



Hechos similares, resultados disímiles: la relevancia de la protección de los tratados en los casos *Telefónica y América Móvil vs. Colombia* Similar Facts, Dissimilar Outcomes: The Relevance of Treaty Protection in the *Telefónica and América Móvil v. Colombia* Cases

Juan Pablo Suárez Valenzuela^{*}
Benavides Mejía Dispute Resolution

Resumen:

Este artículo, a partir del análisis de dos arbitrajes de inversión recientes en Colombia en el sector de las telecomunicaciones, reconstruye una idea básica del arbitraje de inversión: la relevancia del tratado aplicable. A partir de una línea fáctica idéntica —misma evolución regulatoria, misma intervención de autoridades y mismo arbitraje doméstico—, los casos *Telefónica y América Móvil vs. Colombia* terminaron en desenlaces opuestos. La razón no fue la “complejidad” del debate, sino los marcos normativos internacionales aplicables: el BIT Colombia-España habilitó un reclamo por trato justo y equitativo, mientras que el TLC Colombia-México-Venezuela condujo a un caso centrado en expropiación, dependiente de probar un derecho que no existía. Así, el análisis muestra cómo el tratado no solo delimita el reclamo, sino que también condiciona la decisión.

Abstract:

This article, through the study of two investment arbitration cases against Colombia in the telecommunications sector, revisits a core premise of investment arbitration: the centrality of the applicable treaty. Building on an almost identical background —same regulatory evolution, same conduct of the authorities and the same domestic arbitral award— the *América Móvil and Telefónica v. Colombia* cases ended in opposite results. The difference did not lie in the “complexity” of the dispute, but in the international frameworks at play: the Spain-Colombia BIT opened the door to a fair and equitable treatment claim, while the Colombia-Mexico-Venezuela FTA limited the case into an expropriation claim dependent on proving a right that never existed. The article shows how the treaty does not merely frame the claim; it actively shapes the decision.

^{*} Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Asociado en la firma Benavides Mejía Dispute Resolution, de Bogotá, Colombia, donde enfoca su práctica en arbitraje internacional, tanto de inversión como comercial. Su práctica se enfoca en disputas complejas principalmente en los sectores de recursos naturales (minería, petróleo y gas), telecomunicaciones e infraestructura. Contacto: juan.suarez@benavidesmejia.com

Palabras Clave:

Arbitraje de Inversiones – Tratados Internacionales – Telecomunicaciones – Trato Justo y Equitativo – Expropiación

Keywords:

Investment arbitration – International investment treaties – Telecommunications – Fair and equitable treatment – Expropriation

1. Contextualización

Para quien se aproxima al arbitraje de inversiones, tanto desde la academia como desde la práctica, no es un misterio —ni lo será— la relevancia que tienen los tratados internacionales a la hora de estudiar un caso. Lo anterior no obedece a que el arbitraje de inversiones figure como una práctica jurídica única¹. Sino de una diferencia relevante, naturalmente asociada al carácter internacional: la existencia de distintos marcos normativos (principalmente tratados internacionales), que pueden implicar tratos diferentes para sujetos en las mismas condiciones². De allí que cuando se enfrentan casos similares, por más obvio que pueda parecer, el factor diferencial suele ser el tratado aplicable.

A medida que avanzamos en la estructuración del caso, una segunda realidad que se enfrentará —no tan obvia como la primera—, será la ausencia de precedentes vinculantes. A diferencia de otras prácticas jurídicas, en el arbitraje de inversiones los casos que anteceden —independientemente de la similitud que tengan con el caso de estudio— solo cumplirán un rol indicativo para el tribunal³.

Es así como el arbitraje de inversiones representa dos realidades y nociones básicas que todo aquel que lo estudia y lo practica no puede perder de vista. Por un lado, la importancia del tratado aplicable y por otro, la ausencia del precedente vinculante.

En los últimos 5 años, Colombia ha sido fuente de casos que ejemplifican de manera clara estas realidades y dan origen al objeto de estudio de este artículo: Como, a partir de hechos sustancialmente similares y las mismas medidas estatales, los tribunales internacionales han llegado a resultados disímiles debido a la distinción en la protección otorgada por los tratados aplicables al caso.

Los casos *América Móvil S.A.B. de C.V. vs. La República de Colombia* y *Telefónica S.A. vs. La República de Colombia* (en adelante *América Móvil* y *Telefónica* vs Colombia respectivamente) lo ejemplifican de manera clara y reciente. Así, la finalidad de este artículo es, primero recorrer nuevamente la historia de ambos casos; luego, recordar la teoría del caso planteada por cada inversionista y su racionalidad bajo los tratados aplicables; para finalmente entender los resultados disímiles que estos tuvieron. A partir de ese recorrido, se sostiene una premisa que, aunque siendo sencilla y a veces obvia en la práctica del arbitraje de inversiones, conviene recordar: el margen de éxito de una reclamación puede estar condicionado de forma decisiva por el tratado que la ampara.⁴

2. Hechos similares

2.1. La modernización del sector telecomunicaciones en Colombia

A finales de los años ochenta, Colombia decidió modernizar el sector telecomunicaciones. Con este objetivo, se expidió la Ley 72 de 1989, por medio de la cual se definieron nuevos conceptos y principios sobre la organización del sector telecomunicaciones en Colombia. El artículo 7 de la Ley 72 de 1989, indicaba que las concesiones se podían otorgar por medio de contratos o licencias, según lo definiera el Gobierno, dando lugar al pago de los derechos, tasa o tarifas que fijara el Ministerio de Comunicaciones.

En el año 1993, se expidieron: i) la Ley 37, que tenía como finalidad fijar el marco para la adjudicación, mediante licitación pública, de las concesiones de telefonía móvil celular; ii) el Decreto 741, que tuvo por objeto definir los criterios para la prestación de este servicio en Colombia, clasificándolo como un servicio público; y iii) la Ley 80, conocida como el Estatuto General de Contratación de la

1 En el arbitraje de inversiones, como en la mayoría de las prácticas jurídicas, el ejercicio habitual implica interpretar normas para crear teorías jurídicas o argumentos favorables a la posición que se pretende defender.

2 En el arbitraje de inversiones es común ver sujetos en condiciones o con intereses similares debido a la apertura de sectores económicos o industrias de forma simultánea.

3 Tribunales como *SAUR v. Argentina*, *Metalpar v. Argentina* y en la decisión de anulación en *Vieira v. Chile* han indicado que en el arbitraje de inversiones, cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias. Los laudos anteriores no son vinculantes, sirven ilustrativamente sobre los criterios jurídicos aplicados al caso.

4 El artículo no se referirá a la discusión jurisdiccional o de admisibilidad de los casos.

Administración Pública, que establece las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales en Colombia.

La Ley 80 incluyó, en su artículo 19, la figura de la reversión. Este artículo específicamente indica que:

*“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.”* (énfasis añadido)

Antes de analizar la entrada de la inversión extranjera, conviene destacar dos aspectos estructurales de este régimen inicial de telecomunicaciones⁵. En primer lugar, la Ley 72 de 1989, la Ley 37 y el Decreto 741 de 1993 configuraron las telecomunicaciones —y, dentro de ellas, la telefonía móvil celular— como un servicio público a cargo del Estado. En segundo lugar, el artículo 5 del Decreto 741 de 1993 dispuso que las redes de telefonía móvil celular forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado.

Esta caracterización sitúa la prestación del servicio y la infraestructura asociada en un ámbito de fuerte interés público, lo que convive con la presencia de figuras como la reversión. Además, ayuda a entender el énfasis que más adelante se le dará a la continuidad del servicio y a la titularidad estatal sobre las redes.

2.2. La entrada de inversión a Colombia y la figura de la reversión

Bajo este marco regulatorio, a finales de 1993, el Ministerio de Comunicaciones de Colombia (hoy conocido bajo las siglas MinTIC) inició dos licitaciones públicas para la prestación del servicio de telefonía móvil. Las licitaciones eran: i) licitación No. 45 - Red B destinada a empresas privadas; y ii) licitación No. 46 - Red A para empresas estatales o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía en Colombia (América Móvil vs. Colombia, Laudo Nro. 66; Laudo Doméstico, 2017. p. 8; p. 20).

Los contratos previstos en ambas licitaciones contemplaban la cláusula de reversión de la siguiente manera: *“REVERSIÓN. Al finalizar el término de la 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” (América Móvil vs. Colombia, Laudo ¶. 67). A pesar de que las empresas interesadas en la licitación solicitaran el retiro de la cláusula de reversión, el Ministerio de Comunicaciones indicó que la cláusula debía permanecer (América Móvil vs. Colombia, Laudo ¶. 68).

El 28 de marzo, como resultado de la licitación No. 45 el MinTIC celebró los Contratos de Concesión No. 000001, 000002 y 000003, por un periodo de 10 años, con Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P (conocido como ColTel).⁶ (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 p.7; ¶. 5; Laudo Doméstico, 2017. p. 15)

De la misma manera, como resultado de la licitación No. 46, el 28 de marzo de 1994, el MinTIC firmó tres contratos de concesión por un periodo de 10 años: i) el Contrato de Concesión No. 000004 con Comcel S.A. (Comcel); (ii) el Contrato de Concesión No. 000005 con Ocel S.A.; y (iii) el Contrato de Concesión No. 000006 con Celcaribe S.A. (América Móvil vs. Colombia, Laudo ¶¶. 69-71; Laudo Doméstico, 2017. p. 20).

Todos los contratos de concesión, en la cláusula 33, establecían que *“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 éste deba efectuar compensación alguna”* (Laudo Doméstico, 2017, 2017. p. 18; p. 23)

Un par de meses después, en julio de 1994, inició la prestación del servicio móvil celular bajo estos contratos de concesión. Debido a la creciente demanda, la necesidad de una mayor inversión y el corto plazo de las concesiones, los prestadores del servicio negociaron con MinTIC una extensión de la duración de los contratos y la modificación del alcance de la cláusula de reversión. Solo hasta el año 1997 se acordó la extensión de los contratos, pero sin modificación de la cláusula de reversión (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶¶. 73-74).

El 13 de enero de 1998, mediante el artículo 4 de la Ley 422 (que modificó parcialmente la Ley 37), se dio un alcance diferente a la figura de la reversión en el sector telecomunicaciones:

*“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***

5 Al indicarlos como estructurales, no se pretende catalogarlos como pilar del marco normativo o afirmar que lo sean. Lo que se pretende es aclarar que, a la hora de estudiar estos casos, que estas disposiciones permiten comprender de manera más clara la relevancia que se le da a esta industria e infraestructura.

6 Los Contratos de Concesión No. 000001 y 000002 se firmaron con la empresa Unión Temporal Celumóvil S.A. y Celumóvil de la Costa S.A.; El Contrato de Concesión No. 000003 se firmó con la compañía Celular de Colombia Cotelco S.A. (Laudo Doméstico, 2017., 2017. p. 15). En el año 1997, Unión Temporal Celumóvil S.A. y Celumóvil de la Costa S.A. se fusionaron en Celumóvil S.A.; quien cambiaría su nombre en el año 2002 por BellSouth Colombia S.A. (Laudo Doméstico, 2017., 2017. p. 15).

servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial.” (énfasis añadido)

Para el año 2002, América Móvil adquirió el control indirecto de Comcel, titular del Contrato de Concesión No. 000004. En el año 2004, Comcel adquirió Occel S.A. y CelCaribe S.A., titulares de los Contratos de Concesión No. 000005 y No. 000006, respectivamente. Para el año 2005, Comcel sería la concesionaria de los tres contratos. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 60; Laudo Doméstico, 2017. p. 24).

En el año 2004, Telefónica adquirió las acciones de BellSouth⁷ y las filiales de Bellsouth en Latinoamérica, incluida BellSouth Colombia S.A. para ese entonces concesionaria en de los Contratos de Concesión No. 000001, 000002 y 000003. (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 p.IV)

En 2009, se promulgó la Ley 1341, cuyo objetivo fue modernizar el régimen de telecomunicaciones y facilitar la transición hacia un régimen de habilitación general. El artículo 68 de esta ley introdujo dos cambios relevantes para los casos que aquí se analizan:

Primero, estableció un régimen de transición para los operadores y proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que estaban en el mercado al momento de expedición de la ley. Estos podrían mantener sus concesiones, licencias o autorizaciones bajo la normativa previa hasta el vencimiento de los contratos, o acogerse al nuevo régimen, lo cual implicaba su terminación anticipada sin derecho a compensación.

Segundo, el inciso final del mismo artículo precisó que la reversión aplicable a esas concesiones se limitaba exclusivamente a las frecuencias radioeléctricas asignadas, excluyendo cualquier otro activo o infraestructura relacionado con el servicio. El inciso establecía lo siguiente:

*“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.” (énfasis añadido)*

Naturalmente, esta reiteración/confirmación del alcance de la figura de reversión presentaba para los inversionistas un atractivo relevante. Sin embargo,

como lo veremos más adelante este atractivo no duraría.

2.3. El control sobre la figura de la reversión en el sector telecomunicaciones

En Colombia, existe un mecanismo que permite asegurar que las leyes y actos del poder público no contraríen a la Constitución Política, garantizando la supremacía de esta. Este mecanismo se conoce como control de constitucionalidad y puede ser activado mediante acciones ciudadanas.⁸ El artículo 68 de la Ley 1341 fue objeto de control constitucional en dos ocasiones:

Una primera vez, mediante la Sentencia C-403 del 27 de mayo de 2010, donde la Corte Constitucional de Colombia resolvió sobre su exequibilidad⁹ sin referirse de manera específica a la reversión. La sentencia C-403 de 2010 surgió de una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 1341 de 2009, entre ellos el artículo 68 (Sentencia C-403/10, p. 13). En particular respecto de este artículo, el actor cuestionó que el régimen de transición establecido por la norma permitía a los operadores acogerse al nuevo régimen de habilitación general sin justificación constitucional, lo cual violaba los derechos a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política) y a la libre competencia (artículo 333 de la Constitución Política), al introducir beneficios diferenciados sin una causa objetiva y permitir la existencia de dos regímenes de habilitación distintos (Corte Constitucional, Sentencia C-403/10, pp. 36–37).

La Corte examinó el cargo contra el artículo 68 a la luz de los dos regímenes (el régimen inicial de telecomunicaciones y el de habilitación general que introdujo la Ley 1341). La Corte consideró que no generaba trato desigual injustificado, sino que protegía situaciones jurídicas consolidadas y facilitaba una transición ordenada al nuevo régimen (Corte Constitucional, Sentencia C-403/10, pp. 109–110). En ese marco, la Corte señaló que el legislador respetó las condiciones previas y brindó alternativas viables sin imponer cambios intempestivos. Aunque se abordó el inciso 4 sobre la figura de la reversión, el análisis se limitó a los cargos planteados y no evaluó en profundidad el alcance de dicha figura.

La Corte declaró la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 1341 únicamente por los cargos examinados, es decir, los relacionados con igualdad y libre competencia (Corte Constitucional, Sentencia C-403/10, pp. 110–111). No se pronunció sobre la constitucionalidad del inciso 4, ni realizó un análisis

7 El 26 de marzo de 2004, BellSouth Colombia S.A. cambió su nombre por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Laudo Doméstico, 2017. p. 19).

8 Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 40.6. Ver también artículos 241 y 242.

9 Para mayor claridad, la exequibilidad es el término jurídico para indicar que una ley, sujeta a control constitucional, es acorde y compatible con la Constitución Política.

respecto de la reversión de activos distintos del espectro electromagnético asignado. Lo anterior, dio pie a una segunda acción que abordó otros aspectos del mismo artículo.

Antes de recordar esta segunda acción, es importante tener en cuenta que el 29 de junio de 2012, ColTel se fusionó con Telefónica Móviles Colombia S.A., siendo ésta última absorbida por ColTel y quedando Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. como concesionaria, dentro de la cual el accionista mayoritario era Telefónica S.A. (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 p.V; Laudo Doméstico, 2017. p. 19).

La segunda vez en la que el artículo 68 de la ley 1341 fue examinado fue mediante la Sentencia C-555 de 2013, cuyo texto se publicó en febrero de 2014 (a pesar de que tenga por fecha el 22 de agosto de 2013). Esta sentencia representó un control completo sobre la figura de la reversión, toda vez, también fue objeto de control el artículo 4 de la Ley 422 de 1998.

Esta sentencia respondió a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. El demandante alegó que estas disposiciones, al limitar la reversión exclusivamente al espectro radioeléctrico, desconocían el artículo 75 de la Constitución, que consagra el carácter público del espectro electromagnético y su control estatal (Corte Constitucional, Sentencia C-555/13, pp. 8–9). A diferencia del caso anterior, esta acción sí abordó directamente el impacto de las normas sobre la figura de la reversión y su aplicación a contratos anteriores.

La Corte reconoció que tanto la Ley 422 como la Ley 1341 buscaban modernizar el sector de telecomunicaciones e incentivar la inversión mediante un régimen más flexible. No obstante, aclaró que las cláusulas contractuales de reversión pactadas antes de la entrada en vigor de dichas normas no podían ser modificadas por vía legislativa sin desconocer el principio de autonomía de la voluntad y los derechos adquiridos (Corte Constitucional, Sentencia C-555/13, pp. 72–75). Para la Corte, el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, que el Estado no puede legítimamente sacrificar, supuesto que no se presenta en esta oportunidad. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de ambas normas, siempre que no se interpretaran como una modificación a las cláusulas de reversión incluidas en contratos suscritos antes de su entrada en vigor. (Corte Constitucional, Sentencia C-555/13, p. 80).

La decisión preservó la validez de las cláusulas de reversión anteriores a estas normas y abrió paso a

las medidas que desencadenarían los arbitrajes de inversiones que aquí analizamos.

2.4. Los efectos de la sentencia C-555/13 y el origen de los arbitrajes

La Ley 422 de 1998, la Ley 1341 de 2009 y la Sentencia C-555 de 2013 marcaron puntos de inflexión, para las inversiones del sector telecomunicaciones.

En el 2013 (antes de la publicación de la Sentencia C-555 de 2013), Comcel y ColTel optaron por acogerse al régimen de habilitación general creado por la Ley 1341 de 2009, lo que implicaba dar por terminados anticipadamente sus contratos de concesión vigentes desde 1994. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 84; Laudo Doméstico, 2017. p.28).

De esta manera, a partir de la notificación del 28 de noviembre de 2013, se consideró finalizada la etapa de ejecución contractual de ambas concesiones y comenzó la etapa de liquidación, durante la cual las partes debían definir la situación de los bienes revertibles y las condiciones para la continuidad del servicio bajo el nuevo régimen. La liquidación de los contratos de concesión estaba prevista en la cláusula 44 por un periodo de 6 meses, el cual luego sería prolongado en distintas ocasiones. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 87; Laudo Doméstico, 2017. p. 29).

El Decreto 2044 de 2013 que reglamentó el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, indicaba en el párrafo transitorio de su artículo 6 que *“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.”* (Decreto 2044 de 2013, artículo 6; Laudo Doméstico, 2017. p. 29) Como se indicaba antes, la Sentencia C-555 de 2013 se publicó en febrero de 2014.

Tras la publicación de la Sentencia C-555 de 2013, el 27 de marzo de 2014, el MinTIC emitió la Resolución 597 de 2014 (respecto de ColTel) y la Resolución 598 de 2014 (respecto de Comcel). Ambas resoluciones confirmaron la aceptación de estos operadores al régimen de habilitación general y renovaron sus permisos de uso del espectro. Sin embargo, como elemento central, las resoluciones impusieron a cada operador la obligación de pagar una contraprestación económica por la utilización continua de los bienes, equipos e infraestructura vinculados a las concesiones que debían ser revertidas al Estado. Así, las resoluciones condicionaban el derecho de seguir usando los activos sujetos a reversión al pago de la contraprestación económica (en términos prácticos, una especie de “alquiler” por los activos que consideraban sujetos a reversión). (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 86; Telefónica

vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 88; Laudo Doméstico, 2017. p. 47).

Dicho pago, calculado con base en el valor de los bienes sujetos a reversión, tendría carácter retroactivo al 28 de noviembre de 2013, fecha en que se habían dado por terminados los contratos de concesión de común acuerdo con los operadores. Tras las resoluciones, se continuaron las conversaciones entre Comcel y ColTel y el MinTIC. Las negociaciones se enfocaron principalmente en el alcance de la cláusula de reversión. Las empresas buscaban que se revirtiera únicamente el espectro radioeléctrico y no los activos (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 87; Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶.88)

Debido a que no se logró un acuerdo en la fase de liquidación de los contratos, el 16 de febrero de 2016, el MinTIC inició un arbitraje contra Comcel y ColTel (que es identificado en el Laudo Doméstico como Telefónica y en adelante se mantendrá como tal) ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con base en la cláusula arbitral de los contratos de concesión. En este arbitraje, MinTIC solicitó, entre otras cosas, que declarara que la cláusula de reversión de los contratos estaba vigente y era de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, pidió al tribunal arbitral ordenar la reversión de todos los activos sin compensación alguna. En subsidio, solicitó que de no ser posible la reversión física, se ordenara el pago del “equivalente económico” al valor de los activos. Además, solicitó la liquidación judicial de los contratos (Laudo Doméstico, 2017. pgs. 4-8; 29).

Tanto Comcel como Telefónica se opusieron a las pretensiones del MinTIC y construyeron su defensa en torno a la negación de la obligación de revertir la infraestructura física utilizada para la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Ambas compañías aceptaron que las concesiones habían terminado, pero sostuvieron que, bajo las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 y de la práctica administrativa, la reversión se encontraba limitada al espectro radioeléctrico y no podía extenderse a redes, equipos y demás bienes tangibles, ni mucho menos sin compensación económica a su favor (Laudo Doméstico, 2017 pgs. 30-31).

Telefónica planteó como eje de su defensa la inexistencia de un derecho de MinTIC a obtener la reversión de bienes distintos del espectro, alegando que ni los documentos precontractuales ni la cláusula de reversión definida en los contratos de 1994 describían de manera clara y específica la obligación de transferir la infraestructura física al Estado. A partir de esto, argumentó que la reversión debía interpretarse de forma estricta y, en todo caso, limitada a los activos estrictamente vinculados al uso del espectro radioeléctrico, no a la totalidad

de la red de telecomunicaciones. De manera subsidiaria, sostuvo que, si se llegaba a considerar procedente la reversión de bienes materiales, Telefónica tendría derecho a una compensación económica, pues la transferencia gratuita de activos adquiridos con recursos propios del concesionario configuraría un enriquecimiento sin causa del Estado y una afectación inconstitucional de su derecho de propiedad (Laudo Doméstico, 2017 pgs. 59-62; pgs. 186-187; p. 202).

Comcel, por su parte, presentó como tesis central que había cumplido las obligaciones derivadas de sus contratos de concesión y que lo único que debía revertir a MinTIC era el espectro radioeléctrico. Sostuvo que la interpretación correcta de la reversión, a la luz de las modificaciones legislativas, excluía la infraestructura física, y que durante años el propio MinTIC habría actuado como si solo las frecuencias fueran reversibles, generando en Comcel una expectativa legítima protegida por los principios de buena fe y confianza legítima. Adicionalmente, defendió que la cláusula contractual no podía abarcar toda la red, sino, en el mejor de los casos, la infraestructura mínima de acceso, y advirtió sobre la imposibilidad técnica y el grave desequilibrio económico que implicaría ordenar la entrega o el pago del valor de todos los activos utilizados en la prestación del servicio (Laudo Doméstico, 2017 pgs. 62-68; p. 185; p. 202).

El tribunal arbitral rechazó estas defensas. Partió de reconocer que la cláusula de reversión de los contratos de 1994 era una estipulación libremente pactada entre MinTIC y los concesionarios. Además que era plenamente válida y exigible en el marco de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal. (Laudo Doméstico, 2017 p. 79; p. 93).

A la luz de la interpretación fijada por la Corte Constitucional, concluyó que ni la Ley 422 de 1998 ni la Ley 1341 de 2009 habían derogado ni modificado retroactivamente esa cláusula, de modo que, al momento de la terminación de las concesiones, seguía vigente la obligación de revertir los bienes directamente afectos al servicio, entendidos como la infraestructura y equipos necesarios para la telefonía móvil celular, y no únicamente el espectro. (Laudo Doméstico, 2017 p. 94; p.150).

Al mismo tiempo, el tribunal reconoció que la reversión en especie de toda la red era materialmente inviable y contraria a la continuidad del servicio. Por esto desestimó las pretensiones de entrega física de activos y transformó la obligación en una condena dineraria equivalente al valor económico de los bienes revertibles, imponiendo a Telefónica y a Comcel el pago de sumas a favor de MinTIC y declarando infundadas sus principales excepciones, incluida la supuesta inexistencia de obligación de reversión de infraestructura y el alegado derecho

a compensación por su transferencia. El tribunal también indicó que no era posible hablar de una expropiación, ni aplicar el principio de confianza legítima para negar la reversión pues sería contrario al ordenamiento y al interés general. Finalmente, el tribunal negó la solicitud de liquidación del contrato, pero indicó que las condenas en el laudo se debían incluir al momento de realizarla (Laudo Doméstico, 2017. p. 173; p.196; p. 215, p. 255).

El tribunal condenó al pago del valor económico de los bienes revertibles por aproximadamente 1,65 billones de pesos colombianos a cargo de Telefónica y 3,15 billones de pesos colombianos a cargo de Comcel, más intereses moratorios. (Laudo Doméstico, 2017. p. 262).

Tanto Comcel como Telefónica buscaron invalidar la decisión del tribunal doméstico, sin éxito alguno. A raíz de eso, iniciaron los arbitrajes de inversiones que se estudian a continuación, bajo lo que se ha desarrollado como la línea de hechos similares a ambos casos.

3. Un marco jurídico internacional diferencial

Telefónica y Comcel (en adelante América Móvil) no solo eran inversionistas distintos, sino inversionistas de nacionalidades distintas. Telefónica figuraba como inversionista español, mientras que América Móvil lo hacía como inversionista mexicano. Así, el marco jurídico internacional aplicable al momento de iniciar cada arbitraje de inversiones no fue el mismo. En el caso de Telefónica, el instrumento relevante fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Colombia de 2005 (el BIT), suscrito en Bogotá el 31 de marzo de 2005 y vigente desde el 22 de septiembre de 2007. Telefónica inició el arbitraje ante el CIADI el 2 de febrero de 2018. En el caso de América Móvil, el marco internacional invocado fue el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela de 1994 (el TLC), en particular su Capítulo XVII sobre Inversión. América Móvil presentó la solicitud de arbitraje el 18 de agosto de 2016.

Las diferencias entre estos marcos jurídicos empiezan por el concepto de inversión. En el artículo 1 del BIT, “inversiones” está definido como *“todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última”*, incluyendo (entre otros) propiedad, participaciones societarias, derechos de crédito vinculados a una inversión, propiedad intelectual y concesiones; además, excluye ciertas operaciones (p. ej., deuda pública y reclamaciones pecuniarias puramente comerciales).

En el TLC, en cambio, el artículo 17-01 define “inversión” como los *“los recursos transferidos al territorio nacional de una Parte o reinvertidos en él*

por inversionistas de otra Parte”, e incluye bienes/ derechos orientados a beneficios económicos, participación en capital social, y empresas propiedad o bajo control efectivo; también excluye operaciones de crédito o endeudamiento y derechos pecuniarios derivados exclusivamente de contratos comerciales o financiamiento al comercio.

Sobre esa base, el BIT contempla un paquete clásico de protección en sus artículo 2 a 7: (i) trato justo y equitativo y plena protección y seguridad, junto con la prohibición de obstaculizar la inversión mediante medidas arbitrarias o discriminatorias; (ii) trato nacional y nación más favorecida respecto de inversiones e inversionistas; (iii) salvaguardas frente a expropiación con exigencias de compensación (y revisión por autoridad independiente); y (iv) garantía de libre transferencia de pagos relacionados con la inversión.

En el plano procesal, los artículos 9 y 10 del BIT incorporan un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, con reglas típicas de elección definitiva de foro (*“fork-in-the-road”*) y un estándar de derecho aplicable que combina el tratado, el derecho interno pertinente y principios generales de derecho internacional.

El TLC, por su parte, en sus artículos 17-02 a 17-11, estructura la protección en obligaciones de no discriminación (trato nacional y nación más favorecida), disciplina de requisitos de desempeño, y garantía de transferencias relacionadas con la inversión (con listado expreso y excepciones regulatorias). En materia de expropiación, el texto establece condiciones de legalidad, no discriminación y compensación por valor justo de mercado. Sin embargo, tiene un componente de gran relevancia para estos casos, no contiene una cláusula de trato justo y equitativo y la cláusula de la nación más favorecida no es aplicable en virtud de una reserva de Colombia a su aplicación para los asuntos relativos a telecomunicaciones que dice lo siguiente:

“Salvo lo dispuesto en el Capítulo de Telecomunicaciones, Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a la inversión en o a la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones. Las redes de telecomunicaciones incluyen las instalaciones para prestar servicios de telecomunicaciones tales como [...] los servicios de telefonía celular, [...] los servicios de telefonía móvil, [...] y los servicios de transmisión de datos”. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 84)

Finalmente, la Sección B del Capítulo XVII del TLC prevé arbitraje inversionista-Estado con opciones CIADI/AF/UNCITRAL y condiciones temporales previas (notificación y plazos mínimos antes de someter la reclamación).

Con esto en mente, es claro que los tratados aplicables a ambos casos ofrecían una protección distinta. Esto, como lo veremos, impactó de manera muy clara en la diferente teoría del caso que presentó cada inversionista.

4. Las teorías de cada caso

América Móvil construyó su caso como una controversia de expropiación centrada en un “derecho” y en los “activos” objeto de reversión. Tras acogerse al régimen de habilitación general y terminar sus Contratos de Concesión el 28 de noviembre de 2013, sin acordar con el Estado el destino de los activos distintos al espectro, América Móvil sostuvo que Colombia activó —a través de sus órganos judiciales y del ejecutivo— un curso de acción orientado a privarla del “Derecho a la no Reversión” y/o de la propiedad económica de los activos al final de la concesión. América Móvil caracterizó como medidas expropiatorias un conjunto de actos que incluían, entre otros, la Sentencia C-555 de 2013, decisiones contencioso-administrativas y actuaciones del MinTIC destinadas a materializar la reversión. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 213; ¶. 228; ¶. 237; ¶. 243)

La columna vertebral de los argumentos de América Móvil fue (i) afirmar la existencia del “Derecho a la no Reversión” hasta 2013, y (ii) calificar su “abolición” y ejecución como una expropiación contraria al tratado aplicable. La Demandante alegó que ese derecho existió “fáctica y jurídicamente” hasta la sentencia C-555 y que dicha decisión (junto con actuaciones estatales posteriores) lo “abolió”, formulando dos rutas argumentativas: (a) la teoría de la aclaración (según la cual el derecho se desprendía del derecho colombiano pre-sentencia C-555) y (b) la teoría de la modificación (según la cual el derecho fue “creado” por cambios legislativos interpretados como aplicables a las concesiones vigentes). (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021. ¶¶. 219-223; ¶¶. 224-228) Sobre esa base, su pretensión quedó anclada en la cláusula de expropiación del tratado. América Móvil no pudo importar por vía autónoma el estándar de trato justo y equitativo (que había intentado incorporar vía cláusula de nación más favorecida y luego abandonó), debido a la reserva que tenía Colombia para el sector telecomunicaciones que ya se explicó. (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 84)

Telefónica, por su parte, acudió a distintos estándares de protección bajo el BIT, articulado alrededor del desmantelamiento de la reversión limitada y sus efectos patrimoniales. En su teoría, las “Medidas del Estado”—definidas en el propio laudo como las acciones y omisiones estatales (incluida la Sentencia C-555, la Resolución 598, el arbitraje y laudo doméstico, y la negativa/condicionamiento de alternativas de pago)—vulneraron (i) el Artículo

2(3) (trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y prohibición de afectación arbitraria o discriminatoria), y (ii) el Artículo 4(1) (expropiación) del tratado, al desmontar el marco bajo el cual estructuró y ejecutó su inversión. (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 252; ¶. 256 ¶. 318; ¶. 333; ¶. 347)

Un punto central de la argumentación fue la expectativa legítima derivada de la “aclaración legal sobre la reversión” y la aplicación retrospectiva de normas (Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009) que habrían limitado la reversión al espectro, y que el Estado habría revertido abruptamente. Telefónica sostuvo que ese cuerpo normativo era el marco relevante para su inversión (incluida la planificación y reinversiones durante la vida de la concesión) y que, por su claridad y finalidad, generó expectativas legítimas sobre reversión limitada al espectro radioeléctrico. (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 258; ¶. 260; ¶. 267)

Telefónica, insistió en que la conducta estatal debía calificarse primordialmente bajo el tratado y el derecho internacional (no “necesariamente” desde la óptica del derecho colombiano), reforzando que el derecho interno no puede justificar el incumplimiento internacional. (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 183)

No es objeto de este artículo hacer una crítica a cada teoría del caso presentada por los inversionistas. Estos argumentos estaban claramente delimitados por la protección que cada tratado otorgaba. Independientemente de la clara similitud de hechos, incluso se puede afirmar que ambos casos comparten una misma línea del tiempo, pero no se puede afirmar lo mismo sobre el marco jurídico principal que tenían. Los resultados disímiles también son producto de esta diferencia en la protección brindada por los tratados como se verá a continuación.

5. Resultados disímiles

Aunque ambos tribunales rechazaron las objeciones jurisdiccionales y asumieron competencia para conocer de los reclamos, como se ha anticipado durante todo este análisis, el desenlace fue opuesto. En el caso de América Móvil, el tribunal no encontró probada la existencia del “derecho a la no reversión” susceptible de expropiación. Por el contrario, en Telefónica el tribunal encontró responsabilidad internacional por violación al estándar de trato justo y equitativo (en su alcance de expectativas legítimas).

En el primer arbitraje, el tribunal dejó claro desde la etapa jurisdiccional que —si los hechos se probaban— eran “susceptibles de constituir una expropiación” y, por ello, rechazó la primera objeción de Colombia (América Móvil vs. Colombia, Laudo

2021 ¶. 134). En el segundo, el tribunal desestimó las objeciones de jurisdicción y admisibilidad y confirmó su competencia, enfatizando que la causa y el objeto del arbitraje internacional (violaciones al tratado e indemnización) no se confundían con los del arbitraje doméstico (interpretación/ejecución contractual) (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶¶. 102–105; ¶. 535(a)).

En América Móvil, el tribunal reconoció que, en abstracto, la reversión forzada de activos podía encajar como una expropiación (incluso directa) y que el tratado no condicionaba la protección a que la medida afectara “la inversión en su totalidad” (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶¶. 207–210). Sin embargo, bajo el principio conforme al cual la existencia del derecho de propiedad presuntamente expropiado se define por el derecho del Estado receptor, la constatación de los jueces colombianos sobre la inexistencia del “Derecho a la no Reversión” volvía imposible —“por definición”— configurar una expropiación (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶. 424)¹⁰. En esa línea, el tribunal trató las decisiones internas como “*issue-dispositive*”, y sostuvo que no podía imputarse al Estado un acto respaldado por sus tribunales si estos no eran desautorizados internacionalmente (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶¶. 425–426). La consecuencia práctica fue la desestimación del reclamo y, en costas, la orden de que América Móvil asumiera sus propios costos y reembolsara a Colombia el 50% de los suyos (América Móvil vs. Colombia, Laudo 2021 ¶¶. 500–501).

En Telefónica, el tribunal llegó al resultado opuesto. La razón fue la existencia del estándar autónomo de trato justo y equitativo en el BIT (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 535(b)). El Tribunal sostuvo que Colombia violó el trato justo y equitativo porque, a partir del texto de la Ley 422 de 1998 y la Ley 1341 de 2009 y del comportamiento estatal posterior, se consolidaron expectativas legítimas de que la reversión quedaría limitada al espectro, entendimiento que se mantuvo por 15 años; sin embargo, la Sentencia C-555 de 2013 y el giro institucional asociado evidenciaron inestabilidad, falta de transparencia/coherencia y un cambio de reglas “en la víspera” del vencimiento, con efectos patrimoniales relevantes para la inversión (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶¶. 426–441).

En la parte dispositiva, el tribunal declaró el incumplimiento del trato justo y equitativo y ordenó a Colombia pagar US\$379.804.275,55 como compensación por los daños derivados de ese incumplimiento, más intereses al 5% desde el

29 de agosto de 2017 y los intereses compuestos definidos en el laudo (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 535(c)–(e)). Bajo ese marco, el rubro central fue el reembolso de lo pagado por Telefónica en ejecución del laudo doméstico, en proporción a su participación accionaria en ColTel (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶. 501). En costas, ordenó a Colombia reembolsar el 70% de los honorarios de abogados reclamados por Telefónica y repartir por mitades los costos del arbitraje (Telefónica vs. Colombia, Laudo 2024 ¶¶. 532–534).

La diferencia es clara, América Móvil se vio limitada por su propio tratado, pudiendo alegar solamente la expropiación y chocó con el requisito estructural de demostrar un derecho existente bajo el derecho interno. En cambio, Telefónica contaba con el estándar independiente de trato justo y equitativo que permitió al tribunal calificar como internacionalmente ilícito el “trato” estatal a la inversión y ordenar una reparación.

6. Relevancia del tratado

Pese a venir de una línea fáctica idéntica, Telefónica y América Móvil terminaron en resultados opuestos por una razón estructural: los estándares de protección disponibles bajo el tratado aplicable, que limitaron directamente la arquitectura del reclamo.

La comparación deja una lección puntual, simple, pero esencial para la práctica del arbitraje de inversión: el tratado es la hoja de ruta para una reclamación. No solo define qué se puede reclamar, sino también qué tan viable es ganar y hasta dónde puede llegar el tribunal al valorar la conducta estatal que se presenta como violatoria del mismo.

Al final, los casos Telefónica y América Móvil muestran algo muy concreto; si la teoría del caso no encaja en el camino que traza el tratado, —en sus estándares, reservas y exclusiones— el resultado no lo marca “la similitud de los hechos” ni la existencia de argumentos sofisticados y persuasivos, sino la estructura misma del marco internacional que ampara —o no— la reclamación.

En la práctica, es común ver inversionistas que tienen una serie de hechos muy parecidos (su ingreso a un país, las medidas que los motivaron, el marco regulatorio bajo el cual realizaron e incluso ampliaron su inversión, incluso la medida o acto que les causó un daño). Sin embargo, es igual de común que aquellos inversionistas no cuenten con el mismo tratado aplicable, por lo tanto, la

¹⁰ Lo anterior, guarda estrecha relación con lo que tribunales arbitrales como *Emmis v. Hungría*, *International Thunderbird v. México*, *EnCana v. Ecuador* y *Vestey v. Venezuela* han establecido: El derecho internacional no presupone la creación de derechos susceptibles de expropiación, estos deben existir justamente en el derecho interno aplicable. Del mismo modo, la buena fe y categorías o doctrinas como el estoppel o las expectativas legítimas no pueden, por sí solas, suplir la ausencia de dicho derecho interno ni funcionar como fuente autónoma de obligaciones.

misma protección, impactando seriamente las probabilidades de éxito a la hora de reclamar una violación de este. El ejercicio de revisar y entender los tratados, por más simple que sea, es siempre más sano cuando se hace de manera preliminar al momento en el que es necesario acudir a un arbitraje de inversiones. Esto evitará tener que dejar a la suerte un caso, confiando exclusivamente en la invención de un reclamo, que, aunque persuasivo, esté llamado a caer ante un tribunal.

Lista de referencias

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones. (2005). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/801/download>

América Móvil S.A.B. de C.V. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB(AF)/16/5. (2021, May 7). Final Award. <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/es-america-movil-s-a-b-de-c-v-v-republic-of-colombia-laudo-friday-7th-may-2021>

Constitución Política de Colombia. (1991).

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-403 de 2010* (M. P. María Victoria Calle Correa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-403-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-555 de 2013* (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-555-13.htm>

Decreto 741 de 1993. (1993). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1458>

Decreto 2044 de 2013. (2013). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=54811>

Emmis International Holding, B.V., EMMIS Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2. (2014). Final Award.

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481 (UNCITRAL). (2006). Final Award.

International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, UNCITRAL. (2006). Final Award.

Ley 37 de 1993. (1993). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=290>

Ley 72 de 1989. (1989). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10003>

Ley 80 de 1993. (1993). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

Ley 422 de 1998. (1998). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6883>

Ley 1341 de 2009. (2009). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36913>

Metalpar S.A. & Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5. (2006, April 27). Decision on Jurisdiction.

SAUR International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/4. (2006, February 27). Decision on Objections to Jurisdiction.

Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/04/7. (2010, December 10). Decision on the Application for Annulment.

Telefónica S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/3. (2024, November 12). Final Award. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182444.pdf>

Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela. (1994). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2432/download>

Tribunal de Arbitramento MinTIC – Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. (Comcel S.A.). (2017, July 25). *Laudo arbitral*. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/d2acb830-5bd5-4cc0-baae-4c5bcaa107d5>

Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/06/4. (2016). Final Award.