados en la demanda o en el laudo arbitral no constituyen presupuesto suficiente para anular el laudo arbitral.

1.5. Fuerza vinculante de la interpretación prejudicial del TJCA

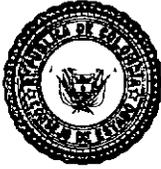
Es importante advertir que el TJCA ha indicado que su interpretación debe aplicarse caso por caso. La doctrina del derecho comunitario advierte que la interpretación prejudicial no puede omitirse acudiendo a decisiones anteriores que pudieran invocarse como *“acto claro o el acto aclarado”*⁸⁰. En criterio de la sala, este aspecto se corresponde con el concepto de que las interpretaciones prejudiciales no se constituyen en precedente obligatorio, dado que son expedidas en ejercicio de una función jurisdiccional para el caso concreto, es decir, inter partes. Por lo anterior, la

TFUE y 94 del RPTJ) o, lo que es lo mismo, han de llevar a cabo lo que se ha convenido en llamar el juicio de relevancia, esto es, que la respuesta a la cuestión prejudicial pueda condicionar el resultado del litigio nacional. No es relevante si la cuestión no es pertinente, lo que sucede cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable al caso porque debe resolverse sobre la base del derecho nacional o internacional, o cuando el objeto de la cuestión prejudicial no sea realmente la determinación del significado o la apreciación de validez de una norma comunitaria sino, más bien, de una norma nacional o internacional. Es preciso, adicionalmente, que existan dudas razonables acerca de la interpretación y/o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso de autos, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de las normas comunitarias en sí mismas consideradas (el acto es claro) (27) o existe una jurisprudencia comunitaria diáfana sobre ellas, dictada en vía prejudicial o en el marco de otros procedimientos (el acto ha sido aclarado)” (la negrilla no es del texto).

⁸⁰ Alejandro Daniel Perotti, Buenos Aires, 5 de marzo de 2001, sobre la base de la ponencia del autor titulada, *“La Interpretación Prejudicial Obligatoria en el Derecho Andino”*, presentada en el marco del IXº Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, Universidad Católica Boliviana, La Paz, Bolivia, 11-13 de octubre de 2000, artículo originalmente publicado en *“Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea”*, serie D, Nº 213, mayo - junio, ed. EINSA, Madrid, España, 2001, pgs. 90-106. Con autorización de la editorial para su inclusión en el sitio web de la Secretaría General (CAN).

En relación con la flexibilización de la doctrina del acto claro, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (sentencia *“Cilfit de 6 de octubre de 1982”*, los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, relatan que:

“(…) los jueces nacionales no están obligados a promover la cuestión prejudicial de interpretación de una norma comunitaria (si lo que se cuestiona es la validez no opera la excepción, ya que en este caso el Tribunal de Justicia tiene el monopolio del rechazo) cuando la solución se imponga con ‘con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable’, bien entendido que, antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros estados miembros y al Tribunal de Justicia”. “Curso de Derecho Administrativo I”, Thomas Reuters Legal Limited, Editorial Aranzadi S.A., decimosexta edición, Pamplona, España, 2013, página 190.



951

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

interpretación del TJCA –y su obligatoriedad- no pueden imponerse con fundamento en una interpretación anterior realizada en relación con otra controversia.

Ha explicado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸¹ que las principales características del derecho comunitario andino son: *(i)* la supranacionalidad; *(ii)* la integración con los sistemas jurídicos internos; *(iii)* la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y *(iv)* su intangibilidad y autonomía.

Tal como lo expuso la Corte Constitucional en su sentencia C-256 de 1998⁸², aunque el derecho andino no tiene aplicación preferente a la Constitución Política de Colombia, como puede tenerla aquel que se deriva de los tratados establecidos al amparo del artículo 93 de la referida Constitución Política⁸³, en el caso de las decisiones de los distintos órganos de la Comunidad Andina de Naciones, el derecho comunitario se integra con el derecho nacional y prevalece sobre este último, además de que, por otra parte, el derecho comunitario no puede entenderse modificado por las disposiciones del derecho local:

“Siendo así, la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y

⁸¹ i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicación: 110010326000201200013 00 (43.045), accionante: Comcel S.A., accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de junio de 2016, radicación: 110010326000201500136-00 (55.094), Convocante: Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. (antes Celcaribe S.A.), convocado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., referencia: recurso extraordinario de anulación.

⁸² Sentencia en la cual se dispuso, entre otras decisiones: “Tercero. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 9º de la ley 83 de 1925”.

⁸³ “Artículo 93 C.P. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional (se destaca en negrilla).

Esta integración obligatoria y prevalente entre el derecho comunitario andino y el derecho nacional ha sido explicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la siguiente manera:

"(...) Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la 'cesión voluntaria' que los Estados miembros han acordado, por lo que si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta 'para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone"⁸⁴. Todo lo anterior significa, sin duda que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial"⁸⁵.

"(...).

"5.42.- Sin embargo, como se señaló antes, no puede perder de vista esta Sala que su labor se reconduce a fungir como juez de anulación y no de instancia, de ahí que le esté vedado entrar a emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por ende, la competencia, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria citada arriba, se contrae a verificar si dadas las condiciones objetivas del pleito y los derechos en discusión de allí puede derivarse la aplicación y/o controversia de normas del derecho comunitario andino abriendo así la puerta a la interpretación prejudicial obligatoria"⁸⁶.

⁸⁴ Nota original de la providencia citada: "SOBRINO HEREDIA, José Manuel. "Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales", en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>]."

⁸⁵ Original de la cita: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); accionante: COMCEL S.A.; accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P."

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 10 de noviembre de 2016, radicación número: 11001-03-26-000-2016-00063-00(56845) A, actor: TELMEX COLOMBIA S.A -



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

El recuento anterior de la jurisprudencia del Consejo de Estado permite concluir que, con independencia de lo que estimen las partes del litigio, tratándose de asuntos en los que resulte imperativo aplicar el derecho comunitario –que se integra de manera prevalente al nacional- o en los que se controviertan las disposiciones del derecho comunitario, los árbitros nacionales deben obrar como jueces de la comunidad andina y solucionar las controversias de conformidad con ese derecho integrado, para lo cual están obligados a: i) definir la relevancia de la aplicación del derecho comunitario en el marco del litigio concreto⁸⁷, ii) solicitar la interpretación y acatar la interpretación prejudicial obligatoria que adopte en cada caso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1.6. El problema jurídico: ¿pueden las partes del conflicto arbitral decidir que no se consulte al Tribunal Andino de Justicia?

En primer lugar, se establece que la decisión de aplicar o no el derecho andino corresponde de manera autónoma a los árbitros y que el análisis de esa decisión resulta vinculante para el juez de anulación por tres razones: i) el Tribunal de Arbitramento es una autoridad jurisdiccional transitoria que no está sometida jerárquicamente al Consejo de Estado; ii) el Tribunal de Arbitramento debe fallar en derecho -tratándose del contrato en que una de las partes es una entidad estatal-, por ello, se le impone aplicar el derecho, con independencia de lo que expresen las partes y iii) el proceso arbitral es de única instancia⁸⁸.

UNE EPM COMUNICACIONES S.A., demandado: DIMAYOR y otros, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral (sentencia).

⁸⁷ Alejandro Daniel Perotti, obra citada.

“La modalidad obligatoria de la consulta prejudicial andina encarna el nivel último y más importante de esta relación de cooperación. Su fundamento primario debe buscarse en las consecuencias que para el derecho comunitario andino pueden surgir a partir de una irrevisable sentencia nacional que aplique o interprete de forma errónea el ordenamiento regional”.

⁸⁸ Ley 1563 de 2012. “Artículo 42. Trámite del recurso de anulación. [arbitraje nacional] (...). La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

Ley 1563 de 2012 “Artículo 67. Alcance de la intervención de la autoridad judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección [arbitraje internacional], no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga. “Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En segundo lugar, en sede del recurso de anulación del laudo arbitral, el Consejo de Estado debe respetar la interpretación del Tribunal de Arbitramento acerca del derecho aplicable, toda vez que dicho recurso: **i)** es de carácter excepcional, restrictivo y no constituye instancia adicional, lo que se apoya en la regulación taxativa de las causales; **ii)** se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores "*in procedendo*" y no permite fundar la anulación en errores "*in judicando*" – lo que no se opone a que el juez de anulación deba aprehender los argumentos del recurso y analizar, frente a ellos, el contenido del laudo arbitral⁸⁹; **iii)** está gobernado por el principio dispositivo, de manera que el juez de anulación no puede adicionar las causales invocadas por las partes, ni introducir ataques a otros aspectos del laudo que no fueron materia de la impugnación y **iv)** solo excepcionalmente, por disposición legal, se permite al juez corregir o adicionar el laudo si prosperan las causales de error aritmético o de incongruencia⁹⁰.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que algunas de las disposiciones de la Comunidad Andina son de aplicación opcional o constituyen recomendaciones de normas técnicas sugeridas para instrumentar el proceso integrador de los respectivos sectores económicos del mercado andino. Frente a este último tipo de disposiciones, el Tribunal de Arbitramento puede analizar la pertinencia o no de la interpretación prejudicial. En ese supuesto, uno de los criterios en que se puede apoyar el Tribunal de Arbitramento es en la estimación de las partes, sin que ello lo

fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral".

⁸⁹ La Sala advierte que la frase, dicha de paso en algunas sentencias de esta Corporación, según la cual "*al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada*", no puede ser entendida como una renuncia a estudiar los argumentos del recurrente ni al deber de confrontarlos con el contenido del laudo. Dentro del marco del recurso de anulación en un fallo en derecho, el juez de anulación también interpreta el derecho aplicable para definir el sentido del mismo. Adoptar literalmente la frase citada para dejar de estudiar un recurso, llevaría la labor del juez de anulación a un chequeo formal de textos y no tendría ningún propósito útil para la justicia que se debe impartir de acuerdo con la ley.

⁹⁰ Ley 1563 de 2007. "Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará. (...). "Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: (...) 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

releve de definir el derecho aplicable a la controversia y de pedir la consulta cuando se encuentre ante norma imperativa que reúna los criterios que activan la aplicación del derecho comunitario.

Acerca de este último aspecto, es pertinente citar el avance del derecho andino frente a las controversias sobre interconexión, aunque el objeto material de la controversia que se disputó en esos procesos es diferente al del caso que aquí se desata. Se refiere la Sala a la modificación introducida en relación con *las normas comunes de interconexión*⁹¹ a través de la Resolución 1992 de 2017, emanada de la Secretaría General de la Comunidad Andina⁹², a cuyo tenor se reconoció la potestad de acudir o no la interpretación sugerida por el derecho andino:

“Artículo 32.- Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 17 y sin perjuicio de lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes.

Si dichas partes no logran un entendimiento que ponga fin a la controversia, cualquiera de ellas podrá solicitar a la autoridad del País Miembro en donde se realiza la interconexión que se encuentre facultada al efecto por su legislación interna, que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación.

En cualquier caso, la decisión que adopte la señalada autoridad deberá ser conforme con el ordenamiento jurídico comunitario andino” (la negrilla no es del texto).

Como consecuencia, el Tribunal de Arbitramento es autónomo en decidir sobre el derecho aplicable y las partes solo pueden invocar la causal de anulación por omisión del requisito de interpretación prejudicial frente al laudo arbitral, demostrando las normas del derecho andino que resultaban de aplicación imperativa a la controversia en cuestión.

⁹¹ “Artículo 32- Condiciones entre proveedores. Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional”.

⁹² “Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los diecisiete días del mes de abril del año dos mil diecisiete”.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

1.7. Cómo se trató el asunto de la interpretación prejudicial en el trámite arbitral

En la continuación del acta No. 18 de 9 de febrero de 2017 consta el siguiente informe secretarial:

"En este estado de la audiencia, con el fin de asegurar el correcto desarrollo del proceso el Tribunal le pregunta a las partes si ellas conocen o entienden que existan normas andinas que puedan tener que ver con este proceso y que por ello sea necesario solicitar una interpretación al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

"Sobre el particular los apoderados de las partes, el apoderado de la ANDJE y el señor agente del Ministerio Público expresan que no tienen conocimiento de la existencia de tales normas, pero que por ser un tema de importante procederán a hacer la verificación respectiva"⁹³.

De acuerdo con lo que consta en el acta 22 de 10 de marzo de 2017, mediante auto 31 el Tribunal de Arbitramento dispuso:

"CUARTO: Dando alcance a la petición formulada por el Tribunal a las partes en audiencia pasada referida a que revisen si alguna norma del ordenamiento jurídico tiene incidencia en este proceso, para efecto de que si ello fuera así, se proceda en consecuencia a la correspondiente solicitud de interpretación prejudicial, se les otorga a las partes un plazo de diez días hábiles para tal pronunciamiento"⁹⁴.

En respuesta al requerimiento del Tribunal de Arbitramento los apoderados contestaron de la siguiente forma:

El apoderado de MINTIC, manifestó:

"(...) me perito remitir copia del documento denominado 'SOLICITUD DEL MINTIC PARA LA VERIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE TRAMITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL ANDINO TRIBUNAL ARBITRAL REVERSIÓN' donde la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se pronuncia en relación con la inquietud sobre la eventual existencia de normas de derecho andino aplicables a la controversia entre La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las

⁹³ Folio 387, cuaderno 3.

⁹⁴ Folio 435 cuaderno 3.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Comunicaciones y Comcel S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, que actualmente se tramita ante el Tribunal de Arbitramento⁹⁵.

Anexo a la referida comunicación MINTIC acompañó un documento sin firma con membrete de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, en el cual se hizo un recuento de las posiciones jurídicas de las partes y se observó lo siguiente:

"Con base en el anterior resumen de los fundamentos jurídicos de la demanda y de las contestaciones a la demanda puede concluirse que las partes dentro del proceso arbitral han fundamentado sus posiciones exclusivamente en las normas de derecho interno"⁹⁶.

En ese mismo documento, consta una relación de las normas andinas en materia de telecomunicaciones, acotada a la Decisión 462 de 1999, la Resolución 432 de 2000 y la Decisión 638 de 2006, sobre las cuales aparecen los siguientes conceptos:

"Frente al contenido de la Decisión 462, debe hacerse notar que si bien en muchos casos se refiere a algunos de los activos que forman parte del debate judicial al que se refiere el presente concepto, ninguna de ellas se refiere al problema específico de la reversión ni a los efectos de la terminación de un título habilitante (un contrato de concesión) por lo cual no se considera que se trate de normas directamente aplicables a la solución de la controversia.

"(...).

"La Resolución 432 simplemente se refiere a las relaciones de interconexión, pero no establece reglas respecto de las relaciones contractuales de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y, por ello, no resultaba aplicable a la controversia objeto del presente concepto.

"(...).

"De acuerdo con lo anterior es evidente que la decisión 638 trata de normas que buscan la protección a los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, pero no se refieren a los bienes o activos que forman parte de la controversia objeto del trámite arbitral sobre el cual versa el concepto".

⁹⁵ Folio 6, cuaderno 4.

⁹⁶ Folio 23, cuaderno 4.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En el concepto presentado como proveniente de la CRC se concluyó:

"4. Conclusión

"Con fundamento en lo anterior, puede concluirse que en el caso objeto de consulta, de un lado, las partes no han solicitado la aplicación de normas comunitarias andinas y, de otro, por la naturaleza de la controversia tampoco resulta aplicable alguna norma de esa clase"⁹⁷.

Por otra parte, el apoderado de COMCEL manifestó en su comunicación de 27 de marzo de 2017:

"En relación a esta petición informamos que en nuestro entendimiento no hay ninguna norma de la Comunidad Andina que tenga incidencia para dirimir el presente conflicto"⁹⁸.

El apoderado de COLTEL, en audiencia del 30 de marzo (ver Acta 24) indicó que:

"de acuerdo con (sic) la investigación que han hecho, no se observa que haya dificultades de ninguna naturaleza en cuanto a normas andina (sic) que pudieran afectar el proceso".

Finalmente, en el laudo arbitral el Tribunal de Arbitramento realizó la siguiente consideración acerca de la interpretación prejudicial.

"De otra parte, el Tribunal debe precisar que hecho el estudio respectivo ha concluido que para resolver el presente proceso no hay lugar a aplicar una norma supranacional que diera lugar a solicitar una interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia. Adicionalmente, en audiencias celebradas en los días nueve (9) de febrero de 2017, diez (10) de marzo de 2017 y ocho (8) de junio de 2017, con el fin de asegurar el correcto desarrollo del proceso, el Tribunal preguntó a las partes, al apoderado de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y al señor agente del Ministerio Público si tenían conocimiento de alguna norma supranacional que pudiera generar la necesidad de una solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, a lo que todos los intervinientes contestaron que no creen que haya respecto de este proceso, normas de esta naturaleza que requieran de la solicitud de interpretación a que se alude"⁹⁹.

⁹⁷ Folio 15, cuaderno 4.

⁹⁸ Folio 5, cuaderno 4.

⁹⁹ Página 38, laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

1.8. Las disposiciones del derecho comunitario que fueron invocadas como aplicables al presente caso

La Sala encuentra que en el presente caso se debate la procedencia de la interpretación prejudicial, con apoyo en las siguientes normas:

La **Decisión 439**¹⁰⁰ de la Comisión de la Comunidad Andina, contentiva del *Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina*, se ocupó de definir algunos términos que podrían coincidir o enmarcarse dentro de los utilizados en la demanda, las contestaciones de la demanda o el laudo arbitral en el caso sub júdice¹⁰¹:

"CAPITULO II

"DEFINICIONES

"Artículo 2.- A los efectos del presente Marco General, se adoptan las siguientes definiciones:

"Medida: **Cualquier disposición, sea en forma de ley, decreto, resolución, reglamento, regla, procedimiento, decisión, norma administrativa, o en cualquier otra forma, adoptada o aplicada por los Países Miembros.**

"Medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios: Abarcará las medidas referentes a:

- "a) **La compra, pago o utilización de un servicio;**
- "b) *El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Países Miembros y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; o,*
- "c) *La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.*

"Presencia comercial: **Todo tipo de establecimiento comercial o profesional dentro del territorio de un País Miembro con el fin de suministrar un servicio, a través de, por ejemplo:**

"Servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales: **aquellos que el Gobierno o las entidades públicas de cualquiera de los Países Miembros suministren en condiciones no comerciales, ni en**

¹⁰⁰ Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los once (11) días del mes de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

¹⁰¹ Se destacan en negrilla las disposiciones más relevantes para el caso en cuestión.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

competencia con uno o varios prestadores de servicios, incluyendo las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria y cambiaria o por cualquier otra entidad pública.

*"Suministro de un servicio: Abarcará **la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio** (la negrilla no es del texto).*

"(...).

"CAPITULO III

"ÁMBITO DE APLICACIÓN

*"Artículo 3.- El presente Marco General se aplicará a **las medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten el comercio de servicios**, en todos los sectores de servicios y en los distintos modos de suministro, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local, como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello.*

"Artículo 4.- El presente Marco General no será aplicable a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.

"La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.

"(...).

"Artículo 5.- Los sectores o subsectores de servicios sometidos a Decisiones sectoriales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión o sus modificatorias, se regulan por las normas contenidas en tales Decisiones. Respecto de dichos sectores y subsectores, las normas previstas en el presente Marco General se aplicarán supletoriamente" (la negrilla no es del texto).

La **Decisión 462** de la Comisión de la Comunidad Andina¹⁰², contentiva de las "Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina", estableció los principios y el cronograma del proceso de liberalización de los referidos servicios, comprendiendo dentro de ellos las medidas adoptadas o mantenidas por un país miembro que afecten la prestación del servicio:

¹⁰² Dada en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, a los veinticinco (25) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), publicada en la Gaceta Oficial de 1 de junio de 1999.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"CAPITULO II

"DEFINICIONES

"Artículo 2.- Definiciones

"Para los efectos de la presente Decisión, se entiende por:

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

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

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

"**Título Habilitante:** Acto administrativo por medio del cual la Autoridad Nacional Competente de un País Miembro faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones o para la instalación y operación de redes.

"(...).

"Artículo 4. Ámbito de Aplicación

"1. La presente Decisión se aplica a:

"(...).

"b) **Las medidas adoptadas o mantenidas por un País Miembro que afecten la prestación y el comercio del servicio de telecomunicaciones** (la negrilla no es del texto).

"2. Ninguna disposición de esta Decisión se interpretará en el sentido de:

"(...).

"d) Otorgar menores beneficios a los que haya concedido la normativa nacional de cada País Miembro.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"Artículo 5.- Principios y Compromisos

"La prestación de servicios de telecomunicaciones entre los Países Miembros se fundamenta en los siguientes principios y compromisos, establecidos en la Decisión 439: acceso al mercado, artículo 6; trato de nación más favorecida, artículo 7; trato nacional, artículo 8; transparencia, artículo 9; y statu quo, artículo 10, así como los derechos del usuario final, en los términos establecidos en esta Decisión, y eliminación de las medidas restrictivas contrarias a los principios del presente artículo.

"Artículo 6.- Liberalización e Integración

"El comercio de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina se desarrolla bajo un régimen de liberalización e integración, mediante la eliminación de las medidas restrictivas contrarias a los principios de acceso al mercado y trato nacional.

"Artículo 7.- Cronograma de Liberalización

"Los Países Miembros que no hubieran culminado con el proceso de liberalización, a que se refiere el artículo anterior, lo realizarán de conformidad con el cronograma siguiente

"a) Primera Etapa:

"A partir del 01 de enero del año 2000 quedarán eliminadas las medidas restrictivas en relación con los servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional y los de telefonía móvil terrestre.

"b) Segunda Etapa:

*"A partir del 01 de enero del año 2002 quedarán eliminadas las medidas restrictivas de **todos los servicios de telecomunicaciones**, incluidos los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional **y los de telefonía móvil terrestre**" (la negrilla no es del texto).*

"(...).

"CAPITULO V

"NORMAS DE HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES Y AUTORIZACIONES

"(...).

*"Artículo 24.- Pago de las contraprestaciones económicas La homologación de títulos habilitantes **comporta la obligación de que el proveedor de servicios cancele las mismas contraprestaciones***



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

económicas, tales como derechos, tasas, tributos y cánones, y efectúe las inversiones u otras obligaciones de tal naturaleza, que establece cada uno de los Países Miembros a sus nacionales en relación con la prestación de los servicios de telecomunicaciones facultados por el título habilitante que le ha sido homologado.

"CAPÍTULO XIII

"DISPOSICIONES FINALES

"Artículo 37.- *Relación con organizaciones y acuerdos internacionales*

"Los Países Miembros reconocen: a) **La importancia de las normas internacionales para la compatibilidad e interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones a escala mundial y se comprometen a promover la aplicación de tales normas y a participar coordinadamente en los trabajos de los organismos internacionales competentes, entre ellos la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- y la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones -CITEL**".

1.9. Análisis de la aplicación de las disposiciones comunitarias al caso concreto. Conclusiones

1.9.1. De la no aplicación de norma andina al caso concreto

Frente a las disposiciones de la comunidad andina que se citaron en el acápite anterior, es necesario realizar un juicio de "aplicación" sobre la "controversia" que se debatió ante el Tribunal de Arbitramento.

En otros términos, se trata de establecer si el derecho andino es imperativamente aplicable o no a dicha controversia.

En el presente caso, la comparación entre el contenido normativo de las decisiones comunitarias y el objeto de la controversia lleva a observar que no existe disposición alguna en las decisiones de la CAN invocadas por las recurrentes que se refiera a la CLÁUSULA DE REVERSIÓN, sobre la cual versaron la demanda y las contestaciones a la misma en el proceso arbitral que ahora se examina.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Si se quiere extender el asunto materia de la controversia a las reglas para definir el valor de la red de telecomunicaciones objeto de la reversión o de la prestación económica equivalente, se evidencia la misma conclusión, es decir, que las decisiones de la CAN que se invocaron en los recursos de anulación no se refieren a las reglas para definir el valor de la reversión o de la prestación económica equivalente.

Por otra parte, aunque exista coincidencia nominal en algunos de los términos utilizados en la causa petendi con los definidos en las decisiones de la CAN, en la demanda arbitral no se identifica controversia que versara específicamente sobre el alcance de las respectivas definiciones del derecho de integración andina.

Debe agregarse a este análisis que las decisiones de la CAN invocadas en los recursos de anulación tienen como finalidad el "*Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones*" y, por su parte, las leyes, decretos y contratos que debían ser interpretados para solucionar la controversia no hacen referencia a un asunto relativo a la integración, liberalización o comercio de servicios.

Nótese que el litigio arbitral se presentó habiendo dado terminación a los contratos de concesión y que las partes llevaron al Tribunal de Arbitramento las diferencias acerca de la vigencia de la cláusula de reversión y de la consecuente obligación de entregar los bienes o pagar la prestación económica equivalente, lo cual situó el asunto materia de la litis en un campo distinto al de la prestación del servicio, esto es, el de la prestación económica equivalente a la reversión ante la terminación del contrato, sobre el cual no tenían alcance las decisiones de la CAN, de acuerdo con la finalidad por ella definida al expedir tales decisiones.

Así las cosas, resulta insuficiente para sustentar la prosperidad de la causal de anulación por supuesta falta de la interpretación prejudicial del TJCA, la relación de definiciones y la afirmación de que eran esenciales para resolver la controversia. Lo anterior se concluye, dado que el cotejo entre tales definiciones de la CAN y el asunto materia de la litis no lleva a identificar norma alguna de aplicación necesaria. Por el contrario, la comparación expuesta indica que no hay



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

intersección de los contenidos normativos aplicables ni conexidad necesaria que imponga interpretar las decisiones de la CAN para resolver el litigio arbitral.

Se advierte que en sus recursos las convocadas citaron sentencias e interpretaciones prejudiciales (IP) que se presentaron en otros procesos referidos a controversias sobre "*interconexión de servicios*", las cuales se encontraban sujetas a una norma especial no aplicable en este caso concreto – el artículo 32 de la Resolución 432 – y, además, presentaban supuestos fácticos relacionados con los cargos de interconexión que tampoco fueron mencionados en la *causa petendi* que ahora se debate. Por ello, los antecedentes de la interpretación prejudicial que fueron reseñados en los recursos corresponden a una disputa fáctica y jurídicamente diferente a la que se llevó ante el Tribunal de Arbitramento en el presente caso.

Se precisa que, aunque los contratos de concesión mencionaban los ingresos por interconexión dentro del componente de las tarifas periódicas de contraprestación¹⁰³, el litigio no tuvo nada que ver con ese aspecto.

1.9.2. De la no intervención del TJCA en la interpretación de las pruebas

La Sala debe referirse a las dudas que reseñó COLTEL, como materia de interpretación prejudicial, sobre la norma técnica que el perito manifestó no conocer.

Es pertinente indicar que la prueba pericial sirvió de soporte para la decisión acerca de la pretensión subsidiaria por compensación económica, que culminó con las condenas impuestas en el laudo arbitral.

Por otra parte, en el recurso presentado por COMCEL se hizo referencia a la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT y no se desconoce que ese organismo ha fijado parámetros en materia de la valoración de las redes de

¹⁰³ Cláusula séptima de los contratos de concesión.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

telecomunicaciones¹⁰⁴ que se podrían conectar con las reglas técnicas de la prueba en procesos como el que se siguió ante el Tribunal de Arbitramento en el caso *sub lite*.

Sin embargo, se advierte que la potestad de ordenar un dictamen bajo determinadas metodologías o reglas, no está sometida al TJCA. Compete al juez nacional el decreto de las pruebas de acuerdo con lo solicitado por las partes y la apreciación de las mismas, en orden a buscar la valoración más exacta y ajustada a las reglas técnicas.

Se agrega que en el marco del derecho andino las reglas técnicas de la UIT constituyen recomendaciones no imperativas y, por otra parte, es de la mayor importancia advertir que no le corresponde al TJCA desplazar a los árbitros en la dirección del debate probatorio ni en la interpretación de las pruebas, teniendo en cuenta que la jurisdicción atribuida a dicho tribunal andino tiene como "*objeto y finalidad*" "*interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros*"¹⁰⁵.

Se observa que en el proceso arbitral que ahora se examina la prueba pericial se practicó en debida forma, de acuerdo con los cuestionarios elaborados por las partes y que el Tribunal de Arbitramento siguió las reglas de apreciación del dictamen del derecho nacional, sobre lo cual no existe norma andina aplicable a la controversia¹⁰⁶.

Por tanto, el TJCA no tenía competencia para definir una norma técnica aplicable a la prueba procesal o a su apreciación y, por ello, los árbitros no estaban sometidos a la consulta de interpretación prejudicial.

¹⁰⁴ Se observa que Colombia es miembro del convenio de constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, adoptado mediante la Ley 252 de 1995.

¹⁰⁵ Decisión 500, artículo 121.

¹⁰⁶ "Artículo 232 CGP. *Apreciación del dictamen. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*".



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Así las cosas, no se comparte la apreciación de COLTEL, según la cual, cuando el perito técnico indicó que no conocía una norma técnica para establecer los hitos de una red funcional, el Tribunal de Arbitramento estaba obligado a suspender el proceso y pedir la interpretación de ese asunto al TJCA.

Ni siquiera desde el punto de vista de la competencia del TJCA habría resultado posible seleccionar la metodología o los escenarios a seguir en el dictamen pericial para efectos de los criterios de valoración de activos¹⁰⁷, por cuanto las disposiciones de la UIT constituyen recomendaciones acerca de metodologías alternas y no una tarifa probatoria de carácter imperativo, además de que en el proceso arbitral las partes no plantearon pretensiones o defensas acerca de las reglas de la UIT.

1.9.3. Por todo lo anterior, en criterio de la Sala, no le asiste la razón a las sociedades convocadas, en cuanto a que era imperativo solicitar la interpretación del TJCA a la controversia arbitral *sub júdice*.

Como consecuencia, el Consejo de Estado no se encuentra ante un caso de la causal de anulación por falta de la interpretación prejudicial del TJCA.

¹⁰⁷ A título de ejemplo se cita una de las reglas técnicas eventualmente aplicables a la valoración de activos: <https://www.itu.int/ITU-D/finance/Studies/Regulatory%20accounting%20guide-final-with%20graphics-es.pdf>

"4.4 Fase 4: Criterios para la valoración de activos (...) 4.4.1 *Prácticas idóneas en materia de valoración de activos* **No hay prácticas idóneas para la valoración de activos, pues, en función del tipo de activos, un criterio puede ser más adecuado que otro. Sin embargo, pueden tenerse en cuenta los siguientes puntos:** • El costo histórico puede emplearse cuando: i) los activos no tienen un valor significativo, ii) los activos no están sujetos a importantes variaciones de precio, iii) no hay cambios tecnológicos asociados al activo o no son cambios importantes, y/o iv) el efecto de la revaloración sería inmaterial. • La indexación puede utilizarse cuando: v) no ha habido cambios tecnológicos asociados al activo o no han sido importantes, vi) las bases de datos del operador ofrecen información suficiente y detallada sobre el activo que se valora, y vii) el grupo de activos es homogéneo en cuanto a variación de precios. • La valoración absoluta puede utilizarse cuando: i) el grupo de activos no es homogéneo en cuanto a variación de precios, ii) ha habido cambios tecnológicos importantes asociados al activo o grupo de activos, y iii) la información sobre activos fijos del operador no ofrece datos detallados sobre el activo o grupo de activos a los que se aplica AME para su valoración. • **El activo moderno equivalente (AME) se utilizará siempre que sea posible, pues es el medio de valoración más exacto para reflejar el costo de un operador eficiente, pues tendrá en cuenta los costos asociados (y eficiencias) a los que se enfrentará un operador nuevo/alternativo, si entra en el mercado en un momento específico**" (la negrilla no es del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

CAUSALES INVOCADAS POR COMCEL

2. Causal No. 5

"5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión".

2.1. COMCEL consideró que en la audiencia de 30 de marzo de 2004¹⁰⁸ se realizó el traslado sobre las aclaraciones y complementaciones al dictamen, en forma contraria a la ley. Destacó el auto No. 33, en el que el Tribunal denegó las aclaraciones y complementaciones solicitadas por COMCEL, con fundamento en que los árbitros consideraron que las solicitudes no se encontraban ligadas al asunto materia de la prueba.

COMCEL estimó que, por la premura en el término para fallar, el Tribunal de Arbitramento le había denegado la solicitud sobre un aspecto esencial de la prueba -que era el de la determinación del "porcentaje de asignación o afectación a la telefonía móvil de voz" y, por ello, afirmó que se le violó el derecho fundamental al debido proceso.

Agregó que se adoptó el escenario 3 de dictamen sobre el valor actualizado de los bienes y se le negó la pertinencia para que se aplicara alguno de los nuevos escenarios que COMCEL solicitó desarrollar en la aclaración que se le denegó.

En cuanto al costo de los bienes afectos a la concesión, COMCEL advirtió que se adoptó la proporcionalidad entre voz y datos con base en la información de comportamiento de los usuarios del otro operador -entre el uso de voz y datos- y, por esa vía, se concluyó que la proporción de tráfico de voz aplicable era del 33,02%.

¹⁰⁸ Acta 24.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Advirtió que, por ello, se desconocieron otras posibles interpretaciones y se aplicó erróneamente la consideración de los datos al momento en que se hizo la inversión. Agregó que, en el laudo se tuvo en cuenta no el valor neto sino el actual de reposición. También explicó que los árbitros no tuvieron en cuenta las afectaciones que se derivaban de las observaciones del perito técnico.

Concluyó que, aunque puede parecer un aspecto sutil, los valores astronómicos de la condena demuestran el efecto de haber denegado la aclaración y complementación que solicitó, lo cual incidió en el valor de la compensación que fue ordenada.

2.2. Contestación de MINTIC

MINTIC observó que el supuesto invocado no se correspondió con el de una prueba no decretada y que los aspectos probatorios que alegó COMCEL fueron en todo caso atendidos en otras solicitudes de aclaración y complementación. MINTIC destacó la falta de razonabilidad del argumento, por lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“En relación con la solicitud número 1.5.2, Comcel obtuvo la complementación que pedía a través de otras solicitudes de aclaración y complementación que fueron decretadas por el Tribunal como son la 1.5.4 literal ii), y 2.7 que elevó respecto del dictamen técnico; y la 5(i), 18.2, 27.2, 32.2 Y 32.5 del dictamen financiero y que fueron debidamente atendidas por los peritos y valoradas por el Tribunal, con lo cual el Tribunal de Arbitramento si dispuso de todos los escenarios que echa de menos el recurrente.

“En relación con la solicitud número 1.7 relativa a la pretensión del Ministerio de obtener la restitución de la infraestructura instalada con ocasión de la asignación de espectro adicional, y considerando que la misma fue denegada en su totalidad, no se entiende como afectó dicha decisión a Comcel que pudo conservar en su patrimonio dicha infraestructura y por esa razón la condena económica impuesta en el laudo excluyó la valoración de dichos bienes y elementos (págs. 246 y 247 del laudo). De esta forma no se cumpliría el presupuesto de la causal quinta, si en gracia de discusión se admitiera su procedencia, consistente en que la falta de la prueba pudiese tener incidencia en la decisión que debe ser obviamente desfavorable, para que tenga sentido el recurso.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

“En relación con la solicitud número 2.1 relativa a que el perito técnico complementara su dictamen y definiera cuál sería el inventario afecto al servicio de telefonía móvil celular teniendo en cuenta los sitios para dar cumplimiento al Plan Mínimo de Expansión y de Vías, debe precisarse que mediante el dictamen de parte elaborado por la firma ANALYSIS MASON aportado por Comcel al proceso, esta empresa pudo someter a consideración del Tribunal tales aspectos, los cuales no encontraron acogida por parte del panel arbitral, como consta en el acápite 2.3.4.3 del laudo titulado ‘La incidencia del Plan Mínimo de Expansión el plan de cobertura de vías’ (pág 142 y ss) en el cual se considera que ‘El Plan Mínimo de Expansión y el Plan de Cobertura de Vías’ eran, como su nombre lo dice, unos estándares mínimos del servicio (...).”

MINTIC destacó que el Tribunal de Arbitramento no accedió a los argumentos de COMCEL, toda vez que el laudo arbitral indicó (se transcribe de forma literal):

“(...) si cumplido el Plan Mínimo de Expansión o de Vías, durante el curso de la ejecución del acuerdo uno de los concesionarios hubiera decidido dejar de prestar el servicio de telefonía móvil celular con la cobertura que lo venía haciendo y limitarse a prestar el servicio del Plan Mínimo de Expansión dejando sin servicio a todos los usuarios que no estuviesen cubiertos dentro de dicho Plan, habría un incumplimiento de los Contratos de Concesión, pues no se estaría prestando el servicio de telefonía celular en los términos de la cláusula primera”.

2.3. Consideraciones de la Sala acerca de la causal 5 de la Ley 1563 de 2012

En el expediente se observa que el dictamen pericial se decretó y practicó en debida forma dentro del respectivo proceso, de acuerdo con las solicitudes de las partes. Igualmente, se encuentra acreditado que se respetó al derecho de defensa y contradicción para definir el cuestionario correspondiente a la respectiva prueba y para oponerse a la entrega de información sobre el dictamen financiero presentado de manera extemporánea por la parte convocante.

También se evidencia que COMCEL tuvo la oportunidad de allegar a los peritos la información que consideró pertinente y se le respetó el derecho a interrogar a los peritos sobre las bases del dictamen. Cosa distinta es que en la etapa de contradicción de las aclaraciones no fuera procedente permitir a COMCEL que introdujera nuevas preguntas, dado que la aclaración y complementación debía versar sobre el cuestionario inicialmente debatido y aprobado.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En todo caso, se observa que las respuestas del perito financiero estuvieron apoyadas en la información que entregó COMCEL al perito técnico y que constituyeron la base para que el Tribunal de Arbitramento definiera el monto de la condena¹⁰⁹.

Obran en el expediente los escritos contentivos de los cuestionarios que formularon MINTIC, COMCEL y COLTEL con destino a los peritos, así como el cuestionario propuesto por la ANDJE, los cuales fueron aceptados por el Tribunal de Arbitramento mediante auto No. 21 de 28 de noviembre de 2016, según consta en acta No. 17¹¹⁰.

Como perito técnico se designó al ingeniero Ariel Sánchez, quien presentó la experticia a través de ASITEC S.A.S. y como perito contable y financiero se designó a la sociedad VALORA CONSULTORÍA S.A.S.

Según consta en acta No. 18, en audiencia de 9 de febrero de 2017 fueron interrogados los expertos que formaron parte del equipo de la Universidad Nacional que elaboró el dictamen presentado por la parte actora¹¹¹.

En la continuación al acta de 20 de febrero 17 de 2017, **COMCEL indicó que no existe un inventario de los bienes y activos, "que solo existe lo que está incorporado en los estados financieros"**. Mediante auto No. 27, contenido en el acta citada, el tribunal de arbitramento, luego de escuchar las manifestaciones de COMCEL y de la ANDJE sobre la suficiencia o no de la información allegada, dispuso "*declarar cerradas las diligencias de exhibición de documentos*".

Según consta en acta No. 21 de marzo 2 de 2017, los peritos designados por el Tribunal hicieron entrega de los dictámenes periciales el 27 de febrero de 2017¹¹².

¹⁰⁹ Folios 22 y 23, cuaderno 3.

¹¹⁰ Folio 361, cuaderno 3.

¹¹¹ Folio 379, cuaderno 3.

¹¹² Folio 422, cuaderno 3.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En relación con la fuente de la información allegada por COMCEL, Valora Consultoría S.A.S. hizo constar lo siguiente: *"(...) el perito técnico remitió al perito financiero archivos en Excel con la relación del inventario de los hitos para los periodos 1999, 2004, 2013 y 2016"*. Se aclara que esta información se encuentra en la siguiente ubicación: *"PERITAZGO FINANCIERO ANEXOS\Inventario Perito Técnico"*¹¹³.

Acerca de las fuentes de la información de COLTEL, Valora Consultoría S.A.S. hizo constar lo siguiente: [el perito técnico] le *"entregó un archivo de extensión .xlsb de Excel con el nombre COLTEL inventario contable Noviembre de 2013.xlsh de tamaño de 23.873.360 bytes. Se aclara que este archivo se encuentra en la siguiente ubicación del medio magnético suministrado por el Tribunal en la siguiente ruta: PERITAZGO FINANCIERO ANEXOS\Anexos Generales Telefónica Excel"*¹¹⁴.

Según consta en el acta No. 22 de 10 de marzo de 2017, auto No. 31, el Tribunal de Arbitramento corrió traslado de los dictámenes y las aclaraciones rendidas por los peritos.

De conformidad con el acta No. 23 del 14 de marzo de 2017, el representante de Valora Consultoría S.A.S. explicó dónde se encontraban disponibles algunos de los archivos y manifestó que: *"en cuanto a las memorias de cálculo y fórmulas para las columnas 'Valor de Reposición' y 'Valor Actual' estas serán remitidas a las partes"*¹¹⁵.

Consta en el expediente la comunicación radicada el 16 de marzo de 2017, mediante la cual Valora Consultoría S.A.S. adjuntó el archivo de la base contable y avalúo de valoración de COLTEL e indicó que *"incluye la valoración correspondiente a los estimados de reposición a nuevo de los inventarios de*

¹¹³ Folio 426, cuaderno 3.

¹¹⁴ Folio 427, cuaderno 3.

¹¹⁵ Folio 448, cuaderno 3.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*activos de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP para cada uno de los cortes solicitados*¹¹⁶.

Mediante escrito remitido por correo electrónico el 27 de marzo de 2017, COLTEL solicitó aclaraciones y complementaciones y, por otra parte, acompañó una experticia elaborada por *Axon Partner Group Consulting* para controvertir los dictámenes¹¹⁷.

Mediante escrito remitido por correo electrónico el 27 de marzo de 2017, COMCEL solicitó aclaraciones y complementaciones a los dictámenes¹¹⁸.

En el traslado correspondiente, MINTIC no presentó solicitud específica de aclaraciones o complementaciones.

Mediante acta No. 24 de 30 de marzo de 2017, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las aclaraciones y complementaciones que resultaban procedentes y decretó la suspensión del proceso. COMCEL interpuso recurso de reposición contra la decisión de rechazar las aclaraciones solicitadas por esa convocada, en cuanto a la determinación de un porcentaje *"de afectación de los inventarios, así como la atribución de los diferentes elementos de la red a los diferentes servicios"*; los inventarios necesarios *"para cubrir las rutas correspondientes a la asignación del espectro adicional"* y la inclusión de las *"torres como un elemento pasivo de la red de servicios"*, todo lo cual fue denegado, en tanto que desbordaba las preguntas del correspondiente cuestionario¹¹⁹.

Como puede advertirse, las nuevas preguntas que COMCEL propuso en la etapa de traslado de las aclaraciones, se referían a destinaciones separadas para el uso de los inventarios que cada parte había allegado.

¹¹⁶ Folio 1, cuaderno 4.

¹¹⁷ Folio 89 a 177, cuaderno 4.

¹¹⁸ Folio 49 a 88, cuaderno 4.

¹¹⁹ Folios 188 a 191, cuaderno 4.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Según se observa a continuación, aunque no se permitieron nuevas preguntas, se dio paso a la entrega de informes por cada una de las partes para contradecir el dictamen inicial y, por otra parte, tal como se advierte en el laudo arbitral, se consideró que no era técnicamente posible distinguir la atribución de los diferentes elementos, ante lo cual el perito financiero utilizó como alternativa la aplicación de una medición proporcional, sobre la información suministrada por cada parte.

Mediante escritos de 5 y 6 de junio de 2017, las partes convocadas y convocante, respectivamente, presentaron las experticias rendidas para contradecir las aclaraciones al dictamen¹²⁰. **COMCEL presentó la experticia rendida por la firma Analysys Mason** y COLTEL allegó la experticia de Axon Partners Consulting. En esa oportunidad, el 6 de junio de 2017, el apoderado de MINTIC allegó el dictamen pericial de contradicción elaborado por la Universidad Nacional de Colombia, con el fin de controvertir los dictámenes periciales de “VALORA, AXON y ASITEC”.

Consta en el acta No. 27 de 7 de junio de 2017 que el Tribunal interrogó a los peritos que elaboraron los dictámenes iniciales y las aclaraciones presentados por VALORA CONSULTORÍA S.A.S y ASITEC S.A.S. y, también, el Tribunal dispuso la declaración de los expertos que elaboraron los dictámenes de contradicción.

En esa audiencia COMCEL indicó que el término para allegar el dictamen de contradicción se había vencido el 5 de junio de 2017 y observó que MINTIC lo había presentado el 6 de junio de 2017, por fuera de la oportunidad prevista en el artículo 118 del CGP, que era de 10 días, dado que el término “*inició su cómputo el mismo día de la audiencia*”. El Tribunal de arbitramento expuso las consideraciones sobre el cómputo del término, indicó que contaba a partir de su otorgamiento y, por ello, realizando el conteo desde el día siguiente a la fecha de la audiencia, resolvió que el memorial de MINTIC había sido presentado en tiempo, el 6 de junio de 2017. COMCEL interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto de manera desfavorable¹²¹.

¹²⁰ Folios 255 a 263, cuaderno 4.

¹²¹ Folio 268, cuaderno 4.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Según consta en el acta No. 28 de 8 de junio de 2017, el tribunal interrogó a los peritos que elaboraron los tres dictámenes de contradicción: Rafael González Galarreta por la firma Axon Partners Group Consulting, Francisco Javier González Meléndez, por la firma Analysys Mason – **peritos presentados por COMCEL** y, finalmente, a Leonardo Araque y Julio Ernesto Villareal, miembros del equipo de expertos de la Universidad Nacional, *“quienes participaron en la elaboración de la experticia presentada por la parte demandante ante el Tribunal el 6 de junio de 2017 para controvertir los dictámenes periciales rendidos por los peritos designados por el Tribunal”* (la negrilla no es del texto).

Se advierte que la primera declaración de los peritos de la Universidad Nacional se recibió el 9 de febrero de 2017, en ella el profesor Araque realizó una presentación general del contenido de su experticia y el director financiero Julio Ernesto Villareal expuso un método de valoración.

En esa oportunidad, después de las preguntas del apoderado de COLTEL, se le dio la palabra al apoderado de COMCEL, el cual solicitó aclarar si el doctor Villareal participó en la estructuración técnica (no financiera) del dictamen¹²².

Finalmente, por auto No. 41 de 28 de junio de 2017, el Tribunal declaró cerrado el debate probatorio.

El recuento anterior reafirma que la causal invocada no se configuró y que, además, el debido proceso se respetó formal y materialmente.

Como consecuencia, COMCEL no puede identificar la decisión de negar preguntas adicionales que se le impuso por exceder el cuestionario del dictamen, con el supuesto de una prueba no decretada o no valorada en este proceso.

Para la Sala, lo que en realidad expresa COMCEL en esta causal es su desacuerdo con la proporcionalidad que se le aplicó a la información financiera que entregó para el desarrollo de la prueba pericial, asunto que corresponde a la

¹²² Folio 22 vuelto, cuaderno 37.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

valoración de la prueba que se confió a los árbitros como jueces del litigio y que no configura causal de anulación del laudo arbitral.

3. Causal No. 8

"8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral".

3.1. COMCEL afirmó que al momento de construir la ecuación aritmética que se planteó en la condena en su contra se cometió un error, dado que se adoptó el escenario 3 en lugar del 4, en contravía de la argumentación jurídica del laudo. Especificó que presentó la solicitud de aclaración ante el Tribunal y le fue denegada.

3.2. Contestación de MINTIC

"Se concluye entonces que en criterio del Tribunal el escenario 3 tenía en cuenta la afectación al servicio de voz en el momento en que se realizaban las inversiones para segregar lo correspondiente a otros servicios que también cursaban por la red de TMC y que ese escenario era que correspondía las reglas contractuales. Así lo manifestó con toda claridad el Tribunal de Arbitramento, de manera que mal podría este incurrir en un 'error aritmético' al elegir el escenario 3, cuando toda su argumentación giró alrededor de la pertinencia de dicho escenario para calcular la compensación económica por el equivalente económico de la reversión"¹²³.

3.3. Consideraciones de la Sala acerca de las disposiciones contradictorias y el error aritmético en la aplicación del escenario financiero

Como puede observarse en los apartes del laudo transcritos al inicio de esta providencia, la valoración del equivalente económico -a pagar a la Nación- no presentó una incongruencia entre la argumentación y la ecuación aritmética que se adoptó. Por el contrario, el laudo consideró la pertinencia del escenario 3 por corresponder a las condiciones contractuales de la reversión y sobre el mismo argumento seleccionó una de las tablas que correspondió al cálculo de "valor

¹²³ Página 54 del escrito de contestación al recurso.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

actual” – a la fecha de terminación del contrato -en 2013- de los bienes y elementos identificados con base en la información suministrada por COMCEL, a partir de la cual se fijó la condena, así:

“Escenario 3

“En este escenario se valora únicamente el servicio de voz de acuerdo con las consideraciones técnicas como porcentaje

“% de voz según modelo voz datos y CAPEX 71.41%.

“% de datos según modelo voz datos y CAPEX 28.59%“.

“(…).

“Hito 2013 Comcel

“Tabla 40

“Descripción	...	Valor actual¹²⁴
...	.	
“Red de inventario perito Técnico por clase 3		\$3.275.673”

En la nota 3 del cuadro anterior, en lo correspondiente a los datos del “Core” se hace constar que la valoración fue realizada a partir de los “Grupos Funcionales remitidos por el concesionario”.

En el texto antes citado no se advierte ningún error aritmético ni contradicción entre el contenido de las consideraciones y las resoluciones del laudo arbitral.

Para la Sala, lo que expresó COMCEL en el recurso constituye un desacuerdo con la adopción de los escenarios financieros y las tablas adoptadas por el Tribunal de Arbitramento para fijar el monto de la condena, lo cual corresponde a la valoración de la prueba, que aparece fundada en los cálculos del perito financiero y en la información del perito técnico que se construyó partiendo de la entregada por COMCEL y habiéndosele dado oportunidad a las partes para controvertir las tablas y la formulación incorporada por el perito financiero.

¹²⁴ Se extracta parte del cuadro contenido en el laudo arbitral, cifra en billones de pesos.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Como consecuencia, no se identifica la existencia de disposiciones contradictorias ni el error aritmético alegado por el recurrente.

4. Causal 9

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

4.1. Argumentos presentados por COMCEL

Según afirmó COMCEL, el laudo fue más allá de lo pedido, toda vez que impuso el pago en un plazo de 15 días hábiles a partir de la ejecutoria del mismo, por lo cual, en criterio de COMCEL, se configuró la causal 9 de la Ley 1563 de 2012.

COMCEL especificó que la decisión de fijar un plazo para el pago fue *extra petita*, dado que MINTIC no pidió imponer plazo alguno, como lo reconoció el mismo Tribunal de Arbitramento en el auto de aclaración. Agregó COMCEL que, por esa misma razón, el Tribunal falló *extra petita* al ordenar el pago de intereses de mora.

A juicio de COMCEL, el laudo arbitral también configuró una decisión *extra petita* porque condenó al pago de intereses de mora sin haberse surtido la liquidación del contrato de concesión. Observó que cuando se conoció la sentencia C 555 de 2013, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2044 de 2013, en el cual indicó que establecería los criterios de liquidación. Por tanto, COMCEL alegó que el Tribunal de Arbitramento desconoció que el pago solo podrá hacerse exigible cuando se liquiden los respectivos contratos.

Afirmó que se desconoció la Resolución 598 de 2014¹²⁵, sobre la cual el Tribunal de Arbitramento estimó que no existía pretensión alguna. Indicó que, no obstante, esa Resolución dispuso la reversión de bienes y el plazo de entrega a COMCEL, de manera que el laudo no podía disponer en contrario del acto administrativo que fue alegado como prueba.

¹²⁵ Cuaderno de pruebas 36, según se indicó en página 158 y 159, del laudo arbitral.



965

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

4.2. Contestación de MINTIC

MINTIC observó que de conformidad *“con la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión, la reversión se hacía exigible a la terminación de dichos contratos lo que ocurrió el 28 de noviembre de 2013; de hecho y como se estableció en precedencia en el laudo se ordenó que al momento de liquidarse los contratos se procediera a incluir en dicha liquidación las sumas de dinero provenientes de la condena”*¹²⁶.

De conformidad con el contenido de la Resolución 598 de 2014, MINTIC afirmó que *“no cabe ninguna duda acerca de la total impertinencia del recurso de anulación por la causal acá invocada, como quiera que dichas disposiciones son completamente ajenas a los extremos de la controversia referida a la existencia, obligatoriedad y alcance de la reversión”*¹²⁷.

4.3. Consideraciones acerca de la supuesta incongruencia por fijar un plazo para el pago de la condena

En el punto 1 de las pretensiones de la demanda, MINTIC solicitó que se declarara la obligación de reversión y en las pretensiones 3 y 4 pidió las condenas subsidiarias al pago de un equivalente económico, teniendo, por otra parte, en cuenta que *“la totalidad de la ejecución contractual (...) finalizó el 28 de noviembre de 2013”*.

Es de la mayor importancia advertir que el Tribunal de Arbitramento fundó la condena a intereses en el artículo 305 del Código General del Proceso, que se invocó de manera expresa en los considerandos del laudo, por concepto de intereses sobre la condena, *“pues la obligación líquida en este caso surge del laudo”*¹²⁸.

¹²⁶ Página 58 del escrito de contestación al recurso.

¹²⁷ Página 59 del escrito de contestación al recurso.

¹²⁸ Páginas 255 a 256 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Por tanto, los intereses correspondían a la condena y para imponerlos en el laudo no era necesaria la existencia de una pretensión específica en la demanda, dado que en tal supuesto los intereses se desprendían de lo dispuesto en la ley procesal.

Ahora bien, si el plazo de 15 días hábiles a partir de la fecha de ejecutoria del laudo arbitral debió ser sustituido por el de diez meses previsto en el artículo 195 del CPACA -analógicamente aplicado, de conformidad con la norma relativa al trámite de la condena con cargo a los recursos a cargo de entidades estatales -, no por ello el laudo arbitral se constituyó en una decisión *extra petita*, puesto que la decisión de fijar un plazo específico guardaba total conexión con la exigibilidad de la condena.

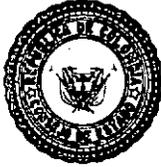
El tribunal de arbitramento no aceptó que el término de 15 días resultara muy corto para disponer los pagos y, por otra parte, advirtió que las demandadas no solicitaron un plazo -especial o ampliado- al presentar sus excepciones¹²⁹.

Además, los árbitros consideraron en la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y corrección del laudo que le correspondía a las autoridades administrativas "*llegar a sendos acuerdos con los concesionarios para el pago de la condena*"¹³⁰, en orden a no afectar la continuidad del servicio, dado que las mismas concesionarias ya estaban operando las frecuencias para su prestación.

Resulta necesario observar que la Resolución 598 de 2014, que obra como prueba en el expediente, contiene el permiso de MINTIC "*para el uso del espectro radioeléctrico*" y en ella se fijaron las "*CONTRAPRESTACIONES*" Y "*CONDICIONES*" de la renovación por el respectivo uso del espectro. Con base en ese contenido, resulta cierto que dicho acto administrativo no se refería específicamente al plazo para el pago de la prestación económica que se definió en el proceso arbitral.

¹²⁹ Acta 35, auto 49, folio 365, cuaderno principal.

¹³⁰ Acta 35, auto 49, folio 366, cuaderno principal.



966

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

En el acta No. 35 de 2 de agosto de 2017, auto No. 49, mediante el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y complementación del laudo, el Tribunal de Arbitramento estimó que estas resoluciones¹³¹ contenían un mecanismo de “*pago transitorio por el uso de la infraestructura*” y que el respectivo acto administrativo versaba sobre una “*obligación distinta de la reversión*”, el cual, en efecto, no constituyó parte de los actos sometidos a juzgamiento en el proceso arbitral.

Se debe agregar que en el proceso arbitral no se definió la liquidación de los contratos y que, por tanto, si las referidas resoluciones contenían un derecho a diferir el pago de la reversión por cuotas o durante el tiempo del nuevo contrato, ese aspecto deberá ser considerado para definir la cuenta final de liquidación, que no fue materia de la decisión arbitral.

Finalmente, se hace notar que el hecho de que no se hubiera presentado la mora en relación con el plazo fijado en el laudo arbitral, debido a que las demandadas se allanaron al pago de la condena en tiempo, no relevó a esta Sala del estudio de la causal invocada, toda vez que la respectiva condena no fue modificada ni corregida en las decisiones contenidas en el auto 49, de manera que hace parte del contenido del laudo arbitral impugnado.

5. Causal 7

“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

De manera general, aplicable a las consideraciones sobre todos los eventos invocados como constitutivos del fallo en conciencia o en equidad, se debe recordar que por virtud del pacto arbitral celebrado entre las partes, los árbitros detentan una jurisdicción ad hoc, autónoma en el contenido de sus decisiones, con potestad para resolver el litigio en única instancia, todo lo cual se apoya en el artículo 116 de la Constitución Política y en las disposiciones de la Ley 1563 de 2012.

¹³¹ Resoluciones 597 y 598 de 2014.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Por ello, se concluye que en sede del recurso de anulación solo se pueden invocar las causales taxativamente establecidas por la ley y que entre ellas no se encuentra la interpretación equivocada de una norma legal realizada por el Tribunal de Arbitramento.

La jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterada en sostener que el fallo en conciencia no es un mecanismo para corregir o mejorar la interpretación de la ley o de la prueba realizada por el Tribunal de Arbitramento¹³². Solo el apartamiento evidente y palmario de toda ley o de toda prueba se reconoce como causa válida para que el Consejo de Estado pueda entrar a anular el laudo arbitral.

A continuación, se estudian los distintos argumentos del fallo en conciencia presentados por COMCEL.

5.1. El laudo no aplicó el régimen de transición de la Ley 1341 de 2009

5.1.1. COMCEL expuso que la denominada "*Ley de TIC'S*" desmonopolizó la prestación del servicio de telecomunicaciones y estableció un régimen de transición sin solución de continuidad. En el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 se dispuso que la reversión solo implicaba las frecuencias radioeléctricas. COMCEL afirmó que se configuró el fallo en conciencia, dado que el Tribunal de Arbitramento partió del supuesto de que a los contratos celebrados con anterioridad no se les aplicaba esa disposición de la Ley 1341 de 2009, expedida con posterioridad. Según COMCEL, el laudo arbitral violó el 365 de la CP, teniendo en cuenta que es distinto el régimen del servicio público que se presta bajo un monopolio del que no.

COMCEL alegó que el Tribunal se equivocó, puesto que en los servicios públicos las normas son cambiantes y se incorporan al contrato.

¹³² Se citan algunas de las decisiones más recientes en las que no se accedió a la causal de fallo en conciencia: Exp 54080 (Sala Plena Sección Tercera), 20 de junio de 2017, CP. Danilo Rojas Betancourth, Constructora Bogotá Fase III S.A.-Confase S.A vs IDU; Exp 34.525 (Sala Plena Sección Tercera), 20 de septiembre de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Diselecsa Ltda e I.S.M. S.A. vs municipio de Neiva; Exp 59913 (Subsección C) 27 de noviembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofirmio Gamboa, Unión Temporal Segundo Centenario Vs INVÍAS.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

967

5.1.2. Consideraciones de MINTIC

De manera general, al introducir sus argumentos de rechazo a la causal de fallo en conciencia, MINTIC advirtió, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la improcedencia de los argumentos de fondo para atacar el laudo, así (se transcribe de forma literal)::

“En relación con esta causal de anulación es importante precisar su verdadero alcance, pues Comcel pretende abiertamente a través de la misma reabrir el debate sobre el fondo del proceso lo que está vedado al juez de la anulación por falta de competencia. Por este motivo, el juez de la anulación no puede entrar a analizar, ni a modificar los criterios utilizados por el Tribunal de Arbitramento pues no se trata de una segunda instancia, y en tal caso estaría soslayando la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la jurisdicción. Por eso se ha precisado que únicamente puede impugnarse el laudo por errores ‘in procedendo’ ”.

5.1.3. Consideraciones de la Sala acerca de la no aplicación de la Ley 1341 de 2009

Los argumentos de COMCEL pretenden reabrir el debate sobre la ley aplicable a los contratos de concesión y a la cláusula de reversión sub júdice, en orden a que se anule la condena al pago que le fue impuesta, por la causal de fallo en conciencia.

Sin embargo, tal como se ha reseñado al inicio de esta providencia, el laudo arbitral fue explícito y detallado sobre las razones jurídicas y de interpretación de la ley en las que se fundó para concluir que la cláusula de reversión continuaba vigente.

La Ley 1341 de 2009 fue una de las leyes analizadas por el Tribunal de Arbitramento, junto con la sentencia C- 555 de 2013, emanada de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró exequible de manera condicionada el artículo 68 de la citada ley.

Ese análisis denota un fallo en derecho que se opone a la configuración del fallo en conciencia.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.2. El Tribunal de Arbitramento no aplicó la definición de reversión de la legislación de telecomunicaciones

5.2.1. COMCEL argumentó que durante 19 años COMCEL obró de acuerdo con el alcance de la reversión que se estableció en las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, hasta que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-555 de 2013. Esta última, en su criterio, se constituyó en una decisión del denominado "*legislador negativo*" que no se acogió por el tribunal de arbitramento, toda vez que, pese a lo considerado en la respectiva sentencia, los árbitros decidieron inaplicar las dos primeras leyes.

Advirtió COMCEL que el tribunal arbitral asumió lo resuelto en la sentencia C 555 de 2013 como una norma legal y la aplicó la decisión de reversión de la sentencia.

5.2.2. Argumentos de MINTIC

Reiteró los generales del fallo en conciencia.

5.2.3. Consideraciones de la Sala acerca del fallo en conciencia por inaplicación de la ley

También en este punto COMCEL presentó argumentos para debatir lo considerado en torno de la sentencia C-555 de 2013, emanada de la Corte Constitucional, que el Tribunal de Arbitramento acogió como uno de los soportes normativos de valoración de la ley aplicable a los contratos sub júdice, en materia de reversión.

Por tanto, no se configura el fallo en conciencia, teniendo en cuenta que no se presentó el desconocimiento de las leyes de telecomunicaciones, en cuanto se razonó su aplicación de conformidad con el condicionamiento de constitucionalidad impuesto en la sentencia C 555 de 2013.

5.3. Falta de aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993

5.3.1. Según COMCEL, el laudo arbitral concluyó que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no contempla la reversión como una cláusula obligatoria en materia de



968

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

concesión de servicios públicos sometidos a la referida Ley 80¹³³. En la exposición del cargo, COMCEL argumentó dos errores en el laudo arbitral: que la reversión puede acordarse en el derecho privado y que no es una cláusula exorbitante.

COMCEL agregó que se desconoció que el contrato de concesión es propio del derecho público y se realiza para satisfacer necesidades de los usuarios del servicio. Afirmó que el Tribunal de Arbitramento desdibujó el elemento del "*puissance publique*" en el que se apoya la exorbitancia. Expuso que la excepcionalidad radica en que se permiten atribuciones diferentes a las del derecho privado. Concluyó que si estuviera en peligro la prestación del servicio, la entidad podría acudir al poder sancionatorio contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.3.2. Argumentos de MINTIC

MINTIC advirtió que, nuevamente, se observa que los argumentos se dirigen a cuestionar las conclusiones del Tribunal de arbitramento y no a fundamentar la causal invocada, pues simplemente se cuestiona la interpretación que el laudo arbitral dio a las normas que condujeron a la decisión.

Agregó:

*"Finalmente, aunque este no sea el caso por supuesto, la Sección Tercera también ha señalado que **la decisión equivocada no se identifica con la decisión en equidad**, y por ello la causal de anulación en comento no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada de manera equivocada por el Tribunal de Arbitramento"*¹³⁴.

5.3.3. Consideraciones de la Sala

El Tribunal de Arbitramento realizó múltiples análisis acerca de la interpretación de los contratos y la naturaleza de la cláusula de reversión allí pactada. Frente a esos razonamientos no se puede entender configurado el fallo en conciencia. Tampoco son de recibo en sede de anulación los argumentos que echan de menos un acto

¹³³ Página 106 del escrito del recurso de anulación.

¹³⁴ Página 38 del escrito de contestación al recurso.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

administrativo para hacer efectiva la reversión o para que el Tribunal de Arbitramento pudiera pronunciarse o no sobre la aplicación de la cláusula de reversión.

Se reitera lo ya expuesto acerca del fallo en conciencia.

5.4. Fallo en conciencia por cuanto el Tribunal aplicó intereses moratorios desconociendo los intereses del contrato estatal

5.4.1. COMCEL alegó que el Tribunal cometió un error grave, toda vez que condenó a los intereses moratorios comerciales, pero, en tal caso han debido ser los intereses que la Ley 80 definió.

Agregó que, pese a la indebida aplicación de la ley, se negó a aclarar la solicitud de Colombia Telecomunicaciones en materia de intereses

5.4.2. Argumentos de MINTIC

*“Nuevamente nos vemos en la necesidad de reiterar que tal y como lo ha manifestado el Consejo de Estado, no es posible para el juez de la anulación a través de dicho recurso considerar si hubo o no un yerro en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal (...). **El artículo 117 del CGP dispone que ‘a falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias...’** y así mismo, el inciso segundo del artículo 305 del mismo estatuto, reconoce la facultad el juez para fijar el plazo para el cumplimiento de la sentencia, que repetimos fue observado por el recurrente quien oportunamente procedió a cancelar lo relacionado con la condena a su cargo”.*

5.4.3. Consideraciones de la Sala

Debe precisarse que el laudo condenó a los intereses moratorios “a la tasa máxima prevista en la ley” según se lee en las resolutivas octava y novena¹³⁵.

¹³⁵ Página 262 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Es de la mayor importancia reiterar que el Tribunal de Arbitramento fundó la condena en el artículo 305 del Código General del Proceso, es decir, por concepto de intereses sobre la condena, *"pues la obligación líquida en este caso surge del laudo"*.

Las consideraciones en las que se apoyó el Tribunal de Arbitramento se detallan en el punto 8 del laudo arbitral, las cuales se desarrollaron con fundamento en los supuestos de los artículos 1617 y 1618 del Código Civil. En el laudo se lee (se transcribe literal, incluso con errores):

"Ahora bien, en todo caso debe precisarse que para que se causen intereses es menester que la obligación sea líquida, pues solo en tal caso pueden reprocharse al deudor que no haya pagado oportunamente su obligación".

De la misma forma se invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado a cuyo tenor:

*"En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in liquidis mora non fit) razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria"*¹³⁶.

Es cierto que en las consideraciones se advirtió que las sociedades convocadas debían pagar *"los intereses moratorios previstos en la ley comercial"* y que, por otra parte, se reseñó la prohibición de acumular intereses y corrección monetaria o intereses moratorios del artículo 884 del Código de Comercio y actualización.

No obstante, aunque esta última consideración pueda adolecer de confusión, no debe pasarse por alto que en la parte resolutive las decisiones del laudo se refirieron a los intereses sobre la condena y que su base normativa se identificó en el artículo 305 del CGP, el cual, bien o mal analizado, se apartó de la aplicación de los intereses moratorios de la Ley 80 de 1993.

¹³⁶ Cita original de la sentencia. *"Sentencia de 27 de agosto de 2008 expediente 11001-3103-022-1997-14171-01). En el mismo sentido sentencia de 9 de noviembre de 2004 (referencia expediente 12789)"*.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Se apoya lo anterior en que los intereses de la Ley 80 de 1993 están previstos como mecanismos de ajuste y medidas de reparación en las obligaciones propias de la ejecución contractual y no se refieren a los intereses que deben liquidarse sobre la condena en el proceso judicial o arbitral.

Evidentemente, bajo el razonamiento del Tribunal de Arbitramento, los intereses moratorios de la Ley 80 de 1993 no tenían aplicación, dado que la obligación dineraria solo surgió con el laudo arbitral.

Así las cosas, no se comparte la afirmación del recurrente en cuanto al desconocimiento de la Ley 80 de 1993 en la condena al pago de intereses sobre el monto de la condena.

Subyace aquí la discusión acerca de la supuesta aplicación del plazo y la tasa de interés que la ley dispone para las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³⁷, empero, no se puede configurar el fallo en conciencia por el hecho de que el Tribunal de Arbitramento hubiera aplicado las normas del C.G.P. y no el artículo 195 del C.P.A.C.A. como base para decidir la fijación de intereses sobre la condena, teniendo en cuenta las restricciones del alcance de la causal de anulación, a través de la cual no es posible abrir un debate acerca de la aplicación de la ley que fue razonada en el laudo.

5.5. El Tribunal de Arbitramento aplicó un plazo para el pago desconociendo la ley en materia de pago de condenas

5.5.1. COMCEL indicó que el Tribunal de Arbitramento impuso un plazo de 15 días hábiles para el pago, ignorando el artículo 195 del C.P.A.C.A.¹³⁸. Afirmó que

¹³⁷ "4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial".

¹³⁸ "Art. 195 C.P.A.C.A. (...) 4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"pretender que una obligación de más de 3 billones de pesos, se pague en 15 días es simplemente imposible".

Agregó que lo más importante para configurar el fallo en conciencia en este caso es que no hay norma que determine el plazo impuesto en la condena.

5.5.2. Argumentos de MINTIC

"(...) no es posible para el juez de la anulación a través de dicho recurso considerar si hubo o no un yerro en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal. Puntualizó que no aplican los artículos 192 y 195 del CPACA se desprende que tales normas se refieren al cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de entidades públicas"¹³⁹.

5.5.3. Consideraciones de la Sala

La Sala estima que, aun en el caso de que se aceptara que el plazo impuesto para el pago de la condena constituyó una obligación imposible de cumplir dentro del término fijado por el Tribunal de Arbitramento, no por ello se configuró el fallo en conciencia, dado que de la lectura del laudo arbitral se observa que obedeció al análisis de la ley y la jurisprudencia acerca del momento en que se hizo exigible la obligación -esto es, con el laudo arbitral- y de las potestades que el Tribunal de Arbitramento entendió aplicables al amparo del artículo 305 del Código General del Proceso.

Como consecuencia, el laudo fue en derecho y no puede ser anulado en el marco del presente recurso de anulación.

5.6. Decreto de pruebas en oposición a las normas procesales aplicables al caso

5.6.1. COMCEL afirmó que aplicando el artículo 118 del C.G.P. se advierte que el dictamen de contradicción elaborado por la Universidad Nacional de Colombia,

realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial".

¹³⁹ Página 40 de la contestación a los recursos, presentada por MINTIC.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

aportado por MINTIC, se allegó un día después del vencimiento del plazo de 10 días fijado mediante auto 36 de 22 de mayo de 2017.

Agregó que interpuso el recurso de reposición y le fue denegado, con fundamento en que el cómputo debía hacerse de conformidad con el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, norma que claramente no era aplicable al proceso, dada la remisión a las disposiciones del C.G.P. que consta en el artículo 31 del referido código (Ley 1562 de 2012)¹⁴⁰.

COMCEL afirmó que a pesar del rechazo de la prueba, ese dictamen de contradicción fue valorado en el laudo arbitral. Especificó que su importancia radicó en que reforzó el dictamen presentado por Valora Consultoría S.A.S. que fue el adoptado por el Tribunal a quo para efectos de imponer la condena¹⁴¹.

5.6.2. Argumentos de MINTIC

A simple vista se denota la insuficiencia del argumento expuesto por COMCEL, pues a partir de su propio entendimiento del artículo 118 del CGP -que no fue acogido por el Tribunal como obra en los autos 39 y 40 "**con argumentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, no puede estructurarse un vicio de la envergadura del fallo en conciencia que afecta la estructura general de la providencia por un absoluto desconocimiento del derecho positivo y de las pruebas arrimadas al proceso para consultar el juez su propia verdad**"¹⁴².

¹⁴⁰ "Ley 1563 de 2012. Artículo 31. Audiencias y pruebas. (...) El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición.

"(...).

"El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término".

¹⁴¹ Página 33 del laudo – numeral 5.3

¹⁴² Página 41 de la contestación a los recursos, presentada por MINTIC.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.6.3. Consideraciones de la Sala acerca del fallo en conciencia por cuanto el Tribunal de Arbitramento habría recibido y considerado una contradicción al dictamen que resultaba extemporánea

En este punto es suficiente, para que no se estructure el fallo en conciencia, observar que el Tribunal de Arbitramento sí valoró el dictamen efectivamente practicado en el proceso, previa intervención y ejercicio del derecho de contradicción de las partes y que, por otra parte, el laudo no adoptó el contra dictamen elaborado por la Universidad Nacional y presentado por MINTIC.

No es cierto que el Tribunal de Arbitramento se hubiera apoyado en el dictamen de contradicción presentado por MINTIC, dado que los escenarios escogidos para fundar la condena provinieron del informe del perito financiero Valora Consultoría S.A.S. y que, en forma explícita, no se acogió la metodología expuesta en el segundo dictamen elaborado por la Universidad Nacional.

En el auto de aclaración, el Tribunal de Arbitramento reiteró (se transcribe de forma literal):

"Por lo demás, no hay la contradicción que señala Comcel, pues los diferentes escenarios que indica el perito, parten en todo caso de los bienes que el perito técnico determinó que existían al 2013, como se aprecia en la metodología empleada por el perito financiero para la valoración, que aparece en las páginas 11 y siguientes de las aclaraciones al dictamen financiero, y en el cual se aprecia que se parte del listado de Propiedad, Planta y Equipo (2013). Como se indicó en el Laudo, lo que hacen los escenarios 3 y 4 es aplicar criterios distintos para establecer la proporción en que dichos bienes estaban directamente afectados a la concesión de telefonía móvil celular" (se destaca).

Debe distinguirse que MINTIC presentó un dictamen con la demanda e inicialmente pretendió allegar un segundo dictamen con modificaciones, en la etapa inicial de la audiencia de pruebas, a la que fueron llamados, por primera vez, los peritos de la Universidad Nacional. Ese dictamen se declaró como extemporáneo y, por tanto, se afectó su valor probatorio, según se reiteró en el laudo arbitral. Como consecuencia, no se aceptó el modelo de valoración que los citados peritos trataron de exponer en la primera audiencia de pruebas¹⁴³.

¹⁴³ Mediante el auto No.28 del 17 de febrero de 2017, respecto de los documentos anexos al informe de MINTIC, considerando el artículo 227 del Código General del Proceso resolvió:



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Se hace notar que el laudo indicó que no se definió la condena con base en la *proyección del costo* de una red de servicio de voz¹⁴⁴, aspecto que resulta congruente con las tablas de cálculo acogidas en el dictamen, las cuales se fundan en la valoración de los activos¹⁴⁵.

Posteriormente, el 6 de junio de 2017, en la oportunidad para la *contradicción* frente al dictamen realizado por Valora Consultoría S.A.S., MINTIC allegó un escrito para contradecir ese dictamen, el cual fue aceptado por el Tribunal como presentado¹⁴⁶, pero tampoco se adoptó en cuanto a su contenido.

Así las cosas, aunque se hubiera presentado una falla en el conteo del término para presentar ese escrito de contradicción del dictamen, en cuanto el término para contradecir el dictamen contaba desde la fecha de la audiencia -de acuerdo con el Código General del Proceso- y no desde el día siguiente como estimó el Tribunal de Arbitramento-, ello no constituyó una violación al derecho fundamental al debido proceso, teniendo en cuenta que la decisión que llevó a extender a MINTIC -en un día- la oportunidad para allegar el escrito de contradicción, no produjo el desconocimiento de ningún derecho de las convocadas, ni dio lugar a que se cambiara el dictamen decretado y practicado por Valora Consultoría S.A.S. en debida forma en el proceso.

Finalmente, se reitera que ambas partes convocadas participaron activamente en la definición del contenido del dictamen practicado por Valora Consultoría S.A.S. y en la contradicción del mismo y tuvieron derecho a allegar la información pertinente.

“Los documentos aportados como anexo del informe rendido por el señor Ministro de Tecnologías de la Información y Comunicaciones no serán tenidos en cuenta como pruebas del proceso arbitral”.

¹⁴⁴ Página 238 del laudo arbitral.

¹⁴⁵ Por grupos clasificados en: “ACCESO”, “TRANSMISIÓN”, “CORE” y “OSS”, páginas 242 a 246 del laudo arbitral.

¹⁴⁶ Acta No. 27 de 7 de junio de 2017.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.7. Análisis del posible fallo en equidad al momento de definir la valoración económica de la condena

5.7.1. COMCEL afirmó que el laudo se entiende en equidad cuando la valoración de las pruebas no se ve reflejada en el sentido de la decisión: Citó la jurisprudencia que indica que el fallo en equidad se configura cuando *“sin razón que lo justifique se aparta de ellas”*.

Puntualizó que después de llegar a la conclusión de que la obligación de reversión sí existía y que debía tomarse para la valoración de la compensación por reversión la proporción de voz (32%) y datos (68%) vigente en 2013, año de terminación de los contratos de concesión, sorpresivamente, en el punto en que liquidó la condena, el Tribunal arbitral adoptó el escenario 3 del dictamen, el cual presentaba el valor promedio ponderado por las inversiones entre 2004 a 2013¹⁴⁷, lo cual arrojaba un porcentaje de 71.41% para voz y 28.59% para datos¹⁴⁸.

Especificó que la cláusula 33 del contrato estableció que la reversión debió hacerse al finalizar la concesión, por lo que no procedía establecer los porcentajes sobre valores históricos.

Concluyó que el Tribunal obró en contra de sus propias consideraciones jurídicas al adoptar el escenario 3 en lugar del 4. La condena congruente correspondía a la del valor de los bienes que para el 2013 se usaran para el servicio de voz. Afirmó que esa decisión nada tiene que ver con el derecho que se dice haber aplicado. Agregó que tomar el promedio ponderado de los últimos 9 años era arbitrario.

5.7.2. Argumentos de la contestación de MINTIC

“Basta leer el laudo impugnado en el capítulo titulado ‘LA VALORACION DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO PARA LA NACION’, con el objeto de verificar el perfecto hilo conductor del racionamiento del Tribunal que lo lleva a elegir el escenario No. 3 del dictamen financiero a fin de decretar la compensación a favor de la Nación. Al efecto, el Tribunal valoró el acervo

¹⁴⁷ Páginas 124 a 126 del recurso de anulación del laudo.

¹⁴⁸ Página 126 del recurso de anulación del laudo.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

probatorio en su conjunto, y en particular se refirió dictamen financiero de VALORA y al dictamen técnico de la firma ASITEC (...).

"(...).

"Ahora bien, como ya se ha mencionado, el Tribunal optó por el escenario N, 3 en el que se asume un porcentaje de voz a partir de un cálculo promedio ponderado por las inversiones de cada uno de los años 2004-2013. Lo anterior, considerando que de conformidad con el dictamen técnico de ASITEC a partir del 2004 cursaban en la red de TMC, conjuntamente, servicios de voz y datos,

"(...).

"Como puede observarse el Tribunal según su propia motivación optó por el Escenario 3 con apego y fundamento en las reglas contractuales, en el dictamen técnico y en el dictamen financiero, y atendiendo al hecho de que la red se destinaba a prestar el servicio de voz y al mismo tiempo, otros servicios de valor agregado, de manera que la misma estaba afecta a unos y otros y era técnicamente indivisible.

"Se concluye entonces que el Escenario 3 sí reconocía que los contratos de concesión finalizaron en 2013. Y tenía en cuenta la afectación al servicio de voz en el momento en que se realizaban las inversiones para segregarse lo correspondiente a otros servicios que también cursaban por la red de TMC. Así lo manifestó con toda claridad el Tribunal de Arbitramento y por ende lo que procede es rechazar la presente causal de anulación"¹⁴⁹.

5.7.3. Consideraciones de la Sala

Del contenido del laudo arbitral se observa que existieron varias tablas de cálculo presentadas por el perito, sobre distintos escenarios financieros. Igualmente, se advierte que el Tribunal de Arbitramento interpretó que la cláusula de reversión siguió vigente y afectó todos los bienes y elementos integrantes de la red de telecomunicaciones. También se observa que el laudo arbitral consideró el hecho de que la telefonía móvil celular ya no se restringía al servicio de voz, aunque se advirtió que técnicamente no era posible separar los equipos que servían a la transmisión de voz y de datos. Por ello, frente a diversos escenarios de valoración de activos, el Tribunal de Arbitramento optó por aplicar una fórmula que

¹⁴⁹ Páginas 42 y 43 del escrito de contestación del recurso.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

consideraba los bienes a partir del hito 2004, fecha en que se marcó el cambio de tecnología y la negociación del espectro adicional en la prórroga de la concesión.

La Sala encuentra que el anterior razonamiento de Tribunal Arbitral fue congruente con las pruebas y no aparece como arbitrario.

Cosa distinta es que hubiera otra fórmula de valoración posible, como la de aplicar el porcentaje de distribución de acuerdo con el costo de los componentes de la red efectivamente utilizada en el 2013, lo cual podría haber arrojado mayor o menor valor.

Precisamente, lo que COMCEL alega es que el Tribunal debió tomar los componentes de la red real y no los valores ponderados o que debió fijar la prorrata sobre el monto de los activos que existían a la terminación del contrato.

Sin embargo, lo cierto es que la tabla de cálculo finalmente acogida surgió del debate probatorio y del resultado final de los escenarios expuestos por el perito y que se seleccionó de manera congruente con los razonamientos del Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con su entendimiento de la formulación más ajustada a los términos del contrato y de la ley, sobre los cuales fundó el monto de la prestación económica equivalente a la reversión.

5.8. El Tribunal de Arbitramento falló en equidad al no condenar al pago de la obligación como la ley y los contratos lo establecían

5.8.1. COMCEL argumentó acerca del alcance del artículo 19 de la Ley 80, la cláusula 33 del contrato, el concepto de Sala de Consulta del Consejo de Estado sobre la reversión en la concesión minera¹⁵⁰ y el desequilibrio económico por el cambio de postura.

Solicitó declarar que los numerales sexto, séptimo, octavo y noveno de la parte resolutive del laudo se encuentran en contravía del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y con el artículo 33 de los contratos de concesión sub júdice. Advirtió que el

¹⁵⁰ Exp. 575, Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Tribunal se apoyó en los principios legales, de manera general, siendo el único aplicable en este debate el equilibrio económico del contrato¹⁵¹, dado que precisamente ese y el interés general eran los que más se afectaban por cuenta de una decisión que conllevó la dejación de la infraestructura en manos de los concesionarios salientes y no del Estado.

Invocó la inexistencia de conmutatividad entre la obligación de reversión original y el pago ordenado por el Tribunal. Como consecuencia, estimó que el Tribunal se apoyó en los principios legales, citados de manera general y no en la ley¹⁵².

5.8.2. Argumentos de MINTIC

Luego de un extenso análisis del alcance de las obligaciones, MINTIC, a la luz del laudo arbitral, advirtió:

“Bajo este contexto se entiende que en veces y por diferentes circunstancias, no procede el cumplimiento de la obligación in natura, lo que conlleva la satisfacción del acreedor por medio de una prestación pecuniaria que constituye el equivalente económico de la prestación originalmente pactada.

“Es por lo tanto ajustada a derecho la determinación del Tribunal de Arbitramento de condenar a Comcel a pagar una compensación por el equivalente económico para solucionar la obligación de reversión física de bienes y elementos afectados directamente a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en tanto dicha decisión obedeció a la verificación que hizo el Tribunal consistente en que por la red de telefonía móvil celular pasaban servicios de voz y datos y en la medida que estos últimos no hacían parte del servicio concesionado, y que la reversión física de los activos (obligación in natura), conduciría a afectar la prestación del servicio en forma contraria al deber del Estado, que consiste precisamente en garantizar dicha prestación, se hacía improcedente insistir en la prestación originalmente pactada”.

¹⁵¹ Página 133 del recurso de anulación del laudo.

¹⁵² Página 135 del recurso de anulación del laudo.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.8.3. Consideraciones de la Sala

Es pertinente advertir que la imputación del cargo expuesto por COMCEL no se corresponde con el contenido del laudo arbitral, toda vez que el Tribunal de Arbitramento desplegó múltiples argumentos basados en el análisis de la ley y de los contratos, siendo uno de ellos, la necesaria continuidad del servicio, apoyada, de manera explícita, en el análisis del artículo 365 de la Constitución Política¹⁵³.

También se observa, por ejemplo, el punto 2.3.8. del laudo, en que se analiza la Ley 37 de 1993 y el Decreto 741 de 1993, en cuanto a las definiciones del servicio de telefonía móvil, el Decreto 1900 de 1990, en relación con las actividades y servicios de telecomunicaciones y el objeto de los contratos de concesión, lo cual se complementó con las distintas respuestas de los peritos, para concluir acerca de la imposibilidad de reversión física¹⁵⁴.

Igualmente, en el análisis de las excepciones, se advierte que el laudo aplicó la cláusula contractual de reversión contenida en los contratos, que entendió legalmente pactada y vigente y analizó las disposiciones legales acerca del desequilibrio económico, precisamente a favor de la prosperidad de las defensas presentadas por COMCEL para oponerse a la reversión física.

De la misma forma, el laudo fue explícito en el análisis de las leyes 422 de 1998, 1341 de 2009 y en el contrato mismo, concluyendo que:

“La reversión sin compensación no puede considerarse aislada del resto del contrato, sino por el contrario, relacionada directamente, con el hecho consistente en que durante la ejecución del mismo el concesionario tuvo derecho a una remuneración, derecho esencial y correlativo a la concesión del derecho a prestar el servicio (...)”

[La compensación económica] es simplemente la consecuencia patrimonial legítima y previsible de la obligatoriedad de la cláusula que pactó y cuya existencia y exigibilidad ha sido afirmada (...)”¹⁵⁵.

¹⁵³ Página 191, último párrafo y página 192 del laudo arbitral.

¹⁵⁴ Página 161 a 173 del laudo arbitral.

¹⁵⁵ Página 193 del laudo arbitral.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.9. El Tribunal dejó de apreciar la prueba de los hechos fundamentales del proceso

5.9.1. COMCEL afirmó que el Tribunal de Arbitramento dejó de apreciar el hecho central del proceso, según el cual, la cláusula de reversión nunca fue clara. Estimó que el razonamiento del laudo es confuso. Si la cláusula era clara, como afirmó en algunos apartes el Tribunal, suponiendo que fuera válida, comprendió únicamente la reversión del espectro electromagnético. Reiteró que la cláusula no era tan clara, dado que la ley tuvo que ocuparse en dos oportunidades del tema. Insistió en que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 solo operaba sobre bienes del Estado. Agregó que el laudo debió buscar la verdadera intención de las partes, siguiendo para ello las reglas de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

5.9.2. Argumentos de MINTIC

“Finalmente, para Comcel el haber transcrito el artículo 19 de la ley 80 de 1993 en la cláusula de reversión de un contrato de concesión de un servicio público, es totalmente inadecuado, pues regula situaciones que no están presentes en el servicio público.

“Como puede advertirse fácilmente Comcel pretende utilizar el recurso de anulación como recurso de instancia, intentando reabrir el debate sobre el fondo del proceso”.

5.9.3. Consideraciones de la Sala

COMCEL insistió en sus argumentos acerca de la no aplicación del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 al caso en cuestión, con lo cual pretende reabrir el debate que el Tribunal de Arbitramento desató mediante el reconocimiento de la posibilidad legal de una cláusula de reversión de origen contractual, que debía entenderse inmersa en las condiciones financieras del contrato.

El debate que pretende cuestionar COMCEL es improcedente, toda vez que, se reitera, la causal de anulación del laudo arbitral por fallo en conciencia no constituye un instrumento idóneo para cambiar la interpretación de la ley o del contrato que fue realizada de manera razonada por el Tribunal de Arbitramento.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

5.10 Fallo en equidad al condenar al pago de una suma tasada con base en el patrimonio de un tercero

5.10.1. COMCEL afirmó que al adoptar el escenario 3, el laudo aplicó la información exclusiva, del tráfico de voz y datos, de COLTEL a COMCEL, toda vez que el dictamen afirmó que esa era la única información disponible con “*significancia estadística*” y que el comportamiento de los usuarios no depende del operador.

Según afirmó COMCEL, la anterior asunción financiera puede ser objeto de muchas críticas, pero, especialmente, se trata de una afirmación jurídicamente inadmisibles. Agregó que si la referida información no se hubiera convertido a pesos, COMCEL solo debió ser condenado a la entrega de una serie de equipos específicos que correspondían a su infraestructura.

Insistió en que la condena correspondió a los bienes afectados al servicio de voz de COLTEL, aplicados a la infraestructura de COMCEL. Afirmó que se trató de un “*aproximado a la realidad*”, de una “*extrapolación de la información*”¹⁵⁶.

5.10.2. Argumentos de MINTIC

“Comcel intenta que el juez de la anulación revise la valoración que hizo el Tribunal respecto del cálculo de la distribución en voz y datos en tráfico que presentó el perito financiero VALORA (...).”

“Como puede apreciarse el perito dictaminó que el comportamiento de los usuarios medido por el tráfico no depende del operador al que pertenezca, por lo tanto, la valoración que hizo el Tribunal de dicha opinión y a partir de ella de la ponderación por CAPEX de acuerdo a los Estados Financieros de Comcel, debe ser admitida como una limitación a la competencia del juez de anulación, que no puede entrar a analizar una supuesta indebida valoración de la prueba, que es en lo que se traduce la impugnación de Comcel bajo el ropaje de un fallo en conciencia.”

“Adicionalmente, no puede dejar de repararse en el hecho de que Comcel si bien presentó un dictamen de contradicción contra los dictámenes financiero y técnico, dicha contradicción no planteó ninguna discordancia en relación con la proporción de voz y datos sobre los cuales se construyó

¹⁵⁶ Página 142 del recurso de anulación del laudo.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

*el escenario 3, tal vez, precisamente, porque no existía ninguna discordancia que probar*¹⁵⁷.

5.10.3. Consideraciones de la Sala acerca del fallo en conciencia por supuesta aplicación del patrimonio de un tercero para valorar la condena

No es cierto que la condena a COMCEL se hubiera basado en los datos patrimoniales de COLTEL.

Se ha observado en esta providencia la trazabilidad de la información en que soportó el dictamen y se tiene totalmente establecido que COMCEL entregó su información financiera, sobre la cual los peritos aplicaron las fórmulas de valoración de los activos y de la correspondiente prestación económica equivalente a la reversión.

Por tanto, la Sala no acepta la procedencia de la causal enunciada. Se advierte que dentro del marco del recurso extraordinario de anulación el juez no debe pronunciarse sobre la razonabilidad de la valoración y de la forma de determinar la proporcionalidad entre voz y datos, toda vez que fue acogida por el Tribunal de Arbitramento con base en una prueba regular y oportunamente allegada al proceso, la cual fue objeto de debate y contradicción. Como consecuencia, la apreciación de esa prueba por parte del Tribunal de Arbitramento debe ser respetada por el Consejo de Estado, como juez de anulación del laudo arbitral.

CAUSALES INCOVADAS POR COLTEL

6. Causal de incongruencia (numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012)

6.1. A continuación se transcriben los enunciados y las conclusiones que presentó COLTEL en la sustentación del recurso de anulación (se transcribe de forma literal):

“Definiciones y decisiones que faltan al principio de congruencia y que excedieron lo pedido

“a. La definición de que mi representada debe pagar una ‘compensación económica’ como consecuencia del deber de restituir los elementos y

¹⁵⁷ Página 52 del escrito de contestación del recurso.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

bienes que ella utilizaba, al terminar los Contratos, para prestar solamente el servicio de voz

"(...).

"Y ocurre que la demandante jamás pidió que la reversión se limitara a los elementos y bienes requeridos para la prestación del servicio de voz, de suerte que mi representada de ello no se defendió.

"(...).

"5) Conclusión

"Dijo el Tribunal:

'Por las razones ya expuestas el cumplimiento de la reversión de los activos afectados a la prestación del servicio se debe realizar mediante el pago de la compensación por equivalente económico que se determina más adelante en este laudo' (página 173).

"Esta decisión, como bien puede apreciarse, no proviene de hechos que hubiera alegado y probado la demandante, menos aún de las pretensiones que ella formuló en su demanda. Cabe recordar que la única pretensión que, bajo muy precisos supuestos fácticos, se refería a una especie subsidiaria 3.1, que el Tribunal negó.

"(...).

"b. La condena a pagar una suma de dinero, a título de "compensación económica", no corresponde a lo solicitado en la pretensión subsidiaria 4, que prosperó.

"(...).

"Al haber condenado el Tribunal a mi representada al pago de una suma de dinero, a título de 'compensación económica', como una especie de obligación sustitutiva y a cambio de la orden de entregar todos los elementos y bienes requeridos para la prestación del servicio de voz -que el mismo Tribunal negó-, y decidiendo favorablemente la pretensión subsidiaria 4 -que se refería a una situación de hecho y jurídica totalmente diferente-, terminó fallando extra petita.

"(...).

"c. La determinación de dicha suma de dinero a partir no del valor neto, sino del valor actual de los elementos y bienes que utilizaba mi representada para prestar el servicio de voz al terminar el contrato e identificados, no a partir del tráfico de 2013, sino de las inversiones efectuadas desde 2004.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"5) Conclusión

"La definición del Tribunal consistente en tomar las inversiones realizadas por mi representada desde el 2004 con base en un factor de ponderación plurianual, y hasta la fecha de la terminación de los Contratos de marras, para determinar los activos y luego estimarlos a valor actual como compensación de los bienes materia de reversión, incidió en el monto de la condena impuesta a Colombia Telecomunicaciones -punto sexto de la parte resolutive- y se erigió como un fallo extra petita por cuanto escapaba a la causa petendi planteada por las partes. Ello es tanto más grave si se tiene en cuenta que el Tribunal estimó el valor de la compensación a la que condenó -con fundamento en la pretensión 4- con un alcance que no correspondía al valor de todos los activos, y menos a su cálculo ponderado desde el año 2004 hasta la fecha de la terminación de los Contratos. En consecuencia, se configura la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

"(...).

"d. La inclusión, dentro de esos elementos y bienes, de elementos y bienes adquiridos, instalados y utilizados por mi representada no por virtud y al amparo de los Contratos de Concesión, sino de una habilitación distinta, posterior al contrato y contenida en actos administrativos del propio Ministerio expedidos dentro de un marco legal en el cual no era aplicable la reversión.

"(...).

"4) Conclusión

"En conclusión, es un hecho que ni en la demanda ni en la contestación, las partes le pidieron a este que se pronunciara sobre los títulos de habilitación diferentes de los Contratos de Concesión -salvo el título de la prórroga que no viene al caso-o Al haberlo hecho, concediendo además una gruesa suma de dinero, se constituye un fallo extra petita, anulable por virtud de la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

"e. La inclusión, dentro de esos elementos y bienes, de aquellos elementos y equipos que ya habían sido cedidos por mi representada a terceros para la fecha de terminación del contrato.

"Afirmar, como lo hizo el Tribunal, que todos los bienes 'sin distinción alguna' debían ser revertidos a la Nación no solo constituye un grueso error jurídico sino que se erige como una decisión distinta a lo que pidieron las partes. Porque aunque el demandante pretendió 'todos los bienes afectos a la prestación del servicio', su pretensión solo podía fundarse en los derechos



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

subjetivos que emanaban de los Contratos celebrados con los concesionarios y no con terceros de buena fe exentos de culpa.

"(...).

"5) Conclusión

"Al haber condenado a mi representada al pago del equivalente económico de unos activos que fueron enajenados a terceros con anterioridad a la terminación de los Contratos, el Tribunal falló extra petita, y ello constituye causal de anulación. Esta consideración, por supuesto, incidió en el monto de la condena, el cual habría sido mil millones de pesos inferior de lo que fue.

"(...).

"Cabe mencionar, además, que esas decisiones resultaron fundadas, al decir del Tribunal, en una interpretación de la cláusula de reversión -que a juicio suyo es bien clara y respecto de la cual las partes siempre tuvieron un mismo entendimiento, lo cual no es cierto, como quedó demostrado en el proceso- que, ya en la práctica, conducirá a una situación de insolvencia y cesación de pagos a una empresa nacional y muy experimentadas en el negocio de la telefonía celular.

"Se configuró pues, en el caso presente, la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y, en consecuencia, el laudo debe ser anulado".

6.2. Contestación de MINTIC

A continuación, se transcriben algunos apartes de los argumentos que presentó MINTIC para oponerse a la causal (se transcribe de forma literal):

"(...) en su escrito de contestación de la demanda [COLTEL] omitió pronunciarse y/u oponerse a la prosperidad de la pretensión cuarta subsidiaria de compensación económica planteada en la demanda arbitral y en su lugar propuso excepciones de: (...).

"(...).

"Al momento de desarrollar su excepción # 4, titulada "Derecho a una Compensación", la recurrente COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. en la contestación de la demanda arbitral no desarrolló argumento de oposición tendientes a demostrar la improcedencia de la compensación económica a favor de la Nación, sino por el contrario con percepciones de índole comercial y financiera que a su juicio afectaban la estabilidad del negocio de la telefonía celular, centró la contestación de la demanda en el derecho a una compensación pero a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

S.A. en la medida en que resultare de algún modo decretada la reversión de la infraestructura a favor del MINTIC”.

MINTIC observó que la demandada expresó en el proceso arbitral su “entendimiento” respecto de las obligaciones contractuales, “pero en modo alguno se opuso a la procedencia de la pretensión cuarta subsidiaria que a la postre prosperó”.

Agregó que la demandada “participó activamente en la determinación del monto de la compensación suministrando al Tribunal pruebas sobre la metodología para calcularla como se demostró en precedencia con el aporte del dictamen de parte del 5 de junio de 2017”.

Concluyó que la causal impetrada por COLTEL “más allá de referirse a la causal 9° del artículo 41° de la Ley 1563 de 2012, está encaminada a la demostración de su inconformidad con la providencia, mas no a demostrar que el Tribunal la profirió ‘sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros’¹⁵⁸”.

6.3. Consideraciones de la Sala acerca de la incongruencia y el supuesto fallo extra petita

La causal de anulación del laudo arbitral que se invoca por la recurrente se consagró en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 de la siguiente manera:

*“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o **no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento**” (la negrilla no es del texto).*

Esta causal se identifica con los criterios de congruencia o consonancia que refiere el Código General del Proceso, así:

“Artículo 281 C.G.P. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

¹⁵⁸ Páginas 61 y 62 de la contestación a los recursos.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
 Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
 Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
 Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".

De acuerdo con las normas citadas, se advierte que una decisión arbitral se denomina *extra petita* cuando el Tribunal de Arbitramento decide o condena por un objeto distinto del pretendido, esto es, sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda. En otras palabras, el laudo se constituye en una decisión *extra petita* cuando concede o decide algo diferente a lo solicitado.

También dentro del concepto de la congruencia, relacionado en la misma causal, puede distinguirse que una decisión arbitral se denomina *ultra petita* cuando el Tribunal de Arbitramento condena por más de lo pedido en la demanda, es decir concede o decide por encima de lo pedido.

De conformidad con lo expuesto, el análisis en sede del recurso de anulación en la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 debe responder a un estudio objetivo consistente en verificar, formalmente, que el laudo resuelve dentro del límite o dentro del marco que fijan las pretensiones de la demandante, o que, en su caso, declara las excepciones dentro de las propuestas por el demandado, sin perjuicio de las que puedan declararse de oficio.

Descendiendo al caso en cuestión, el análisis formal se plantea entre la siguiente pretensión y la resolutive correspondiente (se transcribe de forma literal):

Pretensión	Decisión
<p><u>"4. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR CONCURRENCIA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADICIONALES.</u> Que en caso que alguna parte de la infraestructura instalada esté siendo empleada para la prestación de servicios adicionales a los concesionados inicialmente, en aras de la continuidad de la prestación del servicio, se solicita condenar a COLOMBIA</p>	<p>"Sexto: Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES la suma de un billón seiscientos cincuenta y un mil doce millones de pesos M/cte</p>



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

<p>TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. según sea del caso, a efectuar en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, las correspondientes compensaciones económicas en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda, conforme los contratos 000001, 000002 Y 000003, 000004, 00005 Y 00006 de 1994”.</p>	<p>(\$1.651.012.000.000). <i>Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda</i>¹⁵⁹.</p>
---	---

En el análisis de los argumentos expuestos por las partes, la Sala concluye que no puede compartir la estructuración de la causal de incongruencia y fallo *extra petita* presentada por COLTEL, por las siguientes razones:

6.3.1. MINTIC presentó dos pretensiones subsidiarias, en cuyo contenido, de manera expresa, reclamó la compensación económica por el valor equivalente de la reversión, que fueron la 3.1¹⁶⁰ y la 4. El Tribunal de Arbitramento fundó la condena económica en la invocación de la pretensión 4, de manera formal y explícitamente congruente con la referida pretensión.

La recurrente afirmó que como la pretensión 4 no enumeró precisamente los elementos o bienes que debían ser valorados, no podía considerarse ninguno de los referidos en la pretensión 3.1; sin embargo, no es válida la interpretación excluyente de la redacción de cada pretensión, toda vez que la 4 pretendió de manera general la condena equivalente por la *“prestación de servicios adicionales a los concesionados inicialmente”*.

¹⁵⁹ Se transcribe la resolutive con el texto final, de acuerdo con la decisión de corrección de error aritmético del laudo arbitral adoptada por el Tribunal de Arbitramento, en respuesta a la solicitud presentada por COLTEL, decisión que consta en el acta No. 35 de 4 de agosto de 2017, auto No. 49, folio 391, cuaderno principal Consejo de Estado.

¹⁶⁰ “3.1 Se condene a las^c compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP y COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA. a pagar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico de los elementos y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013, en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda conforme los contratos 000001, 000002 Y 000003, 000004, 00005 Y 00006 de 1994”.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Tampoco se puede entender que las pretensiones 3.1. y 4 se refirieran a hechos y bienes totalmente distintos, por cuanto ambas buscaban el pago de una prestación económica equivalente a la obligación de reversión.

6.3.2. En esta providencia se ha expuesto en detalle cómo se definió el alcance del dictamen, con la participación de todas las partes en la elaboración del cuestionario dirigido a los peritos y en el interrogatorio a los mismos. Desde que se decretó la prueba fue claro que en el dictamen se fundaría la decisión sobre todos los aspectos del debate procesal, esto es el valor de los bienes y elementos materia de reversión y el monto de la prestación equivalente, en su caso.

De la lectura de las piezas procesales se advierte la participación activa del apoderado de COLTEL, en pro de entender y cuestionar el modelo de la regulación explicado por los peritos de la Universidad Nacional; también se evidencia su intervención en la definición de las preguntas que, a su juicio, eran necesarias para cubrir el alcance del dictamen decretado como prueba y en los interrogatorios de los peritos designados por el Tribunal de Arbitramento.

A diferencia de lo que estima MINTIC, advierte la Sala que desde la contestación de la demanda COLTEL propuso que se adoptara un modelo de costos o se cuantificaran los costos en que habría incurrido en la red materia de la reversión, de manera que esa convocada sí se podía defender -y en efecto lo hizo activamente- frente a la posibilidad de otro tipo de alternativas de valoración que para ella resultaban inadecuadas o lesivas. Sin embargo, de la lectura del laudo arbitral se advierte que, como resultado del debate procesal, el Tribunal de Arbitramento optó por acoger la valoración acumulada de activos ajustados, a la cual decidió aplicar el porcentaje de utilización en servicio de voz, de acuerdo con una de las alternativas establecidas por el perito financiero. Como consecuencia, se rechazan los argumentos de COLTEL, tendientes a afirmar que la medición de la prestación económica equivalente no hizo parte de las pretensiones y que no se pudo defender de ella en el debate procesal.

COLTEL afirmó una incongruencia entre la pretensión 4 que prosperó y la condena correspondiente, contenida en la resolución 6. Sin embargo, cuando se



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

leen los argumentos, se advierte que en realidad comprenden un reparo a la metodología de valoración que terminó utilizando el perito financiero para los distintos escenarios y, en particular, un reproche a la proporcionalidad del servicio de voz aplicada a los activos históricos, algunos de los cuales ya no existían en el patrimonio de COLTEL. Como consecuencia, los aspectos en que se fundó la causal hacían parte de la metodología que siguió el dictamen y no tenían que estar expresados en la pretensión 4. Se advierte que el petitum de la demanda solo debe contener lo que se pretende.

Por lo anterior, se reafirma que la recurrente no demostró una incongruencia entre lo pedido y lo declarado, sino una inconformidad con la forma en que se desarrolló la prueba y el sentido en que se resolvió la pretensión 4.

Igualmente, habiéndose formulado una pretensión amplia y no restringida a un tipo de elementos o ítems, tiene que aceptarse que la condena podía fundarse en la apreciación de la prueba y la determinación del *quántum* de la condena, como lo hizo el Tribunal de Arbitramento en este caso.

Se reitera lo expuesto en el análisis de la causal 9 presentada por COMCEL, en cuanto a que la valoración de las pruebas no constituye un aspecto pasible de debate en sede del recurso de anulación, teniendo en cuenta que está por fuera de las causales consagradas en la Ley 1563 de 2012, además de que, se repite, el laudo arbitral resuelve de fondo la controversia en única -y última- instancia, al paso que las potestades del juez de anulación están restringidas al control de la congruencia en asuntos formales.

6.3.3. La conclusión sobre la pertinencia de la valoración de los activos para fundar la condena, en orden a establecer el valor de la prestación económica equivalente, constituye un aspecto de apreciación de la prueba que quedó definido en el laudo arbitral y no está comprendido en el marco de las causales del recurso de anulación que ahora se desata.

6.3.4. Por el hecho de la cuantiosa suma que calculó el perito no se puede anular el laudo arbitral con fundamento en la supuesta incongruencia, toda vez que en la



980

Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

pretensión 4 no se fijó un límite en el valor solicitado por concepto de la prestación económica equivalente. Bajo el supuesto de una pretensión sin monto o tope de valor, la incongruencia de la sentencia no se demuestra con respecto al grado de previsibilidad de la condena, ni con base en lo lesiva que pueda resultar la suma liquidada frente al patrimonio del afectado.

Se observa que la demandada pretendió que se valoraran los costos, pero esa medición no se acogió por parte del Tribunal de Arbitramento y tampoco se consideró como límite a la pretensión de la demanda ni a la condena correspondiente.

De acuerdo con lo expuesto, en el laudo arbitral impugnado se evidencia que el requisito de la congruencia fue respetado y cumplido por el Tribunal de Arbitramento en la condena correspondiente.

6.3.5. Otra parte de la argumentación de COLTEL se orienta a demostrar una supuesta incoherencia del Tribunal de Arbitramento al fijar la prestación económica equivalente con base en equipos y frecuencias que ya no estaban siendo utilizadas.

Nuevamente, el alegato del recurrente muestra su inconformidad con los ítems que se incluyeron y con los valores que se dejaron de deducir para definir la prestación económica equivalente. Ese argumento no se corresponde con el supuesto de un fallo *extra petita*. La demostración del argumento supone entrar a revisar el contenido del dictamen y su apreciación, a la manera de una segunda instancia procesal, pero ello no procede en el recurso de anulación del laudo arbitral.

Así las cosas, toda vez que en este proceso existió una pretensión identificada y resuelta de manera congruente con lo que se pidió, no se puede acompañar el análisis de COLTEL, puesto que significaría entrar a estimar la consistencia financiera de las distintas alternativas que adoptó el perito para la prestación económica equivalente y reabrir un análisis crítico que realizó el Tribunal de Arbitramento sobre la prueba correspondiente.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

6.3.6. La Sala comparte la observación de que las resoluciones mediante las cuales se concedieron las frecuencias radioeléctricas no estaban sometidas a juzgamiento en el proceso arbitral, pero ello no lleva a concluir que la pretensión 4 excluía la consideración de determinados activos para establecer la condena.

Por el contrario, de conformidad con lo pedido en la demanda, la pretensión sobre la prestación equivalente debía tener en cuenta la infraestructura instalada en orden a garantizar la continuidad del servicio.

6.3.7. Finalmente, teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento no encontró en el acervo probatorio información suficiente para definir la cuenta final de liquidación de cada uno de los contratos y que el laudo arbitral no accedió a realizar tal liquidación, es improcedente pronunciarse sobre las citadas resoluciones y sobre las deducciones o compensaciones que eventualmente serían aplicables en el acto de liquidación de los contratos.

7. Costas

Toda vez que el recurso de anulación no prospera, corresponde dar aplicación a la disposición contenida en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 según el cual si ninguna de las causales prospera se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

Como consecuencia, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de la aprobación mediante el auto correspondiente, de acuerdo con el procedimiento del artículo 366 del Código General del Proceso.

Para ello, en relación con las agencias en derecho, se advierte que se entienden causadas por la actuación que tuvo que desplegar la parte convocante frente a los recursos de anulación.



Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

Las agencias en derecho se tasan dentro del marco del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora dentro del respectivo recurso.

Por lo anterior, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, a cargo de cada una de las convocadas, toda vez que presentaron una causal común en ambos recursos y otras independientes, que fueron debatidas en forma individualizada por la parte convocante.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADOS los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. contra el laudo de 25 de julio de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, como parte convocante y las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular COMCEL S.A., en su calidad de partes convocadas.

SEGUNDO – Se ordena liquidar las constas, por secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de esta providencia. Para el efecto, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, a cargo de cada una de las convocadas.



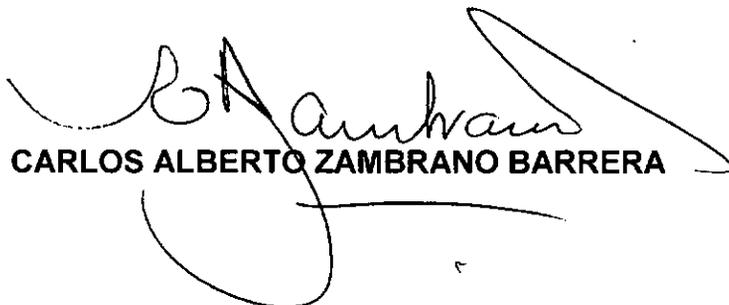
Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292)
Convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la
Información y Comunicaciones
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Referencia: Recurso Extraordinario de Anulación

TERCERO: Por secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expídanse copias de la presente providencia para cada una de las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA