



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

**ACLARACIÓN DE VOTO
DEL CONSEJERO GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
AL CONCEPTO 2390**

Radicación Interna: 2390

Número Único: 11001-03-06-000-2018-141-00

Referencia: Exigibilidad de la obligación de pago de la contraprestación por el uso de bienes objeto de la reversión pactada en un contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Con el acostumbrado respeto por los pronunciamientos de la Sala, quien esta aclaración suscribe estima necesario dejar por escrito las consideraciones expuestas durante el debate, y que, en su opinión, contribuyen a sustentar la respuesta ofrecida al consultante, en el sentido de que las Resoluciones 597 y 598 de 2014 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante las resoluciones) no son ejecutables –su artículo 27 común, en particular-

Para dichos efectos se recurrirá a repetir algunos argumentos, por imprescindibles, por una parte, y por la otra –en aras de la brevedad y de la limpieza expositiva- a obviar información, consideraciones y análisis cuyo manejo es claro e impecable a lo largo del concepto.

- 1. La complejidad ínsita en el cambio de modelo.-** Las condiciones y circunstancias de la transición del modelo de concesión al modelo de habilitación general, estuvieron revestidas de particular complejidad.

En síntesis, la concesión se refería al servicio público de telecomunicaciones, uno de cuyos elementos era «la parte del espectro electromagnético»; su uso se asignaba en la concesión (Decreto 1900 de 1990 y Ley 37 de 1993).

Por su lado, el nuevo modelo (Ley 1341, Arts. 10 y 11) define la «provisión de redes y servicios» como el servicio público y habilita de manera general su prestación, con expresa exclusión del «derecho al uso del espectro radioeléctrico», para el cual prevé un permiso previo, expreso y otorgado mediante un proceso de selección objetiva, pero que también puede conferirse de manera directa por el MinTic «cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura».

El régimen de transición, artículo 68 de la Ley 1341, consistió entonces en contemplar dos opciones para quienes estaban prestando el servicio: (i) continuar bajo el régimen legal en el que se encontraban hasta el vencimiento del plazo previsto en su respectivo contrato de concesión, permiso o autorización; o (ii) acogerse al modelo de habilitación general; en este caso, expresada su decisión en tal sentido, operaba la «terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones», sin derecho a reclamación alguna, pero, a la vez, con el derecho a la renovación - con contraprestación económica Ley 1341, Art. 13)- de «los permisos para el uso de los recursos escasos...», esto es, del espectro electromagnético, por cuanto debía primar la continuidad del servicio.

Así lo hizo explícito el artículo 5º del Decreto 2044 del 19 de septiembre de 2013, reglamentario de los artículos 12 (permisos en general) y 68 (permisos en el régimen de transición) de la Ley 1341. Respecto de estos últimos, el artículo 5º del Decreto 2044 precisó que el MinTic «en un mismo acto administrativo renovará el permiso para el uso de los recursos escasos por el término que resta del plazo de la concesión, licencia, permiso o autorización, en los mismos términos de su título, contado desde la fecha en que se hayan acogido al nuevo régimen, y a partir del vencimiento de este... » y «Con el propósito de garantizar la continuidad del servicio", la renovación del permiso surtiría efectos desde cuando el proveedor de las redes y servicios se hubiera acogido al régimen de habilitación general.

Por consiguiente, en virtud de la decisión de acogerse al modelo de habilitación general, se causaban simultáneamente dos efectos: (i) la terminación (para el caso, anticipada) de los contratos de concesión y su liquidación en los términos establecidos para los mismos, y (ii) la iniciación del uso del espectro electromagnético bajo la modalidad de permiso con contraprestación económica.

Cuando se expidió el Decreto 2044, se conocía la decisión de exequibilidad del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341, que incidía en la liquidación de los contratos, pero no el texto íntegro de la sentencia C-555-13, de manera que en el artículo 6º del Decreto 2044 en mención, relativo a la forma de pago de la contraprestación económica causada

por el permiso, se incluyó un párrafo transitorio conforme al cual, una vez conocida la sentencia en mención, el ministerio establecería los criterios para la liquidación.

Luego, el Decreto 542 de 2014, al reglamentar la contraprestación económica prevista en el artículo 13 de la Ley 1341 para la renovación de los permisos de uso del espectro, modificó el artículo 6° del Decreto 2044 y suprimió el párrafo transitorio.

Se trataba, en fin, de efectuar un cambio radical del sistema, sin afectar la prestación del servicio y sin desconocer derechos y obligaciones del Estado y los particulares involucrados en dicha prestación.

En medio del contexto aludido, se presentó una situación subregulada (en el sentido de sujeta a regulación incompleta) en los días siguientes a la terminación de los contratos de concesión (ver numeral 5, infra).

Es imperioso tener en cuenta el contexto de complejidad, aquí apretadamente planteado, para cualesquiera efectos valorativos sobre las operaciones que acompañaron la transición.

- 2. La reversión.-** La reversión, cláusula contractual propia del contrato de concesión y absolutamente usual para 1994, no solo en Colombia sino en el nivel internacional, fue pactada libremente por las partes.

Aun cuando a juicio del suscrito la nítida validez de esta cláusula no tenía por qué ser afectada por la arriba aludida complejidad de la transición, es lo cierto que se puso en cuestión durante el periodo que sucedió a la asunción del cambio de modelo por parte de las exconcesionarias –a partir del cambio-. Hoy, este tema no aparece en discusión. Así lo determinó el Tribunal de Arbitramento (laudo del 25 de julio de 2017). La reversión pactada operó *ipso facto* a partir del 28 de noviembre de 2013, sobre bienes no determinados, pero determinables. Este esquema teórico tradicional de la reversión en el contrato de concesión encontró dificultades prácticas para efectos operacionales, como se analiza adelante.

- 3. El dominio de la reversión.-** En condiciones corrientes, los contratistas concesionarios se hubiesen visto «llamados a llevar a cabo la entrega material de los bienes afectos al servicio público» (*in natura*), al finalizar el contrato. Esta manera de plantear el asunto, se repite, solo sería válida en condiciones corrientes. Bajo las circunstancias impuestas por la dinámica exponencial del cambio tecnológico, expresado en la convergencia tecnológica en materia de telecomunicaciones -que se dio

durante la vigencia de los contratos de concesión-, termina por resultar inadecuado emplear expresiones como «entrega de bienes», etc.

En cuanto al «deber de retornar las franjas del espectro que hubieren sido utilizadas», es claro que estas nunca salieron del dominio del Estado, razón por la cual deben entenderse excluidas del debate al que se contrae la cuestión bajo estudio. En efecto, no se discute acerca de su propiedad. Por otra parte, en cuanto a su uso, como se dirá adelante, este siguió en manos de las antiguas concesionarias.

- 4. Controversias contractuales.-** Como se dejó establecido en la consulta que da origen a este concepto, y en el concepto mismo, las partes no llegaron a acuerdo en torno a la liquidación integral del contrato (que tendría que haber tenido a la reversión como tema destacado). Tampoco lo hicieron de manera aislada en punto a la cuestión específica de la reversión.

En consecuencia, ambos asuntos -el general de la liquidación, y el particular de la reversión- fueron llevados a la instancia heterocompositiva prevista en la cláusula compromisoria. El laudo arbitral puso fin a las diferencias sobre reversión, pero se abstuvo de efectuar la liquidación solicitada.

- 5. La situación poscontractual.-** De acuerdo con lo que viene recogido por este concepto:

Una vez finalizados los contratos, las antiguas sociedades concesionarias continuaron ejerciendo el uso y la explotación de los bienes sujetos a la cláusula de reversión. El Ministerio formalizó de manera expresa esta situación mediante la inclusión del artículo vigésimo séptimo en las Resoluciones 597 y 598 de 2014. Tal decisión, según se lee en el propio texto del artículo en cuestión, tenía como fundamento el imperativo de «garantizar la continuidad del servicio [de las telecomunicaciones]». Para la Sala es evidente que esta determinación encuentra asidero en el ordenamiento jurídico colombiano (...) En consecuencia, el Ministerio se encontraba obligado a garantizar la continuidad del servicio, lo que, dadas las circunstancias del caso concreto, aconsejaba a la Administración permitir a las sociedades conservar la tenencia y la explotación de los bienes afectos a la concesión.

Puede afirmarse, de manera breve, que la situación poscontractual se caracteriza por ser subregulada (en el sentido de sujeta a regulación incompleta). En efecto, las regulaciones establecidas para el cambio de modelo permitieron la continuidad en el uso del espectro, con previsiones en el sentido de que «el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en un mismo acto administrativo

renovará el permiso para el uso de los recursos escasos...», etc. En cuanto al «uso y la explotación de los bienes sujetos a la cláusula de reversión», se trataría de una situación *de facto*, aun cuando evidentemente inescindible de la obligación de «garantizar la continuidad del servicio [de las telecomunicaciones]».

Así, meses después de la terminación de los contratos de concesión, las resoluciones (su artículo 27 en particular) vendrán a cumplir, entre otras, con las funciones de: (i) atestar el derecho del Estado sobre los bienes materia de reversión (diferentes del espectro); (ii) ratificar que su explotación por los antiguos concesionarios debe entenderse a ciencia y paciencia del Estado; y (iii) señalar que dicha relación contractual de hecho (o al menos claramente subregulada) lo es a título oneroso (en una especie de manifestación del *ius vindicandi*).

Las resoluciones dieron cuenta, igualmente, de la indeterminación de los «bienes y elementos» afectos a la reversión. Esta cuestión, la determinación de bienes, junto con la efectividad de la reversión, se convirtieron en piezas centrales de desacuerdo entre las partes, que el laudo arbitral habría de desatar.

6. El punto de encuentro entre la controversia contractual y la poscontractual.- La concreción de los bienes afectos a la concesión, y por tanto materia de reversión -tema contractual-, está en la base de la discusión poscontractual sobre el pago del derecho de uso de los mismos, ya que tal uso lo fue a título oneroso -a partir del 28 de noviembre de 2013-.

Las resoluciones plantearon cuatro propósitos gubernamentales, interrelacionados entre sí, para efectos de lograr el pago correspondiente a ese carácter oneroso:

- (i) la determinación de «dichos bienes y elementos»;
- (ii) un paso imprescindible, a saber, la valoración de los «bienes y elementos» así determinados (i.e. el «capital»), propósito que no quedó expreso, pero que debe tenerse como ejercicio obligado (tácito) para efectos del siguiente paso;
- (iii) calcular el «valor de la contraprestación por el uso de los mismos» (que debe entenderse en función del tiempo y del valor del «capital»); y
- (iv) el establecimiento de la forma de pago de dicha contraprestación.

Las resoluciones se refieren al asunto de la valoración de los «bienes y elementos» (el «capital»), al prever la posibilidad de una «compensación económica por concepto de la reversión», momento en el que cesaría la contraprestación económica por el uso (del «capital»).

7. El curso seguido en relación con los cuatro propósitos mencionados.-

- Es claro que los cuatro propósitos no hubiesen sido necesarios en el caso de que se hubiese liquidado de común acuerdo el contrato de concesión (autocomposición). Una tal liquidación, obviamente, habría determinado y valorado los bienes afectos a la reversión. Por contera, habría facilitado el ordenamiento de la relación poscontractual, incluido el «valor de la contraprestación», su forma de pago, etc.
- Es claro, igualmente, que los propósitos (i) y (ii) fueron despachados, y dejaron por tanto de estar pendientes, a partir del laudo arbitral (heterocomposición).
- En cuanto al propósito (iv) –fijar la forma de pago-, el plazo establecido por las propias resoluciones para fijar la forma de pago venció el día 28 de julio de 2017, mientras se desarrollaba el proceso arbitral en el que habrían de determinarse las particularidades relativas a los efectos de la cláusula contractual de reversión.
- En las anteriores circunstancias, solo restaría por evaluar el propósito (iii): la plausibilidad de calcular el «valor de la contraprestación por el uso de los mismos» –los bienes y elementos-, para aplicarlo en función del tiempo.

Esta plausibilidad, aquí, se considerará en abstracto, vale decir sin perjuicio de lo que la sala puntualizó -clara y correctamente-:

... el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones carece de competencia para aprobar nuevos actos administrativos que establezcan el valor de la contraprestación de uso de los bienes destinados al cumplimiento del objeto contractual.

8. El laudo desata la controversia contractual, y afecta la controversia poscontractual.- Sabido es que la principal decisión tomada en el laudo arbitral, en lo que concierne a la materia de este concepto, consiste en

la atestación sin ambages respecto de la vigencia de la cláusula contractual de reversión, con base en la cual se determinó la «compensación económica por la reversión de los activos directamente afectados a la concesión».

Para arribar a esta última decisión -que constituye hoy cosa juzgada- el laudo acoge una excepción de la parte demandada, así:

En este sentido prospera la excepción que denominó COMCEL “La reversión pretendida por la convocante es técnicamente imposible...”, y que desarrolló bajo el subtítulo “Inconveniencia e imposibilidad técnica de la reversión pretendida”, pero sólo respecto de la reversión física.

El Tribunal se basó en el dictamen del perito técnico, para determinar *-in fine-* la imposibilidad de «separar físicamente los sistemas que atienden el servicio de voz y los que atienden el servicio de datos» (salvo los elementos de red SGSN y GGSN pertenecientes al Subsistema de Core).

El Tribunal Arbitral sustenta su decisión señalando:

... en una red que se emplea tanto para el servicio de voz (telefonía) como para el servicio de datos que implican un valor agregado, la reversión prevista en el contrato de concesión para telefonía móvil solo opera sobre la parte correspondiente a voz.

Por otra parte señala la imposibilidad de la reversión física, así:

... los bienes afectados a la prestación del servicio de telefonía móvil celular y a la prestación de los otros servicios de telecomunicaciones no incluidos en aquella, se utilizan por las Demandadas para la prestación de los servicios a los usuarios en virtud de los contratos celebrados y las licencias otorgadas, por lo cual una reversión física de los activos correspondientes a la entidad concedente, conduciría a afectar la debida prestación del servicio, en forma contraria al deber del Estado de asegurar la continuidad en dicha prestación.

- 9. Convergencia tecnológica e imposibilidad técnica de ejecutar la reversión *in natura*.**- La convergencia tecnológica (interconexión de tecnologías de la computación, información, contenido multimedia y redes de comunicaciones, etc.) permitió que se prestaran diversos servicios de telecomunicaciones empleando unos mismos equipos y redes. El laudo arbitral señala –en últimas- esa convergencia, como la causa por la que no fue posible ordenar la entrega material de los bienes sujetos a la cláusula de reversión: la red y los demás bienes dispuestos para el cumplimiento del objeto contractual habían sido adquiridos y

construidos para ser empleados también en la prestación de otros servicios distintos a los convenidos en el contrato de concesión.

Así, el trabajo pericial acogido por el laudo arbitral tenía que determinar los bienes con vocación de reversión al Estado como un porcentaje (en función del uso) de una masa de bienes tangibles. El uso múltiple de los bienes determinó la desmaterialización de la reversión, e hizo imperiosa –a juicio del Tribunal Arbitral- «la compensación económica por la reversión de los activos».

10. Atributos de la propiedad sobre una masa de bienes cuya reversión era imposible físicamente.-

Se insiste en que esta aclaración de voto respecta exclusivamente a los «bienes y elementos» distintos del espectro. Aquí, solo para efectos de subrayar la distinción, permítase esta digresión en lo que respecta al espectro:

- Los *ius utendi* y *fruendi* siguieron en cabeza de las concesionarias, por artes del régimen de habilitación general.
- El *ius abutendi*, ya se dejó establecido, nunca salió del dominio del Estado.
- Por estas razones, obviamente, no tenía por qué entrar en acción el *ius vindicandi*.

Hecha la anterior distinción, debe pasarse a los «bienes y elementos». La imposibilidad de operar la cláusula de reversión sobre bienes *in natura*, llevó a la desmaterialización de la reversión. Sobre los «bienes» así entendidos -desmaterializados-, afectos al servicio concesionado y, por ende, a la reversión, se puede afirmar lo siguiente:

El *ius utendi* y el *ius fruendi* (afectados por las nuevas condiciones legales imbricadas en el régimen de habilitación general) quedaron en cabeza de los antiguos concesionarios, tal como lo venían estando durante el periodo de vigencia de la concesión. Adelante se abordará la particularidad que revisten estos dos atributos de la propiedad en el caso bajo examen, en cuanto la dedicación al servicio de voz resulta crucial para la «determinación» de los bienes –como porcentaje-.

Por su parte, el *ius abutendi*, en razón del efecto *ipso facto* de la reversión, fue objeto de una recomposición: un porcentaje de la propiedad pasó a manos del Estado.

No sobra añadir que debe verse como evidente, por lo demás, que las resoluciones son una manifestación del *ius vindicandi*, en cabeza del Estado (ver numeral 5, supra).

11.El laudo arbitral determinó la subrogación pecuniaria de la reversión.- La palmaria dificultad en la determinación de los bienes que a la finalización del contrato de concesión pasaron a ser propiedad del Estado, implicó que finalmente fuese necesario entenderlos en forma de porcentajes (o de alícuota de una comunidad sobre una masa de bienes indeterminada pero determinable, formada *ab initio* -desde la operación de la reversión en la fecha de terminación de los contratos-, según quien esta aclaración suscribe).

A partir de este entendimiento, el laudo decidió «la compensación económica por la reversión de los activos». En puridad de verdad, más allá de la existencia de una petición subsidiaria en ese sentido, no se encuentra en el laudo la explicación de por qué los porcentajes, colegidos a partir del dictamen pericial, tenían que ser traducidos a moneda corriente. Naturalmente, cualquier derecho de cuota es susceptible de ser avaluado, máxime cuando el juez puede apoyarse en una petición subsidiaria de la demanda. Lo que aquí se apunta es a que también los porcentajes colegidos eran bienes patrimoniales -por supuesto-, y por tanto sobre ellos hubiese podido predicarse la reversión.

Recuérdese que las resoluciones previeron una situación en la que, después de un periodo en el que se cobraría por el derecho de uso, podría ocurrir una «compensación económica por concepto de la reversión», que naturalmente haría cesar los cobros por concepto del derecho de uso de los bienes, en la fecha en que tal compensación se diese. Ese escenario -muy corriente por cierto- sería similar a un arrendamiento de bienes, seguido de su compra por el arrendatario. Claramente, en ningún momento ese fue el caso.

Con base en las consideraciones anteriores, a estas alturas resulta menester señalar dos particularidades sobre la base de las cuales se puede afirmar que de lo que se trató en el laudo fue de una subrogación pecuniaria de la reversión:

- El valor de la masa de bienes afecta a las operaciones corporativas es variable, como cualquier acervo de capital, máxime cuando se está en un sector especialmente dinámico en materia tecnológica. El valor relativo del acervo dedicado a voz, por su parte, resulta particularmente lábil, en tanto y en cuanto depende de los porcentajes de dedicación.

- El trabajo pericial acogido por el laudo arbitral deferió la valoración a la fecha del 28 de noviembre de 2013, vale decir a la terminación de los contratos de concesión. Por supuesto la valoración se refiere a los bienes afectos a la concesión, y por tanto materia de reversión; estos, como ha sido dicho, eran porcentajes sobre una masa de bienes, determinados sobre la base de su uso en el servicio de voz.

Al deferir la valoración a la fecha de la reversión, el laudo obvió cualesquiera cambios en las intensidades porcentuales de dedicación del acervo de capital, que pudiesen ocurrir o haber ocurrido en el periodo subsiguiente.

Así, la expresión «compensación económica por la reversión de los activos» debe entenderse como una subrogación real: los bienes de la reversión fueron subrogados por una suma de dinero a cargo de las antiguas concesionarias. Fue una subrogación de alícuota del Estado sobre unos bienes, a crédito dinerario en su favor.

En cuanto a la figura de subrogación real, autores como Gullón y Diez Picazo plantean que el empleo del concepto resulta dudoso cuando la cosa se sustituye por dinero, si este no queda individualizado. En el caso que nos ocupa, tal reserva no tiene presencia: los derechos del Estado en la reversión, referidos a bienes, dejan de existir; al tiempo, emerge un crédito en su favor por una suma claramente determinada de dinero, en razón de la subrogación.

Entendida la decisión arbitral como una auténtica subrogación, deja de haber lugar al pago por uso de los bienes subrogados. Las consecuencias económicas interpartes del paso del tiempo entre la fecha a la cual la decisión arbitral deferió la valoración base de la subrogación, y la fecha del pago del subrogado pecuniario, no pueden extraerse ahora de un contrato de arrendamiento de bienes muebles. Cosa diferente es que se pretenda derivar consecuencias económicas ligadas al paso del tiempo, en términos de costo de oportunidad del dinero.

12. En efecto, el laudo arbitral no se pronunció sobre el costo de oportunidad del dinero desde el 28 de noviembre de 2013. Solo en los términos aquí expresados puede entenderse la afirmación de que «el laudo arbitral no generó efecto directo alguno sobre las resoluciones aprobadas por el Ministerio.» Como ha quedado dicho, el laudo se interseca con la controversia poscontractual, en cuanto desata el punto

relativo a los bienes afectos a la concesión, materia de reversión, y alrededor de cuyos derechos por uso se refiere la consulta elevada. Sobre eso, de manera concreta, se pronunció el laudo. El laudo reemplazó el dominio sobre el que operó la reversión, por un subrogado pecuniario.

13. Este escrito de aclaración se apoya, pues, en un recuento interpretado de los hechos que dieron lugar a la consulta formulada por el Gobierno. Se trata del terreno positivo: lo que acaeció. No parecieran tener lugar especulaciones sobre lo que pudo haber ocurrido, o lo que, *ex post*, se pueda pensar como mejores escenarios normativos y operacionales.

Fecha ut supra



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado