

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL - El laudo cuestionado no vulnera el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia / CLÁUSULA DE REVERSIÓN - Alcance en el contrato de concesión de servicio de telefonía celular / DEFECTO SUSTANTIVO - No se configura dado que la decisión cuestionada aplicó la ley 80 junto con el Código Civil y los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado / DEFECTO FÁCTICO - No se configura puesto que se valoraron en debida forma los dictámenes allegados al proceso

[E]l Tribunal [de arbitramento] emitió el laudo conforme a un estudio concienzudo de la situación fáctica y jurídica del caso, es decir, no se advierte una decisión sin motivación o caprichosa. (...). [L]a Sala no encuentra que la interpretación efectuada por el Tribunal de Arbitramento respecto de la cláusula de reversión configure un defecto sustantivo por inaplicación de la Ley 80, dado que esta sí se aplicó y en forma sistemática junto con el Código Civil, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, ya que en el sub examine se analizaron los contratos de concesión como de servicios, mas no de bienes. (...). [E]n el caso bajo examen tampoco se configuró el defecto sustantivo por la presunta violación del artículo 58 de la Constitución Política, pues en primer lugar, tal como se explicó en precedencia, la cláusula de reversión fue aceptada por las partes al momento de suscribir los contratos de concesión, pues de no haber estado de acuerdo con la misma, se encontraban en plena libertad de no firmar el acuerdo, por lo que no existió coerción de ningún tipo frente a dicha cláusula; y en segundo lugar, por cuanto sí hubo compensación. (...). [L]a valoración efectuada por el fallador se realizó conforme a la apreciación probatoria pertinente, pues el Tribunal analizó tanto el dictamen emitido por el perito de la actora como por el asignado por dicha autoridad, de lo cual efectuó las deducciones del caso sin que en ellas se advirtiera que la valoración realizada por el primero hubiese sido desechada por falta de información, sino que ello tuvo su génesis en errores de la metodología de la experticia.

CAUSAL DE IMPEDIMENTO - Por existir amistad íntima entre alguna de las partes y el funcionario judicial / IMPEDIMENTO - Se declara fundado

[L]os Consejeros de Estado (...) se declararon impedidos para actuar dentro del proceso de la referencia, por cuanto tienen vinculo de amistad íntima, el primero, con el doctor [G.V.P.] apoderado de la Nación – Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (tercera interesada en las resultas de la acción); y el segundo, con el doctor [J.P.C.M.] demandado dentro del proceso, por lo que consideran que se encuentran incursos en la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal (...). A juicio de la Sala, los hechos manifestados por los citados Consejeros de Estado se constituyen en la causal de impedimento alegada, como quiera que ostentan vínculo de amistad con algunas partes del proceso. Siendo ello así, se declarará fundado el impedimento manifestado por los Consejeros (...) para intervenir en el proceso de la referencia y, en consecuencia, el quórum se conformará con el Conjuez [A.B.S.].

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 58 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 1 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 40 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 19 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 28 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTÍCULO 56 NUMERAL 5 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1618 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1619 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1620 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1621 / CÓDIGO CIVIL -

ARTÍCULO 1622 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1623 / CÓDIGO CIVIL -
ARTÍCULO 1624

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ver: Corte Constitucional, sentencia de unificación de 14 de marzo de 2007, exp. SU-171, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Relacionado con el tema anterior y el hecho de que los laudos arbitrales se equiparan a las sentencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. C-378, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ), C.P. María Elizabeth García González. Sobre los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 8 de junio de 2005, exp. C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que implica una rigurosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En cuanto a la existencia de compensación en los contratos estatales en los que se incluye la cláusula de reversión, ver: Corte Constitucional, sentencia de 6 de junio de 1996, exp. C-250, M.P. Hernando Herrera Vergara. En relación con la valoración probatoria por parte del juez, ver: Corte Constitucional, sentencia de unificación de 6 de marzo de 2002, exp. SU-159, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03479-00(AC)

Actor: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP

**Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE
COMERCIO DE BOGOTÁ**

La Sala procede a decidir la acción de tutela instaurada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, en adelante Tribunal de Arbitramento y los árbitros JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, MARÍA TERESA PALACIO y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, por considerar que le vulneraron sus derechos fundamentales con ocasión del laudo arbitral de 25 de julio de 2017 y el auto nro. 49 de 4 de agosto de la anualidad citada.

I. ANTECEDENTES

I.1.- La Solicitud

La sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP instauró acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento y los árbitros mencionados con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia.

I.2 Hechos

Adujo que, el Ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones , por virtud de la licitación pública nro. 045 de 1993, celebró los Contratos de Concesión nros. 000001 y 000002 de 28 de marzo de 1994 con la unión temporal CELUMÓVIL S.A. -CELUMÓVIL DE LA COSTA S.A. y el 00003 de 28 de marzo de 1994 con dicha sociedad entonces denominada COMPAÑÍA CELULAR DE COLOMBIA COCELCO S.A., cuyo objeto fue conferir a los concesionarios la facultad para prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia, en la red «B» de las áreas oriental, costa atlántica y occidental, respectivamente, para lo cual se hizo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al concesionario constituye su elemento principal, de conformidad con los artículos 14 del Decreto 1900 de 19 de agosto de 1990 y 1° de la Ley 37 de 6 de enero de 1993 , vigentes al momento de la celebración de los contratos.

Manifestó que, la cláusula primera común a los Contratos de Concesión nros. 00001, 000002 y 000003 de 28 de marzo de 1994 estableció como objeto del contrato 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, en adelante RTPC, conforme al artículo 14 del Decreto 1900 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 37.

Señaló que, el parágrafo 2 de la cláusula primera común a los Contratos de Concesión nros. 000001, 000002 y 000003 de 1994 precisó que las redes de telefonía móvil celular forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado.

Arguyó que, en la cláusula segunda de los Contratos de Concesión nros. 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció que el término de duración de la concesión sería de 10 años, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento de los mismos. Igualmente, se estableció en el parágrafo, que la concesión sería prorrogable por otros 10 años siempre y cuando el concesionario hubiera cumplido a cabalidad las obligaciones emanadas del contrato.

Expresó que, en cuanto a la reversión pactada, tanto el Estado como los concesionarios entendían que esta se aplicaría únicamente al espectro radioeléctrico.

Afirmó que, el 30 de enero de 1997 se introdujo una modificación a la cláusula segunda relativa a la duración de los Contratos de Concesión nros. 000001, 000002 y 000003 de 1994 y se establecieron las condiciones económicas de la prórroga, las cuales consistieron en el pago de una suma, por una sola vez, por

los 10 años de la prórroga, pagadera en forma anticipada el 30 de junio de 1997 y el 30 de noviembre del mismo año y se señaló que durante esa prórroga el concesionario seguiría pagando la tarifa periódica de la contraprestación fijada en la cláusula séptima de los contratos.

Aseveró que, el poder legislativo explicó que la reversión se aplica únicamente al espectro radioeléctrico a través de la Ley 422 de 13 de enero de 1998 , cuyo artículo 4° indicó que «[...] 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 [...]». Y mediante el artículo 68 la Ley 1341 de 30 de julio de 2009 , reiteró que «la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido».

Precisó que, ese planteamiento fue confirmado por el Ministerio a través de numerosas actuaciones. En consecuencia, el Estado, los concesionarios y todos los integrantes del sector de las telecomunicaciones tenían el convencimiento fundado de que la reversión se aplicaba únicamente al espectro radioeléctrico.

Sostuvo que, dicha sociedad solicitó al Ministerio la adjudicación del espectro adicional con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 4234 de 16 de diciembre de 2004 y mediante la Resolución nro. 000508 de 28 de marzo de 2005, le fueron asignadas las bandas de frecuencia de 1870,00 MHz a 1877,50 MHz y de 1950,00 MHz a 1957,50 para su uso y explotación durante la vigencia de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en el área de servicio autorizada de conformidad con los contratos nros. 000001, 000002 y 000003 de 1994.

Argumentó que, los Contratos de Concesión nros. 000001, 000002, y 000003 tuvieron como fecha de terminación nominal el 28 de noviembre de 2013 y dicha sociedad mediante comunicación radicada el 28 de noviembre de 2013, informó al Ministerio su voluntad de acogerse al régimen de habilitación general respecto de los servicios de telefonía móvil celular y solicitó la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico en virtud de lo dispuesto en los artículos 12, 68 de la Ley 1341 y 5° del Decreto 2044 de 18 de septiembre de 2013 .

Alegó que, el Ministerio no hizo uso de su facultad de liquidación unilateral de los contratos de concesión nros. 000001, 000002 y 000003 de 1994 y acudió al Tribunal de Arbitramento.

Manifestó que, con fundamento en la cláusula compromisoria de los Contratos de Concesión nros. 000001, 000002, 000003 celebrados por el Ministerio el 28 de marzo de 1994 y en otros Contratos (los nros. 000004, 000005 y 000006) también celebrados por el Ministerio en la fecha en mención, dicha entidad resolvió efectuar la convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral, el cual quedó integrado por los abogados JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, MARÍA TERESA PALACIO y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, quienes aceptaron su designación.

Señaló que, quizá por estrategia del litigio, el Ministerio omitió informar al Tribunal de Arbitramento que durante la ejecución de los contratos de concesión, se había entendido que la reversión sólo era exigible respecto de las frecuencias radioeléctricas asignadas, sin incluir ningún otro tipo de bien, en aplicación de las Leyes 422 y 1341.

Explicó las etapas procesales pertinentes, a través de las cuales dicha sociedad contestó la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de: caducidad de la acción; ausencia de derecho a obtener una reversión sobre bienes distintos a los del espectro; la ausencia de derecho del Ministerio a obtener una reversión con el alcance indicado por esa entidad; el derecho a una compensación; prescripción; y el derecho a que en la liquidación del contrato se incluyan los valores que el Ministerio debe a dicha sociedad.

Expresó que, también señaló que en los pliegos de condiciones no se establecieron estipulaciones precisas y detalladas sobre la reversión, en la medida en que la cláusula trigésimo tercera del contrato de concesión no precisó el alcance de la obligación de revertir, y que las disposiciones legales sobre la materia no establecían de manera clara y precisa la reversión en contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil.

Afirmó que, el 25 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo arbitral por medio del cual, entre otras, negó las excepciones por ella propuestas; declaró que la cláusula trigésimo tercera relativa a la reversión de los contratos de concesión (nros. 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994) para la prestación del servicio de telefonía móvil celular celebrados por el Ministerio se encuentra vigente y que es de obligatorio cumplimiento; condenó a dicha sociedad a la suma de un billón seiscientos cincuenta y dos mil novecientos ochenta y un millones de pesos M/cte (\$1.652.981.000.000) y a pagar al Ministerio los intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley sobre el monto a que se refiere el numeral sexto de la parte resolutive de la providencia, los que se causarán a partir de los quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria del laudo y hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Aseveró que, respecto a la validez y eficacia de la cláusula trigésimo tercera, el laudo sostuvo que la reversión allí contenida no se refiere al espectro electromagnético.

Sostuvo que, como segunda tesis, el laudo señaló que la cláusula sobre reversión no es oscura y que los bienes y elementos a los que se refiere son claros.

Arguyó que, en tercer lugar, en relación con los bienes afectados, se concluyó que al interpretar una cláusula con otra, de conformidad con el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, los elementos y bienes directamente afectados a la concesión contratada eran determinables «[...] aunque no se hubieran señalado al momento de celebrarse el contrato con todo el detalle que ahora echan de menos los concesionarios, quienes, en su calidad de empresarios profesionales en la materia, al asumir la obligación de prestar el servicio debe suponerse que tenían en mente esa circunstancia, máxime cuando la cláusula de reversión se encontraba desde los pliegos de condiciones y la minuta correspondiente, documentos estos previos y necesarios para ofertar [...]».

Argumentó que, en cuanto a los bienes y elementos objeto de la reversión, el laudo señaló que el espectro electromagnético no es objeto de reversión porque es de propiedad del Estado, y que la reversión no se limita al espectro electromagnético, ni al plan mínimo de expansión ni al plan mínimo de vías y que involucra todas las frecuencias, pues a «[...] este respecto se observa que la cláusula trigésimo tercera de los contratos de concesión estableció la reversión de todos los bienes y elementos afectados a la prestación del servicio. De esta manera, en la medida en que los bienes y elementos que utilizan las frecuencias que fueron asignadas por acto administrativo se utilizan para para prestar el servicio de telefonía móvil celular, ha de concluirse que tales bienes están directamente afectados al servicio y por ello deben revertir a la Nación. En este

punto debe observarse que la tesis de las demandadas sería correcta si la cláusula vigésima tercera hubiera previsto que la reversión se refería a los bienes y elementos afectados a determinadas frecuencias, pero ello no es lo que estableció dicha estipulación, la cual previó la reversión de los bienes directamente afectados a la concesión del servicio de telefonía móvil celular [...]»

Adujo que, dentro de la oportunidad respectiva elevó solicitud de aclaración, corrección y la complementación del laudo arbitral de 25 de julio de 2017, la cual se resolvió mediante el auto nro. 49 de 4 de agosto de 2017, en el que, entre otras decisiones, se dispuso corregir el error aritmético contenido en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo, relativo a la suma que a su cargo debía cancelar y, además, se precisó que la condena alcanzaba la suma de un billón seiscientos cincuenta y un mil doce millones de pesos (\$1.651.012.000.000).

Indicó que, el 29 de agosto de 2017 efectuó el pago de la suma antes mencionada a favor del Ministerio, cantidad que fue completada con recursos propios de los accionistas de la Empresa.

Alegó que, en ejercicio del derecho de defensa elevó solicitud de suspensión del laudo arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Afirmó que, el 18 de agosto de 2017 formuló recurso de anulación ante el Consejo de Estado, dentro del cual solicitó la suspensión provisional del mismo pero fue denegada mediante auto de 7 de diciembre de 2017, contra el cual se interpuso recurso de reposición.

Aclaró que, el citado recurso de anulación se instauró únicamente en relación con los puntos Primero, Tercero, Quinto y Sexto de la parte resolutive del laudo arbitral, con fundamento en las causales previstas en los numerales 8° y 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 12 de julio de 2012, es decir, por causales cuyo contenido es distinto al dispuesto en esta solicitud de amparo.

Explicó que, en el presente asunto se configuró un defecto sustantivo, por inaplicación de normas contenidas en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, que condujo a la violación de los principios de planeación y de transparencia, que tienen como fundamento los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, lo cual vulnera el debido proceso.

Precisó que, en virtud del contenido de la cláusula 33 de los contratos, existía un entendimiento generalizado y compartido por el Estado, los concesionarios y todos los integrantes del sector, de que la reversión abarcaba únicamente el espectro radioeléctrico; sin embargo, el Tribunal de Arbitramento entendió lo contrario y concluyó que las Leyes 422 y 1341 no resultaban aplicables a los mismos y la cláusula 33 fue interpretada de forma autónoma y aislada, sin tener en cuenta el entendimiento de que la reversión tenía un alcance distinto, y abarcaba todos los bienes afectos a la concesión.

Adujo que, las exiguas cláusulas 33 de los contratos, por cuya aplicación se le impuso una considerable condena, establecieron que «[...]Al finalizar el término de concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser, propiedad de la Nación-MINISTERIO DE COMUNICACIONES, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna», las cuales evidencian una falta de precisión y claridad, que se puso de presente desde la contestación de la demanda en el curso del proceso arbitral y también en los alegatos de conclusión.

Mencionó que, dichas cláusulas generan dudas que ponen al descubierto el incumplimiento del Ministerio del deber legal de definir con precisión y claridad las obligaciones del contrato estatal, pues «¿qué debe entenderse por elementos y bienes directamente afectados a la concesión? ¿dónde se encuentran enlistados o al menos definidos dichos bienes a través de reglas precisas y completas? ¿qué ha de entenderse por "directamente afecto" a la concesión? ¿bajo qué condiciones y lineamientos técnicos ha de realizarse la transferencia gratuita al Ministerio?»

Indicó que, todos estos interrogantes, así como todos aquellos adicionales que pudieran surgir, no se encuentran absueltos ni en los pliegos de condiciones ni en el contrato. No son el juez del contrato ni mucho menos un perito técnico o financiero, los llamados a suplir tales vacíos, como quiera que la sanción jurídica a este tipo de disposiciones contractuales está definida ex ante por la ley, cual es la ineficacia de pleno derecho (inciso final del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80).

Señaló que, el Tribunal de Arbitramento se excedió en sus facultades de interpretación a tal punto que so pretexto de determinar el alcance de la reversión, llegó al extremo de llenarla de contenido, estableciendo por esta vía ni más ni menos el objeto de la prestación debida por el deudor y la manera en que operaría el pago o solución de la obligación, aspectos que, desde luego, debieron ser definidos de manera clara, completa y precisa en los pliegos de condiciones y en el contrato, y no a través de la interpretación contractual.

Afirmó que, el Tribunal de Arbitramento incurrió en defecto sustantivo evidente, al dejar de aplicar la sanción legal establecida en el inciso final del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80, por virtud de la cual las cláusulas 33 de los contratos de concesión eran ineficaces de pleno derecho.

Resaltó que, la trascendencia de tal error es superlativa, como quiera que de no haberse incurrido en él, el Tribunal de Arbitramento hubiera concluido que el Ministerio no podía pretender derivar efectos jurídicos de una cláusula ineficaz y, menos aún, pretender el cobro de una compensación económica, por la potísima razón de que la ineficacia jamás puede conducir a una condena.

Manifestó que, quedó demostrado que dicha sociedad durante la etapa licitatoria, únicamente debió prever inversiones para desarrollar el citado Plan, por lo que desde el punto de vista constitucional, la reversión sólo sería exigible a los bienes, elementos e inversiones asociados al citado Plan.

Arguyó que, existe un segundo defecto sustantivo en relación con la violación del artículo 58 de la Constitución Política, que regula el derecho de propiedad, habida cuenta que el laudo arbitral produce efectos expropiatorios.

Precisó que, se vulneró el debido proceso y la regla que prohíbe la expropiación sin indemnización, pues el Tribunal de Arbitramento consideró que la reversión era exigible sobre toda suerte de elementos, bienes, activos, muebles e inmuebles (aún de terceras personas) y con los que dicha sociedad prestara el servicio de telefonía móvil celular al 28 de noviembre de 2013 (fecha en la que terminó la ejecución de los contratos de concesión), sin importar si habían sido adquiridos o tomados para ejecutar los contratos o para explotar las licencias de espectro adquiridas en el año 2011.

Aseveró que, igualmente, se configuró un defecto fáctico relacionado con la falta de valoración de las pruebas allegadas al proceso, pues el Tribunal de Arbitramento no cumplió la obligación que tenía de acatar las reglas contenidas en el artículo 232 del Código General del Proceso, en adelante CGP, sobre apreciación del dictamen pericial, por lo que se violaron los artículos 29 y 229 de la Constitución, así como también la omisión en garantizar la igualdad procesal de las partes en el acceso a la información relevante para el proceso.

Explicó que, en el presente caso, el defecto fáctico presentó dos sucesos relacionados con la prueba pericial, de un lado, se le impidió al perito el acceso a la metodología adoptada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para establecer la proporción de uso de los bienes vinculados a la concesión para el tráfico de voz (de un lado) y de datos (del otro), invocando como fundamento la reserva de información; sin embargo, con violación del debido proceso y a la igualdad, esa metodología y estudios fueron suministrados al perito del Ministerio para que rindiera su experticia, consumando un desequilibrio procesal. Por el otro lado, el Tribunal de Arbitramento dejó de cumplir la regla sobre apreciación del dictamen pericial contenida en el artículo 232 del CGP, de acuerdo con la cual, el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos.

Arguyó que, el defecto fáctico con violación del debido proceso y la igualdad procesal, se configuró bajo las siguientes situaciones:

Por aceptar y valorar la pericia suministrada por el perito del Ministerio que tuvo como fundamento la metodología adoptada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para establecer la proporción de uso de los bienes para el tráfico de voz y de datos, que resultaba determinante para el proceso.

Por avalar con su conducta que el Ministerio impidiera al perito el acceso a la metodología adoptada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones para establecer la proporción de uso de los bienes para el tráfico de voz y de datos, bajo la excusa de la información reservada, metodología e información que resultaba determinante para el proceso.

Por no ejercitar el Tribunal de Arbitramento los medios a su alcance para permitirle al perito designado por el propio Tribunal, el acceso a la referida metodología adoptada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En concreto, el Tribunal estaba obligado a restituir el equilibrio procesal y permitir el acceso a la metodología y la prueba, aplicando el artículo 4° del CGP.

Indicó que, el Ministerio negó el suministro de los documentos que contienen la metodología, para lo cual adujo que la información era clasificada; sin embargo, esos mismos estudios si fueron suministrados al perito del Ministerio, que pudo aportar un concepto para controvertir el dictamen del perito, para lo cual tomó en cuenta la información de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Argumentó que, la violación aquí referida es trascendente, porque (i) el Tribunal de Arbitramento no adoptó medida alguna cuando el perito informó tal situación; y ii) porque el perito indicó que de haber accedido a dicha información, su dictamen hubiera tenido mayor precisión y solidez.

Expresó que, el Tribunal de Arbitramento le atribuyó plenos efectos probatorios a los dictámenes periciales rendidos por las firmas VALORA CONSULTORIA S.A.S.

(dictamen financiero) y ASISTEC S.A.S. (dictamen técnico), y sin ningún análisis derivó de ellos los efectos condenatorios adversos.

Manifestó que, la ausencia de análisis crítico de la prueba pericial, a la cual se le atribuyen plenos efectos probatorios, se traduce necesariamente en que el laudo arbitral adolezca de motivación, dado que dicha circunstancia impide conocer las razones de la decisión y la convierte en caprichosa.

Afirmó que, es necesario tener claro que frente a la valoración de los dictámenes periciales, le correspondía al Tribunal de Arbitramento dar respuesta a los reproches formulados en ejercicio del derecho de contradicción y efectuar una valoración del dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso, lo cual se echa de menos por completo en el laudo, pues ningún análisis se hizo al respecto.

Explicó que, el laudo no contiene ningún argumento que permita entender las razones por las cuales la valoración económica de los bienes objeto de reversión es igual a un promedio ponderado de todas las inversiones en bienes de capital hechas por el concesionario durante la ejecución del contrato.

Sostuvo que, si bien la Ley 1563 prevé dos medios de impugnación contra los laudos arbitrales: el recurso de anulación y el de revisión; lo cierto es que la presente acción de amparo plantea la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por la configuración de los aludidos defectos sustantivo y fáctico, así como la violación de la Constitución Política, respecto de los cuales no se invoca la falta de congruencia del laudo arbitral por haberse emitido una decisión extra petita ni la ausencia de la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia (aspectos puestos de presente en el recurso de anulación que se encuentra en trámite), por lo que en el sub judice se acusa la existencia de irregularidades distintas a las que se alegan en esta acción de tutela, por lo que se concluye que no es necesaria la decisión previa sobre el recurso de anulación para decidir el presente asunto.

Explicó que, la Corte Constitucional ha dispuesto la procedencia de la acción de tutela, aun estando en trámite el recurso de anulación en aquellos eventos en que la finalidad y el alcance del amparo, sean distintos a los pretendidos con la anulación, o se refiera a hipótesis no previstas en el artículo 41 de la Ley 1563. Para el efecto, trajo a colación la sentencia T-058 de 2009 .

I.3.- Pretensiones.

Solicita que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Que se deje sin efectos el laudo arbitral de 25 de julio de 2017, preferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, conformado para dirimir las controversias entre la Nación - Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones y Colombia Celular S.A. Comcel S.A. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.; suscrito por los abogados JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA; MARÍA TERESA PALACIO y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ.

Que se ordene a la Nación - Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones, que restituya a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

ESP., la totalidad de sumas de dinero y valores que hubieren sido pagados en favor de aquella, con ocasión del cumplimiento de lo dispuesto en el laudo arbitral de 25 de julio de 2017.

Que se ordene a los árbitros JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA; MARÍA TERESA PALACIO y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ disponer la devolución de los honorarios pagados en su favor a razón de SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES (\$799.766.460) IVA incluido, fijados para cada arbitro en el Auto No. 6 del 3 de agosto de 2016.

La devolución deberá realizarse en la cuota parte pagada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, que ascendió a la suma de QUINIENTOS DIECISIETE MILLONES NOVENTA MIL QUINIENTOS PESOS (\$517.090.500), según consta en el Acta nro. 6 del 29 de agosto de 2016.

I.4 Defensa.

I.4.1.- El Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones, estando dentro de la oportunidad legal, allegó el informe requerido dentro de la presente actuación. En esencia, adujo, lo siguiente:

Que de manera pacífica y reiterada la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, pues se ha justificado en la equivalencia con una providencia judicial y por ende le son aplicables los requisitos de procedibilidad señalados en la sentencia C-950 de 2005.

Precisó que, además de los requisitos generales y especiales establecidos para las providencias judiciales, existen los criterios establecidos en la sentencia SU-174 de 2007.

Indicó que, estos criterios especiales se justifican según la jurisprudencia constitucional, por la especial naturaleza de la justicia arbitral, pues quienes concurren a ella han decidido apartarse de la competencia de la justicia ordinaria y de esta forma le han otorgado a la decisión del Tribunal de Arbitramento una autonomía y firmeza que escapa de los mecanismos ordinarios de control previstos en el ordenamiento jurídico.

Alegó que, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que el carácter subsidiario de la acción de tutela contra laudos arbitrales reúne ciertas particularidades, debido a que no está prevista una segunda instancia ante la cual se pueda impugnar el laudo, pero el ordenamiento jurídico sí prevé el recurso de anulación, el cual, en principio, debería ser agotado previamente a recurrir a la acción de tutela.

Manifestó que, en el auto 051 de 2012, la Corte indicó que la idoneidad del recurso de anulación como mecanismo de protección de derechos fundamentales, debe analizarse en el caso concreto, toda vez que este recurso solo procede por las causales establecidas en la ley, las cuales están relacionadas con aspectos procesales.

Aclaró que, no obstante, lo anterior no implica abrir la posibilidad de omitir el uso de los recursos ordinarios de controversia sobre los laudos, pues la regla general

continúa siendo la subsidiariedad de la acción de tutela, y sólo en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz, por tratarse de asuntos externos a las causales de solicitud del recurso, se ofrece el amparo como vía directa de defensa de derechos fundamentales.

Señaló que, en sede de tutela, la valoración sobre la actuación probatoria de un tribunal de arbitramento debe hacerse en relación con el fallo, y con la significación que tal actuación haya tenido en el sentido del mismo, pues no puede limitarse a un reproche aislado de la actuación probatoria en sí misma, debido a que la acción de tutela no es una instancia que revise la etapa probatoria, pues ello implicaría invadir la órbita de la competencia y desconocer la autonomía del tribunal de arbitramento y, luego, de la instancia de anulación.

Arguyó que, entre la fecha de solicitud de la acción de tutela y la última de las providencias atacadas (auto que corrigió el fallo arbitral) transcurrieron más de cuatro meses, sin que exista una razón que justifique la tardanza en recurrir al amparo constitucional.

Expresó que, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P también interpuso recurso de anulación contra las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento, el cual aún no se ha decidido, razón por la cual debe ser aplicado de manera más rigurosa el requisito de inmediatez, para evitar que se produzcan decisiones contradictorias por parte de las autoridades judiciales encargadas de resolver las controversias planteadas.

Afirmó que, si bien COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P alega que las razones invocadas en el recurso de anulación y en la presente tutela no guardan relación, lo cierto es que en ambos se reprocha al Tribunal de arbitramento de haber impuesto una condena excesiva, en una vía procesal para lo cual aduce la configuración de defectos fácticos y sustantivos e incongruencia del laudo arbitral, por lo que es evidente que ambas pretensiones guardan estrecha relación.

Aseveró que, en el sub examine es evidente el desconocimiento del principio de subsidiariedad, pues los defectos sustantivos y fácticos alegados son igualmente objeto de reproche mediante el recurso de anulación actualmente en trámite, razón por la cual la acción de tutela impetrada es claramente improcedente.

Sostuvo que, tampoco se ha configurado la violación de los derechos fundamentales de la parte actora, dado que lo que se vislumbra es una inconformidad de la actora con los razonamientos plasmados en el laudo arbitral, por lo que resulta evidente que la acción de tutela se emplea como un recurso de apelación del laudo arbitral, sin que se dé cumplimiento al requisito general de procedibilidad exigido por la jurisprudencia constitucional.

Argumentó que, en sentencia SU 74 de 14 de marzo de 2007 , se indicó que cuando se trata de acción de tutela contra laudos arbitrales se impone un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, razón por la cual la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales.

Adujo que, no puede confundirse el defecto sustantivo con el simple desacuerdo con las razones que tuvo el Tribunal de Arbitramento para decidir, pues ello

desconoce directamente el principio de voluntariedad que dirige la justicia arbitral y en virtud del cual las partes se someten al laudo de manera definitiva.

Indicó que, la actora no consigue demostrar el defecto sustantivo, pues el laudo sustenta de manera detallada los distintos criterios interpretativos empleados para darle contenido a la estipulación contractual de «reversión» (Cláusula Trigésimo Tercera) y a los principios legales y constitucionales en los cuales se apoya tal interpretación.

Manifestó que, en desarrollo del proceso arbitral COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP no planteó la eventual «ineficacia» de la cláusula de reversión pactada en los contratos 00004, 00005 y 00006 de 1994, durante el litigio arbitral; ni propuso excepción relativa a dicha cláusula; ni tampoco alegó la llamada «inaplicación y desatención de los principios de planeación y de transparencia».

Señaló que, el Tribunal de Arbitramento estudió el argumento de las convocadas sobre el efecto que frente a las cláusulas de reversión pudieran haber tenido las Leyes 422 y 1341.

Arguyó que, en las extensas consideraciones que fundamentan la decisión del «juez natural» de los contratos de concesión se evidencia que no es cierto lo afirmado en la acción de tutela de la referencia, pues el Tribunal de Arbitramento valoró las pruebas y argumentos presentados y concluyó, entre otras que:

«[...] En ese orden de ideas, no encuentra el Tribunal que existieran actos de ejecución del contrato de concesión por parte del Ministerio que permitieran claramente concluir que no habría reversión de los bienes y elementos afectados al contrato de concesión. Por lo demás si los hubiera tales actos estarían afectados por el mismo error.

[...]».

Expresó que, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP tampoco planteó en el proceso arbitral la alegación relativa al principio de planeación, mismo que, como la libelista admite, no se encontraba desarrollado en el texto original de la Ley 80, sino que ha sido fruto de desarrollos normativos posteriores (Ley 1150 de 2007 con su reglamentación) y de importantes precisiones jurisprudenciales recientes y en todo caso muy posteriores a la formación de los contratos sobre los que versó el laudo que se cuestiona.

Afirmó que, no es cierto el argumento relativo a que el laudo arbitral tiene efectos expropiatorios, por cuanto este se limita a interpretar y aplicar la cláusula de reversión estipulada en el contrato (cláusula trigésima tercera). Esta interpretación se ajusta a la normativa vigente y a la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado de forma reiterada que la reversión en los contratos de concesión no tiene efectos expropiatorios.

Aseveró que, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse a la cláusula de reversión en los contratos de concesión, como en la sentencia C-250 de 1996 en la que declaró exequible el artículo 19 de la Ley 80, que fue demandado bajo el argumento de que la reversión sin compensación económica implicaba una expropiación. En dicha ocasión, la Corte afirmó que la cláusula de reversión constituye un elemento ínsito del contrato de concesión y justifica esta

tesis con razones de orden constitucional, ligadas a la garantía de la adecuada prestación del servicio público y de la prevalencia del interés general.

Adujo que, el planteamiento de la reversión al «plan mínimo de expansión», hizo parte de la controversia resuelta por el «juez natural» del contrato, quien resolvió con base en el acervo probatorio obrante en el proceso, pues la reversión pactada NO estaba limitada al mismo. Basta remitirse, principalmente al capítulo 2.3.4.3 de laudo, de manera que no es la acción de tutela la instancia para revivir ese debate.

Alegó que, en sede de tutela, la valoración sobre la actuación probatoria de un Tribunal de Arbitramento debe hacerse en relación con el fallo y la significación que tal actuación haya tenido en el sentido del mismo, por lo que no puede limitarse a un reproche aislado de la actuación probatoria en sí misma, dado que la acción de amparo no es una instancia revisora de la etapa probatoria, lo que implicaría invadir la órbita de la competencia y desconocer la autonomía del Tribunal de Arbitramento.

Explicó que, no se configuró la violación del derecho a la igualdad de las partes, que según la actora se vislumbró al permitírsele al perito del Ministerio acceder a material indispensable, con el argumento de que se trataba de información clasificada, pues tal planteamiento no cumple el requisito de procedibilidad, en la medida que se trata de un defecto probatorio que podría haber sido objeto de impugnación mediante el recurso de anulación.

Manifestó que, no es cierto que el Tribunal de Arbitramento omitió realizar los análisis que impone el artículo 232 del CGP, sobre la prueba pericial a la que finalmente le dio valor de plena prueba, por cuanto tal defecto tampoco reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, pues no se demuestra que aquel haya incurrido en un protuberante error en la apreciación del acervo probatorio, sino que simplemente se alega una supuesta insuficiente argumentación en torno a la valoración de una prueba, aunque en el escrito de tutela se reconoce que el laudo sí contiene un examen de las objeciones presentadas a dicha prueba pericial. Es decir, la argumentación resulta a todas luces contradictoria y claramente insuficiente para demostrar el defecto fáctico alegado.

Señaló que, el laudo arbitral no adolece de defecto fáctico alguno y en particular, el hecho de que la «información pública clasificada» custodiada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, haya sido compartida a otra entidad pública como era el Ministerio, no genera ningún desequilibrio procesal, como lo alega la accionante, como quiera que ello no afectó la labor de los peritos designados por el Tribunal de Arbitramento que encontraron otra metodología razonable para efectuar sus experticias.

Afirmó que, basta con revisar el laudo arbitral en sus capítulos 5 y 6 para encontrar un claro análisis de la contradicción de los dictámenes periciales y de la valoración del equivalente económico para la Nación, con fundamento en las experticias técnica y financiera rendidas por los peritos designados por el Tribunal.

I.4.2.- Los árbitros JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA; MARÍA TERESA PALACIO y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, estando dentro de la oportunidad legal, allegaron el informe requerido dentro de la presente actuación. En esencia, adujeron que se remiten al texto integral del laudo arbitral cuestionado, cuyo contenido demuestra que no existe ninguno de los defectos alegados por la actora.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Previa

En escritos obrantes, respectivamente, a folios 74 y 75, los Consejeros de Estado ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS y HERNÁNDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ se declararon impedidos para actuar dentro del proceso de la referencia, por cuanto tienen vínculo de amistad íntima, el primero, con el doctor GABRIEL DE VEGA PINZÓN apoderado de la Nación –Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (tercera interesada en las resultas de la acción); y el segundo, con el doctor JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA demandado dentro del proceso, por lo que consideran que se encuentran incursos en la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé:

«Causales de impedimento.

Son causales de impedimento:

[...]

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.

[...]» (Negrillas fuera del texto original).

A juicio de la Sala, los hechos manifestados por los citados Consejeros de Estado se constituyen en la causal de impedimento alegada, como quiera que ostentan vínculo de amistad con algunas partes del proceso.

Siendo ello así, se declarará fundado el impedimento manifestado por los Consejeros ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS y HERNÁNDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ para intervenir en el proceso de la referencia y, en consecuencia, el quórum se conformará con el Conjuez ALFREDO BELTRÁN SIERRA .

Precisado lo anterior, la Sala procede a examinar el asunto que nos ocupa.

La acción de tutela contra laudos arbitrales/providencias judiciales

Sea del caso mencionar que la Corte Constitucional ha enfatizado en que la acción de tutela procede contra laudos arbitrales y contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de nulación, siempre que vulneren de manera directa un derecho fundamental.

Lo anterior, debido a la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales; a la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos que ello implica; al respeto por la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello mas no a los jueces estatales; y a la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

Así mismo, la Corte ha señalado que para estudiar la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, es necesario tener en cuenta que estos se equiparan a las sentencias judiciales, toda vez que ponen fin al proceso y desatan de manera definitiva la cuestión examinada, por lo que le son aplicables los mismos requisitos de procedibilidad establecidos para las segundas.

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente nro. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, C:P. doctora María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que la misma o esta Corporación elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de 5 de agosto de 2014, (Expediente núm. 2012-02201-01, C.P. doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

En la mencionada sentencia, la Corte señaló los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, aplicables al laudo arbitral conforme se explicó ab initio, así:

« [...] Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una

grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[11].

i. Violación directa de la Constitución [...]»

Conforme a lo anterior, en primer lugar, la Sala procederá a examinar si se cumplen los requisitos generales citados y en caso de ser así, en segundo lugar, entraría a estudiar si el laudo arbitral de 25 de julio de 2017 corregido mediante auto de 4 de agosto de la anualidad citada, incurrió en alguno de los defectos de fondo aducidos por la actora.

Al examinar las exigencias de carácter general, se observa que la demanda de tutela sustenta de manera razonable tanto los hechos como los derechos que generaron la presunta vulneración; que la acción de amparo se incoó dentro de un término considerable debido a que el auto que corrigió el laudo arbitral se profirió el 4 de agosto de 2017 y el presente mecanismo constitucional se instauró ante la Secretaría General de esta Corporación el 18 de diciembre de la anualidad mencionada; se evidencia que el asunto que se discute resulta de relevancia constitucional por cuanto se encamina a determinar la adecuada interpretación de la cláusula de reversión de los contratos de concesión; la presunta violación del artículo 58 de la Constitución Política que regula el derecho de propiedad (por presuntos efectos expropiatorios del laudo); la irregularidad procesal puesta de presente, referida a la violación del derecho a la igualdad para la práctica de las pruebas periciales decretadas, que en caso de configurarse podría llegar a producir un efecto decisivo en el laudo arbitral; y no se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

Ahora, para establecer el debido agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, se considera necesario precisar que el trámite arbitral como el aquí cuestionado, se rige por Ley 1563, el CPACA y el Código General del Proceso, en adelante CGP.

La Ley 1563 en su artículo 1º prevé que el arbitraje se constituye en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a arbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

Establece que el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, el cual puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, aclara que si interviene una entidad pública o que desempeñe funciones administrativas, cuyas controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, cuyas causales son las siguientes:

«[...]»

1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

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

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal nro. 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término

[...]».

Así las cosas, en atención a que las inconformidades alegadas en sede de tutela no son las mismas aducidas por la actora en el recurso extraordinario de anulación ni encuadran en ninguna de las causales previstas para su interposición, la Sala colige que en el sub examine la actora agotó los medios de defensa judicial que disponía a su alcance para el amparo de los derechos fundamentales que estima vulnerados.

En efecto, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP interpuso el recurso de anulación por considerar que el laudo arbitral contiene errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas y por estimar que se concedió más de lo pedido; mientras que en el sub examine, incoó la presente acción por considerar que, por un lado, se configuró un defecto sustantivo por inaplicación de normas contenidas en la Ley 80 y por la presunta violación del artículo 58 de la Constitución Política que regula el derecho de propiedad, ya que en su sentir la decisión produjo efectos expropiatorios; y por el otro, por estimar que se configuró un defecto fáctico por cuanto al perito que emitió concepto se le denegó acceso a la totalidad de la información, aspectos que no se enmarcan dentro de las causales de anulación mencionadas.

En este orden de ideas, la Sala vislumbra que se cumplieron los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra laudo arbitral, razón por la cual se entrarán a estudiar los defectos de fondo alegados por la actora.

Frente al defecto sustantivo aducido con respecto a la interpretación que se le dio a la cláusula 33 del contrato, referente a la reversión, el Tribunal de Arbitramento efectuó un extenso análisis, del cual se extraen los siguientes apartes:

«[...]

En relación con la naturaleza y alcance de los contratos objeto de este proceso, se han expuesto diversas posiciones que inciden en la decisión por lo cual el Tribunal debe entrar en su análisis.

[...]

De la sola lectura de los textos enunciados, se determina que al ser el objeto de los Contratos de Concesión, la prestación del "servicio de telefonía celular en Colombia", éste no concuerda con el supuesto contenido en el artículo 19 de la Ley 80 sobre reversión como potestad excepcional. Aunque existe una evidente semejanza entre el texto de la cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión y el artículo 19 de la Ley 80, estos textos no corresponden jurídicamente al mismo concepto, en la medida en que la potestad excepcional

resulta aplicable exclusivamente a los contratos de concesión de bienes y no a los de servicios, como es el caso sub examine.

A su turno, lo consagrado en la mencionada cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión, denominada por las partes "reversión", tampoco podría considerarse que se trata de la potestad excepcional prevista en la Ley 80, en la medida en que esta se caracteriza por conceder competencia a una de las partes, es decir, convertirla en juez y parte de su propio asunto para decidir a través de acto administrativo, lo cual no puede provenir de la autonomía de la voluntad.

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 estuvieren 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. En efecto, una cláusula que establece que a la finalización de un contrato determinados bienes han de pasar a la otra parte, no está prohibida por la ley y no viola el orden público ni las buenas costumbres. Así, por ejemplo, es bastante común pactar en contratos de arrendamiento de bienes, que el arrendatario puede realizar una serie de obras y dotar el bien arrendado con otros bienes, que a la terminación del contrato quedarán en manos del arrendador. No sobra además destacar que la cláusula en sí misma no faculta al Ministerio de Comunicaciones para expedir un acto administrativo que defina la reversión, razón por la cual precisamente se ha acudido al presente proceso, en el cual el juez del contrato debe adoptar la decisión correspondiente. Es decir, que la cláusula pactada no implica el ejercicio de prerrogativas exorbitantes propias de las entidades públicas.

Desde este punto de vista a esta cláusula debe dársele un efecto práctico y operativo dentro del contrato, no siendo pertinente dejarla sin aplicación, al tenor de lo establecido en el artículo 1620 del Código Civil, que estipula que "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel que no sea capaz de producir efecto alguno."

En tal virtud es diáfano que sólo los bienes directamente afectados a la concesión pueden ser objeto de la llamada, contractualmente, reversión, para pasar a ser de propiedad del Ministerio. Se comenta que el espectro electromagnético no es un bien del concesionario sino del Estado y por tanto, se encuentra en un supuesto de hecho que no cabría en lo establecido en esta cláusula.

Ahora bien, lo 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.

[...]

De esta manera, al interpretar un contrato estatal, es menester tener en cuenta los fines y principios de que trata la ley. Así las cosas, deberán considerarse a este propósito, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con

ellas en la consecución de dichos fines, al unísono con lo contemplado por el artículo 25-3, ídem. Adicionalmente, es necesario incorporar los mandatos de la buena fe, el principio de igualdad, así como el equilibrio que debe existir entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.

En este sentido el Consejo de Estado ha precisado que la mencionada regla de interpretación prevista en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 no significa que en los contratos estatales no deban aplicarse las reglas de interpretación que fija el Código Civil. A tal efecto, en sentencia del 9 de mayo de 2012 (Radicación No.: 8800123310002000005701 Expediente No. 22.714), dijo el Consejo de Estado:

"Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos también resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de Ley 80 para correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza estatal, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera completa y específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no resultaría plausible sostener que, por razón de lo dispuesto en el artículo 13 de la citada Ley 80, hubiere quedado totalmente excluida la posibilidad de acudir a esas disposiciones legales - comerciales y/o civiles- en cuanto la materia propia de la interpretación de los contratos estatales estaría regulada ya a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (artículo 28)".

[...]

De lo anterior se concluye entonces que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil son aplicables a los contratos estatales, pero siempre teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, esto es, los fines y los principios de que trata la Ley 80; los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En este contexto se deben resaltar las siguientes características de los Contratos de Concesión de los cuales forma parte dicha cláusula, que necesariamente orientan al intérprete por corresponder a su naturaleza y función:

i. que se trata de una concesión de un servicio público, cuya prestación tiene por objeto de obligaciones de hacer para cuyo cumplimiento se requiere de elementos y bienes, así como del espectro radioeléctrico asignado, calificado como "elemento principal" en el propio contrato;

ii. que en disposiciones legales a las cuales se hizo referencia expresa en el propio contrato, está definido en qué consiste la red de telecomunicaciones del Estado, y en particular la red del servicio público de telefonía móvil celular;

iii. que el contrato, que no es de servicios públicos domiciliarios, por lo cual no le es aplicable la Ley 142 de 1994, es de ejecución sucesiva, y que tenía un plazo, que fue prorrogado, para dicha ejecución;

iv. que por tratarse de un contrato de concesión de un servicio público, la necesidad de asegurar la continuidad de dicho servicio, es un elemento relevante para efectos de la interpretación de todas sus cláusulas, y para la ejecución y terminación del contrato, y

v. que por tratarse de un contrato de concesión, la prestación del servicio objeto del mismo fue asumida por el concesionario por su cuenta y riesgo.

[...]

En este punto en relación con la interpretación del contrato estatal, el Consejo de Estado ha precisado que en esta materia debe en primer lugar tomarse en cuenta el sentido gramatical de la declaración, pues puede suponerse que la voluntad del autor se expresa en ella, salvo que se acredite claramente que su intención era diferente, y sin que ello implique afirmar que una interpretación literal agota el proceso hermenéutico:

[...]

No comparte el Tribunal el entendimiento sobre la falta de claridad de la denominada cláusula de reversión tantas veces traída a colación, por cuanto si bien, los elementos y bienes directamente afectados a la concesión no están descritos, bien podrían estarlo ya sea en el pliego, en el contrato o por un acuerdo posterior entre las partes. En otras palabras, la regla de interpretación del artículo 1624 del Código Civil, es aplicable sólo cuando el contenido de la estipulación es oscuro y no resulta posible determinar la intención de las partes.

Así las cosas, en virtud de la reversión incorporada como cláusula por decisión de las partes en los contratos, se impone que, al finalizar su término, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, pasaran a ser de propiedad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin que por ello, éste deba efectuar compensación alguna.

[...]

En primer lugar, las redes de telefonía móvil celular no estaban instaladas al momento de celebrarse el contrato, y esa circunstancia elemental permite establecer la intención contractual, muy clara por lo demás; y es que a partir de entonces y durante la vigencia del contrato, le correspondía al Concesionario, por su cuenta y riesgo y en función de sus libres decisiones empresariales, en un sector altamente competitivo y sometido a los imprevisibles y espectaculares avatares de los cambios tecnológicos, que pueden condenar a una obsolescencia súbita activos de costos y sofisticación elevados, escoger y definir los "elementos y bienes" que afectaría el contrato en forma directa a la prestación del servicio que se obligó a operar.

La claridad que adquieren entonces la intención contractual y la cláusula de marras al apreciarla en su conjunto con el párrafo de la cláusula segunda, permite descartar toda una serie de argumentaciones orientadas a sostener que la cláusula trigésima tercera resulta oscura o inaplicable, en cuanto a los bienes y elementos propios de su "ámbito material". No puede perderse de vista que es un asunto absolutamente decantado y pacífico en el derecho privado cuáles son las cosas o bienes sobre las cuales puede recaer una declaración de voluntad con efectos vinculantes[...]

[...]

De manera que en este caso se concluye sin dificultad, al interpretar la cláusula con otra, como lo prescribe el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, que los elementos y bienes directamente afectados a la concesión contratada eran, sin lugar a dudas, determinables, aunque no se hubieran señalado al momento de celebrarse el contrato con todo el detalle que ahora echan de menos los concesionarios, quienes, en su calidad de empresarios profesionales en la materia, al asumir la obligación de prestar el servicio debe suponerse que tenían en mente esa circunstancia, máxime cuando la cláusula de reversión se encontraba desde los pliegos de condiciones y la minuta correspondiente, documentos estos previos y necesarios para ofertar.

Eran determinables también por el hecho de que se trataba de los bienes y elementos directamente afectados a la prestación del servicio, circunstancia que, además de la referencia a las normas legales expresamente mencionadas en el párrafo primero de la cláusula primera, al estipular que "Las redes de telefonía móvil celular que se instalen en desarrollo de este contrato, lo mismo que sus aplicaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones forman parte de las redes de telecomunicaciones del estado de conformidad con los artículos 14, 15 y 23 del decreto 1900 de 1990 y el artículo 5 y 6 del decreto 741 de 1993", dependía del hecho de que la instalación allí prevista la llevaba a cabo nadie distinto del concesionario y, parece obvio repetirlo, a partir de la vigencia del contrato y no antes.

No se incurrió entonces en la impropiedad consistente en pactar obligaciones sin prestación, o en estipularlas con objetos consistentes en prestaciones imposibles, sino que en forma clara y acorde con la intención contractual de conceder la prestación de un servicio, permitiendo el uso del espectro asignado, se dejó en manos del concesionario del servicio la definición material y técnica de los elementos y bienes adecuados para dicha prestación, pero no en forma absoluta, porque en razón de su obligación de prestar el servicio de telefonía móvil celular con el cumplimiento de los requisitos de calidad que exige el contrato, el concesionario debía destinar a ello bienes y elementos adecuados a tal fin, lo que además descarta que existiera una especie de condición potestativa pura (C.C., art. 1535).

Se trataba entonces, a la luz del consolidado principio previsto en el citado artículo 1518 del Código Civil, de elementos y bienes que al celebrar el contrato se esperaba que existieran; que era física y legalmente posible que llegaran a existir; y que en el ámbito de lo que es comerciable, pues se debe asumir que se contrató una obligación real y lícita, pudieran ser instalados, aplicados, renovados, ensanchados y modificados por el operador y determinables al momento de la exigibilidad de la reversión. Es clara, pues, además de acorde con la naturaleza del contrato, la intención y es clara también la cláusula prevista Para regular ese propósito contractual.

[...]

Puesto que el análisis interpretativo del Tribunal que se ha expuesto, lo lleva a concluir que el sentido y alcance de la intención de los contratantes y del clausulado dispuesto para plasmarla en un acuerdo vinculante, son claros, no encuentra- como lo arguyen las convocadas- "aperturas" lingüísticas que generen ambigüedad en ninguno de esos dos aspectos, ni que sea "imposible conocer con certeza la voluntad de las partes" como consecuencia de una cláusula redactada por el Ministerio en los términos ya examinados y con el objeto que se ha precisado.

Se debe añadir que, en cuanto a la aplicación de este criterio último, o residual o subsidiario de interpretación a la contratación estatal, el Consejo de Estado ha manifestado que procede cuando "La administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben interpretarse en contra de quien redactó la minuta del contrato de adhesión"; y que "Las cláusulas pobres o confusas; que en los pliegos de licitaciones aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo necesario para hacer las cosas bien"

Pues bien, no encuentra el Tribunal en este caso confusión ni en el texto ni en el sentido de la cláusula trigésima tercera que permita la interpretación de la misma planteada por las convocadas.

[...]» (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En virtud de lo anterior, observa la Sala que en el sub examine el Tribunal emitió el laudo conforme a un estudio concienzudo de la situación fáctica y jurídica del caso, es decir, no se advierte una decisión sin motivación o caprichosa.

En efecto, el Tribunal de Arbitramento al verificar que se trataba de un contrato de concesión de servicio de telefonía celular determinó que el artículo 19 de la Ley 80 no le resultaba aplicable, por cuanto la potestad excepcional prevista en dicha normativa se refiere exclusivamente a los contratos de concesión de bienes y no de servicios, como el del sub lite.

Encontró acreditado, por un lado, 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 estuvieren directamente afectados a la concesión; y por el otro, que el espectro electromagnético no es un bien del concesionario sino del Estado.

Concluyó que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación Judicial y los principios establecidos en la misma Ley 80, las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil son aplicables a los contratos estatales, pero siempre teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 28 de la Ley 80, es decir, los mandatos de la buena fe, la igualdad, el equilibrio entre prestaciones y los derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

El Tribunal de Arbitramento fue diáfano en explicar que la cláusula resultaba aplicable a los elementos y bienes susceptibles de pasar a ser propiedad de la Nación, por lo que para los concesionarios estaba claro que la reversión que se incluía en el contrato, no se limitaba al espectro y que el Ministerio consideraba que ella comprendía las redes, aunado al hecho de que las redes de telefonía móvil celular no estaban instaladas al momento de celebrarse el contrato, y esa circunstancia elemental permitía establecer la intención contractual, dado que hacían parte del contrato.

Más adelante en el laudo, el Tribunal explicó que las convocadas conocieron de la existencia de la reversión desde el pliego y luego aceptaron su inclusión en el contrato, por cuanto la potestad excepcional no hubiese podido ser impuesta,

dado que esta solo aplica a la concesión de bienes estatales y no de prestación de servicios.

Determinó que no era aceptable concluir que la reversión sólo podía recaer sobre los bienes que se hubieren previsto al tiempo del contrato o de las prórrogas, por cuanto los contratantes no estipularon que solo revertirían los bienes que inicialmente se destinaran al servicio, o los que las partes en ese momento estimaban que se destinarían al servicio, sino los bienes afectados al servicio, debido a que la reversión se previó como un mecanismo para asegurar la continuidad en la prestación del servicio público a la terminación del contrato.

Así mismo, el Tribunal dio una razón adicional para aplicar la interpretación mencionada y es que si la reversión sólo se refiriera a bienes previstos inicialmente, podría ocurrir que con tales bienes no se pudieran atender las necesidades de los usuarios diez años o veinte años después, sobre todo en un sector como el de las telecomunicaciones que cambia rápidamente, toda vez que ello sería opuesto a la finalidad de la concesión de un servicio.

Así las cosas, la Sala no encuentra que la interpretación efectuada por el Tribunal de Arbitramento respecto de la cláusula de reversión configure un defecto sustantivo por inaplicación de la Ley 80, dado que esta sí se aplicó y en forma sistemática junto con el Código Civil, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, ya que en el sub examine se analizaron los contratos de concesión como de servicios, mas no de bienes.

Sin embargo, como lo precisó el laudo al momento de suscribir los contratos respectivos, las convocadas expresaron su voluntad de someterse al clausulado contenido en los mismos, es decir, que fueron conscientes de la cláusula 33 y que voluntariamente habrían aceptaron las condiciones de la misma, en la medida en que esta tiene como finalidad prevenir situaciones que conlleven a la afectación de los usos de bienes públicos y garantizar la continuidad en la prestación de un servicio con tales características, que como en el sub lite requiere de las redes de telefonía móvil celular (objeto de reversión).

En virtud de lo anterior, resulta evidente que en el caso bajo examen tampoco se configuró el defecto sustantivo por la presunta violación del artículo 58 de la Constitución Política, pues en primer lugar, tal como se explicó en precedencia, la cláusula de reversión fue aceptada por las partes al momento de suscribir los contratos de concesión, pues de no haber estado de acuerdo con la misma, se encontraban en plena libertad de no firmar el acuerdo, por lo que no existió coerción de ningún tipo frente a dicha cláusula; y en segundo lugar, por cuanto sí hubo compensación, tal como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C 250 de 6 de junio de 1996 , «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 previó 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», contrario a lo que sucedió en los contratos de concesión, por los que las concesionarias recibieron plenos beneficios.

Ahora, procede la Sala a examinar si en el caso sub lite el Tribunal de Arbitramento incurrió en el defecto fáctico frente a la prueba pericial por cuanto, por un lado, al perito se le impidió el acceso a la metodología adoptada por la CRC

para establecer la proporción de uso de los bienes vinculados a la concesión pues tal acceso solo le fue otorgado al perito del Ministerio; y por el otro, porque el Tribunal de Arbitramento no apreció el dictamen emitido conforme a las reglas de la sana crítica.

En relación con la valoración probatoria, la Corte Constitucional en sentencia SU 159 de 2002 , señaló que la independencia y autonomía de que gozan los operadores judiciales «jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas» (subrayas y negrillas fuera del texto)

Frente al dictamen pericial solicitado por la actora, se observa que este tenía como finalidad la valoración de los activos que fueron objeto del contrato de concesión.

Al respecto, la Sala encuentra que en el laudo arbitral se analizaron las críticas presentadas por el perito de la actora frente al concepto emitido por el perito del Tribunal, relativas a la delimitación geográfica de acuerdo al PME y PMV; delimitación de los elementos de red que soportan los servicios de voz; las consideraciones referentes al valor neto como referencia para la valoración; las consideraciones acerca de la capacidad y las equivalencias para 1999 y 2004; la delimitación de los elementos de red desde la perspectiva de su funcionalidad; la disponibilidad espectral asociada a la concesión; y las consideraciones de la base contable de referencia.

El Tribunal examinó cada una de dichas críticas, frente a las cuales no desvirtuó la prueba por considerarla escasa de información (cuyo acceso fue denegado por confidencialidad) sino por cálculos erróneos en su estimación, para lo cual se tuvo en cuenta el concepto allegado por el perito asignado por él.

En efecto, en el laudo se observa cómo la autoridad con funciones jurisdiccionales encontró que frente a la delimitación geográfica, el perito de la actora había efectuado un examen incorrecto respecto de los activos e inversiones materia del contrato. En relación con la delimitación de los elementos de red que soportan los servicios de voz, el Tribunal observó que el perito de la actora no logró acreditar que los cálculos efectuados por el perito designado por el Tribunal hubiesen sido erróneos, además de que al revisar «el porcentaje de distribución entre red y voz», pudo advertir que los analizados por el perito de la actora correspondían a distintos períodos.

Respecto de las consideraciones referentes al valor neto como referencia para la valoración, el Tribunal de Arbitramento concluyó que «[...] Los valores usados para las variables Fe, FP1 y VU no tienen el suficiente sustento técnico para justificar plenamente el porqué de la elección de dichos valores. Cada uno de ellos se basa en diferentes modelos, cuyos insumos no han sido contrastados, poniendo en duda su validez y razonabilidad técnica para el peritazgo que nos ocupa». Ello hace referencia a las variables utilizadas por el perito mas no a la escasa o nula información para efectuar las determinaciones del caso.

Así mismo, el Tribunal de Arbitramento precisó que «[...] el valor neto en libros es un valor acorde a la realidad física y tecnológica de los activos incluidos en el Contrato de Concesión, y debería ser usado por el perito financiero para el cálculo

de la valoración y estimación de la eventual compensación [...]», por lo que consideró que el valor neto contable no es el que refleja de mejor manera dicho valor, debido a que este varía en función de las políticas contables de cada compañía y ello podría dar lugar a que un bien aparezca totalmente depreciado en la contabilidad.

Frente a la delimitación de los elementos de red desde la perspectiva de su funcionalidad, el Tribunal explicó que los elementos que se toman en cuenta son aquellos afectados con la prestación del servicio, debido a que hay una serie que se refieren a la infraestructura pasiva, que son indispensables para prestar el servicio y que por ello debían incluirse en el cálculo de la compensación.

En relación con la disponibilidad espectral asociada a la concesión, el Tribunal explicó y reiteró que la determinación de los bienes y elementos que revierten está vinculada a que los mismos estén directamente afectados al servicio de telefonía móvil celular, y no los que estén directamente afectados al uso de unas frecuencias, por lo que el servicio de telefonía móvil se prestaba en virtud de los contratos.

Respecto de las consideraciones de la base contable de referencia, el laudo precisó que el perito no contaba con elementos de validación que le permitieran establecer qué activos eran operativos y cuáles no.

En virtud de lo anterior, es claro para la Sala que la valoración efectuada por el fallador se realizó conforme a la apreciación probatoria pertinente, pues el Tribunal analizó tanto el dictamen emitido por el perito de la actora como por el asignado por dicha autoridad, de lo cual efectuó las deducciones del caso sin que en ellas se advirtiera que la valoración realizada por el primero hubiese sido desechada por falta de información, sino que ello tuvo su génesis en errores de la metodología de la experticia.

Aunado a lo anterior, en ningún momento se observó que el perito adujera incapacidad para presentar el dictamen solicitado en virtud de la denegación del acceso a la información ni que la actora mostrara inconformidad al respecto, lo que se vislumbra es que se presentó la prueba pericial, la cual se valoró conforme a las reglas de la sana crítica, tal como se explicó en párrafos anteriores, en aras de determinar el valor de los activos del contrato de concesión, como se puede observar a folios 222 a 237 del laudo arbitral; cosa distinta es que la actora no se encuentre de acuerdo con dicha valoración y pretenda que el Juez constitucional revise la misma, pretensión que no resulta procedente por cuanto este no puede invadir la órbita de competencia del Tribunal de Arbitramento al cual de común acuerdo se sometieron las partes.

Así las cosas, resulta evidente que el Tribunal de Arbitramento no vulneró en forma directa los derechos fundamentales de la actora, pues, por el contrario, examinó la cláusula de reversión conforme a derecho para lo cual aplicó el método de hermenéutica sistemática que incluyó la Ley 80, el CC y el mecanismo auxiliar que es la jurisprudencia; así mismo, le dio la oportunidad a la hoy COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP de contradecir el dictamen del perito asignado por el Tribunal, lo que permite concluir que se le otorgaron las garantías procesales del caso.

Consecuente con lo anterior, se impone para la Sala denegar la presente solicitud de tutela, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADO EL IMPEDIMENTO manifestado por los Consejeros ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS y HERNÁNDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ para intervenir en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: DENIÉGASE el amparo solicitado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: En caso de que esta providencia no sea impugnada y quede en firme, REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del día 15 de marzo de 2018.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
GIRALDO LÓPEZ

OSWALDO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Conjuez