



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá, D.C., cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación Interna: 11001-03-06-000-2018-0141-00

Número Único: 2390

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.

El viceministro de Conectividad y Digitalización, encargado del despacho del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, consulta sobre la ejecutabilidad de las disposiciones contenidas en el artículo vigésimo séptimo común a las Resoluciones 597 y 598 de 2014. El artículo en cuestión asigna a los antiguos concesionarios de telefonía celular el deber de pagar una contraprestación económica por el uso de los bienes y elementos que debieron ser devueltos al Estado como consecuencia de la aplicación de la cláusula de reversión que fue pactada en los contratos de concesión 001, 002, 003, 004, 005 y 006.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta, el Ministerio planteó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El día 28 de marzo de 1994, el antiguo Ministerio de Comunicaciones celebró los contratos de concesión 001, 002 y 003 de 1994 —contratos que fueron asumidos por la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.— y los contratos 004, 005 y 006 de 1994 —asumidos por la sociedad Comcel S.A.—. El objeto de estos contratos fue descrito en los siguientes términos:

El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa

para la comunicación telefónica, entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al CONCESIONARIO constituye el elemento principal.

2. Las partes acordaron incluir en los aludidos contratos una cláusula de reversión, la cual fue establecida del siguiente modo:

CLAUSULA TRIGESIMA TERCERA-REVERSIÓN. Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasarán a ser propiedad de la Nación-Ministerio de Comunicaciones sin que por ello este deba efectuar compensación alguna.

3. Los contratos de concesión 001, 002, 003, 004, 005 y 006 terminaron de manera anticipada el 28 de noviembre de 2013 debido a que los concesionarios resolvieron acogerse al régimen de habilitación general previsto en la Ley 1341 de 2009. De tal suerte, acogiéndose a lo dispuesto en los artículos 12 y 68 de la aludida ley y en el artículo 5 del Decreto 2044 de 2013, solicitaron la renovación de los permisos correspondientes para hacer uso del espectro radioeléctrico.

4. De conformidad con la cláusula cuadragésima cuarta común de los contratos de concesión, la liquidación de los contratos debía realizarse dentro de los seis meses siguientes a la terminación de dichos contratos.

5. Mediante la Sentencia C-555 de 2013, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo cuarto de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, disposiciones que limitaban el alcance de la cláusula de reversión en los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones. En virtud de dicha restricción, actualmente vigente, el pacto de reversión únicamente exige la devolución de las franjas del espectro que hayan sido utilizadas durante la vigencia del contrato. Así, para aquellos contratos que hubieren sido suscritos luego de la entrada en vigencia de estas disposiciones, no es menester transferir la propiedad de los bienes y de las redes que se destinaron al cumplimiento del objeto contractual. El condicionamiento introducido por la Corte aclara, precisamente, que la limitación solo puede ser aplicada a los contratos posteriores a la entrada en vigencia de estas normas. Esta precisión llevó al Tribunal a «declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, 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 ellas acordadas».

6. Entre la fecha de terminación anticipada de los contratos de concesión, acaecida el 28 de noviembre de 2013, y el 15 de febrero de 2016, el Ministerio consultante, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A. se reunieron en varias oportunidades con el propósito de convenir una liquidación bilateral de los contratos de concesión. No obstante, en la mesas de trabajo dispuestas para tal fin, las partes no consiguieron llegar a un acuerdo, por lo que, al término de dicho lapso, fue imposible suscribir una acta de liquidación por mutuo acuerdo.

7. Mediante las Resoluciones 597 y 598, aprobadas el 27 de marzo de 2014, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones renovó a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y a Comcel S.A. los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. La renovación fue dispuesta sin que se hubiera definido el alcance de la reversión pactada en los contratos y sin que se hubiera fijado el monto de la contraprestación económica que, eventualmente, tendrían que pagar los concesionarios. De tal suerte, con el doble propósito de garantizar la continuidad del servicio y permitir el cobro por el uso de los bienes que debieron revertir al Estado, el artículo vigésimo séptimo de las mencionadas resoluciones estableció algunas reglas que permitieron la prolongación de la prestación del servicio. Por su importancia para la solución de la presente controversia, a continuación se transcribe el artículo en cuestión:

ARTICULO VIGÉSIMO SÉPTIMO. CONTRAPRESTACION ECONOMICA POR EL USO DE LOS BIENES AFECTOS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN OBJETO DE REVERSION, A PARTIR DE SU TERMINACIÓN. Por medio de la presente resolución y, para garantizar la continuidad del servicio, el Ministerio confiere a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. el derecho al uso y explotación de los bienes y elementos que debe revertir al Estado, de acuerdo con lo previsto en los contratos de concesión. Una vez se hayan determinado dichos bienes y elementos, el Ministerio procederá a determinar el valor de la contraprestación por el uso de los mismos.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. deberá pagar la contraprestación económica a la que se refiere el presente artículo, de forma retroactiva, a partir del 28 de noviembre de 2013 y hasta la fecha en la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P haga uso de los mismos o a la fecha de compensación económica por concepto de la reversión.

El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá la forma de pago de la contraprestación económica de que trata el presente artículo, dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión.

Esta contraprestación es independiente de la contraprestación por el derecho al uso del espectro radioeléctrico y la contraprestación periódica que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P debe pagar al Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P podrá renunciar al permiso para el uso del espectro de que trata la presente resolución, si a su juicio el valor por el uso de los bienes y elementos de que trata el presente artículo resulta demasiado oneroso. En este caso Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. deberá pagar proporcionalmente al tiempo de utilización del espectro, los valores establecidos en los artículos cuarto y quinto siguientes, y en ningún caso se devolverá ni se reconocerá suma alguna por concepto de la contraprestación causada o pagada con ocasión de dicho permiso.

En este caso no habrá lugar a indemnización alguna a favor o en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o del Fondo TIC. No obstante lo anterior, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP deberá pagar el valor establecido por el Ministerio, por el período en que hizo uso de los bienes y elementos objeto de reversión [énfasis fuera de texto].

8. Ante la imposibilidad de convenir los términos de la liquidación de los contratos, el día 16 de febrero de 2016, el Ministerio solicitó la conformación de un tribunal de arbitramento. De este modo, el despacho procuraba obtener una decisión favorable, entre otros asuntos, sobre la vigencia de la cláusula de reversión, la liquidación de los contratos de concesión y la devolución material de los bienes sometidos al pacto de reversión.

9. El día 25 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitramento aprobó el laudo correspondiente, providencia que concedió parte de las pretensiones elevadas por el Ministerio. El Tribunal declaró que la cláusula en cuestión era válida a la luz del ordenamiento jurídico y que se encontraba vigente. Empero, advirtió que la exigibilidad de esta obligación era improcedente, pues no era posible realizar, en la actualidad, la reversión de los bienes sin comprometer la continuidad del servicio y sin afectar el funcionamiento de otros servicios anexos a la red que debía ser revertida. Por tal motivo, el Tribunal fijó una «compensación económica por la reversión de los activos directamente afectados a la concesión»¹, debido a la imposibilidad de llevar a cabo materialmente la devolución de los bienes.

La anterior consideración dio lugar a las siguientes declaraciones y condenas:

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,

¹ Laudo arbitral, página 245.

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.

[...]

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 dos mil novecientos ochenta y un millones de pesos M/cte (\$1.652.981.000.000). Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda.

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 [énfasis fuera de texto].

10. El Tribunal de Arbitramento negó la pretensión de liquidación judicial de los contratos de concesión 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de 1994 tras considerar que no existía certeza sobre todos los elementos que debían ser tenidos en cuenta para llevar a cabo la aludida liquidación. El fundamento de dicha conclusión fue expresado por el Tribunal en los términos que se transcriben enseguida:

Si se revisa la documentación que obra en el expediente, encuentra el Tribunal que no se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para proceder a la liquidación de los contratos a que se refiere el presente proceso. En efecto, no aparece establecido cuál fue la totalidad de los pagos realizados, así como tampoco los procesos sancionatorios [...]. Asimismo, no aparece acreditado en el expediente que se hayan definido los montos a cargo de las concesionarias por concepto de los hallazgos financieros a los que [se] hace referencia.

11. Las concesionarias condenadas por el Tribunal de Arbitramento realizaron, de manera oportuna, el pago de las sumas de dinero establecidas en el laudo. Sin embargo, tal como lo permitían las Resoluciones 597 y 598 de 2014, no renunciaron al permiso para continuar haciendo uso del espectro electromagnético.

12. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones estima que perdió competencia para liquidar los contratos de concesión, en tanto existe un fallo con fuerza de cosa juzgada.

13. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A. interpusieron sendos recursos extraordinarios de anulación contra el laudo del 25 de julio de

2017, los cuales fueron declarados infundados por el Consejo de Estado, en providencia del 24 de mayo de 2018.

14. El 20 de diciembre de 2017, Comcel S.A. presentó demanda de arbitraje, de conformidad con el Reglamento Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Según se lee en el escrito de consulta, dicha acción fue llevada a cabo para que se declare que el Estado colombiano «violó el artículo 17-08 del Tratado con México y el derecho internacional [sic], al expropiar ilegalmente las inversiones de América Móvil y Comcel S.A. y, como consecuencia, se indemnice integralmente a Comcel por las pérdidas sufridas por un monto que, a 31 de diciembre de 2017, asciende a US \$1.103.253.816, más intereses del 7.5% anual, capitalizando dicha actualización anualmente, o alternatively, se indemnice a América Móvil por un monto que al 31 de diciembre asciende a la suma de US \$1.096.634.293, más los intereses a la misma tasa».

15. El 1 de febrero de 2018, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje presentada por Telefónica S.A. contra el Estado colombiano, mediante la cual dicha sociedad pretende que se declare que las autoridades del país han desconocido las obligaciones que se derivan del tratado bilateral de inversiones (TBI) Colombia-España. En consecuencia, solicita que se condene al Estado a indemnizar los daños causados y a pagar los intereses correspondientes.

16. Mediante oficio identificado con la referencia n.º 2018EE0120514, la Contraloría General de la República dio a conocer al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la siguiente información:

La Contraloría General de la República a través de la Contraloría Delegada Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, mediante auto de cierre del 21 de septiembre de 2017, ordenó el archivo de las diligencias relacionadas con la reversión en los contratos de concesión de telefonía móvil celular celebrados en 1994, y ordenó la apertura de una nueva indagación preliminar para investigar los hechos relacionados con un presunto daño patrimonial al Estado, en relación con la denominada «prestación de uso» establecida en el artículo 27 de las Resoluciones 597 y 598 de 2014.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones formuló a esta Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

1. En virtud a la prosperidad de la pretensión 4ª subsidiaria declarada en el laudo arbitral de 25 de julio de 2017, los operadores pagaron su obligación de reversión a través de una obligación pecuniaria subrogada impuesta por el juez natural del contrato calculada retroactivamente a la fecha de terminación de los contratos, lo que derivó en que el Estado nunca recibió materialmente dichos bienes, ni detenta sobre ellos derecho real alguno. Por tanto, ¿es ejecutable lo dispuesto en el artículo

vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598 de 2014, teniendo en cuenta que ello implicaría liquidar a cargo de los operadores el valor de una “contraprestación por el uso” de los bienes y elementos objeto de reversión entre la fecha de terminación de los contratos y la fecha en que pagaron la compensación por su equivalente económico? O por el contrario, ¿se trataría de un caso de pérdida de ejecutoriedad de dicho artículo vigésimo séptimo en tanto habría desaparecido su fundamento de hecho y de derecho? (artículo 91-2 CPACA).

2. Antes de la terminación de los contratos de concesión, el dominio de los bienes y elementos objeto de reversión estaba en cabeza de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A., teniendo en cuenta que el laudo del 25 de julio de 2017, se condenó a tales compañías a pagar una compensación equivalente al valor de dichos bienes en el estado en que estos se encontraban a la fecha de terminación de los contratos de concesión ¿podría entenderse que dichos bienes nunca salieron del patrimonio de tales compañías?

3. Si se entendiera que los bienes nunca salieron del patrimonio de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A., ¿es ejecutable lo dispuesto en el artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598 de 2014, teniendo en cuenta que ello implicaría liquidar a cargo de operadores de una “contraprestación por el uso” de los bienes y elementos objeto de reversión entre la fecha de terminación de los contratos y la fecha en que pagaron la compensación por su equivalente económico? O, por el contrario, ¿se trataría de un caso de pérdida de ejecutoriedad de dicho artículo vigésimo séptimo en tanto habría desaparecido su fundamento de hecho y de derecho?

4. Si hay pérdida de ejecutoriedad del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones 597 y 598 de 2014, ¿debería este Ministerio adelantar algún tipo de procedimiento o actuación administrativa para que no sea exigible el pago de la “compensación por uso” contenida en las mismas? En caso afirmativo, ¿cuál sería dicho procedimiento o actuación?

5. Si no hay pérdida de ejecutoriedad del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones 597 y 598 de 2014, entonces ¿qué otro fenómeno jurídico se presenta frente a la realidad de la condena y pago de una compensación del equivalente económico de los bienes objeto de reversión, que por tal motivo no se encuentran en el patrimonio de la Nación y respecto de los cuales no detenta su uso y goce? ¿Habría lugar en ese escenario al cobro de alguna manera de la llamada “compensación por uso” a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y a Comcel S.A., actuales dueños de dichos bienes? ¿Supondría el cobro de la contraprestación económica por uso un cobro de lo no debido? ¿Mediante qué tipo de mecanismo se haría tal cobro, de ser el caso?

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a las preguntas planteadas, la Sala estima necesario abordar los siguientes temas: I. La cláusula de reversión en el ordenamiento jurídico colombiano; II. contexto jurídico en el que se enmarca la inclusión de la cláusula de reversión en los contratos de concesión celebrados para la prestación del servicio de telefonía móvil celular; III. control de constitucionalidad de los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009; IV. Análisis del contexto y del contenido del artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598, que ordenó el pago de la contraprestación por el uso de los bienes sometidos a reversión; *4.1. estudio detallado del alcance del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*; V. Análisis del laudo arbitral emitido el 25 de julio de 2017, en el arbitraje de la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contra Comcel S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.; VI. Imposibilidad de ejecutar lo dispuesto en el artículo 27 de las Resoluciones 597 y 598 de 2014.

I. La cláusula de reversión en el ordenamiento jurídico colombiano

Para dar comienzo al estudio que se plantea a la Sala, es menester hacer referencia a la especial naturaleza jurídica que tiene la cláusula de reversión en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicho asunto ha sido analizado en varias oportunidades por esta Corporación², de las cuales vale la pena destacar la Sentencia del 23 de diciembre de 2005, aprobada por la Sección Tercera (expediente n.º 11001-03-26-000-2017-00121-01). En esta providencia se definió, en los términos que se transcriben a continuación, la naturaleza de la figura que aquí se analiza:

La reversión es un fenómeno que ocurre a la terminación normal o anormal de algunos contratos del Estado, particularmente de los contratos de concesión, que se explica por la índole del objeto del contrato; «es norma de orden público, a la cual los gobernantes o la Administración no pueden renunciar». Algunos doctrinantes consideran que el concepto reversión es impropio, toda vez que gramaticalmente significa restitución de una cosa al estado que tenía o devolución de ella a la persona que la poseía primero, cuando «es evidente que los elementos

² Entre otras, ver Sección Quinta, Sentencia del 23 de agosto de 2018, expediente n.º 11001-03-15-000-2018-01096-01; Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 20 de junio de 2018, expediente n.º 11001-03-15-000-2017-03479-01; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de mayo de 2018, expediente n.º 11001-03-26-000-2017-00121-01.

de que se trata nunca estuvieron en la Administración o pertenecieron a ella». Tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con las necesidades públicas que se satisfacen con el contrato terminado al que estaban afectos los bienes, que entran a formar parte del patrimonio estatal.

En estos términos, la cláusula de reversión es un pacto, de origen legal o convencional, en virtud del cual quien contrata con el Estado se obliga a transferir a este último la propiedad de los bienes que hubiere adquirido o construido para el cumplimiento del objeto acordado en el contrato estatal. Dicha estipulación — valga señalarlo desde ahora— es de inclusión forzosa en los contratos de concesión, toda vez que constituye un elemento esencial e imperativo de tales acuerdos. El traspaso de estos bienes encuentra justificación en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio y en el deber de ampliar y mejorar la red de infraestructura de la que depende el cumplimiento de los fines del Estado en el campo que ahora se analiza.

Según ha sido señalado de manera unánime por la jurisprudencia, la cláusula de reversión no implica una transferencia de la propiedad de los bienes sujetos al contrato a título gratuito. Durante la etapa precontractual, en la que el concesionario realiza los cálculos financieros de su oferta, él realiza una previsión del costo de tales bienes y amortiza su valor dentro de la propuesta que presenta. En tal sentido, el pacto bajo estudio adquiere un carácter evidentemente oneroso en la medida en que el concesionario compensa el esfuerzo patrimonial que habrá de realizar, lo que pone en evidencia que la reversión no produce ningún desmedro patrimonial al concesionario³.

Este asunto fue aclarado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 1996. En dicha ocasión, el Tribunal resolvió una acción pública dirigida contra el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, disposición que ordena la introducción forzosa de la cláusula de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales. El cargo de inconstitucionalidad formulado entonces acusaba a la norma de consentir una «expropiación sin indemnización», actuación que sería contraria al artículo 58 superior. En el texto que se transcribe enseguida, la Corte rechazó el argumento planteado, razonamiento que la llevó a resaltar el carácter oneroso de la cláusula bajo estudio:

Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación [...] pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de

³ En relación con este asunto, el Legislador explicó en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 los argumentos que justifican la exoneración del deber de pagar cualquier clase de contraprestación económica por la realización de dicho traspaso: «Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados. Por ello, se establece que la Administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista».

utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. **El valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato**, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna [énfasis fuera de texto].

En esta misma providencia, la Corte Constitucional manifestó que la cláusula de reversión es un elemento esencial del contrato de concesión. Al margen de las repercusiones que esta afirmación tiene en el contexto de los procesos judiciales, dicha caracterización supone que la cláusula que ahora se analiza forma parte de la *razón de ser* de los contratos de concesión en nuestro ordenamiento. Según esto, el Estado no dispone la existencia de esta forma contractual únicamente para obtener la colaboración de los particulares en la prestación de un servicio, en la explotación de un bien o la construcción de una obra pública; lo hace también para que los concesionarios contribuyan, de manera efectiva, a la ampliación, modernización y mejoramiento de la infraestructura de la que depende el cumplimiento de los fines del Estado:

Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato [...].

La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Esclarecido este asunto, la Sala estima necesario realizar la siguiente precisión, relativa al alcance del deber que este pacto impone el concesionario: la reversión comporta dos obligaciones. De un lado, el concesionario se encuentra llamado a devolver a la Administración concedente los bienes de carácter público (obras, instalaciones y demás elementos de titularidad del Estado) que fueron entregados a título precario, para cumplir el objeto contractual concesional. En segundo lugar, el concesionario está igualmente obligado a transferir la propiedad de los bienes adquiridos o construidos por él que hubieren sido destinados a la prestación del servicio público o a la explotación del bien concesionado. La transferencia de este último conjunto patrimonial, según se ha dicho, procura garantizar que la Administración pueda continuar explotando los bienes dados en concesión o prestando los servicios públicos correspondientes.

En el primer caso, el concesionario retorna a la Administración los bienes que recibió a título de mera tenencia. Como lo demuestra el caso emblemático de los bienes de uso público, los cuales son imprescriptibles por definición, el concesionario no deviene en propietario durante la vigencia del contrato de concesión. En atención a que tales bienes nunca salen del patrimonio del Estado, este último no obtiene, en rigor, un incremento patrimonial cuando los recobra merced al cumplimiento del pacto de reversión.

En el segundo caso, por el contrario, sí ocurre una genuina transferencia de propiedad: en cumplimiento del pacto de reversión, el concesionario traspasa a la Administración el derecho de dominio sobre los bienes que adquirió o construyó para que fueran destinados al cumplimiento del objeto contractual. La diferencia radica, entonces, en que el concesionario no realiza una *devolución* de bienes, tal como ocurre en el primer caso. Antes bien, en el supuesto que ahora se analiza, el Estado obtiene de manera efectiva la propiedad de un conjunto de bienes —los cuales han sido debidamente amortizados por el concesionario—, que servirán para el cumplimiento de los fines de la organización estatal.

En el ordenamiento colombiano, la figura de la reversión fue originalmente prevista en el artículo 25 de la Ley 37 de 1931 y en los Decretos 805 de 1947 (artículos 106 y 107) y 1056 de 1953 (código de petróleos, artículo 33), textos normativos que ordenaron su aplicación en los contratos de concesión minera y petrolera.

En las citadas disposiciones, la reversión implica la transferencia de propiedad —del concesionario al Estado, valga la reiteración— de todos los bienes adquiridos o construidos por el concesionario para la explotación de los bienes objeto de la concesión. Sobre el particular, las normas citadas señalan lo siguiente:

Ley 37 de 1931

Artículo 25. Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, **y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.**

Respecto a la propiedad mueble, su precio se fijará por peritos, y el contratista tendrá la obligación de vendérsela al Gobierno, si así se lo exigiere dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato.

Decreto 805 de 1947

Artículo 106. Al vencimiento del término de duración de estos contratos, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el

concesionario, o por quien represente sus derechos y destinados al servicio de la empresa, así como los equipos y maquinaria de exploración y explotación de las minas y beneficio de los minerales, el material en laboreo, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio de los minerales, pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación.

El Gobierno podrá tomar posesión inmediata de tales bienes y elementos.

Artículo 107. También se operará la reversión cuando se declare la caducidad del contrato y como consecuencia de ella; **en este caso la posesión la tomará el Gobierno tan pronto como esté ejecutoriada la providencia en que se declare la caducidad.**

Decreto 1056 de 1953

ARTICULO 33. Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado la producción de los pozos que en tal época sean productivos **y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.**

Respecto, de la propiedad mueble, su precio se fijará por peritos, y el contratista tendrá la obligación de vendérselas al Gobierno, si así se lo exigiere dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato.

La determinación del carácter de mueble o inmueble, en caso de desacuerdo, lo harán los peritos, teniendo en cuenta la naturaleza y destinación de tales bienes, según lo dispone el Código Civil. Los peritos serán nombrados y procederán como se indica en el Artículo 11.

Es entendido que en caso de prórroga del contrato, la reversión de las mejoras a favor de la Nación no se producirá sino al vencimiento de dicha prórroga.

La Nación podrá, en cualquier tiempo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan para impedir que se perjudiquen o inutilicen, por culpa del contratista, el campo petrolífero o sus instalaciones y, dependencias [énfasis fuera de texto].

La *gratuidad* a la que alude el artículo 25 de la Ley 37 de 1931, según se dijo antes, únicamente pretende destacar que la Administración se encuentra exonerada del deber de pagar cualquier tipo de contraprestación económica por la transferencia de la propiedad.

En este mismo sentido, es preciso tener en cuenta la definición legal que propone el código de minas actualmente vigente. El artículo 113 del texto en comento dispone lo siguiente:

Reversión gratuita. **En todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, operará la reversión gratuita de bienes en favor del Estado circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario en forma exclusiva al transporte y al embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo.** Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad [énfasis fuera de texto].

El Decreto 222 de 1983, prosiguiendo con el análisis de la normativa aplicable en esta materia, introdujo la figura de la reversión en los contratos de concesión de obra pública. Para el efecto, el decreto distinguió entre la *restitución* de los bienes entregados por el Estado para el desarrollo de la concesión, los cuales nunca salen de su patrimonio, y la figura de la *reversión* propiamente dicha. Esta última, de acuerdo con la definición propuesta en el decreto, implica la transferencia de la propiedad —del concesionario al Estado— de los bienes adquiridos o construidos para el desarrollo del objeto del contrato de concesión.

Así pues, mientras el artículo 104 del Decreto Ley 222 de 1983 establece que en los contratos de obra pública se estipulará que el concesionario tendrá a su cargo «la conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de obra y su restitución al término del contrato (numeral 3, literal d.)»; el numeral 5 establece que en estos contratos deberá establecerse «cuáles son los bienes que, sin reconocimiento o indemnización alguna, pasarán a propiedad de la entidad contratante cuando termine el contrato por vencimiento del plazo, declaratoria de caducidad o renuncia del concesionario, o cualquier otra causa».

Finalmente, la cláusula de reversión fue incorporada en el texto de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

Artículo 14. [...] En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión [...].

Artículo 19. De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

De conformidad con lo dispuesto en esta última norma, para que sea exigible la obligación de reversión es preciso que la Administración pública se encuentre

frente a un contrato de «explotación y concesión de bienes del Estado». Al respecto, es importante recordar que el contrato de concesión es un instrumento que permite la articulación entre la Administración pública y los particulares. Dicha colaboración, según se advierte en la definición legal que se transcribe enseguida, pretende, entre otros fines, garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos y asegurar la eficiente construcción o explotación de obras y bienes de uso público. Al respecto, en el numeral cuarto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se lee lo siguiente:

4o. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Con base en la anterior definición, la Corte Constitucional identificó, en la sentencia C-250 de 1996, providencia en la que el Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, las características primordiales del contrato de concesión:

- a) Implica una **convención** entre un ente estatal —concedente— y otra persona —concesionario—;
- b) se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público;
- c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
- d) en dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública);

- e) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la

Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido;

f) en los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad;

g) dada la naturaleza especial del contrato de concesión, **existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión**, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato [énfasis fuera de texto].

En definitiva, a través del contrato de concesión, el particular asume, bajo su cuenta y riesgo, la explotación de bienes de titularidad pública o la prestación de un servicio público, a cambio de una contraprestación cuyo pago debe garantizar el Estado. De este modo, se asegura el cumplimiento de fines de gran relevancia para el Estado Social de Derecho, a la vez que se garantiza la obtención de beneficios de carácter pecuniario a favor de los particulares que actúan como concesionarios⁴.

De vuelta a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, se observa que dicha disposición establece, de manera general, la obligación de pactar la cláusula de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales. Sobre el particular, la Sala considera necesario realizar la siguiente precisión: el hecho de que el Legislador haya dispuesto la introducción obligatoria de la cláusula de reversión en los contratos de concesión para la explotación o concesión de bienes públicos no implica que las partes de un contrato de concesión de otro tipo tengan prohibido incluir, de manera voluntaria, el pacto en cuestión en tales acuerdos.

En cualquier caso, cuando se trata, efectivamente, de un contrato de explotación y concesión de bienes, la cláusula de reversión se constituye en un elemento

⁴ Es importante subrayar que, de acuerdo con la definición del numeral cuarto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el objeto del contrato de concesión puede adquirir alguna de las siguientes modalidades: (i) prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; (ii) construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública, y (iii) explotación de un bien destinado al servicio o uso público. La norma no parece excluir la posibilidad de que en un mismo contrato confluyan dos de las modalidades de concesión previstas en la ley. Según esto, a manera de ejemplo, podría otorgarse una concesión para la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público, al mismo tiempo en que se concede la concesión para la explotación de un bien destinado a la prestación del mismo servicio.

esencial e imperativo de estos contratos. Dicha caracterización conlleva las tres siguientes consecuencias: la Administración queda obligada a incorporar dicha cláusula en los referidos contratos de concesión de bienes; el pacto no puede ser excluido con fundamento en el principio de autonomía contractual, y, finalmente, en el evento en que dicha cláusula no hubiere sido pactada en el contrato, esta se entiende incorporada al mismo por ministerio de la ley.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia aprobada el 16 de junio de 1994 (expediente n.º 5729), manifestó lo siguiente:

No es necesario que el Gobierno nacional y la *Shell Condor* o la *Antex Oil* firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado colombiano; y no era necesario porque **es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado** [énfasis fuera de texto].

Según se ha dicho, la naturaleza esencial e imperativa de la cláusula de reversión se encuentra plenamente justificada por el deber de garantizar tanto la continuidad de la prestación de los servicios públicos como la explotación de las obras o bienes públicos que se entregan en concesión. Todo ello, de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, redundará en beneficio del interés público y en la efectiva realización de los altos fines que persigue el Estado.

Pasando a otro asunto, conviene referir ahora la manera como se produce el aludido traspaso de propiedad. En la ya citada Sentencia C-250 de 1996, la Corte Constitucional manifestó que dicha transferencia ocurre *ipso facto*, tan pronto concluye el contrato de concesión:

Dentro de nuestro ordenamiento legal, ésta cláusula no es nueva, pues viene haciendo parte esencial del contrato de concesión minera y petrolera desde el año de 1931 -Ley 37, artículo 25-, y luego regulado por los Decretos 805 de 1947 (arts. 106 y 107) y 1056 de 1953 (Código de Petróleos, art. 33). Actualmente, el artículo 74 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), prescribe la reversión gratuita de todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte externo y embarque de minerales, cuando el concesionario renuncie al contrato, al vencimiento del término de duración o cuando se declare en caducidad el contrato de concesión minera, con la exclusiva finalidad de asegurar su continuidad.

Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a esta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista [énfasis fuera de texto].

Antes de proseguir con el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha acogido esta misma postura, cabe resaltar que en la anterior consideración la Corte no restringe el traspaso *ipso facto* de la propiedad a un tipo específico de concesión. La transmisión inmediata y en bloque de estos bienes, según la opinión manifestada por la Corte, es una característica general que —en los términos utilizados en la providencia— se produce «dentro de nuestro ordenamiento legal», y no en un único ámbito de la diversa tipología de los contratos estatales. En consecuencia, de acuerdo con el razonamiento propuesto por el Tribunal, el traspaso de la propiedad acaece de manera inmediata en todos los casos, bien sea que la reversión tenga origen legal o convencional⁵.

La Sección Tercera de esta Corporación, en Sentencia aprobada el 23 de noviembre de 2005 (expediente n.º 10172), adhirió a esta postura. Por su importancia para la solución de la presente controversia, a continuación se cita el apartado en el que la Sección manifestó su parecer al respecto:

De la norma anterior y de la precitada cláusula de reversión del contrato de concesión Barco que, como se indicó, fue aprobada e incorporada a la ley 80 de 1931, se desprende que **la reversión estaba dispuesta para que opera[ra] ipso facto, esto es, sin que fuese necesario el cumplimiento de procedimientos o trámites administrativos o judiciales adicionales.**

Así, la sola circunstancia de que se hubiese cumplido el supuesto jurídico previsto en la norma que dispuso la reversión de los bienes de la concesión Barco, produjo el traspaso de los bienes de la concesión al patrimonio del Estado, sin que sea dable afirmar que dicha transferencia pendía de un acto administrativo o de una escritura pública debidamente registrada. El título y el modo constitutivo del derecho de dominio del Estado se hizo efectivo por ministerio de la ley, una vez cumplido el supuesto de hecho que consagró ese derecho a favor del Estado.

[...]

Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en

⁵ La especialidad de esta regla encuentra justificación en la enorme complejidad que supone el traspaso de estos bienes en el caso particular de los contratos de concesión: las sofisticadas redes construidas por los concesionarios, la ingente cantidad de bienes dispuestos para el cumplimiento de estos contratos y los voluminosos inventarios que registran los bienes muebles e inmuebles que se destinan a esta labor, entre otros factores, recomiendan que la transferencia de propiedad se produzca en bloque y de manera inmediata —*ipso facto*, de acuerdo con la terminología empleada por la Corte—. Conviene recordar que la cláusula de reversión pretende asegurar la continuidad en la prestación de los servicios, además de ampliar y mejorar la infraestructura que sirve a las necesidades de los ciudadanos. Tales cometidos se ponen en cuestión cuando se impone al Estado la obligación de llevar a cabo la transferencia ordinaria —bien por bien— de aquellos elementos que se someten a la cláusula de reversión.

razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales[énfasis fuera de texto].

Según consta en los antecedentes de la providencia en comento, en dicha ocasión la Sección Tercera resolvió una demanda promovida en el marco de un «contrato con las empresas *Colombian Petroleum Company* y *South American Gulf Oil* para la exploración y explotación petrolera conocido con el nombre de Concesión Barco». En consecuencia, el traspaso inmediato de la propiedad que se explica en el fallo no es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, sino de lo establecido en la Ley 80 de 1931.

Con fundamento en los precedentes anteriormente citados, cabe concluir que el ordenamiento ha dispuesto, de manera general y no únicamente en el caso particular del artículo 19 de la Ley 80 de 1992, que el traspaso del derecho de dominio ocurre en bloque e *ipso facto*. La lógica del ordenamiento avala esta conclusión. Lo anterior se corrobora en disposiciones como el artículo 106 del Decreto 805 de 1947, «por el cual se reglamenta la Ley 85 de 1945, se sustituyen los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937 y se dictan otras disposiciones sobre minas». La norma que establece que al «vencimiento del término de duración de estos contratos, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el concesionario [...] pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación». Como consecuencia de lo anterior, el inciso segundo de la norma en comento autoriza al Gobierno nacional a «tomar posesión inmediata de tales bienes y elementos». La toma de posesión únicamente se explica en el hecho de que, mediante tal actuación, la Administración ejerce actos de señorío sobre los bienes que le pertenecen. Dicho proceder, valga la reiteración, se encuentra justificado por los trascendentales fines que explican la presencia de la cláusula de reversión en los contratos de concesión.

Al margen de la anterior consideración, la Sala estima oportuno señalar que, en la Sentencia C-555 de 2013, quedó establecido que la transferencia de la propiedad en las concesiones otorgadas para la prestación del servicio de telecomunicaciones ocurre por ministerio de la ley. Sobre el particular, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Observa pues en este punto la Corte que, **la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal**

transcrito. Esto es, el pacto de reversión se entendía incorporado, y por ello, al concluir la concesión, se debe hacer efectiva, además de la devolución de las frecuencias, la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la prestación de servicios, con destino a la Administración. En relación con tales bienes, los transcritos artículos 14 y 15 del citado decreto-Ley 1900 de 1990, determinaron lo que la Corte, entiende, es un mínimo del acervo que debe ser revertido al Estado, si se asume que por virtud del contrato, la Administración tiene derecho a tales haberes o su equivalente económico, aunque su adquisición, uso, tenencia y conservación eran de la órbita del concesionario [énfasis fuera de texto].

Una vez examinado el concepto y las principales características de la cláusula de reversión, la Sala procede a analizar la inserción de dicho pacto en los contratos de concesión que suscribió el entonces Ministerio de Comunicaciones con los concesionarios para la prestación del servicio de telefonía móvil.

II. Contexto jurídico en el que se enmarca la inclusión de la cláusula de reversión en los contratos de concesión celebrados para la prestación del servicio de telefonía móvil celular

Con el fin de allanar el camino para dar solución al problema jurídico planteado en esta oportunidad, es menester examinar la evolución reciente que han tenido las normas que regulan el servicio de las telecomunicaciones. Dicho estudio toma como punto de partida la expedición del Decreto 1900 de 1990, «[p]or el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines».

El decreto asigna a las autoridades y particulares que participan en la prestación del servicio de las telecomunicaciones el deber de encauzar esta actividad al cumplimiento de importantes fines. De acuerdo con lo establecido en el artículo tercero, quienes intervienen en ella deben «impulsar el desarrollo político, económico y social del país», obligación que, de otro lado, ha de procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos y garantizar la protección efectiva «de la dignidad humana y de [los demás] derechos fundamentales consagrados en la Constitución».

Habida cuenta del asunto que se analiza en el presente concepto, particular importancia debe prestarse a lo dispuesto en el artículo cuarto del decreto en cuestión. En él queda establecido que las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado y que su prestación se realiza bien de manera directa, por conducto de las entidades públicas de los órdenes nacional y territorial, o bien de manera indirecta por los particulares. En este último caso, según se encuentra

prescrito en la misma disposición, la prestación se realiza mediante el contrato de concesión.

Conviene advertir que el Decreto 1900 estableció un conjunto de directrices a las cuales, de manera forzosa, debían orientarse los contratos de concesión que tuvieran por objeto la prestación del servicio de telecomunicaciones. Al respecto, en el artículo trece, se lee lo siguiente:

ARTICULO 13. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente Decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Este mismo decreto precisó en el artículo 41, norma que se reproduce enseguida, la especial naturaleza jurídica de los contratos de concesión que se celebran en este campo y esclareció el marco legal que les resultaba aplicable:

ARTICULO 41. **Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones** que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, **son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto-ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente Decreto.** Las entidades territoriales se regirán por sus normas de contratación» [énfasis fuera de texto].

Al tenor de la remisión normativa dispuesta en este precepto, es necesario tener en cuenta algunas de las pautas que, en este campo, estableció el Decreto ley 222 de 1983. El artículo 181, en primer lugar, determinó que los contratos de concesión de servicio de telecomunicaciones son acuerdos de carácter administrativo. Su objeto, de acuerdo con la misma disposición, es «la concesión de los medios de transmisión en el ramo de telecomunicaciones que son propiedad del Estado, con una finalidad de interés público».

Mayores luces sobre esta cuestión se encuentran en el artículo 182, disposición que ofrece la siguiente explicación en cuanto al contenido y al alcance de los contratos que ahora se analizan:

Artículo 182 Del objeto. Los contratos de concesión de telecomunicaciones son aquellos por medio de los cuales el Estado permite a las personas naturales o jurídicas, en forma temporal, la explotación de frecuencias, bandas y canales, por líneas físicas o de radio que le pertenecen, con o sin utilización de sus instalaciones.

Más adelante, el Congreso de la República promulgó la Ley 37 de 1993, que tenía por objeto regular, entre otros asuntos, la prestación del servicio de telefonía móvil celular, así como también instaurar reglas sobre la celebración de contratos de

sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones. En este texto quedó establecido que la telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones que emplea una red especial «en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal» (artículo primero).

En cuanto a la prestación del servicio, el artículo tercero precisó que el servicio de telefonía móvil celular se encuentra a cargo de la Nación, la cual puede llevar a cabo dicha prestación de manera directa o indirecta. Sobre esta última posibilidad, el precepto aclara que esta modalidad se realiza a través de «concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia» (artículo tercero).

Resulta oportuno señalar que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de un segmento de la norma que se acaba de referir en la Sentencia C-318 de 1994. En dicha ocasión, se interpuso una acción pública de inconstitucionalidad que censuraba, entre otros temas, la posibilidad de que el servicio de telefonía móvil celular fuese prestado de manera indirecta, por parte de particulares. Al analizar el cargo planteado, la Corte advirtió que la normativa entonces vigente en el sector de las telecomunicaciones se fundaba en la definición de las telecomunicaciones como un servicio público. Con fundamento en esta configuración, y tomando en consideración el artículo 334 superior, recordó que el Estado se encuentra autorizado a intervenir en dicho sector para garantizar el cumplimiento de los fines de la organización estatal y la prevalencia del interés general. De igual manera, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 365 del texto constitucional, manifestó que este servicio público —debido a su inherencia «a la finalidad social del Estado»— se encuentra sometido al régimen establecido por la ley y que, por otra parte, puede ser prestado de manera directa o indirecta.

Habida cuenta del tema que se debate en el presente concepto, resulta oportuno destacar la siguiente consideración hecha por el Tribunal sobre la prestación indirecta del servicio: «Precisamente, la concesión es el instrumento contractual más socorrido de gestión estatal indirecta de un servicio de su competencia; en su virtud el contratista se compromete, durante el término convenido, a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones estipuladas». A juicio de la Corte, el establecimiento de dicha alternativa «representa ya una ganancia cualitativa significativa en términos de la libertad de iniciativa privada». De acuerdo con este planteamiento, la disposición estaría promoviendo una mayor participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, resultado que sería plenamente congruente con lo establecido en los artículos 365 y 369 del texto superior. Con base en estas razones, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 37 de 1993.

De vuelta a la evolución legal del tema que aquí se analiza, conviene hacer referencia a la Ley 142 de 1994. Pese a que este texto normativo tiene por objeto

establecer el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios, marco legal en el que no se inserta la telefonía móvil celular, es preciso tener en cuenta la regulación que introdujo a propósito de las condiciones de uso y aprovechamiento del espectro electromagnético. El artículo octavo, para empezar, determina que la Nación tiene una competencia exclusiva y privativa para «planificar, asignar, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético».

En esta misma dirección, el artículo 25, disposición que tiene por objeto determinar los medios legales que deben ser empleados para la prestación de los servicios públicos, determina lo siguiente:

Artículo 25. Concesiones, y permisos ambientales y sanitarios. Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión [...].

Una última disposición de esta ley hace referencia al espectro electromagnético. Se trata del artículo 39, precepto que autoriza la suscripción de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos. La norma establece que «[e]l acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales».

El siguiente hito legal en la materia se encuentra en la aprobación de la Ley 422 de 1998, «por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993 y se dictan otras disposiciones». El artículo cuarto de esta ley introdujo una importante restricción a la cláusula de reversión, limitación que resulta aplicable únicamente para los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones:

Artículo 4°. 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.

En aplicación de este precepto, en el caso particular de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998, lo que ocurrió el 13 de enero de 1998, la reversión implica únicamente la devolución de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación de dichos servicios. Este arreglo normativo fue reiterado posteriormente en la Ley 1341 de 2009, «por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones». En el párrafo cuarto del artículo 68 se encuentra la siguiente previsión:

[...] 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.

La Ley 1341 de 2009, «[p]or la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones», es el último referente normativo que debe ser analizado dentro de la evolución que ahora se analiza. Antes de reparar en algunas de sus normas cabe señalar que dicha ley, según fue señalado por la Agencia Nacional del Espectro, fue aprobada con el propósito de instaurar un «marco general para la formulación de las políticas públicas que rigen en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones»⁶.

De conformidad con el artículo diez, desde la entrada en vigencia de dicha ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones —actividad que se define de manera expresa como un servicio público bajo la titularidad del Estado— se habilita de manera general y causa una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La habilitación, según explica la misma disposición, incluye la autorización para llevar a cabo la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de las redes de telecomunicaciones. No obstante, la aludida habilitación no comprende el derecho al uso del espectro electromagnético.

A continuación, el artículo once establece que el uso del espectro electromagnético es otorgado, en el nuevo régimen que instaura la Ley 1341 de 2009, por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

ARTÍCULO 11. ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Con esta última referencia normativa queda concluida la exposición del panorama normativo en el que se enmarca la controversia que se plantea a esta Sala. Es preciso analizar ahora el contenido de la Sentencia C-555 de 2013, providencia

⁶ Según se lee en la exposición de motivos de la ley en cuestión, la necesidad de dinamizar y cohesionar las políticas públicas del sector fue una de las razones primordiales que inspiró la aprobación de este texto normativo. En concreto, se pretendía que tales políticas procuraran una mayor innovación tecnológica, un decidido avance en la masificación de las tecnologías de la información y una expansión en la inversión privada que condujera al mejoramiento de la infraestructura de las comunicaciones.

que determinó que la restricción introducida por el Legislador a la cláusula de reversión, mediante la promulgación de los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009, no era aplicable de manera retroactiva a los contratos de concesión que estuvieren vigentes al momento de su promulgación.

III. Control de constitucionalidad de los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009

La relevancia de la Sentencia C-555 de 2013 para la solución de la presente controversia es doble: en esta providencia la Corte manifestó que el Legislador se encuentra autorizado a introducir esta clase de restricciones a la cláusula de reversión y, en segundo término —siendo esto lo más importante para el asunto que ahora analiza esta Sala—, aclaró los efectos que tendrían estas normas sobre los contratos que fueron suscritos antes de su entrada en vigencia.

La demanda interpuesta por el ciudadano planteaba el siguiente cargo de inconstitucionalidad: teniendo en cuenta que el espectro electromagnético es un bien público inajenable, la cláusula de reversión —que, valga la reiteración, tiene por objeto la transmisión del derecho de propiedad de los bienes adquiridos o construidos por el contratista que hayan sido destinados al cumplimiento del objeto contractual—, no puede consistir en la devolución de las franjas radioeléctricas utilizadas por el concesionario. Admitir dicho arreglo —indicaba la demanda— sería tanto como afirmar que el contrato de concesión confiere a los contratistas el derecho de propiedad sobre las franjas del espectro que utilizan durante el contrato, situación que sería contraria a lo estipulado en el artículo 75 superior. Por lo tanto, a juicio del ciudadano, las normas demandadas habrían causado el vaciamiento normativo de la cláusula de reversión, pues, sin imponer su eliminación material, la habrían mantenido en el ordenamiento, pero desprovista de cualquier obligación cierta.

De otro lado, las normas demandadas provocarían el siguiente efecto inconstitucional: la restricción de la obligación de reversión produciría un beneficio desproporcionado e injustificado en favor de los contratistas que tuviesen contratos vigentes al momento de la promulgación de las disposiciones. Esto es así en la medida en que, al firmar los contratos de concesión para la prestación del servicio de telecomunicaciones, ellos habrían incluido en los cálculos financieros las partidas necesarias para compensar las inversiones en bienes, redes e infraestructura. Estas inversiones habrían sido tenidas en cuenta al momento de participar en las licitaciones, por lo que su costo estaría plenamente amortizado dentro de las ganancias ofrecidas por el Estado en el marco del contrato de concesión.

Expuesto el cargo de constitucionalidad, es menester examinar ahora la sentencia que dio solución a este problema jurídico. Luego de reiterar su jurisprudencia sobre la amplia discrecionalidad que tiene el Congreso para regular los contratos estatales, libertad que en cualquier caso se encuentra sometida a determinados principios constitucionales, la Corte analizó el alcance del artículo 75 superior⁷.

Teniendo en cuenta la creciente e inocultable importancia que tienen las tecnologías que basan su funcionamiento en el uso del espectro electromagnético, el constituyente estableció un conjunto de directrices que, en este campo específico, pretenden garantizar la primacía del interés general. La primera de ellas impone al Estado el deber de garantizar la igualdad en el acceso al espectro. Esta obligación no solo se funda en el deber general contenido en el artículo trece superior, sino en el reconocimiento de las nocivas consecuencias que pueden seguirse del otorgamiento de tratos de privilegio o del surgimiento de posiciones de dominio en el manejo del espectro electromagnético. Situaciones de esta índole pueden acarrear secuelas perjudiciales, como la aparición de asimetrías en el manejo de la información; la limitación del acceso a la educación, al conocimiento y a los demás bienes culturales que facilitan estas tecnologías; el abuso de la posición de dominio en la telefonía móvil y en el uso del internet, entre otros posibles efectos.

Por tal motivo, la Constitución exige que la regulación, la administración y el aprovechamiento del espectro electromagnético deben atender de manera forzosa las referidas obligaciones de fomentar el acceso al uso del espectro en condiciones de igualdad, prevenir el surgimiento de monopolios, impulsar el equilibrio informativo y promover la competencia.

A continuación, la Corte llevó a cabo un minucioso análisis de la evolución normativa de la cláusula de reversión. Con base en dicho estudio, concluyó que las normas demandadas —los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009— reflejaban la profunda transformación que ha experimentado esta figura: cumplidos los objetivos que se trazó el Legislador al disponer su ingreso en el ordenamiento, la naturaleza del pacto ha cambiado y pretende, ahora, la consecución de nuevos propósitos. En concreto, las normas demandadas procuran «hacer más atractivo» el negocio para los inversores y

⁷ La norma en cuestión dispone lo siguiente: «Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético».

promover una mayor competitividad entre ellos, lo que tendría que traducirse en una mejora de la calidad del servicio prestado a los usuarios⁸.

La intención de promover una mayor competencia entre quienes aspiran a contratar con el Estado y el deseo de conseguir una pronta modernización y un incremento en la calidad del servicio —advirtió la Corte— son propósitos plausibles que no suscitan reparo alguno basado en argumentos de constitucionalidad. Por tal motivo, el Tribunal manifestó que la aplicación de esta restricción a la cláusula de reversión era perfectamente compatible con la Constitución, siempre que su aplicación fuese reservada para los contratos que hubieran sido suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia de estas leyes.

A juicio de la Corte, la aplicación retroactiva de esta modificación de la cláusula de reversión resultaba contraria a lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución. Esta inferencia se basa en que los contratos de concesión que fueron firmados antes de la promulgación de las normas demandadas tuvieron en cuenta la obligación legal de revertir los bienes destinados a la prestación del servicio. Por tal motivo, las utilidades recibidas por los contratistas fueron más altas, pues ambas partes —valga decir, Estado y contratista— entendían que era necesario amortizar las inversiones para la compra y construcción de los bienes, toda vez que ellos habrían de ser transferidos al Estado al término de los contratos de concesión.

En razón de lo anterior, la aplicación retroactiva de la restricción de la obligación de reversión tendría efectos inconstitucionales al ser aplicada a los contratos vigentes. En opinión del tribunal, según se lee en el apartado que se transcribe enseguida, el Estado estaría desconociendo el deber de obrar de conformidad con el principio de igualdad y estaría fomentando la creación de una situación de monopolio:

Estima la Sala que, la interpretación cuestionada y que excluye la reversión de los bienes afectos al servicio, atenta contra el precepto contenido en el artículo 75 de la Constitución, tal como lo puso de presente el actor, pues, al impedirse

⁸ En la siguiente transcripción se resume la conclusión general a la que arribó la Corte sobre el particular: «Lo dispuesto en los apartados legislativos censurados se ajusta a la Carta. La potestad del legislador en el ámbito contractual, de un lado, y las razones puestas de presente desde la misma iniciativa, justifican que los contenidos legales excluyan los bienes afectos al servicio. Entiende la Corte que tal variación se orienta a estimular la modernización del servicio, la cual, redundaría en el bien de los usuarios, contribuyendo con ello a la realización de otros derechos que encuentran en las telecomunicaciones un lugar de materialización; es un fin constitucionalmente admisible y no caben razones para manifestar su inconstitucionalidad, de cara a las censuras examinadas».

la reversión de los bienes con destino al Estado, desconociendo las condiciones iniciales de los contratos, se genera una situación de desigualdad en el acceso al uso del espectro, dado que, quienes tienen la obligación de revertir los bienes, quedando en igualdad de condiciones con otros aspirantes a acceder al espectro, parten ahora con una ventaja establecida en un contenido inconstitucional. El referido incremento en la masa patrimonial que, redundaría en una mayor solidez económica de la inicialmente esperada, acontecería a expensas de unos derechos del Estado.

Para la Corte, el aumento del capital de quienes son titulares de concesiones en materia de telecomunicaciones, acorde con contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de los textos legales debatidos, convenios en los cuales tenía lugar la reversión de bienes afectos al servicio, bien por mandato de la ley, bien por acuerdo entre las partes, o bien por ambas situaciones, sumado a las violaciones de la Constitución, descritas en el párrafo precedente, se constituyen en factores tendientes a prohijar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro, lo cual, también vulnera lo establecido en el varias veces citado artículo 75 de la Carta.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 «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».

Una vez expuesto el precedente constitucional que debe ser tenido en cuenta para la solución de la presente controversia, la Sala estima oportuno examinar el contenido de las resoluciones que ordenaron el pago de la contraprestación de uso a las sociedades concesionarias. Para tal efecto, es menester ahondar brevemente en el contexto fáctico y jurídico que rodeó la aprobación de tales actos administrativos. Estas dos cuestiones serán examinadas en el siguiente apartado.

IV. Análisis del contexto y del contenido del artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598, que ordenó el pago de la contraprestación por el uso de los bienes sometidos a reversión

Los contratos de concesión identificados con los números 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de 1994 finalizaron de forma anticipada el 28 de noviembre de 2013. Dicha finalización ocurrió debido a que los concesionarios decidieron acogerse al nuevo régimen de habilitación general para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, instaurado en la Ley 1341 de 2009.

De conformidad con la nueva ordenación establecida en la Ley 1341, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público que se ejerce bajo la titularidad del Estado. La prestación por parte de los particulares — prescribe la ley— requiere una habilitación general y da lugar al reconocimiento de una contraprestación. La aludida habilitación, empero, no comporta el uso del espectro radioeléctrico.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley bajo examen, el uso del espectro requiere la concesión de un permiso de carácter previo, cuyo otorgamiento es decidido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dicha autorización depende del cumplimiento de precisas exigencias, tales como el aseguramiento de la neutralidad tecnológica, la ausencia de interferencias con otros servicios, la compatibilidad con las tendencias internacionales del mercado y la contribución al desarrollo sostenible.

Dada su trascendencia para la solución del presente caso, es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 68 de esta ley. En esta disposición, según se lee en el apartado que se reproduce enseguida, el Legislador dispuso la existencia de reglas especiales para los contratos de concesión que se encontraban vigentes al momento de la promulgación de la ley:

ARTÍCULO 68. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.

La decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, no genera derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este.

A los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de la expedición de la presente ley, que se acojan o les aplique el régimen de autorización general previsto en esta ley, se les renovarán los permisos para el uso de los recursos escasos de acuerdo con los términos de su título habilitante, permisos y autorizaciones respectivos. Vencido el anterior término deberán acogerse a lo estipulado en el artículo 12 de esta ley.

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.

Más adelante, mediante la aprobación del Decreto 2044 del 19 de septiembre de 2013, el Gobierno nacional reglamentó los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009. El decreto fue promulgado con el propósito de determinar los requisitos concretos que debían ser acreditados para la renovación del permiso del uso del espectro radioeléctrico (artículo 2); determinar las condiciones especiales requeridas para la renovación del permiso (artículo 3); regular la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 (artículo 5), y determinar las reglas del pago que puede exigir el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones por la renovación del permiso de uso del espectro (artículo 6).

A continuación se transcribe el artículo 5 del decreto en cuestión, disposición en la que se reglamenta parte importante de la transición de los concesionarios al nuevo régimen de habilitación general:

ARTÍCULO 5o. RENOVACIÓN DE PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO BAJO EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 1341 DE 2009. Los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) a que se refiere el inciso 3o del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 que decidan acogerse al régimen de habilitación general, deberán hacerlo con una antelación mínima de tres meses al vencimiento del título habilitante correspondiente. **En consecuencia, 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 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,** por un término igual al plazo inicial de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009; en este caso, previo el cumplimiento de los requisitos y demás exigencias previstas en el presente decreto.

Con el propósito de garantizar la continuidad del servicio, se entenderá que la renovación del permiso surte efectos desde el momento en que el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) se acoge al régimen de habilitación general establecido en la Ley 1341 de 2009 y, en consecuencia, deberá continuar cumpliendo con las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias que le sean aplicables.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se pronunciará a través de resolución de carácter particular, en la cual se fijarán las

contraprestaciones a favor del Estado previstas en la Ley 1341 de 2009, y las condiciones a que se refiere el artículo 3o del presente decreto [énfasis fuera de texto].

En ejercicio del derecho reconocido a los concesionarios que tuvieran contratos vigentes al momento de la promulgación de la Ley 1341, las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A. resolvieron acogerse al régimen de habilitación general. Tal determinación fue notificada al Ministerio mediante el envío de las comunicaciones 579352 y 579196, las cuales fueron radicadas el día 28 de noviembre de 2013. En ellas, además de informar al Ministerio la anterior decisión, solicitaron la renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico. Dichas solicitudes fueron resueltas favorablemente.

Las Resoluciones 597 y 598, aprobadas el 27 de marzo de 2014 por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, autorizaron, en el artículo 27 común a estos actos administrativos, el uso y el aprovechamiento de los bienes objeto de la cláusula de reversión. Esta medida fue adoptada por la Administración con el objetivo de garantizar la continuidad del servicio, lo que permitió que Comcel y Colombia Telecomunicaciones pudieran conservar la tenencia de los bienes cuya propiedad debió ser transferida al Estado. A cambio de lo anterior, el artículo 27 dispuso que el Ministerio habría de cobrar una «contraprestación económica por el uso», contraprestación que quedó sometida a dos condiciones que serán analizadas más adelante⁹.

ARTICULO VIGÉSIMO SÉPTIMO. CONTRAPRESTACION ECONOMICA POR EL USO DE LOS BIENES AFECTOS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN OBJETO DE REVERSION, A PARTIR DE SU TERMINACIÓN. Por medio de la presente resolución y, para garantizar la continuidad del servicio, el Ministerio confiere a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. el derecho al uso y explotación de los bienes y elementos que debe revertir al Estado, de acuerdo con lo previsto en los contratos de concesión. Una vez se hayan determinado dichos bienes y elementos, el Ministerio procederá a determinar el valor de la contraprestación por el uso de los mismos.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. deberá pagar la contraprestación económica a la que se refiere el presente artículo, de forma retroactiva, a partir del 28 de noviembre de 2013 y hasta la fecha en la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. haga uso de los mismos o a la fecha de compensación económica por concepto de la reversión.

⁹ El texto que reproduce la Sala corresponde a la Resolución 597, en la que se menciona a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. El artículo vigésimo séptimo de la Resolución 598 es completamente idéntica a la transcrita, a excepción de la identificación del concesionario, pues en este último caso la sociedad atañida era Comcel S.A.

El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá la forma de pago de la contraprestación económica de que trata el presente artículo, dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión.

Esta contraprestación es independiente de la contraprestación por el derecho al uso del espectro radioeléctrico y la contraprestación periódica que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P debe pagar al Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P podrá renunciar al permiso para el uso del espectro de que trata la presente resolución, si a su juicio el valor por el uso de los bienes y elementos de que trata el presente artículo resulta demasiado oneroso. En este caso Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. deberá pagar proporcionalmente al tiempo de utilización del espectro, los valores establecidos en los artículos cuarto y quinto siguientes, y en ningún caso se devolverá ni se reconocerá suma alguna por concepto de la contraprestación causada o pagada con ocasión de dicho permiso.

En este caso no habrá lugar a indemnización alguna a favor o en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o del Fondo TIC. No obstante lo anterior, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP deberá pagar el valor establecido por el Ministerio, por el período en que hizo uso de los bienes y elementos objeto de reversión.

Resulta oportuno recordar que el presente concepto tiene como propósito establecer si esta obligación, en virtud de la cual los concesionarios debían pagar una contraprestación económica por el uso de los bienes que debieron revertir al Estado, es actualmente exigible. El análisis de su contenido es, entonces, de la mayor importancia para la solución del problema jurídico propuesto. Por tal motivo, a continuación se propone un ejercicio de hermenéutica de este artículo, con fundamento en el cual habrá de resolverse la consulta planteada a la Sala.

4.1. Estudio detallado del alcance del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Según se sigue de la lectura del artículo en cuestión, su objetivo primordial consiste en autorizar a los concesionarios el uso y la explotación de los bienes que, en cumplimiento de la cláusula de reversión, debieron ser transferidos al Estado al término del contrato de concesión. Esta decisión fue adoptada en el **párrafo primero**, en el que de manera expresa el Ministerio autorizó la tenencia y

el aprovechamiento de estos bienes, dada la necesidad de garantizar la continuidad del servicio.

Es evidente que esta estipulación fue incluida en las resoluciones como resultado de las dos siguientes premisas: primero, el Ministerio estimaba que la cláusula de reversión era válida y se encontraba vigente, pese a los cambios introducidos por el Legislador en el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el párrafo 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009; segundo, como corolario de lo anterior, el Ministerio consideró que la transferencia de propiedad había ocurrido efectivamente, por lo que —en su criterio— el Estado era el legítimo propietario de estos bienes. Conviene hacer hincapié en lo anterior, pues para el 27 de marzo de 2014, fecha en que fueron publicadas las resoluciones, aún faltaban tres años para que el Tribunal de Arbitramento se pronunciara sobre la vigencia y los efectos del pacto de reversión.

Más adelante, en el mismo párrafo que ahora se examina, el Ministerio determinó el momento en el que habría de establecerse la contraprestación de uso: dicho valor, de acuerdo con la estipulación que cierra el párrafo, tendría que establecerse «una vez se [hubieren] determinado dichos bienes y elementos». Esta condición pone en evidencia que entonces no había certeza sobre el volumen de la masa patrimonial que debía ser revertida, incertidumbre que tornaba imposible la fijación del monto exacto que tendrían que pagar los concesionarios por el uso y explotación de estos bienes. Sobre este mismo asunto, la Sala advierte que la identificación efectiva de los bienes que tenían vocación de reversión era un requisito *sine qua non* para la realización de cualquier operación —como la transferencia del derecho de dominio— que los afectara.

A propósito del cumplimiento de esta condición, la Sala estima necesario realizar la siguiente observación: si bien los dictámenes —técnico y financiero— emitidos en el proceso arbitral permitieron la identificación del conjunto patrimonial con base en el cual se hizo la estimación de las obligaciones dinerarias que fueron impuestas a las sociedades, el laudo no contiene una determinación concreta e individualizada de los bienes específicamente destinados a la concesión. Dicha especificación no fue realizada —advierte la Sala— por cuanto una determinación semejante era imposible debido a los adelantos acaecidos en la tecnología empleada para el cumplimiento del contrato y merced a la convergencia de servicios que se produjo en la red utilizada por las sociedades.

Con el fin de aclarar este último punto, resulta oportuno tener en cuenta el razonamiento planteado por el Tribunal de Arbitramento al analizar la viabilidad de disponer la entrega material, en favor de la Administración, de los bienes sujetos a la cláusula de reversión:

En primer lugar, está claramente establecido que los concesionarios prestan tanto el servicio de voz como el de datos y que lo hacen a través de unos mismos equipos y red, que en la gran mayoría de los elementos que la conforman, son inseparables.

A este respecto, el perito técnico al contestar la pregunta 14 del cuestionario de Comcel, en la que se le solicitó informar si la tecnología AMPS [Sistema Telefónico Móvil Avanzado; traducción al español de la expresión *Advanced Mobile Phone System*] permitía dividir o separar físicamente, sin que pierdan su funcionalidad, los elementos que componían la red, a fin de determinar por separado cuáles de ellos atienden servicios de voz y cuáles de ellos atienden servicios de valor agregado, expresó lo siguiente: «Por lo anterior, se concluye que en las redes de TMC [Telefonía Móvil Celular] que usaban la tecnología AMPS, no es posible separar físicamente los elementos de red que intervienen en la prestación del servicio de correo de voz, que como ya se anotó era el único servicio de valor agregado (VAS) que se prestaba»¹⁰.

En este orden de ideas, la convergencia tecnológica que ha permitido que se presten diversos servicios empleando unos mismos equipos y red es la misma causa por la cual no fue posible —en opinión del Tribunal de Arbitramento— ordenar la entrega material de los bienes sujetos a la cláusula de reversión. Pues, de haber ordenado el cumplimiento de dicha obligación *in natura*, se hubiera excedido el alcance de la cláusula de reversión. Esto es así en la medida en que la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión únicamente exigía a las sociedades concesionarias la aplicación del pacto de reversión en los términos de la ley. Y lo cierto es que la entrega de los bienes adquiridos y construidos por las sociedades concesionarias no solo hubiese supuesto el cumplimiento del pacto de reversión, sino también —y de manera inexorable— la entrega de un excedente no incluido en la estipulación contractual, pues esos mismos bienes también se utilizaban para la prestación del servicio de datos.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal de Arbitramento hizo la siguiente declaración sobre la prosperidad de la excepción planteada, sobre este asunto específico, por una de las sociedades demandadas en el proceso arbitral:

«Dado que no se puede disponer la reversión física de todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular [...] prospera la pretensión subsidiaria de compensación por equivalente económico, en relación con los elementos y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación

¹⁰ Laudo arbitral, página 161.

del servicio de telefonía móvil celular, al momento de la terminación de los respectivos contratos»¹¹.

De vuelta a la condición establecida en el párrafo primero del artículo bajo estudio, en virtud de la cual el Ministerio se encontraba llamado a determinar el valor de la contraprestación «una vez se [hubieren] determinado dichos bienes y elementos», la Sala advierte que este asunto fue zanjado por el laudo arbitral, decisión que tiene valor de cosa juzgada. Lo anterior ocurrió cuando, con fundamento en los peritajes correspondientes, el Tribunal logró establecer el *valor actual* de la masa patrimonial destinada por las sociedades al cumplimiento del objeto contractual, así como también consiguió calcular el porcentaje correspondiente al uso al que este universo de bienes fue destinado, bien a la prestación del servicio de datos o bien al servicio de voz.

En definitiva, con fundamento en el análisis realizado hasta este punto, la Sala concluye que el objetivo que perseguía el primer párrafo del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones —que consistía en permitir a las sociedades conservar la tenencia y la explotación de los bienes afectos a la concesión para, de este modo, garantizar la continuidad del servicio— se cumplió cabalmente. Asimismo, por las razones que acaban de ser explicadas, la condición que este mismo párrafo establecía para que se determinara el valor de la contraprestación —en virtud de la cual era menester que se hubiesen determinado los bienes sujetos a la cláusula de reversión— se encuentra igualmente cumplida.

El párrafo segundo del artículo vigésimo séptimo establece el período durante el cual los concesionarios se encontraban obligados a pagar la referida contraprestación. El pago debía ser realizado, de manera retroactiva, a partir del 28 de noviembre de 2013, fecha en la que terminaron anticipadamente los contratos de concesión, y hasta que concluyera el uso de los bienes o hasta que los concesionarios hubiesen pagado el equivalente pecuniario correspondiente. De conformidad con lo anterior, el Ministerio previó que la obligación se mantendría vigente bien hasta que cesara el uso y aprovechamiento de los bienes o bien hasta que los concesionarios sufragasen el subrogado dinerario correspondiente.

En atención a que este párrafo únicamente establece los términos durante los cuales resultaba exigible el cobro de la contraprestación por el uso de los bienes, no hay en él ningún elemento que requiera algún acto de ejecución adicional por parte de la Administración.

El párrafo tercero es de especial relevancia para la solución del asunto que ahora se debate, pues en él se fija una importante condición que supedita la posibilidad

¹¹ Laudo arbitral, página 174.

de establecer la forma de pago. El inciso final del párrafo bajo estudio dispone que esta cuestión —la forma de pago, valga decir— debe ser determinada «dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión». Al respecto, es preciso recordar que, hasta el día de hoy, la liquidación de estos contratos no se ha realizado: las partes no alcanzaron un acuerdo durante el término previsto para este fin en el contrato y el Tribunal de Arbitramento negó dicha pretensión dada la incertidumbre que existía sobre los elementos comprometidos en esta operación.

De conformidad con el criterio expresado por esta Sala en el Concepto 2253, aprobado el 28 de junio de 2016, la liquidación de los contratos debió realizarse dentro del lapso de dos años y ocho meses, plazo contado a partir de la fecha de terminación anticipada de los aludidos contratos. Según se indicó en el concepto en comento, dicho término corresponde a la caducidad del medio de control de controversias contractuales¹².

Al realizar los cálculos correspondientes, se concluye que el término de dos años y ocho meses se cumplió, en este caso concreto, el día 28 de julio de 2016. De tal suerte, el 28 de enero de 2017 —esto es, seis meses después de esta última fecha— habría expirado el término establecido por el Ministerio para determinar la forma de pago de la contraprestación de uso. En razón de lo anterior, en la actualidad, no solo resulta jurídicamente inviable la liquidación de los contratos, sino que no es posible determinar la forma de pago de la contraprestación de uso.

En atención a que los párrafos subsiguientes de la cláusula se ocupan de otras cuestiones que no guardan relación directa con el asunto que aquí se analiza, no serán examinados con mayor detalle. Basta la siguiente descripción somera de su contenido: el párrafo cuarto especifica que la contraprestación de uso de bienes sometidos a reversión es distinta de aquella que deben pagar los concesionarios por el uso del espectro y de aquella otra que debe ser sufragada a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El párrafo quinto autoriza a los concesionarios a renunciar al permiso otorgado para el uso del espectro cuando los concesionarios estimen que la contraprestación de uso de los

¹² En el concepto referido, la Sala manifestó zanjó en los siguientes términos la pregunta sobre el término dentro del cual debe ser realizada la liquidación de los contratos estatales: «La competencia con la cual está investida una entidad para liquidar de forma unilateral o bilateral un contrato estatal se pierde cuando ha expirado el término de caducidad para la presentación de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales o cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda que persigue la liquidación del contrato. En caso de ejercer dicha competencia extemporáneamente, los actos bilaterales o unilaterales en los que se liquide el contrato, según el caso, estarían viciados de ilegalidad y serían susceptibles de ser declarados nulos por el juez. Por lo tanto, mientras no se haya vencido el término de caducidad del medio de control es viable proceder a la liquidación del contrato».

bienes sometidos a reversión resulta muy elevada, lo que no ocurrió en el caso concreto. El párrafo sexto, finalmente, determina que, de presentarse la anterior renuncia, no habría lugar a ninguna clase de indemnizaciones. En todo caso, precisa el apartado final, la renuncia no eximiría al concesionario de la obligación de pagar la contraprestación por el tiempo durante el cual hubiera usado y explotado los bienes propiedad del Estado.

Una vez concluido el análisis del artículo que contiene la obligación de pago de la contraprestación de uso de los bienes sujetos a la cláusula de reversión, es preciso analizar el contenido del laudo arbitral que fue emitido el 25 de julio de 2017.

V. Análisis del laudo arbitral emitido el 25 de julio de 2017, en el arbitraje de la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contra Comcel S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

El 16 de febrero de 2016, la Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una solicitud de convocatoria a un tribunal de arbitramento contra las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. —Comcel S.A.—.

Como pretensión principal, el Ministerio solicitó que los antiguos concesionarios fueran condenados a dar cumplimiento a la obligación de revertir todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes directamente afectados a las concesiones del servicio de telefonía móvil celular (en adelante TMC). Lo anterior, como consecuencia de la vigencia de la cláusula de reversión que fue incorporada en los contratos de concesión suscritos entre las partes. En estos términos, el Ministerio demandó que se diera cumplimiento a la *obligación de dar* los referidos bienes.

De acuerdo con las pretensiones del Ministerio, los antiguos concesionarios del servicio de TMC estaban en mora de cumplir con la obligación de transferir a la Nación los bienes objeto de reversión. Sin embargo, ninguna de las pretensiones del Ministerio estuvo dirigida a solicitar al Tribunal de arbitramento la condena a los antiguos concesionarios por los perjuicios causados a la Nación por el retardo en el cumplimiento de la referida obligación, pues de acuerdo con lo previsto en los contratos, esta debía surtir desde la fecha de terminación de los contratos, la cual se formalizó el 28 de noviembre de 2013.

Con el fin de determinar la viabilidad de las pretensiones formuladas por la Convocante y de las excepciones propuestas por las Convocadas, el tribunal de arbitramento, en la parte considerativa del laudo, analizó diferentes asuntos, de los cuales resulta pertinente destacar los siguientes:

Naturaleza de los contratos y de la cláusula de reversión

El tribunal consideró que los contratos analizados no eran de concesión para la explotación de bienes del Estado, sino contratos de concesión de un servicio público no domiciliario, tal como estaba regulada la TMC en el Decreto 1900 de 1990 y en la Ley 37 de 1993, aunque el elemento principal que se requiere para la prestación de dicho servicio sea el espectro radioeléctrico.

Por esta razón, en opinión del tribunal, la estipulación sobre la reversión incorporada en estos contratos (cláusula 33) no corresponde a la misma cláusula exorbitante de reversión prevista en los artículos 14, numeral 2º, y 19 de la Ley 80 de 1993, para el caso de los contratos de concesión de bienes. Por el contrario, dicho pacto sería una estipulación ordinaria, acordada válidamente por las partes, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad.

El tribunal concluyó que dicha cláusula, aunque no correspondiera a la misma prevista en la Ley 80, era válida y eficaz porque no estaba prohibida por la ley ni resultaba contraria al orden público o a las buenas costumbres. Además, estimó que dicha cláusula resulta normal y lógica en los contratos de concesión de servicios públicos, dado que con ella se busca garantizar la continuidad en la prestación de los mismos, cuya titularidad, según la Constitución Política, recae en el Estado¹³.

Vigencia y eficacia de la cláusula de reversión

El tribunal de arbitramento constató que la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión, referente a la reversión, no fue modificada ni suprimida

¹³ La anterior conclusión fue expuesta por el Tribunal de Arbitramento en los siguientes términos: «En el caso presente, es claro que las partes autónomamente pactaron que al término de la concesión, unos elementos y bienes pasarían a ser propiedad de la Nación, cuando los mismos estuvieran directamente afectados a la concesión. Comcel sostiene que dicha cláusula es ineficaz. Sin embargo, si esta se examina a la luz del derecho privado, no se advierte razón alguna para negarle eficacia. [...] [L]o que no está definido es cuáles son los elementos y bienes objeto de la denominada reversión, circunstancia ésta que no afecta la validez de la cláusula, ni la hace inaplicable, pues dichos elementos y bienes pueden ser precisados, según se examinará más adelante. Así las cosas, **es de concluir que la cláusula Trigésima Tercera, aún vigente, provino exclusivamente de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libremente decidieron titularla «reversión» y definir su contenido y alcance, y la cual es plenamente válida y eficaz** [énfasis fuera de texto].»

por las partes durante toda la vigencia de dichos actos jurídicos, a pesar de que estos fueron objeto de modificaciones y prórrogas en varias ocasiones.

Por otra parte consideró que, conforme a los principios generales en materia de contratos y a lo resuelto expresamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013, la mencionada cláusula no fue derogada, interpretada ni modificada por las Leyes 422 de 1994 y 1341 de 2009, razón por la cual siguió rigiendo, en los mismos términos en que fue acordada.

De allí concluyó el tribunal que la citada cláusula de los contratos de concesión estaba vigente y era plenamente eficaz y obligatoria, según lo estipulado por las partes, motivo por el cual era necesario darle cumplimiento, al momento de terminación de los citados contratos.

Contenido y alcance de la obligación de reversión comprendida en dicha cláusula, con respecto a los bienes involucrados

Con fundamento en las reglas de interpretación aplicables a los contratos estatales¹⁴, los árbitros concluyeron que la cláusula de reversión obligaba a las operadoras a transferir a la Nación todos aquellos bienes, de cualquier naturaleza, que estuvieran directamente afectados a la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la fecha de terminación de los contratos. Esta obligación, precisó el laudo, se refería especialmente a la infraestructura que conformaba la red utilizada para la prestación de dicho servicio en todo el país.

Para establecer el alcance de dicha cláusula, los árbitros se basaron en su tenor literal, en los antecedentes de los acuerdos suscritos entre las partes y en el contexto general de los contratos de concesión. Con fundamento en lo anterior, dedujeron que el pacto se refería a los bienes de propiedad de los contratistas o de terceros, siempre que hubieren sido utilizados para la prestación del servicio concesionado. La propiedad de tales bienes, observó el tribunal, debía transferirse a la Nación a la terminación de los respectivos contratos. Por lo tanto, esta estipulación no se refería a la porción del espectro radioeléctrico asignado, la cual, por tratarse de un bien inalienable de la Nación, no había salido ni podía salir de su patrimonio. Con el fin de justificar esta aseveración, el tribunal recordó la diferencia entre las obligación de reversión y restitución.

¹⁴ Especial atención se prestó a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, precepto que establece lo siguiente: « De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos».

El alcance dado por los árbitros a la cláusula de reversión se justifica, según se expone en el laudo, por las dos siguientes razones: (i) aquello que pretende primordialmente la reversión en estos contratos es el aseguramiento de la continuidad del servicio público. En otros términos, se busca garantizar que el Estado pueda seguir prestando el servicio, bien sea de manera directa o a través de un tercero, para lo cual resulta imprescindible disponer de la infraestructura de la que depende el servicio en cuestión. (ii) La estructura económica de las concesiones está diseñada para que el concesionario reciba una contraprestación o remuneración que le permita amortizar las inversiones que realice durante la vigencia de la concesión y obtener, adicionalmente, una justa utilidad. Los árbitros explicaron que este segundo aspecto resultaba más cierto aún en el caso *sub judice*, por cuanto los concesionarios eran quienes podían determinar autónomamente la tecnología que empleaban y, por lo tanto, la infraestructura requerida, así como las tarifas que cobraban a sus usuarios para recuperar dicha inversión.

Imposibilidad de reversión física de los bienes involucrados y cumplimiento mediante el pago de una compensación por equivalente económico

Dado que los bienes que debían ser objeto de reversión eran aquellos que estaban directamente afectados a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, y este, en concepto del tribunal, se refiere solamente a la transmisión de voz, como servicio básico de telecomunicaciones; tales bienes debían ser solamente aquellos que conformaran la infraestructura necesaria para la comunicación de la voz, y no para la transmisión de datos o la prestación de otra clase de servicios que las convocadas pudieran prestar en forma accesoria y con base en otros títulos habilitantes (licencias, permisos etc.).

De acuerdo con lo explicado por los peritos, el tribunal de arbitramento manifestó que, en la mayoría de los casos, la misma red y los mismos bienes servían para prestar los diferentes servicios que las Concesionarias ofrecían, por lo que no eran separables. En consecuencia, la reversión física e integral de tales elementos no era posible, pues excedería el alcance de la cláusula de reversión y afectaría de manera importante la continuidad en la prestación de los otros servicios de telecomunicaciones prestados por las operadoras.

Por esta razón, el tribunal de arbitramento consideró que el cumplimiento de la obligación derivada de la cláusula de reversión para las concesionarias no podía hacerse de manera directa, mediante la entrega de los bienes respectivos a la

Nación, sino que debía efectuarse por su equivalente, mediante el pago de una «compensación por equivalente económico»¹⁵.

En consecuencia, los árbitros precisaron que era necesario determinar la cuantía de los bienes objeto de la reversión, esto es, el valor que tenían a la fecha de terminación del contrato, los elementos, redes y demás bienes afectados directamente a la prestación del servicio de telefonía móvil celular concesionado (solo voz). En estos términos, era preciso excluir los objetos —o el porcentaje correspondiente de los mismos— que fueren utilizados para la prestación de otros servicios diferentes, así como los bienes instalados o construidos por las convocadas para cumplir con la obligación de hacer que asumieron para pagar las frecuencias adicionales de espectro radioeléctrico que les fueron asignadas durante la vigencia de los contratos de concesión.

Así pues, en el laudo se puntualizó lo siguiente:

[...] Fluye con claridad que **la fecha que debe tomarse para determinar los activos a revertir, debe ser la terminación de los Contratos de Concesión, esto es, 28 de noviembre de 2013, por cuanto de conformidad con la cláusula contractual la reversión debía producirse «al finalizar el término de la concesión».**

Será entonces esta fecha la que tomará en consideración el Tribunal para determinar las consecuencias de la cláusula.¹⁶

[...]

El Tribunal ha indicado las razones por las cuales los contratos que dan origen a este proceso tienen por objeto la concesión de un servicio público y no una de bienes¹⁷ [énfasis fuera de texto].

Una vez esclarecido este asunto, es menester referir ahora las principales conclusiones que propuso el Tribunal de Arbitramento con base en los dictámenes periciales.

Dictámenes Periciales

El perito financiero que participó en el proceso informó que existen cuatro métodos para adelantar la valoración requerida¹⁸: (i) valor contable o *simplemente contable*; (ii) valor de reposición; (iii) valor de reposición a nuevo, y (iv) valor económico o

¹⁵ Lauro arbitral, página 173.

¹⁶ Folio 142.

¹⁷ Folio 188.

¹⁸ Dictamen pericial financiero del 27 de febrero de 2017, entregado por Valora Consultoría S.A.S., p. 12 y 13.

valor económico real. Luego de exponer el concepto y la metodología de cada uno de ellos, hizo énfasis en el que pretende establecer el *valor actual o en estado actual de los bienes*, el cual fue descrito en los siguientes términos:

El valor de reposición consiste en el valor de un bien en su estado actual, es decir, teniendo en cuenta su edad, estado obsolescencia, entre otros factores. Este valor también se puede llamar «valor actual o valor en el estado actual», y el perito aclara que «para efectos de lo requerido, la fecha para la que se determinan los valores es noviembre de 2013, por lo que la referencia a “actual” debe asociarse a esa fecha [...]»¹⁹ [énfasis fuera de texto].

Con base en esta metodología, el perito determinó los siguientes valores para los inventarios de bienes de cada una de las compañías operadoras, los cuales fueron señalados por el experto técnico en su dictamen, **para el 28 de noviembre de 2013**: (i) Comcel S.A.: **\$3.916.871 millones** (es decir, \$3,9 billones), y (ii) Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.: **\$2.598.938 millones** (\$2,6 billones)²⁰.

Para el mejor entendimiento de este asunto, es importante transcribir, parcialmente, algunas de las definiciones que el perito financiero efectuó en el glosario que se encuentra incluido al final del respectivo dictamen²¹:

Fecha de Valoración: la mención de este término en el documento **se refiere al 28 de Noviembre** (sic) **de 2003**".

Valor actual: véase valor de reposición".

Valor reposición: Por valor de reposición se entiende el valor de un elemento **en su estado actual**, es decir, teniendo en cuenta su edad, estado, obsolescencia, entre otros factores. Es importante tener en cuenta que **para efectos de lo requerido, la fecha para la que se determinan los valores es noviembre de 2013, por lo que la referencia a ‘actual’ debe asociarse a esa fecha**" [Negritillas añadidas; subrayas en el original].

Con fundamento en las razones expuestas en este apartado, el tribunal declaró que, a fin de establecer la *compensación económica por la reversión de los activos*, era necesario realizar la estimación pecuniaria exclusivamente del servicio de voz. Adoptar esta decisión implicó, naturalmente, descartar otras alternativas que proponían hacer una valoración económica de la totalidad de la red²².

¹⁹ Ob. citada, p. 13

²⁰ Ob. citada, páginas 32 y 36.

²¹ Ob. citada, páginas 151 y 154.

²² Al respecto, el tribunal de arbitramento manifestó lo siguiente: «Al examinar esos escenarios considera el Tribunal que, de acuerdo con lo expuesto en el presente laudo, los adecuados para determinar el equivalente económico que le corresponde a la Nación son aquellos en los que se valora teniendo en cuenta únicamente el servicio de voz, que es el concesionado, esto es, los

Tras analizar las implicaciones que supone la adopción de los distintos métodos de avalúo, el Tribunal de Arbitramento manifestó que el más adecuado es el que basa su funcionamiento en la determinación del «valor actual» de los bienes. Según se mencionó antes, la característica más relevante de este modelo consiste en que ordena la depuración del valor mediante la «resta [de] un demérito técnico que involucra los aspectos que inciden en la pérdida de valor de los bienes». En el caso de Telefónica, dicha estimación fue realizada en los siguientes términos:

De esta manera, el valor de la infraestructura que el demandante solicita se le restituya por la obligación de hacer es de \$28 581 millones. Dicho valor debe deducirse de la suma que el perito calculó para la totalidad de la red.

Por lo anterior, el total a pagar por Telefónica por concepto de la compensación económica por la reversión de los activos directamente afectados a la concesión de telefonía móvil celular es de \$1 652 981 millones»²³.

Respecto de Comcel, el cálculo de la compensación económica por la reversión de los bienes fue realizado del siguiente modo: «Si al valor de la compensación por la totalidad de los activos afectados que deberían revertir 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»²⁴.

Lo anterior permite inferir que las sumas de dinero a las que fueron condenadas Telefónica y Comcel —por concepto de «compensación económica por la reversión de los activos directamente afectados a la concesión»— corresponden al valor que tenían los bienes destinados al cumplimiento del objeto contractual el 28 de noviembre de 2013 —*valor actual*—, fecha en la que ocurrió la terminación anticipada de los contratos. Esta cifra refleja el valor que tendrían en esa fecha los mismos bienes nuevos, u otros equivalentes al restar la depreciación o demérito correspondiente a su edad, estado, obsolescencia y otros factores en ese mismo momento, conforme a lo explicado en los dictámenes periciales.

Con fundamento en los argumentos presentados hasta este punto, el Tribunal de Arbitramento adoptó las siguientes determinaciones: declaró que la cláusula de reversión estaba vigente y era de obligatorio cumplimiento para las concesionarias; dada la imposibilidad de ordenar la entrega de los bienes, declaró la prosperidad de «la pretensión subsidiaria de compensación por equivalente

correspondientes a los escenarios 3 y 4, teniendo en cuenta la fecha de corte del 2013, [...] no son admisibles los escenarios que valoran toda la red».

²³ Laudo arbitral, página 245.

²⁴ Laudo arbitral, página 247.

económico, en relación con los elementos y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular»²⁵; condenó a las sociedades a pagar, a título de subrogado pecuniario, sendas sumas de dinero —por tal concepto, Telefónica debió pagar \$1 652 981 millones, mientras Comcel fue condenada a la cancelación de \$3 155 432 millones—, y condenó a las convocadas a pagar intereses moratorios, a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las cantidades de dinero a las que fueron condenadas, a partir del vencimiento del plazo señalado para su pago.

Con el propósito de concluir este apartado, conviene señalar que las sociedades vencidas en el proceso presentaron recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral. El asunto fue decidido mediante Sentencia del 24 de mayo de 2018 (expediente n.º 60292), por la Sección Tercera de esta Corporación. La Sección desestimó la pretensión tras adelantar un minucioso estudio del proceso arbitral, análisis que la llevó a concluir que el laudo se refirió a cada uno de los argumentos esbozados por las partes. Con fundamento en este hallazgo, la Sección declaró la improcedencia de las causales de anulación.

Antes de pasar a otro asunto, conviene hacer hincapié en el pronunciamiento que emitió la Sección Tercera de esta Corporación sobre el análisis que realizó el Tribunal de Arbitramento a propósito de la vigencia de la cláusula de reversión. En atención a que las sociedades que pretendían la anulación del laudo reprochaban a esta decisión el hecho de haber sido dictado sobre razones de conciencia y no de derecho, la Sección Tercera se vio obligada a llevar a cabo una valoración sobre el particular. Por su relevancia para la decisión de la controversia que aquí se analiza se transcribe a continuación el apartado que contiene la conclusión a la que arribó la Sección sobre el particular:

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 judice*, 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

²⁵ Laudo arbitral, página 174.

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 [énfasis fuera de texto].

En este orden de ideas, es claro que, de acuerdo con la valoración hecha por la Sección Tercera, el laudo arbitral ofrece una argumentación estrictamente jurídica al establecer las razones por las cuales la cláusula de reversión resultaba válida y plenamente exigible a las sociedades concesionarias.

Por último, es preciso anotar que, en el fallo que ahora se refiere, la Sección Tercera advirtió que las resoluciones 597 y 598 de 2014 no fueron sometidas a juzgamiento en el proceso arbitral, lo que le impidió al Tribunal de Arbitramento — y, por consiguiente, también a la propia Sección Tercera— emitir cualquier pronunciamiento sobre la validez o eficacia de estas resoluciones.

VI. Imposibilidad de ejecutar lo dispuesto en el artículo 27 de las Resoluciones 597 y 598 de 2014

El objeto principal de la presente consulta consiste en determinar si es posible o no ejecutar —esto es, *hacer cumplir*— lo dispuesto en el artículo 27 común a las citadas resoluciones, expedidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que impusieron a las antiguas concesionarias del servicio de telefonía móvil celular la obligación de pagar una «contraprestación por uso» de los bienes que utilizaron para la prestación del servicio.

Para dar solución a lo anterior, es necesario analizar, en primer lugar, las condiciones y requisitos que la ley exige para que obligaciones de tal naturaleza, contenidas en un acto administrativo, puedan ser ejecutadas.

Para empezar, debe precisarse que el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que los actos administrativos en firme tienen «carácter ejecutorio», lo que significa que «serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato», sin necesidad de acudir a otra autoridad.

En armonía con este precepto, el artículo 98 *ibidem* dispone lo siguiente:

Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104²⁶ deberán recaudar las

²⁶ El parágrafo del artículo 104 del CPACA dispone: «Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o

obligaciones creadas en su favor, **que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes** [énfasis fuera de texto].

Como se observa, para que las obligaciones a favor de las entidades públicas puedan ser recaudadas por ellas mismas, ya sea mediante el procedimiento de cobro coactivo o bien por la vía judicial, se requiere que las obligaciones consten en un documento que tenga el carácter de *título ejecutivo*.

El artículo 99 del mismo código menciona los documentos que prestan mérito ejecutivo para su cobro coactivo, dentro de los cuales incluye los actos administrativos en los que se haya impuesto el pago de obligaciones dinerarias, así:

Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

[...]

3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

[...]

5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor [énfasis fuera de texto].

La invocada disposición debe entenderse complementada por el artículo 469 del Código General del Proceso²⁷ (Ley 1564 de 2012), que establece otros títulos

superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%».

²⁷ «Artículo 469. Títulos ejecutivos. Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, también prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva:

1. Los alcances líquidos declarados por las contralorías contra los responsables del erario, contenidos en providencias definitivas y ejecutoriadas.

2. Las resoluciones ejecutoriadas de funcionarios administrativos o de policía, que impongan multas a favor de las entidades de derecho público, si no se ha establecido otra forma de recaudo.

ejecutivos adicionales para el cobro de obligaciones dinerarias por «jurisdicción coactiva», pero no se refieren al caso que nos ocupa.

Es importante destacar que cuando se trate del cobro coactivo de la obligación de pagar una suma de dinero (obligación dineraria, pecuniaria o monetaria), dicha obligación no solo debe ser clara, expresa y exigible, sino que, además, debe referirse a una *suma líquida de dinero*. Adicionalmente, y como reiteración del principio de legalidad, la misma disposición señala que la referida obligación debe corresponder a cualquiera de «los casos previstos en la ley», pues las autoridades públicas no pueden crear obligaciones dinerarias (o de otra clase) para los particulares, sino en los casos autorizados por la ley (liquidación de tributos, aplicación de sanciones, etc.).

En atención a que el CPACA no define qué debe entenderse por «suma líquida de dinero», como objeto material de la correspondiente prestación, es necesario acudir al artículo 424 del Código General del Proceso, así como también al régimen general de las obligaciones.

La primera norma citada se refiere al recaudo forzoso de obligaciones pecuniarias mediante el proceso (judicial) ejecutivo, que establece lo siguiente:

Artículo 424. Ejecución por sumas de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad líquida de dinero e intereses, la demanda podrá versar sobre aquella y estos, desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe.

Entiéndase por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas. Cuando se pidan intereses, y la tasa legal o convencional sea variable, no será necesario indicar el porcentaje de la misma”. [énfasis fuera de texto].

Como se aprecia, por *cantidad o suma líquida de dinero* se entiende solamente aquella que está expresada en una cifra numérica precisa (ej., USD\$3.000 o \$1.000.000), o que puede liquidarse mediante una simple operación aritmética (suma, resta, multiplicación etc.), sin necesidad de acudir a datos desconocidos o a «deducciones indeterminadas».

En armonía con lo antes expuesto, merece la pena recordar que uno de los elementos esenciales de toda obligación es el objeto, el cual debe ser posible y lícito. Sobre la cantidad como requisito para la determinación de este elemento, el

3. Las providencias ejecutoriadas que impongan multas a favor de entidades de derecho público en procesos seguidos ante las autoridades de la rama jurisdiccional del Estado.

4. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes [...]».

inciso segundo del artículo 1518 del código civil estatuye: «La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla».

Así, tratándose de obligaciones dinerarias, la cantidad o suma de dinero que una persona se obliga a pagar a otra puede ser determinada (una cifra precisa) o determinable (mediante operaciones, actos, informaciones o gestiones posteriores); pero solamente aquellas que se refieren a un guarismo concreto o que sean liquidables mediante simples operaciones aritméticas son ejecutables por la vía administrativa (cobro coactivo) o judicial, pues solamente dichas obligaciones recaen sobre el pago de una «suma o cantidad líquida de dinero».

En el presente caso, es claro que la obligación establecida en el artículo 27 de las resoluciones citadas (el pago de la «contraprestación por uso») es una obligación dineraria, cuya cantidad no es determinada, pues la cifra no se expresa en los citados actos administrativos, sino que es *determinable*. Pero la liquidación de su valor no depende de una o varias operaciones aritméticas que cualquier persona pudiera hacer con la información contenida en las mismas resoluciones, sino que requiere de actos adicionales que tendría que efectuar y expedir el acreedor — esto es, el Ministerio—, con base en informaciones y análisis que no aparecen contenidos en las Resoluciones 597 y 598 de 2014.

Según fue señalado en el apartado 4.1. de este concepto, en el que se realizó un minucioso análisis del artículo 27 de las Resoluciones en comento, el propio Ministerio supeditó la ejecución de estos actos administrativos al cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, el valor de la contraprestación sería establecido «una vez se [hubieren] determinado dichos bienes y elementos». En segundo término, la forma de pago sería dispuesta «dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión».

En opinión de la Sala, tal como se indicó anteriormente, la primera condición no presentaría, en la actualidad, mayores inconvenientes para la ejecución del acto administrativo. Esto es así en atención a que, con fundamento en los peritajes correspondientes, el laudo arbitral dio cumplimiento a la exigencia en comento. En dicha decisión quedó establecido de manera cierta cuáles son los bienes que debieron ser revertidos al Estado en cumplimiento de la cláusula de reversión y se fijó una suma de dinero que trajo a *valor actual* del 28 de noviembre de 2013 el precio que debía ser sufragado por los concesionarios. De ahí que, a juicio de la Sala, la primera condición no impediría la ejecución de la obligación.

No ocurre lo mismo con la segunda condición establecida por el Ministerio. De conformidad con la estipulación consignada en el párrafo tercero de la cláusula bajo estudio, la forma de pago de la contraprestación de uso debía ser establecida

«dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión». Según se dijo con antelación, de acuerdo con el criterio expuesto por esta Sala en el Concepto 2253, aprobado por esta Sala el 28 de junio de 2016, la etapa de liquidación del contrato no puede extenderse más allá del término de caducidad de la acción correspondiente. Teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, según se indicó anteriormente, el término de caducidad del medio de control de solución de controversias contractuales es de dos años y ocho meses, a partir de la fecha de terminación del contrato.

Al realizar los cálculos correspondientes, se concluye que el término de dos años y ocho meses se cumplió, en este caso concreto, el día 28 de julio de 2016. De tal suerte, el 28 de enero de 2017 —esto es, seis meses después de esta última fecha— habría expirado el término establecido por el Ministerio para determinar la forma de pago de la contraprestación de uso. En razón de lo anterior, en la actualidad, no solo resulta jurídicamente inviable la liquidación de los contratos, sino que no es posible determinar la forma de pago de la contraprestación de uso. En la medida en que el plazo señalado ha expirado y teniendo en cuenta que ha transcurrido un término superior a cinco años después de la expedición de las resoluciones citadas, esta Sala concluye que no es posible, en estas circunstancias, ejecutar la obligación aquí analizada.

De todo lo dicho hasta ahora se colige que, a fin de ejecutar el cobro de la contraprestación de uso, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendría que expedir, al menos, un nuevo acto administrativo para cada una de las antiguas concesionarias donde se determine el valor o la cifra específica de dinero a pagar por parte de estas sociedades. La cantidad tendría que ser calculada con base en (i) el valor de los bienes que hicieron parte de la cláusula de reversión —tal como fueron determinados en el laudo arbitral y en los respectivos dictámenes periciales— y (ii) la suma que los agentes del mercado estarían dispuestos a pagar *por el uso y explotación* de tales bienes durante el periodo que se establezca, lo que requeriría, probablemente, de una nueva valoración o una adición a la existente.

Por consiguiente, es evidente que las mencionadas resoluciones no contienen la obligación de pagar una *suma o cantidad líquida de dinero* por parte de ninguna de las compañías que fueron concesionarias del servicio de telefonía móvil celular, por lo que las obligaciones allí contenidas no son ejecutables actualmente, por el procedimiento de cobro coactivo, ni por la vía judicial.

Con todo, pudiera pensarse que el Ministerio podría efectuar la liquidación de las citadas obligaciones y expedir las resoluciones que hagan falta, con el fin de

determinar la suma de dinero a cargo de cada compañía, e integrar, de esta forma, el título ejecutivo que se requiera (*título complejo*).

Sin embargo, según se explica a continuación, esto no resulta posible debido a la falta de competencia del Ministerio para adelantar una actuación semejante.

Falta de competencia material (ratione materiae) del Ministerio

En primer lugar, es necesario recordar que, con arreglo al principio de legalidad reconocido en la Constitución, los servidores públicos, las entidades públicas y las demás autoridades del Estado solo pueden cumplir aquellas funciones y ejercer aquellas atribuciones o potestades que la Constitución y la ley les asignen.

Así se infiere de los artículos 6, 121, 122 y 124, *inter alia*, del texto constitucional. Este postulado, a su vez, ha sido reproducido y desarrollado en normas de carácter legal, entre las que sobresalen los artículos 5 de la Ley 489 de 1998 y 3, numeral 1, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Debe rememorarse también que, de acuerdo con el artículo 137, inciso 2º, de la Ley 1437 de 2011, una de las causales de nulidad de los actos administrativos es la falta de competencia de la autoridad que los expide.

Pues bien, si se revisan minuciosamente las normas legales y reglamentarias que establecen la estructura, el objeto y las funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, incluyendo aquellas que se refieren específicamente a la asignación del espectro radioeléctrico y a la regulación, supervisión y control del servicio de telefonía móvil celular, no encuentra la Sala ninguna que faculte a dicho ministerio para establecer unilateralmente —mediante la aprobación de un acto administrativo—, a cargo de las antiguas concesionarias del citado servicio de telecomunicaciones, el pago de una determinada suma de dinero como contraprestación por el uso que dichas firmas hicieron de unos bienes que estaban afectados a la concesión y que debían revertir a la Nación en un momento dado.

Es necesario recordar que el Ministerio expidió las resoluciones 597 y 598 de 2014 con fundamento en las normas de la Ley 1341 de 2009 y del Decreto Reglamentario 2044 de 2013. Tales disposiciones facultaban a la cartera para que renovase los permisos de uso del espectro radioeléctrico a quienes se acogieran al régimen de habilitación general previsto en dicha ley, así como para que fijase —en favor de los solicitantes correspondientes— las contraprestaciones y demás condiciones inherentes a dicho permiso.

En esa medida, el objeto central y esencial de las resoluciones fue (i) renovar los permisos de uso del espectro radioeléctrico a las dos operadoras del servicio de

telefonía móvil celular; (ii) fijar las contraprestaciones económicas por el permiso otorgado, conforme a lo previsto en la Ley 1341 de 2009, y (iii) determinar las demás condiciones técnicas y operativas para el uso del espectro, de acuerdo con lo regulado en la misma ley.

Empero, en las citadas resoluciones, el Ministerio incluyó un título final (el Título IV), denominado «disposiciones generales», en el que aparece el artículo 27, el cual no se refiere, en realidad, a ninguno de los puntos anteriores, sino a un aspecto diferente, relacionado con el cumplimiento de la obligación de reversión pactada en los contratos de concesión, que en esa fecha ya se encontraban terminados.

Entre los preceptos argüidos por el Ministerio para expedir las citadas resoluciones sobresalen los artículos 10, 11, 12, 13, 36 y 68 de la Ley 1341 de 2009 y la totalidad del Decreto 2044 de 2013, modificado por el Decreto 542 de 2014²⁸, cuyas disposiciones están contenidas actualmente en el Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículos 2.2.2.3.1 a 2.2.2.3.6). Al examinar detenidamente estas disposiciones, se infiere que ninguna de ellas hace referencia al uso de los bienes utilizados por las operadoras de los antiguos contratos de concesión, o a dichos contratos. La única excepción al anterior hallazgo se encuentra en el párrafo transitorio del artículo 6 del Decreto 2044 de 2013, el cual establece lo siguiente:

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.

Además de la generalidad de esta norma —que no se refiere, en particular, a la posibilidad de establecer una contraprestación por el uso de los bienes afectados a los contratos de concesión—, la citada disposición no está vigente, pues fue derogada por el artículo 13 del Decreto 542 de 2014.

Por otra parte, resulta importante citar lo que establecía el inciso final del artículo 5 del Decreto 2044 de 2013, sobre las contraprestaciones y las condiciones que el Ministerio podía establecer en las resoluciones mediante las cuales renovara los permisos de uso del espectro a los operadores que se acogieran al régimen de habilitación general previsto en la Ley 1341 de 2009:

Artículo 5°. Renovación de permisos para el uso del espectro radioeléctrico bajo el régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

²⁸ “Por el cual se reglamentan los artículos 10, 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones”.

[...]

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se pronunciará a través de resolución de carácter particular, en la cual se fijarán **las contraprestaciones a favor del Estado previstas en la Ley 1341 de 2009, y las condiciones a que se refiere el artículo 3° del presente decreto** [énfasis fuera de texto].

El artículo 3° de dicho decreto, por su parte, preceptuaba lo siguiente:

Artículo 3°. Condiciones particulares para la renovación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá las nuevas condiciones u obligaciones **razonables y en igualdad de condiciones** aplicables a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) que soliciten la renovación de los permisos a que se refiere el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, las cuales **deben garantizar la continuidad del servicio, los incentivos adecuados para la inversión, y ser compatibles con el futuro desarrollo tecnológico del país, atendiendo los siguientes criterios:**

- a) Ampliación de cobertura mínima en los sitios que el Ministerio determine, cuando a ello hubiere lugar;
- b) Establecimiento de condiciones de calidad o de planes de mejora, cuando a ello hubiere lugar;
- c) Prestación de servicios de conectividad a instituciones públicas indicadas por el Ministerio, en las condiciones y características que este determine;
- d) Respeto y acatamiento de las disposiciones que establezca el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicación en materia de seguridad nacional relacionadas con la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones;
- e) Prestación gratuita de los servicios de comunicaciones en los términos del artículo 8° de la Ley 1341 de 2009;
- f) Cumplimiento de lo señalado en los artículos 18 de la Ley 282 de 1996 y 52 de la Ley 1453 de 2011, el Decreto número 1704 de 2012 y las normas que los adicionen o modifiquen.

Durante el trámite de la renovación el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones comunicará al solicitante las condiciones a que se refiere el presente artículo para que este presente observaciones dentro de los 10 días hábiles siguientes [énfasis fuera de texto].

Como se puede observar, las contraprestaciones económicas que el Ministerio podía imponer en las resoluciones mediante las cuales se renovara el permiso de uso del espectro radioeléctrico a las antiguas concesionarias eran solamente aquellas previstas en la Ley 1341 de 2009, mientras que las condiciones para el

uso de dicho espectro eran exclusivamente las previstas en la misma ley y en el artículo 3º del Decreto 2044 de 2013.

De todo lo analizado se colige que el Ministerio no podría válidamente expedir un acto administrativo para señalar el valor y las condiciones de pago de la «contraprestación por uso» prevista en el artículo 27 de las Resoluciones 597 y 598 de 2014, por falta de competencia, pues ninguna norma constitucional, legal o, incluso, reglamentaria le otorga esa atribución.

Una vez concluido el análisis de los argumentos necesarios para dar respuesta a los interrogantes planteados en esta oportunidad, resulta oportuno sintetizar las conclusiones a las que ha arribado esta Sala al analizar la presente controversia.

Conclusiones

1. De acuerdo con el criterio expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 2013 y por el Tribunal de Arbitramento en el laudo del 25 de julio de 2017, la cláusula de reversión incluida en los contratos de concesión cobró eficacia en el momento en que terminaron, de manera anticipada, tales contratos.

El alcance de esta obligación no se modificó como consecuencia de la expedición de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009. Por tal motivo, es claro que al momento de la finalización de los contratos, los concesionarios se encontraban llamados a llevar a cabo la entrega material de los bienes afectos al servicio público.

Según expresó la Corte Constitucional en la sentencia en comento, «la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia, le resultaba aplicable el precepto legal transcrito». De conformidad con este planteamiento, la cláusula de reversión se incluye en los contratos de concesión de telefonía móvil celular por mandato legal y dentro de ella se encuentra incluido el deber de retornar las franjas del espectro que hubieren sido utilizadas.

Por el contrario, de acuerdo con el análisis planteado en el laudo arbitral, la cláusula de reversión pactada en estos contratos habría tenido origen en la voluntad de las partes. Esto es así dado que, a juicio del tribunal, el objeto de estos contratos no era la concesión para la explotación de un

bien del Estado —el espectro electromagnético, valga decir—, sino la concesión de un servicio público no domiciliario.

2. De conformidad con el criterio expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 1996, juicio que comparte esta Sala, la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión en los contratos de concesión **no implica una expropiación sin indemnización**. Esto es así en la medida en que el valor de los bienes y elementos que se destinan al cumplimiento del contrato se incluye dentro del modelo económico del contrato. De ahí que no genere ningún desmedro económico para el contratista, ni mucho menos una alteración del equilibrio contractual. En suma, según los términos utilizados por la Corte en la sentencia en cuestión, «el valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato».
3. 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: el artículo 365 del texto constitucional, en primer lugar, proclama la inherencia de los servicios públicos a la finalidad social del Estado; con fundamento en esta definición, el precepto encomienda a las autoridades públicas la obligación de «asegurar [la] prestación eficiente [de los servicios públicos] a todos los habitantes del territorio nacional». 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.

La anterior consideración encuentra fundamento, por otra parte, en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, disposición que reitera que «la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones [...] es un servicio público bajo la titularidad del Estado». Con arreglo a esta disposición, no cabe duda de que las autoridades públicas están

sometidas al el deber ineludible de garantizar la continuidad del servicio. Por último, según estipula el artículo tercero del Decreto 2044 de 2013, «[p]or el cual se reglamentan los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009" -disposición que acaba de ser transcrita-, la renovación de los permisos desarrollados por el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009 debe darse de manera que las condiciones y obligaciones establecidas garanticen «la continuidad del servicio».

Así pues, la decisión de permitir la conservación de la tenencia y explotación de los bienes sujetos a la cláusula de reversión encuentra pleno respaldo en el sistema jurídico, y era obligatoria, pues fue adoptada con el propósito de garantizar la continuidad del servicio público de telecomunicaciones. Lo anterior, sin perjuicio del cobro de una contraprestación por el uso de los bienes sujetos a la cláusula de reversión.

4. Las Resoluciones 597 y 598, aprobadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el 27 de marzo de 2014, autorizaron que los concesionarios conservaran la tenencia y el aprovechamiento de los bienes sometidos a la cláusula de reversión con el propósito de garantizar la continuidad del servicio público. Por tal motivo, una vez finalizado el contrato de concesión, el Ministerio confirió a los concesionarios el derecho de uso de tales bienes a título no gratuito, a partir del 28 de noviembre de 2013. En cualquier caso, estas Resoluciones dejaron inconclusa la determinación del valor del derecho de uso, así como también el establecimiento de la forma de pago de dicha contraprestación.

Estos actos administrativos fueron aprobados partiendo del supuesto de que el pacto de reversión era válido y exigible. De igual manera, al momento de ser emitidos, el Ministerio tenía conocimiento de la parte resolutive de la Sentencia C-555 de 2013, providencia de la Corte Constitucional que descartó la posibilidad de aplicar de manera retroactiva las restricciones a la cláusula de reversión creadas por el Congreso en las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009. Esto es así dado que para el momento en que se promulgaron las resoluciones ya se había dado a conocer de manera oficial el comunicado de prensa de dicha providencia.

5. El laudo arbitral no se pronunció sobre ninguno de los dos siguientes asuntos: los perjuicios causados por la mora en el cumplimiento de la

obligación de revertir los bienes afectos al servicio y el valor de uso de tales bienes desde el 28 de noviembre de 2013, fecha en que finalizó el contrato de concesión, hasta el momento en que hubiere cesado el uso o se hubiere pagado el subrogado pecuniario correspondiente. Esta situación es consecuencia de que el Ministerio no hubiese planteado como pretensión la determinación y el pago del valor de uso de estos bienes durante el lapso que acaba de ser referido.

De lo anterior se sigue que el laudo arbitral no generó efecto directo alguno sobre las resoluciones aprobadas por el Ministerio. En consecuencia, no modificó su contenido ni afectó la vigencia de las obligaciones instauradas en estos actos administrativos.

6. Conviene hacer hincapié, en este punto, en la razón que llevó al Tribunal de Arbitramento a ordenar el pago de una compensación económica, en lugar de la entrega material de los bienes destinados a la concesión. Según se lee en el laudo arbitral, la transmisión de la propiedad —de las sociedades concesionarias al Estado— no era posible debido a que la red y los demás bienes dispuestos para el cumplimiento del objeto contractual también estaban siendo empleados para la prestación de otros servicios distintos a los convenidos originalmente. En estos términos, la imposición de la obligación de pagar «la compensación económica por la reversión de los activos» es resultado de la imposibilidad de separar —sin perjuicio del cobro de una contraprestación por el uso de los activos— los bienes exclusivamente destinados a la prestación del servicio de voz de la masa patrimonial creada por las sociedades concesionarias en cumplimiento del contrato.

En este orden de ideas, de acuerdo con el criterio expresado por el Tribunal de Arbitramento, la convergencia tecnológica que permitió que se prestasen diversos servicios de telecomunicaciones empleando una misma red es la misma causa por la que no fue posible ordenar la entrega material de los bienes sujetos a la cláusula de reversión. La cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión únicamente exigía a las sociedades concesionarias la aplicación del pacto de reversión en los términos de la ley. Y, según se dijo oportunamente, lo cierto es que la entrega de los bienes adquiridos y construidos por las sociedades no solo hubiese supuesto el cumplimiento del pacto, sino también —y de manera inexorable— la entrega de un excedente no incluido en la estipulación contractual, pues esos mismos bienes también se utilizaban para la prestación del servicio de datos. De lo anterior se sigue que la hipotética imposición del deber de cumplir la

obligación *in natura* hubiere acarreado un desbordamiento del objeto de la cláusula de reversión.

Para concluir esta consideración, es pertinente recordar que en la Sentencia C-1436 de 2000 se declaró la constitucionalidad de la norma que autoriza la conformación de tribunales de arbitramento para los contratos estatales. Sin embargo, la misma providencia aclaró que los tribunales de arbitramento no pueden pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, lo cual es un atributo exclusivo del juez contencioso administrativo.

7. De acuerdo con lo estipulado en el artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598, el valor la contraprestación de uso de los bienes en cuestión quedó sometido a las dos siguientes condiciones: que se hubieren determinado los bienes y elementos afectos a la prestación, momento a partir del cual el Ministerio debería proceder a determinar el valor de la contraprestación, y que la forma de pago hubiese sido determinada dentro de los seis meses siguientes a la finalización de la etapa de liquidación de los contratos de concesión. La Sala concluye que la primera condición se cumplió con la aprobación del laudo arbitral, decisión en la que quedaron determinados los bienes y elementos sujetos a la cláusula de reversión.
8. La liquidación de los contratos de concesión no se efectuó dentro del término previsto por la ley. De acuerdo con las particularidades del caso concreto, dicho término es de dos años y ocho meses, lapso que corresponde a la caducidad del medio de control de solución de controversias contractuales. De acuerdo con el criterio manifestado por esta Sala en el Concepto 2253, aprobado el 28 de junio de 2016, debido a la expiración de este término, no es posible realizar en la actualidad la liquidación de estos contratos.

De igual manera, conviene reiterar que, merced a la pretensión formulada a este respecto por el Ministerio, la liquidación fue objeto de análisis en el laudo arbitral. No obstante, el Tribunal declaró su improcedencia tras considerar que no existían los elementos de juicio y las pruebas necesarias para determinar de manera cierta los derechos y obligaciones de las partes, requisito sin el cual resultaba imposible realizar un corte de cuentas que permitiera establecer cuáles eran los débitos recíprocos que subsistían y cuál era su monto. Por consiguiente, habiendo sido denegada en el laudo arbitral la pretensión de liquidación

del contrato, y hallándose vencidos todos los términos relativos a la posibilidad de liquidar de manera unilateral o bilateral el contrato, las partes deben estarse a lo resuelto en el contenido de dicho laudo arbitral.

9. Al margen del origen que hubiere tenido en el caso concreto la cláusula de reversión, no cabe duda de que las sociedades concesionarias estaban obligadas a dar cumplimiento a este pacto. De tal suerte, su fundamento jurídico, su regulación y también su coercitividad encuentran sustento en los contratos estatales de concesión. Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que tales contratos finalizaron el 28 de noviembre de 2013, la Sala observa que las eventuales reclamaciones que pudieran tener como causa estos contratos no pueden ser planteadas en la actualidad ante las autoridades judiciales. La anterior conclusión —que resulta aplicable, también, respecto de la pretensión de liquidación de los contratos— es consecuencia del transcurso del término de caducidad de la acción correspondiente.

Una vez expuestas las conclusiones generales que se siguen del presente concepto, procede ahora la Sala a resolver los interrogantes que fueron formulados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Para tal efecto, en atención a que las preguntas uno, dos y tres plantean exactamente el mismo problema jurídico —el cual versa en torno a la exigibilidad actual de la «contraprestación por el uso» de los bienes sujetos a la cláusula de reversión, obligación que se encuentra consignada en el artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598 de 2014—, la Sala dará solución a ellas en una única respuesta.

De igual manera, en la medida en que esta respuesta solventa los demás problemas que se plantean en la consulta —entre los cuales se encuentran aquellos que motivaron la formulación de las preguntas cuatro y cinco—, la Sala declarará que no hay lugar a emitir respuestas concretas respecto de estos últimos interrogantes.

La Sala RESPONDE:

En atención a que las preguntas planteadas en los numerales uno, dos y tres de la consulta giran alrededor del mismo problema jurídico, serán resueltas por la Sala en una única respuesta.

1. *En virtud a la prosperidad de la pretensión 4ª subsidiaria declarada en el laudo arbitral de 25 de julio de 2017, los operadores pagaron su obligación de reversión a través de una obligación pecuniaria subrogada impuesta por el juez natural del contrato calculada retroactivamente a la fecha de terminación de los contratos, lo que derivó en que el Estado nunca recibió materialmente dichos bienes, ni detenta sobre ellos derecho real alguno. Por tanto, ¿es ejecutable lo dispuesto en el artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598 de 2014, teniendo en cuenta que ello implicaría liquidar a cargo de los operadores el valor de una “contraprestación por el uso” de los bienes y elementos objeto de reversión entre la fecha de terminación de los contratos y la fecha en que pagaron la compensación por su equivalente económico? O por el contrario, ¿se trataría de un caso de pérdida de ejecutoriedad de dicho artículo vigésimo séptimo en tanto habría desaparecido su fundamento de hecho y de derecho? (artículo 91-2 C.P.A.C.A.).*

2. *Antes de la terminación de los contratos de concesión, el dominio de los bienes y elementos objeto de reversión estaba en cabeza de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A., teniendo en cuenta que el laudo del 25 de julio de 2017, se condenó a tales compañías a pagar una compensación equivalente al valor de dichos bienes en el estado en que éstos se encontraban a la fecha de terminación de los contratos de concesión ¿podría entenderse que dichos bienes nunca salieron del patrimonio de tales compañías?*

3. *Si se entendiera que los bienes nunca salieron del patrimonio de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A. ¿Es ejecutable lo dispuesto en el artículo vigésimo séptimo de las resoluciones 597 y 598 de 2014, teniendo en cuenta que ello implicaría liquidar a cargo de operadores de una “contraprestación por el uso” de los bienes y elementos objeto de reversión entre la fecha de terminación de los contratos y la fecha en que pagaron la compensación por su equivalente económico? O, por el contrario, ¿se trataría de un caso de pérdida de ejecutoriedad de dicho artículo vigésimo séptimo en tanto habría desaparecido su fundamento de hecho y de derecho?*

Con base en la voluntad de las partes que suscribieron los contratos de concesión —la cual se encuentra consignada en la cláusula trigésima tercera de tales acuerdos—, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico, en un todo acatados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 2013 y por el Tribunal de Arbitramento en el laudo del 25 de julio de 2017, la cláusula de reversión cobró eficacia en el momento en que terminaron, de manera anticipada, los contratos de concesión. Por consiguiente, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adquirió la propiedad de los bienes destinados al cumplimiento del objeto contractual en ese momento. En el laudo arbitral, por otro lado, se

dispuso el pago de una «compensación económica por la reversión de los activos», es decir, una cuantificación del *valor actual* que hubiesen tenido los bienes afectos a la concesión para la fecha de la terminación de los contratos, como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el cumplimiento de la obligación *in natura*. Igualmente, según consta en el laudo, dicha imposibilidad es consecuencia de que la misma red y los mismos bienes que fueron destinados al cumplimiento del objeto contractual también hubieren sido utilizados para la prestación de otra clase de servicios accesorios a la concesión, como la transmisión de datos. En consecuencia, la reversión física e integral de tales elementos no resultaba posible, pues hubiera excedido el alcance de la cláusula de reversión y hubiera afectado la continuidad de la prestación de los otros servicios de telecomunicaciones.

Una vez terminados los contratos de concesión, el Ministerio consintió que la tenencia y la explotación de los bienes sometidos a la cláusula de reversión continuaran siendo ejercidas por las antiguas sociedades concesionarias. Esta decisión —que dio lugar, más adelante, a la aprobación del artículo vigésimo séptimo de las Resoluciones 597 y 598— tenía por objeto garantizar la continuidad del servicio de telecomunicaciones, propósito que encuentra pleno respaldo en la ley y en el ordenamiento constitucional colombiano.

Empero, la obligación cuya imposición prevé el artículo vigésimo séptimo de las resoluciones no es actualmente ejecutable por las siguientes razones: en primer lugar, 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. En segundo término, por las razones expuestas en este concepto, no se realizó la liquidación de los contratos de concesión ni se determinó —dentro del término fijado para tal efecto en las Resoluciones 597 y 598— la forma de pago de la contraprestación por el uso de los bienes afectos a la concesión; estas circunstancias —concluye la Sala— anulan la posibilidad de ejecutar en la actualidad la obligación establecida en el artículo vigésimo séptimo.

4. *Si hay pérdida de ejecutoriedad del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones 597 y 598 de 2014, ¿debería este Ministerio adelantar algún tipo de procedimiento o actuación administrativa para que no sea exigible el pago de la “compensación por uso” contenida en las mismas? En caso afirmativo, ¿cuál sería dicho procedimiento o actuación?*

5. *Si no hay pérdida de ejecutoriedad del artículo vigésimo séptimo de las resoluciones 597 y 598 de 2014, entonces ¿Qué otro fenómeno jurídico se presenta frente a la realidad de la condena y pago de una compensación del*

equivalente económico de los bienes objeto de reversión, que por tal motivo no se encuentran en el patrimonio de la Nación y respecto de los cuales no detenta su uso y goce? ¿Habría lugar en ese escenario al cobro de alguna manera de la llamada “compensación por uso” a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y a Comcel S.A., actuales dueños de dichos bienes? ¿Supondría el cobro de la contraprestación económica por uso un cobro de lo no debido? ¿Mediante qué tipo de mecanismo se haría tal cobro, de ser el caso?

De acuerdo con los argumentos expuestos en la anterior respuesta, no hay lugar a contestar los interrogantes cuatro y cinco.

Remítase copia al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala