

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
(MECANISMO COMPLEMENTARIO)
Washington, D.C.**

En el procedimiento de arbitraje entre

América Móvil S.A.B. de C.V.

Demandante

y

República de Colombia

Demandada

Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5

OPINIÓN DISIDENTE

José A. Martínez de Hoz (Co-Árbitro)

Miembros del Tribunal

Sr. José A. Martínez de Hoz, Co-Árbitro
Dr. Rodrigo Oreamuno, Árbitro
Prof. Luca G. Radicati di Brozolo, Presidente

Asistente del Tribunal

Sr. Emilio Bettoni

Secretaria del Tribunal

Sra. Celeste Estefanía Salinas Quero

Fecha de envío a las Partes: 7 de mayo de 2021

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA CUESTIÓN RELATIVA A LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA NO REVERSIÓN	4
2.1. Hechos relevantes	4
2.2. El rol del derecho internacional.....	9
2.2.1.El derecho interno es un hecho, pero sus consecuencias jurídicas internacionales deben juzgarse a la luz del derecho internacional	9
2.2.2.El Tribunal no actúa como tribunal de apelación por recurrir al derecho internacional para impedir una violación al Tratado	12
3. LA CUESTIÓN RELATIVA A SI DECISIONES JUDICIALES PUEDEN CONSTITUIR ACTOS EXPROPIATORIOS	13
4. LA CUESTIÓN RELATIVA A SI LA SENTENCIA C-555 Y LA RESOLUCIÓN 598 SON EXPROPIATORIOS	17
4.1. El Derecho a la no Reversión	17
4.2. La significación jurídica e implicancias de la declaración de inconstitucionalidad por la Sentencia C-555 del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68 (4) de la Ley 1341	18
4.3. La cuestión relativa a si la Sentencia C-555 y la Resolución 598 califican como actos expropiatorios	19
4.3.1.La Sentencia C-555 y la Resolución 598 privaron efectivamente a Comcel de un derecho sustantivo	19
4.3.2.Conclusión.....	26
5. COSTAS	27

1. INTRODUCCIÓN

1. Coincido con las conclusiones del Laudo Arbitral dictado por el Tribunal en este procedimiento (el “**Laudo**”) en lo referido a la decisión sobre las cuatro objeciones jurisdiccionales planteadas por Colombia (Sección V del Laudo). También coincido con las conclusiones del Tribunal vertidas en la Sección VI A del Laudo en el sentido que la reversión de los activos asociados a las tres Concesiones de Comcel puede calificar como una expropiación ilícita a la luz del derecho internacional aun cuando no hubiera afectado en su totalidad la inversión de Comcel.⁶¹⁸
2. También coincido en que la determinación de si existe o no un derecho de Comcel a la no reversión de los activos físicos⁶¹⁹ a la fecha de terminación de sus tres Contratos de Concesión de telefonía celular, sin pago de compensación al Estado colombiano (“**Derecho a la no Reversión**”), constituye una condición previa y necesaria para que pueda prosperar el reclamo de expropiación de la Demandante, sujeto al cumplimiento de otras condiciones para que dicho reclamo pueda ser exitoso.
3. No obstante, con todo respeto, disiento con mis distinguidos colegas en relación al tratamiento de varias cuestiones relevantes para la decisión de la controversia.
4. En particular, por las razones que expongo más adelante, disiento principalmente en relación con tres cuestiones fundamentales:
 - La conclusión del Laudo de que el Derecho a la no Reversión es inexistente conforme al derecho de Colombia;
 - Los límites del derecho interno (en este caso el derecho de Colombia) para definir calificaciones legales relevantes para el derecho internacional, y la significación de éste para determinar si en el caso tuvo lugar una expropiación del Derecho a la no Reversión y de los Activos a los fines del Tratado.
 - Si la Sentencia 555 de la Corte Constitucional de Colombia (la “**Corte Constitucional**” o la “**CC**”) que la Demandante identifica como acto expropiatorio constituye una expropiación del Derecho a la no Reversión y de los Activos.⁶²⁰
5. A continuación, explico mis posiciones sobre las tres cuestiones y luego expongo mis conclusiones finales sobre el caso

⁶¹⁸ Salvo definición expresa en contrario contenida en esta opinión disidente, los términos en mayúscula tienen el mismo significado que los términos definidos en el Laudo.

⁶¹⁹ La referencia a “activos físicos” de los Contratos de Concesión de Comcel debe entenderse como aquellos activos y bienes diferentes a las frecuencias radioeléctricas que en el Laudo son definidos como “Activos”.

⁶²⁰ La Demandante identifica a la Sentencia C-555 como el acto expropiatorio contra el cual reclama. (EPA Demandante ¶ 5, 69 y siguientes).

2. LA CUESTIÓN RELATIVA A LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA NO REVERSIÓN

2.1. HECHOS RELEVANTES

6. El Laudo concluye en base a las razones expuestas en la Sección VI C y D que el Derecho a la no Reversión es inexistente conforme al derecho colombiano. A fin de evitar repeticiones innecesarias me remito a las consideraciones de la mayoría del Tribunal allí expuestas.
7. Las conclusiones de mis colegas sobre la existencia o no del Derecho a la no Reversión se fundan en las siguientes premisas fundamentales que adopta el Laudo: (i) el reenvío (*renvoi*) del derecho internacional al derecho nacional para determinar la existencia de derechos sujetos a expropiación; (ii) la obligación consiguiente del Tribunal de interpretar dicha cuestión a la luz del derecho colombiano como lo haría un juez nacional; (iii) la obligación del Tribunal de aceptar la decisión de los jueces nacionales cuando éstos ya se han pronunciado sobre la materia no pudiendo actuar como un tribunal de apelación; (iv) la posibilidad de desviarse de las decisiones de los jueces domésticos exclusivamente en situaciones en que dichas sentencias violan claramente una regla de derecho internacional o están viciadas por denegación de justicia o aún más excepcionalmente desde el punto de vista del resultado sustancial; y (v) la imposibilidad del Tribunal de apartarse de la decisión de los jueces domésticos por el simple hecho que la sentencia nacional hubiera sido impugnada como una medida presuntamente expropiatoria.⁶²¹
8. Volveré más adelante sobre el rol del derecho internacional y el derecho doméstico para resolver la controversia en este caso. No discrepo con el rol preponderante que corresponde reconocer al derecho nacional para establecer la creación o existencia de derechos (incluyendo derechos contractuales como el Derecho a la no Reversión) y su alcance. Sin embargo, mi análisis de la Sentencia C-555, me conduce a una conclusión diferente a la de mis colegas en el Tribunal.
9. Por una parte, la Sentencia C-555 reconoce como un hecho que el artículo 68(4) de la Ley 1341 se aplica a los contratos de concesión de telefonía celular existentes (*“la expresión ‘al momento de la entrada en vigencia de la presente ley’ da pie para entender que el vigor de la ley cubre las concesiones ... en curso, con lo cual, en tales figuras jurídicas no tendría lugar la reversión de bienes afectos al servicio, aunque estuviese pactada”*).⁶²²
10. Por otro lado, refiriéndose al artículo 68(4) de la Ley 1341⁶²³ sobre el que volveré más adelante, la Sentencia C-555 también reconoce que la ley puede modificar contratos (en relación al

⁶²¹ Laudo ¶ 365.

⁶²² Sentencia C-555/13 del 22 de agosto de 2013, **D-0033 bis** (“**Sentencia C-555**”), página 73.

⁶²³ Ley 1341 de 2009, publicada el 30 de julio de 2009, **D-0030**. Artículo 68(4): *“En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la*

Derecho a la no Reversión): *“No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión...”*.⁶²⁴ Es decir, la CC reconoce la aptitud de una ley, como la Ley 1341, para modificar cláusulas contractuales como aquellas contenidas en los Contratos de Concesión.

11. No obstante ello, la CC consideró que la interpretación que conduciría a reconocer el Derecho a la no Reversión a los contratos existentes al momento de entrada en vigencia de las Leyes 422 y 1341 es inconstitucional: *“La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia”*,⁶²⁵ y *“los textos legales cuestionados son constitucionales, pero no así su interpretación”*.⁶²⁶ En esencia, la Sentencia C-555 no puso en tela de juicio la existencia del Derecho a la no Reversión sino que solo admitió su constitucionalidad y aplicabilidad respecto de las concesiones futuras.
12. Ello es consistente con la demanda que dio lugar a la Sentencia C-555 presentada por un consejero jurídico de la Contraloría de Colombia, que no planteó la inexistencia del Derecho a la no Reversión sino la inconstitucionalidad de su aplicación a las concesiones de telefonía celular existentes.⁶²⁷
13. La declaración de inconstitucionalidad presupone la *“existencia”* de la norma y del derecho que ella establece. No puede declararse la inconstitucionalidad de una norma inexistente ni de su aplicación a una situación determinada (en el caso, los contratos de concesión existentes) de un derecho que *“no existe”*. En este caso, la CC declaró inconstitucional una interpretación que conducía a la aplicación del Derecho a la no Reversión de los Activos previsto en el artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341 a los Contratos de Concesión existentes al momento del dictado de esta última ley.
14. Varios pasajes de la Sentencia C-555 confirman dicha distinción. Por ejemplo, la CC afirma: *“Si bien es cierto que la reversión tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia...”*.⁶²⁸ En ese párrafo, la CC distingue entre el Derecho a la no Reversión consagrada por el artículo 68(4) de la Ley 1341 (*“...es cierto que la reversión tal y como es regulada en las normas demandadas es en principio constitucional...”*) y su constitucionalidad o inconstitucionalidad cuando es aplicada a contratos existentes a la fecha de entrada en

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.”

⁶²⁴ Sentencia C-555, **D-0033 bis**, página 80.

⁶²⁵ *Id.*, página 79. Ver en sentido concordante en página 77.

⁶²⁶ *Id.*, página 77. Ver también parte resolutive en página 80.

⁶²⁷ Acción Pública de Inconstitucionalidad del 5 de diciembre de 2012, **R-0205**, páginas 1-2; 4-14. Ver también Réplica ¶ 131 y Laudo ¶ 78.

⁶²⁸ Sentencia C-555, **D-0033 bis**, página 78.

vigencia de dicha ley (“...no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia...”). El texto citado conduce a inferir que la CC consideró que el Derecho a la no Reversión existía, pero que, no obstante ello, era inaplicable a los contratos de concesión existentes por razones constitucionales.

15. Esta lectura de la Sentencia C-555 es confirmada por el texto de uno de los pasajes finales donde la CC afirma: “Para esta Corte, permitir la interpretación problemática de las normas acusadas no estaría acorde con las finalidades que la Constitución y la jurisprudencia le han fijado al legislador.”⁶²⁹ De esta cita se desprende que la CC no concluye que el Derecho a la no Reversión es inexistente, sino que considera “problemática” su aplicación (“permitir la interpretación problemática de las normas acusadas”) a los contratos de concesión vigentes.
16. El hecho de que la Sentencia C-555 se refiere a que es inconstitucional la “interpretación” de las normas en cuestión en cuanto aplicables a los contratos de concesión vigentes también implica que la CC considera “existente” la norma y el derecho consiguiente, aunque descarta su aplicación “problemática” a determinadas situaciones.
17. El hecho de que la Sentencia C-555 declare la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341 en relación a los Contratos de Concesión existentes a la fecha de dictado de esta última ley, implica reconocer implícitamente que dichas leyes reconocieron el Derecho a la No Reversión a los titulares de los Contratos de Concesión, pero que la CC considera inaplicable a éstos por las razones que se explican en dicha sentencia.
18. Estas consideraciones son, por otra parte, consistentes con el hecho de que la Sentencia C-555 no contiene referencia o expresión alguna a la “inexistencia” o “nulidad” del artículo 4 de la Ley 422 o del artículo 68(4) de la Ley 1341 ni del Derecho a la no Reversión.
19. Por ello, con independencia del análisis ulterior que corresponda efectuar de las implicancias de este hecho (comparto la apreciación de mis colegas que, para el análisis del Tribunal, el derecho interno constituye un hecho), entiendo que las circunstancias expuestas no permiten concluir que la Sentencia C-555 haya determinado que el Derecho a la no Reversión es inexistente.
20. Esta conclusión no parte de una premisa vacía o autónoma sino de la existencia de dos normas legislativas que expresamente reconocieron el Derecho a la no Reversión, como fueron el artículo 4 de la Ley 422⁶³⁰ y el artículo 68(4) de la Ley 1341.⁶³¹ Para así concluir no es necesario analizar si dichas leyes interpretaron normas previas o establecieron *ex novo* el Derecho a la no

⁶²⁹ *Id.*, página 79.

⁶³⁰ Ley 422 del 13 de enero de 1998, publicada en el Diario Oficial de Colombia No. 43.216 el 16 de enero de 1998; **D-0011**. El artículo 4 dispone: “En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

⁶³¹ Ver nota al pie 6.

Reversión. Al menos, a más tardar con el dictado de la Ley 1341, el legislador colombiano estableció la existencia de ese derecho, máxime cuando, como vimos, la CC admitió la posibilidad de que el Congreso modificara por ley los Contratos de Concesión, incluyendo la Cláusula de Reversión.⁶³²

21. El texto y contexto de las leyes colombianas son hechos relevantes que pueden y deben considerarse, sin por ello entrar en un análisis jurídico del derecho interno colombiano. Por ejemplo:

(i) El artículo 4 de la Ley 422 establece: *“En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”*.⁶³³ (El subrayado es añadido).

(ii) El artículo 68 de la Ley 1341, en particular su párrafo (4), excluye de la obligación de reversión de activos a todas las concesiones existentes a la fecha del dictado de la ley.⁶³⁴ En contra de lo que afirma Colombia,⁶³⁵ el texto de dicha norma no limita la exclusión de la reversión a los “nuevos” contratos que se firmaban como consecuencia de la terminación de los contratos que dejaban al anterior régimen. Más allá de las interpretaciones o análisis jurídicos que puedan hacerse de la norma, es un hecho que el texto legal no distingue situaciones; sólo se refiere a las concesiones *“al momento de la entrada en vigencia de la presente ley”*.

(iii) La literalidad del texto legal citado es consistente con el hecho que la Ley 1341 eliminaba hacia el futuro el régimen de concesiones.⁶³⁶ En ese contexto, como se verá más adelante, no parece tener sentido que el artículo 68(4) solo aplicará a nuevas concesiones como argumenta Colombia.

(iv) La solución legal establecida por el artículo 68 de la Ley 1341 también es consistente con el hecho que los otros servicios de comunicaciones (telefonía básica, telefonía móvil rural) ya excluían la reversión de los activos.⁶³⁷

⁶³² Sentencia C-555, **D-0033 bis**, página 80.

⁶³³ Ley 422 del 13 de enero de 1998, publicada en el Diario Oficial de Colombia No. 43.216 el 16 de enero de 1998, **D-0011**.

⁶³⁴ Ver nota al pie 6.

⁶³⁵ Dúplica Demandada ¶ 133.

⁶³⁶ Ver, Sentencia de la CC C-403 del 27 de mayo de 2010, **D-0032**, páginas 104-111; y Declaración Bautista Quintero ¶ 29; y Segunda Declaración Testimonial de Pardo Hasche (“**Declaración Pardo Hasche 2**”) ¶ 26 y 28. Ver también, Réplica ¶ 27, 55 y 63; y EPA Demandante ¶ 34.

⁶³⁷ Ver, por ejemplo, Declaración Pardo Hasche 2 ¶ 12.

- (v) La referida solución legal que limita la reversión al espectro radioeléctrico, excluyendo los demás activos, es también consistente con la finalidad que, según Colombia, inspira en general la obligación de reversión de los activos físicos a la finalización de una concesión de un servicio público: asegurar la continuidad del servicio.⁶³⁸
22. A estos antecedentes se agregan los numerosos reconocimientos a la existencia del Derecho de no Reversión por parte de diversos representantes del Estado colombiano durante un período de aproximadamente 15 años que identifica la Demandante.⁶³⁹
23. La Demandada discrepa acerca de la significación que la Demandante asigna a los hechos que éste identifica como reconocimientos de Estado colombiano al Derecho de no Reversión.⁶⁴⁰ Sin perjuicio de la significación que se asigne a dichos hechos, no es posible ignorar su existencia y que, aún si hipotéticamente se los ignorara, el resultado sería el mismo porque, como hemos visto, las Leyes 422 y 1341, así como la Sentencia C-555, reconocen la existencia del Derecho a la no Reversión.
24. Habiéndose determinado la existencia del Derecho a la no Reversión en base a las consideraciones precedentes, la cuestión a decidir es si la Sentencia C-555 y la Resolución del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N°598 (“**Resolución 598**”)⁶⁴¹ que exigió a Comcel un pago por la continuidad y uso de los Activos, constituyeron una expropiación del Derecho a la No Reversión, en violación al artículo 17-08 del Tratado, aun cuando hipotéticamente pudo haber sido dictada de conformidad con el derecho de Colombia.

⁶³⁸ La necesidad de revertir activos físicos para asegurar la continuidad de un servicio público se verifica claramente en casos como concesiones de redes de distribución de gas o electricidad o servicios cloacales, pero esa lógica elemental no parece aplicar al caso de la telefonía celular. En el caso, la obligación de reversión de activos por parte de Comcel fue transformada en un derecho de uso y explotación de esos activos contra el pago de una contraprestación económica por el uso de tales activos a través de la Resolución 598. Ver Resolución 598. **D-0035** artículo 27; ¶ 169-172 y 173 Contestación Demandada y ¶ 135-139; 140-146; 238-240 de la Réplica.

⁶³⁹ Declaración Pardo Hasche 2 ¶ 16, 19, 20 y siguientes. Ver también ejemplos de reconocimientos al Derecho de no Reversión enumerados en la Réplica ¶ 219; 237; 276 y 298; 67(d); 83(c), (d) y (e); 87; 109 y 113-114. Ver recopilación de los reconocimientos al Derecho a la no Reversión invocados por la Demandante en ¶ 237 del Laudo.

⁶⁴⁰ Ver, por ejemplo, Dúplica ¶ 494 y siguientes; y el Laudo Doméstico del 25 de julio de 2017, **D-0124** páginas. 125 y siguientes. El Laudo Doméstico no desconoce el hecho de las manifestaciones realizadas por abogados del Estado de Colombia, pero sostiene que se trata de una manifestación unilateral de la apoderada de la Nación (Laudo Doméstico, página 127).

⁶⁴¹ Resolución del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic 598) del 27 de marzo de 2014, **D-0035**.

2.2. EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL

2.2.1. El derecho interno es un hecho, pero sus consecuencias jurídicas internacionales deben juzgarse a la luz del derecho internacional

25. No está en discusión entre las Partes que el derecho interno constituye un “hecho” relevante a ser considerado por el Tribunal.⁶⁴² En este sentido, tanto el reconocimiento y/o creación del Derecho a la no Reversión por las Leyes 422 y 1341, como la Sentencia C-555 y la declaración de inconstitucionalidad que efectuó respecto del alcance de la aplicación del artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341, son también hechos.
26. Pero el derecho internacional tiene un rol que el Tribunal, en mi opinión, no puede dejar de lado, consistente en establecer las consecuencias jurídicas internacionales que esos “hechos” tienen a los fines del Tratado, incluyendo si la Sentencia C-555 tuvo o no naturaleza expropiatoria.
27. No se trata de negar la relevancia del derecho interno como hecho, ni de negar la deferencia que los tribunales arbitrales internacionales deben efectuar como principio general a las decisiones de los tribunales estatales sobre cuestiones de derecho interno, sino de reconocer límites a ese reenvío cuando la calificación que efectúa el derecho interno conduce a una violación del tratado de inversión, con independencia de la licitud o ilicitud de la medida en cuestión a la luz del derecho doméstico.
28. Este criterio es consistente con lo dispuesto por el artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado que establece que:

*“La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.”*⁶⁴³

29. En este punto discrepo con mis colegas en el Tribunal, quienes sostienen que dicho artículo no aplica al caso porque en este caso “Colombia no recurrió a su derecho doméstico a fin de calificar como lícito bajo el derecho internacional un comportamiento supuestamente violatorio de ese derecho (la expropiación alegada por América Móvil), sino a fin de establecer la existencia del objeto de la supuesta expropiación, a saber, el Derecho a la No Reversión”.⁶⁴⁴

⁶⁴² Ver, por ejemplo, MdC, Sección III.A; y Réplica ¶ 206.

⁶⁴³ Ver Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional 2001, **DL-0035**.

⁶⁴⁴ Laudo ¶ 418.

30. El reenvío que el derecho internacional efectúa al derecho colombiano para determinar la existencia de un derecho susceptible de expropiación que citan mis colegas en el Tribunal⁶⁴⁵ no subsana, en mi opinión, la conducta de Colombia a la luz del citado artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado. Es que en este caso Colombia sí recurrió a su derecho doméstico (la Sentencia C-555 es un “hecho” para el derecho internacional pero forma parte del “derecho” interno de Colombia) para desconocer el Derecho a la no Reversión reconocido o establecido por leyes del Congreso, y que es el objeto mismo de la expropiación reclamada por el Demandante. El hecho de que dicha sentencia pueda considerarse lícita en Colombia y de que el MinTic se haya basado en ella para luego dictar la Resolución 598, no puede ni debe impedir el análisis de si dichos hechos constituyen una violación del Tratado. De lo contrario, los estados podrían a través de su propio accionar, influir en la calificación de su conducta como ilícita bajo el derecho internacional.
31. En la misma línea que el citado artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone en su artículo 27:
- “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*⁶⁴⁶
32. El mismo principio es seguido por una larga serie de laudos internacionales que menciono más abajo, y que, no obstante los diferentes contextos en los que fueron dictados, tienen como elemento común no admitir que el derecho interno derogue o desplace el derecho internacional cuando su consecuencia fuera la violación de un estándar internacional, incluyendo los estándares de protección de un tratado de inversión.
33. Esto es particularmente relevante, cuando se trata de determinar la licitud o ilicitud internacional del acto estatal que es cuestionado como violatorio de un tratado de protección de inversiones porque resultaría contrario a su finalidad que el estado receptor de la inversión pueda auto liberarse de responsabilidad. Lo mismo ocurre cuando una conducta estatal que es violatoria de un tratado de esa naturaleza, como sería el desconocimiento de un derecho, es dotada de un manto de legalidad bajo el derecho interno.

⁶⁴⁵ Laudo ¶ 421.

⁶⁴⁶ Ver Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, **DL-0111**.

34. Ambas partes han citado en sus respectivos escritos posteriores a la audiencia (EPA Demandante ¶ 50-55⁶⁴⁷ y EPA Demandada ¶ 27-29 y 40-46)⁶⁴⁸ y en sus respectivos escritos de Réplica (¶ 205-206; 210 y siguientes; y 228 y siguientes)⁶⁴⁹ y Duplica Demandada (¶ 321-322 y 546-547)⁶⁵⁰ numerosos laudos internacionales en apoyo a sus respectivas posiciones sobre esta cuestión, a veces con puntos de vista diferentes sobre la significación y alcance de dichos laudos. No es mi intención analizar aquí en detalle dichos laudos que ya fueron objeto de detalladas consideraciones por las Partes en sus respectivas presentaciones escritas. No obstante, en relación con mis conclusiones sobre la cuestión del rol del derecho internacional respecto del derecho interno, resultan pertinentes las siguientes consideraciones.
35. Si bien es cierto que algunos de esos laudos arbitrales internacionales refieren a situaciones en las que se debatía una violación de expectativas legítimas y no una expropiación, o no estaba en discusión la existencia de un derecho o propiedad expropiable, dichos laudos tienen un elemento común relevante, a pesar de los diferentes contextos de los casos en que fueron dictados. El elemento común es que, no obstante la relevancia del derecho doméstico como hecho y la deferencia que los tribunales arbitrales internacionales deben reconocer a las decisiones judiciales estatales, el derecho internacional establece límites como ocurre cuando los actos estatales violan un tratado o el derecho internacional.

⁶⁴⁷ *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Laudo del 15 de abril de 2016, (Caso CIADI No. ARB/06/4), (“*Vestey*”), **DL-0074**, ¶ 253-254; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de julio de 2007, (Caso CIADI No. ARB/05/18), (“*Kardassopoulos*”), **DL-0049**, ¶ 194; *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Laudo del 29 de junio de 2012, (Caso CIADI No. ARB/07/23), (“*RDC*”), **DL-0137**, ¶ 234; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Laudo del 22 de agosto de 2017, (Caso CIADI No. ARB/13/1), (“*Karkey*”), **DL-0150**, ¶ 624 y 628; *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Management Ltd. c. República de Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, **DL-0046**, ¶ 475; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. el Gobierno de Mongolia*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 28 de abril de 2011, (Caso CNUDMI), **DL-0133**, ¶ 606; *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Laudo del 20 de mayo de 1992, (Caso CIADI No. ARB/84/3), (“*SPP*”), **DL-0028**, ¶ 82-83; y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Laudo del 16 de agosto de 2007, (Caso CIADI No. ARB/03/25), **RL-0096**, ¶ 346.

⁶⁴⁸ *Caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Caso CIJ, Opinión Separada del Juez Gaetano Morelli, del 5 de febrero de 1970, **RL-0247**, páginas 234 y 236; *Saar Papier Vertriebs GmbH c. República de Polonia*, Laudo del 16 de octubre de 1995, (Caso CNUDMI), (“*Saar Papier*”), **DL-0029**, ¶ 93(d) y 94; *Shufeldt Claim (Estados Unidos c. Guatemala)*, Laudo del 24 de julio de 1930, (“*Shufeldt Claim*”), **DL-0018**, página 1094; *Kardassopoulos*, **DL-0049**, ¶ 340-349; *Karkey*, **DL-0150**, ¶ 646-647; y *RDC*, **DL-0137**, ¶ 82.

⁶⁴⁹ *Vestey*, **DL-0074**, ¶ 262-254; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft c. República de Hungría*; Laudo del 23 de septiembre de 2010, (Caso CIADI No. ARB/07/22), **DL-0060**, ¶ 7.6.6; *Binder c. República Checa*, Laudo Final (Expurgado) del 15 de julio de 2011, **DL-0135**, ¶ 391; *SPP*, **DL-0028**, ¶ 81-83 y 85.

⁶⁵⁰ *Saar Papier*, **DL-0029**, ¶ 22 y 35-40; *Metalclad Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 30 de agosto de 2002, (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1), **DL-0033**, ¶ 28-69; *Biloune y Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre y República de Ghana*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 27 de octubre de 1989, **DL-0027**, páginas 187-189 y 202-207; *SPP*, **DL-0028**, ¶ 82, 160-172, 112 y 132; *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Laudo del 31 de octubre de 2012, (Caso CIADI No. ARB/09/02), **DL-0138**, ¶ 313-347 y 523; *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, Laudo del 3 de marzo de 2010, **DL-0129**, ¶ 340-349; *Shufeldt Claim*, **DL-0018**, página 1094; *Karkey*, **DL-0150**, ¶ 646-647; *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Laudo del 16 de septiembre de 2015, (Caso CIADI No. ARB/06/2), **RL-0100**, ¶ 245; y *Vestey*, **DL-0074**, ¶ 294.

36. La propia Demandada cita⁶⁵¹ un pasaje del caso *Helnan* que expresa con claridad el límite del derecho interno: “[A]n international tribunal must accept the res judicata effect of a decision made by a national court within the legal order where it belongs ..., unless it would be established that the rendering of the Award was made in breach of the Treaty or general international law”.⁶⁵² (El subrayado es añadido).
37. No reconocer el rol del derecho internacional como límite a las calificaciones que pueda efectuar el derecho doméstico conduciría a una especie de *moral hazard* que permitiría a los estados evadir sus obligaciones internacionales mediante la exculpación de sus propias conductas con el simple recurso de determinar su licitud conforme al derecho interno.
38. Esto es particularmente relevante en situaciones como el presente caso, en las que el estado se ampara en la propia medida que es cuestionada como expropiatoria. A diferencia de otros casos, aquí no se está ante un derecho que fue adquirido por vías ilícitas o ilegalidades atribuibles al inversor, sino ante un derecho que el mismo estado reconoció y/o creó a través de su legislación interna, y subsiguientemente reconoció ese derecho a través de actos de sus diversos órganos y sus funcionarios durante largos años, y luego de beneficiarse con las inversiones derivadas de la creación y reconocimiento de ese derecho, el mismo estado desconoce su eficacia o aplicabilidad mediante la utilización de recursos del derecho doméstico, como la declaración de inconstitucionalidad que efectuó la Sentencia C-555 respecto del Derecho de no Reversión.
39. Esta clase de conducta es también contraria al principio del derecho internacional de la buena fe reconocida en múltiples laudos arbitrales,⁶⁵³ y de ser aceptada sin atribución de consecuencias por parte de los tribunales arbitrales, debilitaría sensiblemente la función y finalidad de los tratados de protección de inversiones.
40. Si no se admite que el derecho internacional opere como un límite a la utilización de la Sentencia C-555 (acto cuestionado como expropiatorio) como fundamento de que el Derecho a la no Reversión (derecho alegado como expropiado) es inexistente (pese a que no dice eso), y que, por lo tanto, en línea con ese razonamiento (errado a mi criterio) no habría expropiación posible por ausencia de un derecho expropiable, no se podría resolver nunca el reclamo de expropiación, pues se estaría dentro de un círculo vicioso que impediría el acceso a la justicia.

2.2.2. El Tribunal no actúa como tribunal de apelación por recurrir al derecho internacional para impedir una violación al Tratado

41. No está en discusión que nuestro Tribunal no debe actuar como un tribunal de apelación respecto de decisiones de los tribunales domésticos de Colombia.

⁶⁵¹ EPA Demandada ¶ 45.

⁶⁵² *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Laudo del 3 de julio de 2008, (Caso CIADI No. ARB/05/19), (“*Helnan*”), **RL-0007**, ¶ 125 y 163.

⁶⁵³ Ver laudos internacionales citados en la Réplica ¶ 216 y 217.

42. Sin embargo, en mi opinión, la resolución del caso ante este Tribunal no requiere revisar la interpretación de derecho colombiano y de los Contratos de Concesión que hizo la CC, ni dilucidar si el Derecho a la no Reversión es constitucional o no de acuerdo con el derecho colombiano en relación con su aplicación a los Contratos de Concesión, pues este arbitraje no tiene por objeto determinar si el Derecho a la no Reversión era constitucional o no, o si la CC aplicó correctamente o no el derecho el derecho colombiano.
43. El objeto de este arbitraje es determinar si la Sentencia C-555 y la Resolución 598 dictada como consecuencia de dicha sentencia constituyeron una expropiación del Derecho a la no Reversión, en violación del derecho internacional y el Tratado.

3. LA CUESTIÓN RELATIVA A SI DECISIONES JUDICIALES PUEDEN CONSTITUIR ACTOS EXPROPIATORIOS

44. Existe consenso acerca de que los estados pueden ser responsabilizados internacionalmente por el comportamiento de sus diversos órganos, ya sea que ejerzan funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. El artículo 4.1 de los Artículos de la Responsabilidad del Estado lo dice expresamente: *“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.”* (El subrayado es añadido).⁶⁵⁴
45. En el caso, el Demandante alega la violación de una norma del derecho internacional: el artículo 17-08 del Tratado en materia de expropiación.
46. Para poder determinar si la Demandada incumplió la obligación contenida en dicho artículo, debe determinarse primero el alcance de su obligación. En este sentido, existe consenso en que los tratados internacionales deben interpretarse y aplicarse a la luz de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
47. El artículo 31(1) de la Convención de Viena dispone que un tratado *“deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”*⁶⁵⁵
 - Los términos del artículo 17-08 del Tratado que constituye *lex specialis* para el caso son bastante claros. Prohíbe no sólo la expropiación directa o indirecta, sino también la adopción de medidas equivalentes a una expropiación, salvo que sea: (a) por causa de

654 Ver Artículos de la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2001, **DL-0035**.

655 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 31 (1). Ver **DL-0111**.

utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad; y (d) mediante indemnización.⁶⁵⁶

- El contexto de los términos del Tratado no parece aportar otro elemento tendiente a determinar el alcance de la obligación del Estado en relación con su responsabilidad respecto del accionar de los diversos órganos o autoridades estatales.
 - El objeto y fin del Tratado tampoco parecen aportar otro elemento tendiente a determinar el alcance de la obligación del Estado en relación con dicha cuestión.
 - El artículo 17-08 del Tratado no limita la responsabilidad internacional del Estado por expropiación a los actos de los órganos ejecutivos y legislativos; es decir, no excluye ningún órgano estatal.
48. Ni de los términos, ni del contexto, ni del objeto y fin del Tratado surge el deber de incluir otro estándar como requisito para la configuración de la expropiación cuando el acto provenga de un órgano judicial.
49. Es cierto que existen antecedentes en los que los tribunales arbitrales han exigido la configuración de una denegación de justicia; sin embargo, ello no surge del artículo 17-08 del Tratado y también existen otros laudos arbitrales en los que se ha reconocido que no es necesaria la existencia de una denegación de justicia para la determinación de la existencia de una expropiación.
50. Por ejemplo, en *“Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania,”* el tribunal arbitral dijo:

“278. The Respondent, in its argument against indirect expropriation, takes the view that expropriation must only mean expropriation by GoT executed by way of an act of the legislature and that therefore the actions or omissions of all other arms of the State, whether the judiciary or government linked entities could never be attributable to the GoT. In the first place, nothing in the Tanzanian Constitution supports the suggestion that expropriation could only take place by way of a Tanzanian legislation. In the Tribunal’s view, there is no justification for this limitation. The State is compendious and may act through different agencies which actions are nevertheless attributable to the State because these actions carry out State functions. The acts of the State must necessarily include the acts of organs of State, the executive and judicial arms of the State and any entity given public

⁶⁵⁶ Artículo 17-08 del Tratado: *“Ninguna Parte, salvo por lo dispuesto en el anexo a este artículo, expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptará ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad; y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 4.”*

powers to act on behalf of the State. The Tanzanian Constitution also does not exclude any specific arm of government the judiciary as a possible player in the act of expropriation.

279. The Tribunal does not disagree with the Respondent that the judiciary should not be implicated, or its acts be described as “judicial expropriation” simply because judicial decisions were taken in error or may be considered aberrant. However, judicial decisions that permit the actions or inactions of other branches of the State and which deprive the investor of its, property or property rights, can still amount to expropriation. While denial of justice could in some case result in expropriation, it does not follow that judicial expropriation could only occur if there is denial of justice.” (El subrayado es añadido).⁶⁵⁷

51. Otros laudos internacionales también mencionan la denegación de justicia como una de las posibles hipótesis de su revisión por los tribunales arbitrales internacionales, pero no la única.
52. Por ejemplo, en “*Helnan c. Egipto*” citada en el Laudo,⁶⁵⁸ el tribunal dijo:

“An ICSID Tribunal will not act as an instance to review matters of domestic law in the manner of a court of higher instance. Instead, the Tribunal will accept the findings of local courts as long as no deficiencies, in procedure or substance, are shown in regard to the local proceedings which are of a nature of rendering these deficiencies unacceptable from the viewpoint of international law, such as in the case of denial of justice.”⁶⁵⁹

53. También existen antecedentes en los que los tribunales arbitrales internacionales ponderaron otras cuestiones, como, por ejemplo, la existencia de sentencias judiciales arbitrarias. Sin embargo, del artículo 17-08 del Tratado tampoco surge que la arbitrariedad constituya un requisito para la configuración de una expropiación. Es que no se explica por qué la existencia de arbitrariedad sería necesaria en el caso de decisiones de los órganos judiciales, pero no así de los órganos legislativos y ejecutivos de un estado. De lo contrario, bastaría que las sentencias judiciales domésticas incluyeran consideraciones que dieran apariencia de razonabilidad o fundamentación para así impedir a los tribunales arbitrales internacionales revisar la conformidad de dicha sentencia judicial con el derecho internacional.
54. Pueden presentarse situaciones en las cuales, bajo la apariencia de interpretar derecho local, los tribunales judiciales locales evidencien una conducta contraria al derecho internacional. En

⁶⁵⁷ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. República Unida de Tanzania*, Laudo del 11 de octubre de 2019, (Caso CIADI No. ARB/15/41), ¶ 278-279. Si bien en este caso, el tribunal arbitral determinó la existencia de una denegación de justicia (¶ 353), las consideraciones expuestas en el párrafo ¶ 279 son categóricas en cuanto a que la existencia de una denegación de justicia no es una condición para que una decisión judicial pueda calificar como expropiatoria.

⁶⁵⁸ Ver Laudo ¶ 339.

⁶⁵⁹ *Helnan*, RL-0007, ¶ 105-106.

estas circunstancias, los tribunales arbitrales internacionales tienen margen para limitar su deferencia a los tribunales locales, en tanto no realizan una facultad interpretativa del derecho local, sino comprueban la inconsistencia en la actuación de los tribunales locales con el derecho internacional.

55. La jerarquía del tribunal local no debería cambiar el análisis de fondo, no obstante que exija al tribunal arbitral internacional una actuación más prudente en función de la jerarquía que tenga el tribunal judicial doméstico.
56. Por ejemplo, en casos recientes como “*Karkey c. Pakistán*”, se concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Pakistán constituyó un acto expropiatorio.⁶⁶⁰ El test que aplicó el tribunal no fue uno de denegación de justicia, sino que consideró que ello no era necesario si la sentencia presentaba deficiencias que la tornaban inaceptable para el derecho internacional. Aclaró que deficiencias relacionadas a la sustancia, podrían en determinadas circunstancias constituir una violación al derecho internacional. (¶ 550-551).⁶⁶¹ En el caso, la Corte Suprema de Pakistán había invalidado un contrato y ordenado su terminación. El tribunal arbitral consideró que, a través de la actuación de sus órganos judiciales, ejecutivos y administrativos, Pakistán había privado al demandante de sus derechos contractuales (¶ 641), y que la sentencia de la Corte Suprema había sido arbitraria (¶ 645).
57. El hecho de que exista una denegación de justicia, o la sentencia judicial contenga una arbitrariedad o una deficiencia inaceptable para el derecho internacional no descarta la posibilidad de que exista una expropiación, pero, de acuerdo con el artículo 17-08 del Tratado, no son requisitos indispensables para su configuración.
58. Por ello, es que, en mi opinión, el Tribunal debería analizar si la Sentencia C-555 viola o no el artículo 17-08 del Tratado.
 - Lo único que exige el artículo 17-08 del Tratado es que no se expropie la inversión y que no se adopten medidas equivalentes a una expropiación. Desde esta perspectiva, se debería determinar si el efecto de las medidas adoptadas por los diferentes órganos de Colombia privó al inversionista de su inversión.

⁶⁶⁰ *Karkey*, DL-0150. Decisión unánime de un tribunal constituido por Yves Derains como Presidente, Horacio Grigera Naón y David A.O. Edward.

⁶⁶¹ Ver en ¶ 349 del Laudo la cita en *Karkey* al laudo del caso *Diallo*: “Indeed, in order to decide whether the Tribunal may rely on the Judgment, the Tribunal must analyse whether the Judgment presents deficiencies which are unacceptable from the viewpoint of international law. However, contrary to what is alleged by Pakistan, there is no need that such deficiencies amount to a denial of justice which, as pointed out by the Helnan award on which both parties rely albeit from different points of views, is only one of the possible breaches of international law to be taken into consideration. Deficiencies relating to the substance of the Judgment, in certain circumstances, may amount to a breach of international law. In particular, an international tribunal may decide not to defer to an arbitrary judicial decision which is, as such, incompatible with international law”. (El subrayado es añadido).

- En caso de que se concluya que los órganos del Estado colombiano expropiaron o adoptaron medidas equivalentes a una expropiación, se debería determinar si ese comportamiento estaba justificado; es decir, si existe (a) causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad; y (d) mediante indemnización adecuada.

4. LA CUESTIÓN RELATIVA A SI LA SENTENCIA C-555 Y LA RESOLUCIÓN 598 SON EXPROPIATORIOS

4.1. EL DERECHO A LA NO REVERSIÓN

59. Para determinar si existió, o no, una expropiación o una medida equivalente a una expropiación en el caso, debería comenzar por analizarse si Comcel fue en algún momento titular de un derecho susceptible de ser expropiado.
60. Ello implica, como primer paso, determinar si de acuerdo al derecho colombiano, particularmente, las Leyes 442 y 1341, Comcel adquirió un derecho a no revertir los activos físicos asociados a sus Contratos de Concesión; es decir, si ese Derecho a la no Reversión tuvo existencia como tal.
61. En la sección 2.1 *supra* analicé esta cuestión para concluir que el artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341, reconocieron y/o crearon para Comcel como concesionario de telefonía celular el mencionado Derecho a la no Reversión de los Activos.
62. Como expliqué en dicha sección 2.1, aun cuando la Sentencia C-555 declaró la inconstitucionalidad de dichas disposiciones legales respecto a la aplicación del Derecho a la no Reversión a las concesiones de telefonía celular existentes a la fecha de entrada en vigencia de las Leyes 422 y 1341 (los que incluían los Contratos de Concesión de Comcel), dicha sentencia reconoció que la ley podía modificar los contratos a los fines de incluir el Derecho a la no Reversión: *“No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión...”*.⁶⁶²
63. Como también expliqué, la Sentencia C-555 declaró la inconstitucionalidad de las dos normas citadas en relación a su aplicación a las concesiones existentes: *“La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia”*,⁶⁶³ y *“los textos legales cuestionados son constitucionales, pero, no así una interpretación...”*.⁶⁶⁴

⁶⁶² Sentencia C-555, D-0033 bis, página 80.

⁶⁶³ Id, página 79. En sentido concordante ver páginas 77 y 78.

⁶⁶⁴ Id, página 77.

64. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad de ambas normas respecto de las concesiones existentes no implicó desconocer la existencia de las disposiciones legales ni del Derecho a la no Reversión que consagraban, sino su inaplicabilidad según el derecho colombiano a los contratos de concesión existentes porque, en opinión de la CC, la aplicación del Derecho de no Reversión a contratos existentes contravenía ciertas normas y principios constitucionales de Colombia.⁶⁶⁵
65. El punto central respecto de la existencia del Derecho de no Reversión lo constituyen las normas legales que reconocieron y/o crearon ese derecho, específicamente el artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341. Como vimos, la propia CC reconoció expresamente en la Sentencia C-555 que las leyes podían modificar los contratos de concesión, incluyendo la cláusula de reversión.
66. Además, como se ha visto, la Demandante identificó una serie de actos estatales y de funcionarios de Colombia que reconocieron la existencia del Derecho de no Reversión a lo largo de un período de 15 años,⁶⁶⁶ y que con independencia del debate entre las Partes respecto de su significación, crean un contexto tendiente a reforzar la existencia del Derecho a la no Reversión creado por las normas legales.

4.2. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA E IMPLICANCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA SENTENCIA C-555 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 422 Y DEL ARTÍCULO 68(4) DE LA LEY 1341

67. No obstante reconocer la constitucionalidad en general del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68(4) de la Ley 1341, la CC consideró en la Sentencia C-555 que su aplicación al caso devino inconstitucional respecto a los contratos de concesión de telefonía celular existentes, como los Contratos de Concesión de Comcel.⁶⁶⁷
68. Corresponde pues ahora determinar la significación jurídica de la mencionada declaración de inconstitucionalidad, en especial respecto de la violación al artículo 17-08 del Tratado reclamada por la Demandante.
69. Como expliqué, dicha declaración de inconstitucionalidad no significó que la CC desconociera la existencia de las normas citadas y del Derecho a la no Reversión por ellas establecidas, sino su inaplicabilidad respecto de las concesiones existentes que vencían.
70. En los hechos, ello implicó desconocer a los titulares de concesiones de telefonía celular en curso, es decir existentes, como las de Comcel, un derecho que había sido reconocido y/o

⁶⁶⁵ Id, en especial, páginas 72 y siguientes.

⁶⁶⁶ Declaración de Pardo Hasche 2 ¶ 16, 19, 22 y siguientes. Ver también ejemplos de reconocimientos al derecho de no reversión enumerados en la Réplica ¶ 219; 237; 276 y 298; 67(d); 83(c), (d) y (e); 87; 109 y 113-114. Ver también antecedentes citados en ¶ 237 del Laudo.

⁶⁶⁷ “La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia”. Sentencia C-555, **D-0033 bis**, página 79.

creado por las normas citadas, y reconocido durante 15 años por funcionarios estatales y legisladores y por una sentencia anterior de la Corte Constitucional en el año 2010.⁶⁶⁸ Sobre esta última cuestión volveré más adelante.

71. Como consecuencia de la Sentencia C-555, que concluyó que los Activos debían revertir al Estado colombiano,⁶⁶⁹ el MinTic dictó la Resolución 598 por la cual confirió a Comcel un derecho de uso y explotación de los activos cuya reversión se exigía, contra el pago de una compensación económica.⁶⁷⁰ Esta exigencia del MinTic y la falta de acuerdo entre éste y Comcel sobre el monto a pagar, dio lugar al denominado Arbitraje Doméstico iniciado por el MinTic en el cual éste exigió la reversión de los Activos, o en su defecto el pago por Comcel de una compensación económica. El Tribunal del Arbitraje Doméstico resolvió que la reversión física de los bienes no era posible sin afectar la continuidad del servicio, y por ello condenó a Comcel al pago del equivalente USD 1.075 millones.⁶⁷¹

4.3. LA CUESTIÓN RELATIVA A SI LA SENTENCIA C-555 Y LA RESOLUCIÓN 598 CALIFICAN COMO ACTOS EXPROPIATORIOS

4.3.1. La Sentencia C-555 y la Resolución 598 privaron efectivamente a Comcel de un derecho sustantivo

72. El siguiente paso en el análisis consiste en determinar si la Sentencia C-555 constituyó por sí misma, o conjuntamente con la Resolución 598, una expropiación o una medida equivalente a una expropiación a los fines del artículo 17-08 del Tratado.
73. Para ello, debe determinarse si mediante dichos actos Colombia privó a Comcel de un derecho sustantivo y, en caso afirmativo, si ello constituyó una expropiación ilegal a los efectos del artículo 17-08 del Tratado.
74. En mi opinión, en este caso existió una medida equivalente a una expropiación que consistió en el “*taking*” por el Estado colombiano de derechos contractuales y activos (i) inicialmente, a través de la Sentencia C-555, del Derecho a la no Reversión de los Activos que era un derecho sustantivo inseparable de los Contratos de Concesión por su naturaleza e implicancias; y que (ii) luego se tradujo en la privación a Comcel de una suma equivalente a aproximadamente USD 1.075 millones como consecuencia de la exigencia del pago por el uso de los Activos (protegidos por el Derecho a la no Reversión luego desconocida por la Sentencia

⁶⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-403/10 del 27 de mayo de 2010, **D-0032**.

⁶⁶⁹ Sentencia C-555, **D-0033 bis**, páginas 77, 79 y 80.

⁶⁷⁰ Resolución 598, artículo 27, **D-0035**. Ver también MdC ¶ 169 y siguientes.

⁶⁷¹ Ver MdC ¶ 182-207; Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitramento en el proceso arbitral convocado por el MinTic contra Comcel y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. del 25 de julio de 2017, (“**Laudo Doméstico**”), **D-0124**.

C-555) impuesta por el MinTic a través de la Resolución 598 y determinada subsiguientemente por el Laudo Doméstico.⁶⁷²

75. El Laudo Doméstico se dictó en el Arbitraje Doméstico iniciado por el MinTic por el cual éste exigió la reversión de la totalidad de los Activos; y subsidiariamente de no ser posible esa reversión de activos sin afectar la continuidad del servicio público, requirió una compensación económica por esos bienes.⁶⁷³
76. Colombia objetó que el desconocimiento del Derecho a la no Reversión pudiera calificar como expropiatorio, entre otras consideraciones, porque afectaba solo un derecho contractual, una parte de los bienes utilizados por Comcel, y no la inversión en su totalidad a punto de volverla inviable.⁶⁷⁴
77. Sin embargo, la expropiación de derechos contractuales específicos es admitida como una variable de expropiación. Por ejemplo, en “*Eureko c. Polonia*”, el tribunal arbitral sostuvo:

“241. *There is an amplitude of authority for the proposition that when a State deprives an investor of the benefit of its contractual rights, directly or indirectly, it may be tantamount to a deprivation in violation of the type of provision contained in Article 5 of the Treaty. The deprivation of contractual rights may be expropriatory in substance and in effect.*

242. Furthermore, the measures taken by the RoP in refusing to conduct the IPO are clearly discriminatory.... That discriminatory conduct by the Polish Government is blunt violation of the expectations of the Parties in concluding the SPA and the First Addendum.

243. For the above stated reasons, the Tribunal finds that the RoP has breached Article 5 of the Treaty.” (El subrayado es añadido).⁶⁷⁵

78. En “*Middle East Cement c. Egipto*”, el tribunal arbitral concluyó:

“107. As also Respondent concedes that, at least for a period of 4 months, Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is

⁶⁷² Ver Laudo Doméstico, **D-0124**, páginas 1; 5-6; 238 y siguientes y 262.

⁶⁷³ Ver Solicitud de Convocatoria para la Integración e Instalación de un Tribunal de Arbitramento y Demanda Arbitral, del 16 de febrero de 2016, **D-0036**, páginas 2 a 4. Ver también Laudo Doméstico, **D-0124**, páginas 1; 3-4; 5-6; 29 (Hecho 78); 40-42; 77 y siguientes; y 91 y siguientes.

⁶⁷⁴ Duplica Demandada ¶ 444-448; y EPA Demandada ¶ 15.

⁶⁷⁵ *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, (Caso CNUDMI), **DL-0044**, ¶ 241-243. La disputa se originó en la privatización por el Estado polaco de una empresa estatal de seguros. El inversionista ganó la licitación y firmaron un contrato de venta de acciones por el 30% del paquete accionario, teniendo el inversor una opción para adquirir un 21% adicional. Al tiempo aparecieron ciertos conflictos. El Estado polaco finalmente rehusó venderle un 21% adicional de las acciones, como se había comprometido.

no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place. When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment, the measures are often referred to as a 'creeping' or 'indirect' expropriation or, as in the BIT, as measures 'the effect of which is tantamount to expropriation.' As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment. This is the case here, and, therefore, it is the Tribunal's view that such a taking amounted to an expropriation within the meaning of Art. 4 of the BIT and that, accordingly, Respondent is liable to pay compensation therefor. In order to determine the amount of such compensation, the Tribunal has to determine the 'market value' of the investment affected. (BIT Art. 4.c); see supra paragraph 104)." (El subrayado es añadido).⁶⁷⁶

79. En palabras de Dolzer y Schreuer:

"The taking away or destruction of rights acquired, transmitted, and defined by a contract is as much a wrong, entitling the sufferer to redress, as the taking away or destruction of tangible property.' This principle, stated in 1903 by a member of the US-Venezuela Mixed Claims Commission in the Rudloff case, was followed in 1922 by the Permanent Court of Arbitration in the Norwegian Shipowners case and also by the PCIJ in 1926 in the Chorzów Factory case. Cases cited in investment arbitrations and by the Iran-US Claims Tribunal have confirmed this position."⁶⁷⁷

80. Colombia también sostuvo que la afectación del Derecho a la no Reversión, así como el pago de la compensación exigida por el MinTic, no afectó significativamente la rentabilidad de Comcel.⁶⁷⁸

81. La Sentencia C-555 no contiene un mero cambio de interpretación legal, sino que, por vía de desconocer el Derecho a la no Reversión, alteró sustancialmente el marco legal aplicable a la inversión. De hecho, eliminó el régimen de reversión de Activos que no puede calificarse como un aspecto secundario o accesorio de los Contratos de Concesión, pues impacta directa y significativamente sobre las obligaciones del concesionario a la terminación de las

⁶⁷⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Laudo Final del 12 de abril de 2002, (Caso CIADI No. ARB/99/6), **DL-0037**, ¶ 107. Egipto había otorgado una licencia por 10 años para importar y almacenar cemento. El demandante, en ese caso, sostuvo que el Estado le revocó de facto la licencia, mediante el dictado de un decreto y la conducta subsiguiente del Estado. El tribunal arbitral consideró expropiatorio la revocación de la licencia.

⁶⁷⁷ Dolzer, R. & Schreuer, C. (2012), "Principles of International Investment Law", **DL-0062**, páginas 126-127.

⁶⁷⁸ Dúplica ¶ 283-297.

concesiones y sobre su ecuación económica financiera con independencia de las discusiones sobre la magnitud de dicho impacto.⁶⁷⁹

82. El desconocimiento del Derecho a la no Reversión por la Sentencia C-555, resultó en una privación sustancial que se materializó con la obligación impuesta a Comcel por el MinTic y su efectivo cumplimiento mediante el pago por éste de la mencionada suma equivalente a aproximadamente USD 1.075 millones. Esta realidad, relativiza en los hechos, los argumentos de Colombia sobre el carácter “*abstracto*” del control de constitucionalidad que realizó la CC mediante la Sentencia C-555, y que ésta no se habría pronunciado “*concretamente*” sobre los contratos de concesión de telefonía celular o la cláusula de reversión.⁶⁸⁰
83. Aun cuando se admitiese la posición de Colombia de que las expectativas legítimas no son relevantes para determinar la existencia de una expropiación,⁶⁸¹ la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68(4) de la Ley 1341 por la Sentencia C-555 implicó desconocer un derecho de Comcel y no una mera expectativa. Al decidir la inconstitucionalidad de dichas normas, la Sentencia C-555 negó la aplicación de ese Derecho de no Reversión a los Contratos de Concesión la concesión de Comcel.
84. El contenido económico de ese derecho es indudable pues la referida declaración de inconstitucionalidad derivó en la imposición a Comcel por el MinTic, a través de la Resolución 598, de una obligación de pago de una compensación por el uso y explotación de los Activos que las citadas leyes excluían de la reversión. Esa compensación fue fijada en una suma equivalente a aproximadamente USD 1.075 millones por el Laudo Doméstico que se sustentó en la Sentencia C-555.⁶⁸² El proceso arbitral en el cual se dictó el Laudo Doméstico fue una derivación de la Resolución 598 dictada como consecuencia de la Sentencia C-555.⁶⁸³
85. Además de las consideraciones *ut supra*, los argumentos de la Demandada sobre esta cuestión han sido refutadas por las consideraciones expuestas en la Sección VI A del Laudo al que remito por razones de brevedad.
86. Por todas las razones antecedentes, las alegaciones del Demandante acerca del desconocimiento por parte de Colombia de las expectativas legítimas creadas por las citadas leyes y la práctica administrativa durante más de 15 años, que evidenciarían una conducta oportunista del Estado colombiano en los umbrales del vencimiento de las concesiones de Comcel, solo constituirían, en todo caso, razones adicionales (a la privación de un derecho sustantivo de Comcel con valor económico significativo) para fundar el reclamo del Demandante.

⁶⁷⁹ Ver Primer Informe Compass Lexecon (“Informe Compass 1”) ¶ 42 y siguientes; e Informe Flores 2 ¶ 89 y siguientes.

⁶⁸⁰ EPA Demandada ¶ 169.

⁶⁸¹ Ver, por ejemplo, Dúplica Demandada ¶ 517 y siguientes.

⁶⁸² Ver Laudo Doméstico, **D-0124**, páginas 42-43; 77 y siguientes; y 91 y siguientes.

⁶⁸³ *Id.*, páginas 1; 3-4, 5-6; 29 (Hecho 78); 40-42; siguientes; 77 y siguientes; y 91 y siguientes.

87. Como expliqué, al declarar la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68(4) de la Ley 1341 en relación a los Contratos de Concesión, la Sentencia C-555 estableció la inaplicabilidad del Derecho de no Reversión respecto de dichos Contratos de Concesión por vía de una sentencia local. Por las razones expuestas en la Sección 2.2.2 *supra*, no es función de este Tribunal determinar el acierto o desacierto de la Sentencia C-555 a la luz del derecho colombiano. La cuestión que debe determinarse es si esa Sentencia C-555 y la actuación posterior del MinTic mediante la Resolución 598 tienen consecuencias para Colombia en el plano de la responsabilidad Internacional, y en particular bajo el Tratado.
88. El Estado colombiano tiene derecho a que sus órganos judiciales declaren la inconstitucionalidad de una norma legal y declarar así su inaplicabilidad a determinados contratos, pero resulta cuestionable a la luz de los principios expuestos en la Sección 2.2.1 *supra*, que pueda eludirse la responsabilidad internacional si ello resulta en una medida similar a una expropiación que no cumple con las condiciones establecidas en el artículo 17-08 del Tratado para ser considerada lícita.
89. Por las razones expuestas en la Sección 3 *supra*, la conclusión anterior no debería modificarse por el solo hecho de que la expropiación sea efectuada por uno de los órganos del Estado colombiano (el judicial a través de una declaración de inconstitucionalidad) respecto de un derecho otorgado y reconocido por otros órganos del Estado (el ejecutivo, el legislativo e incluso también el judicial en el pasado).⁶⁸⁴
90. De lo contrario, se permitiría que el Estado colombiano se beneficie de su propio accionar inconsistente, creándose incentivos contrarios al derecho internacional y al Tratado, pues, con el pretexto de que los tribunales arbitrales internacionales deben tener deferencia a lo decidido por tribunales judiciales domésticos, los estados podrían atraer inversiones ofreciendo mejorando marcos normativos en apariencia constitucionales, que luego de realizada la inversión sean declarados inconstitucionales por órganos del mismo estado.
91. Colombia ha argumentado que Comcel actuó negligentemente en relación a la cuestión relativa al Derecho de no Reversión.⁶⁸⁵ En mi opinión, este argumento presenta la debilidad de que, en este caso, la declaración de inconstitucionalidad no ocurrió al poco tiempo de realizada la inversión, sino 15 años después de realizada la inversión,⁶⁸⁶ y durante ese lapso, funcionarios del Estado colombiano consideraron que el régimen era constitucional. La actitud de Colombia también podría ser considerada oportunista, pues, ante la proximidad de la terminación de los contratos de concesión de telefonía celular, incluyendo los Contratos de Concesión de Comcel, un consejero jurídico de la Contraloría de la República⁶⁸⁷ inicia una acción de inconstitucionalidad tendiente a excluir la aplicación de leyes que crearon derechos

⁶⁸⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-403/10 del 27 de mayo de 2010, **D-0032**, páginas 104-111.

⁶⁸⁵ Dúplica Demandada ¶ 717-724.

⁶⁸⁶ MdD ¶ 82-107; e Informe Compass 1 ¶ 36-36.

⁶⁸⁷ Ver Réplica ¶ 131 y Laudo ¶ 78.

referidos a la no obligatoriedad de revertir activos físicos que había sido reconocida y observada por el Estado colombiano durante más de 15 años.

92. Por ello, lo relevante es determinar si objetivamente existió un órgano estatal (judicial o no) que desconoció o eliminó un derecho expresamente otorgado o creado por las leyes de Colombia, y reconocido y observado por una práctica a lo largo de un tiempo prolongado, no solo por los actores privados, sino también por el Estado colombiano.
93. He respondido afirmativamente a esta pregunta en la Sección 3 *supra*. No considero que esa conclusión deba modificarse por la circunstancia de que de un órgano judicial emitiera la decisión que desconoció el Derecho a la no Reversión de Comcel y que derivó en la obligación de éste de pagar al Estado colombiano el equivalente a aproximadamente USD 1.075 millones. De lo contrario, se verificaría una situación de ilicitud internacional, pues luego de incentivar la realización de millonarias inversiones desde la promulgación de la Ley 422 en 1998 y hasta el dictado de la Sentencia C-555 en 2013,⁶⁸⁸ el Estado colombiano podría evadir su responsabilidad internacional por el hecho de que la medida principal expropiatoria emana de un órgano judicial.
94. Además, la Sentencia C-555 presenta algunas situaciones relevantes a los fines de determinar si existe responsabilidad internacional de Colombia.
- La Sentencia C-555 aparece como inconsistente con un fallo anterior dictado por la misma Corte Constitucional en 2010 (Sentencia C-403) que había reconocido la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 1341, y que explicó que la reversión de bienes que se verificaba como consecuencia de la terminación de las concesiones existentes que pasaban al nuevo régimen de habilitaciones, incluía el espectro electromagnético sin mencionar los activos físicos.⁶⁸⁹ En el nuevo fallo de agosto de 2013 con la Sentencia C-555, la Corte Constitucional reconoce expresamente que las leyes como la Ley 422 y la Ley 1341 podían modificar los Contratos de Concesión, incluyendo la Cláusula de Reversión, pero declara inconstitucional la interpretación del artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341 en la medida que se pretendiera aplicar los mismos a contratos existentes, con el argumento de que ello afectaba el orden público y el principio de igualdad, entre otras consideraciones.
 - Colombia argumenta que no existe inconsistencia porque la Sentencia C-403 solo analizó la constitucionalidad de la ley en abstracto. Sin embargo, la demanda de constitucionalidad que dio lugar a dicha sentencia cuestionó todo el artículo 68 de la Ley 1341, y esa sentencia expresamente declaró “*exequible*” dicho artículo.⁶⁹⁰ Además, la Sentencia C-403 analizó específicamente la cuestión de la reversión de los activos para el caso de que al vencimiento de las respectivas concesiones, los concesionarios optaran por acogerse al régimen de la Ley 1341, y dijo expresamente que una de las consecuencias era “*la reversión*”

⁶⁸⁸ MdD ¶ 82-107; e Informe Compass 1 ¶ 35-36.

⁶⁸⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-403/10 del 27 de mayo de 2010, **D-0032**, páginas 104-111.

⁶⁹⁰ *Id.*, páginas 13, 36-37 y 104 a 111; y punto sexto de la Resolución en página 111.

*automática al Estado de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido...” sin hacer mención a la reversión de los activos físicos.*⁶⁹¹

- La Sentencia C-403 tiene el valor de que se dictó en un momento en el cual no había incentivos a forzar la reversión de los activos de las operadoras de telefonía móvil porque faltaba tiempo para la expiración de las concesiones.
 - Por otra parte, cuando se dictó la sentencia C-403 ya se conocía el debate legislativo que había dado lugar al dictado de las Leyes 422 y 1341 para aclarar los derechos de los prestadores de dicho servicio en relación con el alcance de la obligación de reversión a la finalización de las concesiones, y no obstante ello, la Corte Constitucional no puso reparos a que la obligación de reversión solo incluía el espectro radioeléctrico y que la Ley 1341 aplicaba a los contratos existentes.⁶⁹²
95. Además, la Sentencia C-555 concluye en una resolución que aparece como contraria a la literalidad del texto del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68(4) de la Ley 1341. Si bien la Corte Constitucional tiene facultades de control constitucional, y no es función de este Tribunal actuar como un tribunal de revisión de aquella, mediante la Sentencia C-555, es un hecho que la Corte Constitucional derribó leyes que expresamente (por la literalidad de sus términos) reconocieron o crearon derechos en favor de Comcel en el contexto de un debate legislativo que da cuenta de las razones de interés público que inspiraron el dictado de ambas leyes.
96. Además, si bien como expliqué, el artículo 17-08 del Tratado no exige como condición para calificar una sentencia judicial como ilícita bajo el derecho internacional que ésta sea “arbitraria”, y sin entrar en el análisis del derecho colombiano, exclusivamente desde un punto de vista de pura interpretación hermenéutica o finalista, la posición de la Corte Constitucional de que el artículo 4 de la Ley 422 y el artículo 68(4) de la Ley 1341 solo serían constitucionales y aplicables respecto de las concesiones “futuras”, carece de aparente lógica. Ello, por cuanto la Ley 1341 creaba un nuevo régimen de habilitaciones para la prestación de servicios de telefonía móvil que eliminaba la figura de la concesión; por lo que no habría concesiones “futuras” susceptibles del Derecho a la no Reversión (ni de ningún otro derecho, porque simplemente no habría más concesiones futuras). El artículo 68 de la Ley 1341 preveía un régimen transicional que garantizaba los derechos adquiridos de los concesionarios que optaban por el nuevo régimen y que terminaban sus concesiones, y entre esas salvaguardas el artículo 68(4) expresamente aclaraba que en el caso de las concesiones “*al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido*”. En los hechos, la Sentencia C-555 priva de *effet útil* al artículo 68(4) de la Ley 1341, pues como el nuevo régimen eliminaba hacia el futuro la figura de las concesiones, resulta carente de

⁶⁹¹ *Id.*, páginas 108-109. (El subrayado es añadido).

⁶⁹² Paradójicamente, 7 de los 8 integrantes de la Corte Constitucional que firmaron la Sentencia C-555, también firmaron la Sentencia C-403. También paradójicamente, durante el trámite del proceso judicial que derivó en la Sentencia C-403 tanto el MinTic (D-0102; páginas 0022-0025 y 0027) como la Procuraduría de la República (D-0103, páginas 0026-0027) apoyaron la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 1341.

aparente sentido reconocer el Derecho a la no Reversión solo para las concesiones futuras. Ni la Sentencia C-555 ni la Demandada despejaron esta incógnita.

97. En este contexto, no parece ser relevante la determinación de si la Sentencia C-555 es correcta o no bajo la óptica del derecho colombiano, sino si la decisión de privar a Comcel de un derecho reconocido por ley y consistente con la práctica de 15 años de conducta estatal, resiste el *test* de licitud del derecho internacional. He explicado en esta Sección 4 las razones por las que a mi entender la Sentencia C-555 no supera dicho *test*.
98. El artículo 17-08 del Tratado enumera las condiciones para que una expropiación o conducta semejante sea legítima; es decir, no generadora de responsabilidad internacional. Ellas son (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad; y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 4 (del artículo 17-08).
99. Es un hecho no controvertido que el Estado de Colombia no pagó indemnización alguna en relación a la privación a Comcel de su Derecho a la no Reversión. Ello es una consecuencia directa del proceso que siguió al dictado de la Sentencia C-555, que derivó en la exigencia de reversión de los Activos, y que culminó con el pago por Comcel al Estado colombiano de una suma equivalente a aproximadamente USD 1.075 millones exigida por el MinTic.
100. El solo hecho de que Colombia no pagó compensación alguna por los actos descritos, torna innecesario analizar si se pudiesen haber configurado alguna de las otras condiciones enumeradas por el artículo 17-08 del Tratado para excluir la responsabilidad internacional de la Demandada. Basta que se incumpla con alguna de estas condiciones para que se configure la una medida equivalente a una expropiación.
101. Finalmente, aun cuando pudiera aceptarse el argumento de Colombia de que la Sentencia C-555 y la actuación posterior del MinTic calificara como un ejercicio del poder de policía,⁶⁹³ esa circunstancia no relevaría a Colombia de cumplir con los estándares de protección establecidos en el Tratado en tanto estos poderes regulatorios del Estado no constituyen una excepción general contra la protección del Tratado contra la expropiación sin pago de compensación.⁶⁹⁴

4.3.2. Conclusión

102. En conclusión, es mi opinión que la Sentencia C-555 conjuntamente con la actuación posterior del MinTic, incluyendo el dictado de la Resolución 598, constituyeron una conducta equivalente a una expropiación del Derecho a la no Reversión de Comcel y de los Activos en

⁶⁹³ MdC, ¶ 630-639.

⁶⁹⁴ *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Intermedio del 26 de junio del 2000, (Caso CNUDMI), **DL-0115**, ¶ 99; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 29 de mayo del 2003, (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), **DL-0038**, ¶ 121; *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Management Ltd. c. República de Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, (Caso CIADI No. ARB/03/16), **DL-0046**, ¶ 423-424.

violación al estándar de protección establecido por el artículo 17-08 del Tratado que genera responsabilidad internacional de Colombia.

103. Atento al voto mayoritario del Tribunal resulta superfluo que esta opinión disidente efectúe consideraciones sobre el *quantum* de la compensación que Colombia debe pagar al Demandante o a Comcel, según se considere que la Demandante actúa por derecho propio o en representación de Comcel al amparo del artículo 17-17(1) del Tratado.⁶⁹⁵

5. COSTAS

104. En cuanto a las costas del arbitraje, atento a la conclusión expuesta de que Colombia expropió el Derecho a la no Reversión y los Activos, correspondería que la Demandada compense a la Demandante por todos los gastos y costos asociados al arbitraje.
105. No obstante esta opinión, considerando el sentido del voto mayoritario del Tribunal, también disiento respecto de la decisión del Laudo sobre distribución de costas. Aún en el contexto la decisión de la mayoría del Tribunal que rechaza la demanda del Demandante, opino que cada Parte debería pagar sus propios gastos en materia de honorarios y costos del arbitraje. Ello, por cuanto con independencia de la resolución del Tribunal sobre el fondo del reclamo del Demandante, éste tuvo razones justificadas para iniciar este arbitraje, considerando las circunstancias descritas en esta opinión disidente, en particular el hecho que el texto del artículo 4 de la Ley 422 y del artículo 68(4) de la Ley 1341 reconocieron expresamente el Derecho de no Reversión, sumado a las conductas de funcionarios de Colombia a lo largo de 15 años que implicaron reconocimientos de ese derecho.

⁶⁹⁵ Réplica ¶ 434 y siguientes.

A handwritten signature in black ink, consisting of a checkmark-like shape on the left and a long, sweeping horizontal line that loops back to the left on the right side.

Sr. José A. Martínez de Hoz
Árbitro

Fecha: 7 de mayo de 2021