

USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO - Régimen de permisos / PERMISOS PARA USO DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO – Otorgamiento / PERMISOS PARA USO DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO – Alcance / CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES - Diferencia con permiso de uso del espectro radioeléctrico

[L]a concesión es el instrumento, bien sea contrato o licencia, mediante el cual la autoridad competente otorga a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones, entendidos estos como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos, mientras que el permiso es el acto mediante el cual se asigna, por un término definido, el uso de una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones.

USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO – Permiso / CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES – Es diferente al permiso de uso del espectro radioeléctrico / PERMISOS PARA USO DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO – Contraprestación

Es pertinente anotar que en el expediente no reposa copia de los términos de referencia expedidos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 244 de 2000, precepto según el cual «[e]l trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin». Ahora bien, el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 –vigente para la fecha en que se otorgó el título habilitante en cuestión, y que fue derogado en su integridad por el Decreto 1972 de 2013, cuya violación, en sus artículos 8º, 9º y 31, alegó la parte actora– señala que «[l]os operadores de servicios de telecomunicaciones tienen derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, siempre y cuando cumplan oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones a que estén obligados en las condiciones, términos y cuantías aplicables. En todo caso, los operadores deberán suministrar la información veraz y fidedigna que se requiera o se exija para el efecto». De su lectura se puede establecer, sin mayores elucubraciones, que el precepto se refiere al equilibrio de la concesión para la prestación de servicios de comunicaciones y no al permiso para el uso del espectro radioeléctrico, ni a la autorización para el establecimiento, explotación y uso de redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones. Tal y como ya lo expuso la Sala, para el uso del espectro radioléctrico de los canales uno y cuatro el entonces Ministerio de Comunicaciones le otorgó a la sociedad demandante un permiso y no una concesión. Sin embargo, el a quo analizó los hechos y situaciones generadoras de la ruptura de la ecuación contractual, doctrinal y legalmente admitidos y, en efecto, concluyó que se configuró la teoría del hecho del príncipe, en estricto sensu, declaró la nulidad del Oficio No. 88 de 2000 y condenó en abstracto a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, todo ello desde la inferencia de que «la actora es un concesionario del servicio público de telecomunicaciones, en la modalidad de servicios básicos para prestar el servicio portador», y que como tal gozaba del derecho a que se le mantuviera inalterada la ecuación económica de la concesión, en los términos del referido artículo 9º del Decreto 2041 de 1998. En ese orden de ideas, se reitera, el juez de instancia no tuvo en cuenta que en relación con el espectro electromagnético la actora no tenía una concesión sino un permiso, análisis que resultaba necesario teniendo en cuenta el alcance del título habilitante que le fue otorgado. Tal imprecisión llevó al a quo a aplicar la teoría del equilibrio contractual y a ordenar el reconocimiento del valor pagado por la accionante como contraprestación inicial, pese a que,

valga insistir, la suma que por ese concepto pagó FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A. (\$32.863.338.200) no corresponde a la concesión otorgada para la prestación del servicio de telecomunicaciones en modalidad de portador, por lo que no resultaba aplicable el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998. Cabe anotar, además, que la sociedad demandante no alegó ni demostró la existencia de disposición alguna que le otorgue el derecho a reuperar la contraprestación por el permiso para usar el espectro radioeléctrico, la cual tiene como fin lograr para el Estado una retribución justa, objetiva y permanente, así como propender por el aprovechamiento racional y eficiente del espectro (artículo 32 del Decreto 2041 de 1998). Tal atribución, en todo caso, no se colige de las normas que regularon la actuación administrativa en virtud de la cual le fue conferido a la actora el título habilitante, y que fueron analizadas en esta providencia.

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN – No probada

[E]sta Sala destaca que si bien es cierto que, como lo aduce la entidad demandada, la parte actora se refirió en la demanda a la teoría del equilibrio económico propia de la contratación estatal, y también se refiere a la aplicación de la Ley 80 de 1993, la realidad es que no indicó estar ejerciendo la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA. En todo caso, del contenido del libelo introductorio se desprende, con claridad, que la controversia no es de carácter contractual, pues se enmarca dentro de unas actuaciones administrativas que afectan concesiones de los servicios de telecomunicación referentes al uso y la explotación del espectro radioeléctrico. Tal circunstancia fue igualmente advertida mediante auto de 7 de noviembre de 2019, a través del cual doctor Jaime Enrique Rodríguez Navas, magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dispuso remitir el proceso a la Sección Primera de la Corporación, con sustento en lo siguiente: [...] Como en el presente asunto se debaten las alteraciones a la ecuación económica causados por actuaciones administrativas expedidas por el entonces Ministerio de Tecnologías, respecto de una concesión de naturaleza no contractual, otorgada a Flycom comunicaciones, para el uso y la explotación del espectro radioeléctrico, el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto, multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y la concesión para prestar el servicio de portador, y el asunto no se encuentra asignado a ninguna de las Secciones de la Corporación, le corresponde a la Sección primera del Consejo de Estado conocer de la presente acción. De acuerdo con lo dicho, esta Sala encuentra acertada la decisión del a quo de declarar no probada la excepción de inepta demanda por la supuesta indebida escogencia de la acción.

RECURSO DE APELACIÓN – Alcance / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Límites / PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS – Prohibición de agravar la situación del apelante único / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – No hay límites para resolver cuando apelan las partes

[L]a Sala recuerda que el artículo 31 de la Constitución Política prescribe que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, y que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Por su parte, el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al proceso contencioso administrativo por analogía a falta de norma especial en el CCA y por remisión expresa de su artículo 267, dispone que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio. En esos términos, por regla general, la segunda instancia no puede agravar la situación del

apelante único, lo cual constituye el principio denominado como la no reformatio in pejus. Sin embargo, la misma norma procesal dispone que cuando ambas partes hayan apelado la sentencia, o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones, por lo que, en estos dos supuestos, por autorización de la ley, el juez no queda atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal con la interposición del recurso. En ese orden de ideas, siendo que en el presente asunto apelaron tanto la parte actora como la entidad demandada, la Sala dispone de libertad para decidir sin limitaciones sobre la providencia objeto de apelación.

LICENCIA EN MATERIA DE COMUNICACIONES – Naturaleza

Tal y como lo apuntó el a quo, la doctrina nacional ha sostenido que los efectos de conceder un servicio público de telecomunicaciones por medio de un contrato o a través de una licencia son disímiles. [...] esta Sala destaca la precisión atinente a que las concesiones otorgadas a través de licencia se rigen por el Código Contencioso Administrativo y las normas especiales sobre cada servicio. [...], la Resolución 244 de 29 de febrero de 2000, por la cual se ordenó el inicio de la actuación administrativa que culminó con el otorgamiento del título habilitante a la sociedad demandante, dispuso en su artículo 2º que «[e]l trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin». Así, el hecho de que el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 hubiera previsto que los operadores de servicios de telecomunicaciones tendrían derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión no desdibuja la naturaleza jurídica de la licencia y, por ende, no implica que el título habilitante obtenido mediante ese instrumento tenga contenido contractual. Al respecto es pertinente traer a colación la sentencia de 11 de octubre de 2018 en la cual esta Sección, al analizar demanda de nulidad impetrada para controvertir la legalidad parcial de un pliego de condiciones elaborado por el Ministerio de Comunicaciones para la adjudicación de licencias de concesión del servicio de telecomunicaciones bajo la modalidad de radiodifusión sonora comunitaria en frecuencia modulada, precisó que dicho asunto se rige por un procedimiento administrativo y no contractual, pese a que el decreto que regula el procedimiento se remite al principio de selección objetiva previsto en la Ley 80 de 1993. [...] En suma, la Resolución 1384 de 2000 «[p]or la cual se otorga permiso para usar el espectro radioeléctrico, autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, y concesión para prestar el servicio portador», contiene una decisión unilateral del Ministerio de Comunicaciones regida por el Código Contencioso Administrativo y por normas especiales atinentes a los servicios y actividades de telecomunicaciones, y no por las normas que regulan la actividad contractual del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 31 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 267 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 328 / LEY 72 DE 1989 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 / DECRETO 868 DE 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00307-01

Actor: INTERDEXA S.A. E.S.P. (ANTES FLYCOM COMUNICACIONES S.A. E.S.P.)

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Tema: Atribución de bandas de frecuencias para la utilización en redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS / Título habilitante: Permiso para uso del espectro radioeléctrico, autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y concesión para prestar el servicio portador / La concesión del servicio es independiente y distinta del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y por la demandada en contra de la sentencia de 12 de diciembre de 2011, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, declaró la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, a través del cual el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones, negó la solicitud de revisión de las condiciones de una concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

La sociedad **FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P.**, absorbida por **INTERDEXA S.A. E.S.P.**, inicialmente denominada como **FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A.**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en contra de la Nación – Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

1. Que se declare la nulidad del oficio No. 0088 del 31 de enero de 2007, mediante el cual el Ministerio de Comunicaciones negó la solicitud de revisión de las condiciones de la concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS, otorgada a FLYCOM COMUNICACIONES S. A. E. S. P.
2. Como consecuencia de lo anterior, que se declare que la concesión otorgada a FLYCOM, durante su desarrollo, ha sido afectada por la ocurrencia de hechos imprevistos, no imputables a las partes, así como por diferentes actos administrativos expedidos por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES que alteraron la ecuación económica de la concesión.
3. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES a pagar a FLYCOM la suma de dinero que se demuestre en el proceso, debidamente actualizada, con el fin de restablecer el equilibrio de la ecuación económica de la concesión otorgada a FLYCOM.

I.1.1.- Los hechos

Los principales hechos en que se sustenta la demanda son los siguientes:

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 868 de 24 de mayo de 1999, mediante el cual dispuso conceder en el territorio nacional unas bandas de frecuencias para el establecimiento y operación de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS para la prestación de servicios de telecomunicaciones y definió el procedimiento para otorgar los títulos habilitantes para ese efecto.

Con fundamento en el Decreto 868 de 1999, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 244 de 2000, a través de la cual abrió el proceso de selección objetiva para adjudicar, mediante licencia, dos (2) concesiones para el ámbito nacional y diecisiete (17) concesiones en el ámbito local para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMD.

El Ministerio de Comunicaciones elaboró un pliego de condiciones en el cual dispuso que el proceso de selección en referencia se adelantaría en la modalidad de sobre cerrado, con el fin de lograr la adjudicación a la mejor oferta económica. Así, el valor ofertado por parte e los interesados fue establecido como factor determinante para la adjudicación de las licencias.

Tras realizar un estudio detallado de las condiciones de mercado y de las ventajas que ofrecía la tecnología LMDS para lograr la penetración de la banda ancha a precios competitivos, FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A., cuyo nombre cambió posteriormente por el de FLYCOM COMUNICACIONES S.A. E.S.P., sigla FLYCOM S.A. E.S.P., decidió participar en el procedimiento abierto por el Ministerio de Comunicaciones, ofreciendo la suma de treinta y dos mil ochocientos sesenta y tres millones trescientos treinta y ocho mil doscientos pesos (\$32.863.338.200) para obtener una de las bandas de frecuencia a atribuirse.

El 22 de junio de 2000, a través de la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000, el Ministerio de Comunicaciones otorgó a FIRSTMARK COMMUNICATIONS S.A. el título habilitante por el término de diez (10) años para el uso y la explotación del espectro radioeléctrico, el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y la concesión para prestar el servicio de portador. En consecuencia, el 7 de septiembre de 2000 la actora canceló el valor de la contraprestación inicial que ofreció.

Para elaborar la oferta referida, los socios de FIRSTMARK COMMUNICATIONS S.A. estructuraron un plan de negocio en el cual tuvieron en cuenta elementos que arrojaban diferentes resultados según el valor final a pagar por la licencia, a saber: la penetración de internet en Colombia en el año 1999, la eficiencia de la tecnología LMDS, el mercado potencial, los ingresos esperados, las previsiones de gastos, las previsiones de inversión, las consideraciones financieras, la valoración por flujo de caja libre y las proyecciones a nivel mundial de la tecnología LMDS.

Durante la ejecución de la licencia, FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A., después FLYCOM S.A. E.S.P., se vio sometida a circunstancias que le fueron ajenas y que afectaron de forma grave la ecuación económica de la concesión, a saber: (i) el desarrollo de nuevas tecnologías; (ii) la crisis generalizada de las empresas de internet, y (iii) las decisiones del Ministerio de Comunicaciones que permitieron la prestación de servicios a los operadores de nuevas tecnologías sin que debieran asumir el pago de la licencia.

Las referidas situaciones llevaron a FIRSTMARK COMMUNICATIONS S.A. - FLYCOM S.A. E.S.P. a asumir pérdidas netas acumuladas a diciembre de 2006 por \$54.090.924.760, razón por la cual, mediante escritos presentados el 25 de agosto y el 9 de octubre de 2006, solicitó al Ministerio de Comunicaciones la revisión de las condiciones de la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS, con el fin de que se restableciera la ecuación económica de la concesión.

El 31 de enero de 2007, el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones expidió el oficio No. 88 mediante el cual decidió que no es procedente atender positivamente la solicitud de revisión de las condiciones de la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS/LMCS. En el acto administrativo se omitió señalar recursos en vía gubernativa procedían en su contra, como lo ordena el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo.

I.1.2.- Los fundamentos de derecho y el concepto de violación

El apoderado de la demandante señaló que con la expedición del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007 el Ministerio de Comunicaciones desconoció lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política; en el artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990; en los artículos 8º, 9º y 31 del Decreto 1972 de 2003, en armonía con el artículo 4º, numerales 8º y 9º, artículo 5º, ordinal 1º, así como en los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, en sustento de lo cual formuló los siguientes cargos:

El título habilitante otorgado y el derecho a reclamar el mantenimiento de la ecuación económica de la concesión

Aseveró que el título habilitante otorgado por el Ministerio de Comunicaciones a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. mediante la Resolución 1384 del 22 de junio de 2000, comprende el derecho exclusivo al uso y explotación del espectro radioeléctrico en los canales 1 y 4, atribuidos y clasificados en el Decreto 868 de 1999, modificado por el Decreto 099 de 2000; la autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y la concesión para prestar el servicio portador.

Explicó que, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 72 de 1989, las concesiones, bien sea que se otorguen por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno Nacional, darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, y añadió que el artículo 25 del Decreto 868 de 1999, modificado por el artículo 5º del Decreto 99 de 2000, que sirvió de fundamento al procedimiento de adjudicación de la licencia, dispuso que para obtener un título habilitante debía pagarse una contraprestación inicial, cuyo valor sería el que el solicitante ofertara en sobre cerrado.

Resaltó que la referida contraprestación inicial incluyó: i) la contraprestación adicional establecida en el inciso 3º del artículo 32 del Decreto 2041 de 1998 por el uso del espectro radioeléctrico asignado; ii) la contraprestación anual por concepto de los permisos por el uso del espectro radioeléctrico establecida en el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2041 de 1998, derogado por el Decreto 1972 de 2003, y iii) las contraprestaciones durante la vigencia del respectivo título habilitante por las autorizaciones a que se refieren los artículos 29 y 30 del Decreto 2041 de 1998, derogado por el Decreto 1972 de 2003.

Reseñó que, según la doctrina, la concesión y el permiso son dos formas que la ciencia jurídica ha

desarrollado para el otorgamiento de derechos especiales de uso sobre los bienes públicos. Sin embargo, dijo, no siempre resulta con claridad si se trata de un permiso de uso o de una concesión de uso, lo que obliga a interpretar el respectivo acto para determinar con precisión su naturaleza, considerando que la distinción no depende de la arbitraria denominación que se le dé sino de sus características y esencia.

Adujo que, de acuerdo con el criterio en mención, el permiso otorgado a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. para usar el espectro radioeléctrico la Resolución 1384 del 22 de junio de 2000 es una verdadera concesión para la utilización de un bien de uso público -el espectro electromagnético-, como lo ordena el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya que fue otorgado de forma exclusiva y por un término definido de 10 años, prorrogables por otro tanto, de manera que el título habilitante no tiene carácter precario, como es lo propio del permiso.

Manifestó que si bien es cierto el concepto de desequilibrio económico es una institución propia de los contratos estatales, como se desprende de los artículos. 4º, ordinales 8º y 9º; 5º, ordinal 1º y 14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, también lo es que artículo 9º del Decreto 2041 de 1998, vigente cuando se llevó a cabo el procedimiento para otorgar la licencia de la tecnología LMDS, expresamente reconoció el derecho de los operadores de los servicios de telecomunicaciones, sin ninguna distinción, a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, por lo que, a su juicio, hay una asimilación del título habilitante -acto administrativo- al contrato estatal, circunstancia que, dijo, ha sido reconocida en el derecho comparado, así como por el Consejo de Estado, Sección Tercera, que en auto del 5 de noviembre de 1998 (expediente 14.490) señaló:

[...] [E]s claro que aquélla [la licencia en materia de telecomunicaciones] genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante de la misma y del Estado otorgante, por lo que puede decirse que se trata de un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público del que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y mutuas contraprestaciones que más se parecen a una relación contractual.

Aseveró que FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. pagó una suma inicial de \$32.863.338.200.00 para obtener la licencia de forma exclusiva y, adicionalmente, adquirió obligaciones de inicio de operaciones y cobertura, requisitos propios de un negocio jurídico, de ahí que no se puede afirmar que a esa compañía no se le otorgó un derecho exclusivo, como lo hace el Ministerio de Comunicaciones en el demandado Oficio No. 88 de 2007, por cuanto existen más de 40 licenciarios del servicio portador que prestan sus servicios a través de cables de fibra óptica, pares aislados y microondas, ya que es preciso distinguir la situación de estos operadores, que no tuvieron que pagar ninguna contraprestación inicial al Estado, ya que simplemente se les concedió un permiso que podían utilizar de manera discrecional y sin ninguna obligación.

Agregó que la actora pretendía vencer las limitaciones y costos de las otras tecnologías para masificar los servicios de banda ancha y romper de esta manera las barreras de entrada que imponían estos mismos operadores monopólicos para llegar al usuario final y que, de no haber sido así, habría solicitado simplemente un permiso de explotación comercial, tal como lo hicieron otros operadores que recibieron otras bandas que no usan LMDS para prestar los mismos servicios sin costo inicial, y se habría sometido al alea del negocio, cuyo riesgo consiste en recuperar las inversiones propias de la tecnología a utilizar y no en la recuperación del pago de una licencia de uso exclusivo.

Apuntó que el artículo 79 del Decreto 1972 de 2003 faculta al Ministerio de Comunicaciones para resolver las situaciones particulares que se generen cuando los operadores deban pagar valores diferentes por concepto de contraprestación por el mismo servicio.

En tales condiciones, afirmó que debe concluirse que, tanto las normas de la Ley 80 de 1993 como los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales elaborados por el Consejo de Estado sobre el derecho del contratista al restablecimiento de la ecuación económica del contrato, resultan aplicables a la situación particular de FLYCOM S.A. E.S.P., antes FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A., independientemente de la denominación que se haya utilizado en el título habilitante que le fue otorgado por el Ministerio de Comunicaciones, ya que se trata de una verdadera concesión de un bien de uso público.

El equilibrio económico en la contratación estatal

Mencionó que uno de los principios cardinales del régimen jurídico de los contratos estatales consiste en reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, el cual tiene como fundamento la equivalencia de las prestaciones y el respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración, tal y como lo establecen diversas disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Explicó que en los contratos de concesión el concesionario lo que finalmente hace es cambiar un activo, que es dinero, por otro, que es el derecho de explotación, los cuales deben ser equivalentes, de manera que si, por circunstancias ajenas al contratista, tal ecuación se rompe, el concedente debe tomar las medidas necesarias para que se restablezca esa equivalencia o ecuación financiera.

Aludió que, en el presente caso, esa ecuación financiera entre lo pagado en su momento por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. para obtener la concesión y el derecho a utilizar y explotar el espectro electromagnético en un servicio con la tecnología LMDS que le permitiera el acceso al mercado de banda ancha inalámbrica equivale a la suma de \$32.863.338.200.00.

Reseñó que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución: (i) por factores externos y extraños a las partes, entre los que se encuentran las circunstancias de hecho que surgen, de manera imprevista, durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, las cuales son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión, y (ii) por actos de la administración, los cuales se presentan cuando esta actúa como Estado y no como contratante, como cuando expide actos de carácter general en la modalidad de ley o acto administrativo, por ejemplo: la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecte la ejecución del contrato, lo que corresponde a lo que se denomina como hecho del príncipe.

Así, precisó que la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe se diferencian en que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas: la entidad pública contratante.

Seguidamente, el apoderado procedió a explicar la forma en que, a su juicio, se configuraron las referidas modalidades de ruptura del equilibrio económico de la concesión en el asunto sub

examine:

La teoría de la imprevisión

Argumentó que la teoría de la imprevisión, construida por el Consejo de Estado francés «para la subsistencia del contrato y el cumplimiento de los fines perseguidos por él», fue acogida por el legislador colombiano en el numeral 1° artículo 5° de la Ley 80 de 1993, norma que estableció el derecho del contratista a que, previa solicitud, la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables, así como en el artículo 27 ibidem, según el cual las partes deben adoptar, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, cuando esta se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado, como una manera de garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, finalidad esencial de la contratación estatal, en los términos del artículo 3° ejusdem.

Afirmó que, cuando las condiciones en el tiempo cambian por razones que no le son imputables al concesionario, y la administración no procede a restablecer la ecuación financiera de la concesión, la suma pagada se convierte en un dinero que recibe la entidad sin ninguna justificación jurídica, configurándose un enriquecimiento sin justa causa en favor del Estado y a costa de la ruina del concesionario.

En ese contexto, expuso que en el año 2000, cuando el Gobierno Nacional adjudicó las licencias de la tecnología LMDS, las compañías proveedoras de la tecnología ADS

, ante la existencia de operadores con extensas redes de cobre como AT&T y la amenaza que les representaba la tecnología LMDS como una solución de banda ancha inalámbrica que permitiría romper los esquemas monopólicos de los incumbentes, hicieron importantes inversiones en investigación y desarrollo para obtener productos que les permitieran un mayor provecho a las limitaciones en capacidad de los pares de cobre.

Mencionó que, por su parte, los operadores de televisión por cable encontraron una gran oportunidad de mercado con la aparición y desarrollo del cable modem, esto es, el equipo que permite la comunicación análoga bidireccional en las redes coaxiales de televisión para prestar servicios de acceso a internet de banda ancha.

Adujo que los proveedores de tecnología LMDS invirtieron millones de dólares en el desarrollo e investigación de una tecnología promisoría, cuyos costos no podrían compararse frente a los costos de los equipos ADSL y cable modem, los cuales, además de ser más económicos por el tipo de tecnología empleada, tuvieron un mercado potencial inmenso, dada la existencia de este tipo de redes a nivel mundial.

Sostuvo que, como consecuencia de lo anterior, no se lograron los esperados descuentos en relación con la tecnología LMDS, en tanto que la tecnología ADSL, así como la de cable modem, entraron en su fase de desarrollo y superaron sus inconvenientes técnicos, razón por la cual la mayoría de los proveedores de LMDS se abstuvieron de seguir invirtiendo en esta tecnología y prefirieron destinar sus recursos hacia el campo de la investigación de las tecnologías ADSL y cable modem.

Anotó que, adicionalmente, se desarrollaron nuevas tecnologías con características similares a la de LMDS, como WiMA, que empezaron un proceso de consolidación y cuyas expectativas, guardadas las diferencias, se asimilaron a las que, en su momento, se presagiaban frente a la

tecnología LMDS, con la gran diferencia de que respondió a un estándar de industria.

Señaló que, en ese escenario, no quedaron más de cuatro (4) proveedores reconocidos de tecnología LMDS a nivel mundial, los cuales no lograron un estándar de industria que permitiera reducir razonablemente sus precios, mientras que, sin excepción, todos los proveedores de telecomunicaciones tenían productos normalizados para las tecnologías ADSL y cable modem. Más aun, dijo, la normalización de estas tecnologías permitió que los equipos de cliente CPE's, (por su definición en inglés) fueran producidos en grandes volúmenes por cualquier proveedor de equipos electrónicos, hasta llegar, inclusive, a encontrarse en las vitrinas de los almacenes de cadena a precios que no superaron los US\$ 50 (\$110.000.00, aproximadamente).

Aseguró que a finales del año 2001, cuando FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. elaboró los términos de referencia para la adquisición de la tecnología LMDS, las empresas Nortel Networks, Siemens, Motorola y Lucent Technologies, ya habían renunciado a continuar con su fabricación, dada la afectación de su desarrollo y normalización por la aparición de otras tecnologías de acceso más favorable y con mayor mercado que LMDS, lo cual impidió lograr los descuentos previstos en el plan de negocios para la adquisición de los equipos terminales del cliente.

Refirió que cuando se dio inicio al procedimiento para la adjudicación del servicio de telecomunicaciones con la tecnología LMDS que le fue entregada a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. (1999), el negocio de internet se presentaba como altamente rentable y todos los expertos y firmas consultoras a nivel mundial presagiaban altas tasas de crecimiento, lo cual condujo a esa empresa a presentar una propuesta económica representativa. Sin embargo, anotó, tales expectativas no se cumplieron, toda vez que, a partir del año 2001, se presentó una fuerte caída en el precio de las acciones de todas las empresas de internet.

En esos términos, concluyó que los nuevos desarrollos tecnológicos para prestar servicios de acceso a internet de banda ancha, así como la crisis de las empresas de internet y de la tecnología LMDS, que no resultaban razonablemente previsibles cuando se adjudicó la licencia a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A., le ocasionaron a esta pérdidas significativas que se tradujeron en un grave desequilibrio de la ecuación financiera de la concesión.

El hecho del príncipe

Refirió que el hecho del príncipe, como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: a) La expedición de un acto administrativo, general o particular, por parte de la entidad contratante, b) la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal, c) el carácter cierto del daño, d) la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto, y e) la imprevisibilidad de la expedición del acto al momento de la celebración del contrato.

Descendiendo al caso concreto, afirmó que, en relación con la tecnología WiMAX, el Ministerio de Comunicaciones quiso eliminar las barreras de entrada para los nuevos operadores de los servicios de telecomunicaciones como una manera de lograr su masificación.

Subrayó que, con ese propósito, el Ministerio de Comunicaciones expidió las Resoluciones 2064 y 2070 de 2005, en virtud de las cuales autorizó la adjudicación de tres (3) permisos para otorgar

a operadores de telefonía de larga distancia el derecho al uso del espectro radioeléctrico para la prestación de los servicios de telecomunicaciones con utilización de sistemas de distribución punto a punto y punto multipunto para acceso de banda ancha inalámbrica en el área de cubrimiento nacional (banda de 3.5 GHz – WiMAX), que, en efecto, fueron adjudicadas a ETB, ORBITEL y TELECOM, ello sin el pago de una contraprestación inicial, es decir, permitiendo así el desarrollo de un servicio sustituto al prestado por la entonces denominada FLYCOM S.A. E.S.P. pero con unas condiciones económicas diferentes.

Alegó que las referidas decisiones del Ministerio de Comunicaciones pusieron a FLYCOM S.A. E.S.P. en una situación de desigualdad económica, con desconocimiento del artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990, norma que prescribe que las concesiones se entregarían promoviendo la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia y la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios, así como del artículo 31 del Decreto 1972 de 2003, que dispuso que en la determinación de las contraprestaciones por la asignación del espectro se garantizaría un tratamiento igual y efectivo para todos los operadores de servicios, con sujeción a reglas económicas equivalentes y considerando las características técnicas particulares de la porción del espectro objeto de la asignación.

Sostuvo que en la medida en que se les entregó licencias para la prestación de los servicios de banda ancha (WiMAX) sin barrera de entrada, los nuevos operadores obtuvieron una ventaja competitiva, toda vez que sus precios no tendrían que incorporar la recuperación de la contraprestación inicial.

Aseveró que, además, el Ministerio de Comunicaciones le otorgó a los operadores de WiMAX descuentos de más de un 95% en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radioeléctrico, toda vez que mediante los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, en cuya expedición participó esa cartera ministerial, se modificó el valor del factor N en la fórmula que anteriormente establecía el artículo 33.1 del Decreto 1972 de 2003, que arrojaba un valor anual de US\$18.396.000.00, lo cual igualmente demuestra el ostensible trato desigual que se le dio a la demandante, quien no obtuvo ese beneficio, y la consecuente agravación de su situación económica.

Finalizó señalando que las anteriores circunstancias modificaron las condiciones de mercado que sirvieron de base a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. F.M.C. COLOMBIA S.A. para la elaboración de su plan de negocios y, en la práctica, le impidieron recuperar la suma de dinero pagada para obtener la licencia, lo que indefectiblemente la llevaría a un proceso de liquidación, razón por la cual el Ministerio de Comunicaciones, a su juicio, debió proceder a restablecer la ecuación financiera de la concesión para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a su cargo pero, en cambio, se negó a hacerlo, desconociendo la ley y los desarrollos de la jurisprudencia nacional, así como los antecedentes existentes en el derecho comparado.

I.2.- Contestación de la demanda

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por conducto de apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones.

En sustento de su posición, aseguró que la sociedad demandante incurrió en un costo de oportunidad que no pudo aprovechar por situaciones de mercado, pues pagó voluntariamente una

suma para ingresar al mercado de banda ancha asumiendo un riesgo que, en su propio concepto, no funcionó porque la situación de internet se estancó justamente en ese momento, circunstancia que no la faculta para pedir que el Estado la subvencione mediante una ayuda estatal prohibida por la legislación.

Argumentó que, de acuerdo con la doctrina moderna, las situaciones de equilibrio financiero como la discutida en el sub lite no se analizan en beneficio de los operadores de servicios públicos sino en procura del interés general, teniendo en cuenta la situación de competencia.

Adujo que la demandante confunde conceptos de diferente estirpe y que, en la medida en que reconoció que muchos de sus problemas se deben a los avances tecnológicos y que no logró demostrar los supuestos del artículo 9° del Decreto 1972 de 2003, se invalida toda posibilidad de que la administración sea la responsable de su situación.

Afirmó que la accionante está invocando en realidad una ayuda estatal contraria al derecho de la competencia y al progreso natural de las telecomunicaciones en Colombia, ya que solicita que se le reconozca una posición de ventaja frente a cualquier otro agente.

Por lo demás, el apoderado formuló las excepciones que se relacionan a continuación:

Inepta demanda por cuanto no se puede demandar en acción contractual cuando no hay contrato

Señaló que la demanda fue incoada desde la perspectiva desde la acción contractual, con invocación de normas de la Ley 80 de 1993 y de reglas contractuales, pese a que en el caso concreto no existe un contrato, pues la controversia versa sobre una licencia, la cual es una de las modalidades establecidas por el artículo 7° de la ley 72 de 1989 para otorgar concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones.

Imposibilidad de detener el progreso de las telecomunicaciones en beneficio de un operador de un servicio de telecomunicaciones

Aludió que la tecnología de la sociedad FLYCOM S.A. E.S.P. quedó desueta rápidamente y que resulta irrazonable esperar que el Estado postergue la entrada de nuevas tecnologías solamente para proteger sus intereses, lo cual violaría mandatos legales expuestos.

Recordó que el establecimiento, instalación, expansión, modificación, ampliación, renovación y utilización de la red de telecomunicaciones del Estado, o de cualquiera de sus elementos, constituyen motivos de utilidad pública e interés social y advirtió que todo operador, por licencia o concesión, o titular de un permiso debe tener presente que el progreso tecnológico puede afectarlo de un momento a otro, tal y como le ocurrió a la actora.

No se puede pretender que el Gobierno asuma las consecuencias de una gestión empresarial ineficiente y respecto de situaciones ajenas al Ministerio de Comunicaciones

Destacó que la sociedad FLYCOM S.A. E.S.P. admitió en la demanda que, sin intervención del Ministerio de Comunicaciones, optó por unos productos que luego fueron discontinuados por sus proveedores, lo que implica que tomó una pésima decisión en materia de suministro de elementos tecnológicos cruciales para el éxito de su negocio, y reconoció, además, que los avances de la tecnología afectaron su marcha y que habiendo ligado estrechamente su plan de negocios a precisas condiciones de mercado dichas condiciones variaron, de manera que el desequilibrio aludido se generó por situaciones ajenas al Ministerio de Comunicaciones.

Inaplicación de la teoría del desequilibrio del contrato de que trata la Ley 80 de 1993

Aseveró que no pueden invocarse simultáneamente la teoría del equilibrio económico del contrato de que trata la Ley 80 de 1993 con la ecuación económica de la concesión prevista en el artículo 9° del Decreto 1972 de 2003, toda vez que en lo atinente al desarrollo de la concesión, exista o no contrato, la misma Ley 80 hace remisión al régimen de contraprestaciones contenido en el Decreto Ley 1900 de 1990 y sus normas modificatorias o reglamentarias.

La adopción de medidas favorables para la actora

Sostuvo que con la expedición del Decreto 99 de 2000 se amplió el plazo para el inicio de operaciones de los beneficiarios de los títulos habilitantes para el uso de bandas de frecuencias, flexibilizando así las exigencias del cumplimiento de las operaciones, y agregó que, a solicitud de FLYCOM S.A. E.S.P., mediante el Decreto 1972 de 2003 se redujo el pago del valor de las contraprestaciones por permisos para el uso del espectro radioléctrico en la banda de 28 Ghz en la cual operaban las tecnologías LMDS, de manera que el pago por megahertz a cargo de la actora se redujo de 10 a 7 salarios mínimos legales mensuales, de manera que el Ministerio adoptó medidas para favorecer la viabilidad económica del negocio de la demandante.

La demandante no demostró el desequilibrio de la ecuación financiera / Incorrecta interpretación del artículo 9° del Decreto 1972 de 2002

Afirmó que en el proceso no se demostró, de ninguna manera, cuál es la ecuación que habría que mantenerse, sino que, por el contrario, la actora parte de un supuesto extraño al Decreto 1972 de 2003, como es la desigualdad en la relación jurídica en su favor, pese a que el artículo 9° de dicho Decreto se refiere al rompimiento de la ecuación aceptable en lo que tiene que ver con los principios sobre reparto de cargas públicas, tema que no fue planteado en la demanda.

Resaltó que, ni la petición en virtud de la cual se expidió el acto administrativo cuestionado ni la demanda misma, se presentaron en el marco del artículo 9° del Decreto 1972 de 2003, y aseveró que, en todo caso, la situación económica de la parte demandante se debió a circunstancias de mercado que debe soportar todo empresario, puesto que, en ninguna parte del mundo, el Estado está obligado a subsidiar indiscriminadamente la operación de las empresas para evitar que sufran las consecuencias de operar en un entorno de riesgo normal.

Alegó que cualquier agente del sector de las telecomunicaciones asume riesgos a causa de los avances tecnológicos, puesto que por ley el Gobierno Nacional debe reglamentar buscando la modernización de redes y servicios, así como el beneficio de quienes acceden a ellos. Así, dijo, la introducción de competencia como consecuencia de los cambios en el entorno tecnológico es simple consecuencia de mandatos legales expuestos, a cuya aplicación no puede oponerse la demandante.

Garantía de las condiciones mínimas del negocio

Anotó que el Gobierno Nacional garantizó unas condiciones del negocio frente a una oferta monetaria voluntaria de la parte demandante, pero después las condiciones cambiaron por el devenir normal del mercado, ya que no podía pedirse al Estado que se abstuviera de permitir la entrada de terceros operadores con productos o servicios, sustitutos o no de los de la demandante.

Tratamiento constitucional de la libre competencia respecto de la gestión del espectro

electromagnético

Precisó que en materia de espectro electromagnético las reglas de competencia pueden no ser observadas estrictamente en lo que respecta a los temas de libertad de empresa, lo cual constituye una regla constitucional que es ignorada en la demanda, en cuanto se pretende que una tecnología que exige los más altos requisitos para su aprovechamiento, tanto sociales como técnicos o económicos, pueda ser utilizada contrariando el principio de prevalencia del interés general de que trata la Constitución Política y que fundamenta el concepto de Estado Social de Derecho.

La demandante no demostró que su situación se compara con la de otros operadores de banda ancha

Indicó que, en razón de una multitud de factores, en los años 1999 y 2000 un permiso como el que recibió FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A. tenía un valor diferente al que podía exigirse siete (7) años después, por lo que es difícil comparar su situación con la de los operadores a los cuales alude en la demanda, pues se trata de condiciones de mercado distintas, aspecto al que no se hizo siquiera referencia en la demanda.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 12 de diciembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, decretó la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, a través del cual el Ministerio de Comunicaciones negó la solicitud de revisión de las condiciones de la concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS, y condenó en abstracto a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o a quien haga sus veces, a pagar a INTERNEXA S. A. E.S.P., antes FLYCOM S.A. E.S.P., el daño emergente causado con ocasión de su expedición.

De manera previa al pronunciamiento de fondo del asunto, el a quo se refirió a los presupuestos procesales de la acción y a las excepciones formuladas por la entidad demandada.

Al respecto, analizó cuál es la acción procedente en el caso concreto, exponiendo que, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio básico de portador, como modalidad del servicio público de las telecomunicaciones, podía otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo determinara el Gobierno Nacional, y que, en todo caso, daría lugar al pago de los derechos, tasas o tarifas que fijara el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que correspondiera fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de televisión.

Añadió que el Decreto 868 de 1999 dispuso que las resoluciones que expide el Ministerio de Comunicaciones para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio portador en el ámbito territorial se denominarían título habilitante y comprenderían el permiso para usar el espectro radioeléctrico, la autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y la concesión para prestar el servicio portador en el ámbito del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado, con sujeción a las normas legales y reglamentarias aplicables.

En ese contexto, determinó que en el caso sub examine, el Ministerio de Comunicaciones otorgó un título habilitante mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000, que comprende: (i) el permiso para usar el espectro radioeléctrico, (ii) el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y (iii) la concesión para prestar el servicio de portador, decisión que, acentuó, fue adoptada dentro del margen de discrecionalidad de la administración permitido por el Decreto 1900 de 1990, toda vez que de acuerdo con sus artículos 20 y 40, el uso del espectro electromagnético estaba sometido a un permiso por parte del Ministerio de Comunicaciones y la concesión del servicio de portador no tenía definida una modalidad para concederse.

Hizo énfasis en que, así las cosas, la concesión del servicio público en cuestión fue otorgada a través de un acto administrativo y no de un contrato estatal, puesto que la administración decidió utilizar el primero de los instrumentos legales para el efecto.

Con apoyo en la doctrina nacional, se refirió a las diferencias existentes entre el contrato de concesión y la licencia, y advirtió que, en todo caso, estas figuras no son antagónicas, puesto que en ellas pueden concurrir aspectos que corresponden a una u otra categoría, ya que, en efecto, en el interior de cada institución se encuentran aspectos propios de un acto administrativo y de una relación contractual, lo cual permite concluir que se está en presencia de una mixtura en cuanto a su contenido material; mixtura que, aclaró, no se presenta en materia procesal, por lo que, explicó, no es posible concluir que la acción procedente en el sub lite sea la de controversias contractuales, la cual, en los términos del artículo 87 del CCA, está reservada a las partes de un contrato estatal y, bajo ciertas circunstancias, al juez del contrato, al Ministerio Público y a las personas que demuestren interés directo.

Añadió que el acto administrativo demandado, valga decir, el Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, no es de aquellos a los que refiere el inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, es decir, actos administrativos dictados con motivo y ocasión de la actividad contractual, toda vez que la decisión adoptada por el Ministerio de Comunicaciones mediante el mismo, estuvo encaminada a negar el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica de que trata el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998, en relación con un título habilitante concedido en el marco de una actuación administrativa regulada en la primera parte del Código Contencioso Administrativo y no en el Estatuto General de Contratación y, en ese orden de ideas, concluyó que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA.

Afirmó que la acción fue ejercitada dentro del término legal previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda, que dispuso que dicha acción caducaría al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.

De acuerdo con los anteriores argumentos, declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, edificada sobre la indebida escongenia de la acción.

Respecto de las demás excepciones, señaló que no están encaminadas a impedir un pronunciamiento de fondo, pues se dirigen a atacar la cuestión a resolver, por lo que serían decididas al desatar la misma.

Seguidamente, en aras de determinar si se existieron alteraciones en la ecuación económica de la concesión otorgada mediante la Resolución 1384 de 20 de junio de 2000 que den lugar a su reconocimiento por parte de la entidad demandada, el Tribunal Administrativo se ocupó de analizar: (i) la procedencia de la reclamación de equilibrio contractual cuando la concesión se hace a través de licencias; (ii) la ruptura del equilibrio contractual (a) por situaciones imprevistas y (b) por el hecho del príncipe, y (iii) la indemnización de perjuicios, como se sintetiza a continuación:

II.1.- La procedibilidad de la teoría del equilibrio contractual cuando la concesión de servicios de telecomunicaciones se otorga a través de licencia

Reiteró que, por disposición del artículo 7º de la Ley 72 de 1989, las concesiones de servicios de telecomunicaciones pueden otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno Nacional, dando lugar al pago de derechos, tasas o tarifas fijadas por el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de Televisión.

Expuso que si bien es cierto entre la licencia y el contrato existen diferencias conceptuales, lo cierto es que en algunos temas esas figuras convergen. Así, por ejemplo, destacó, el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998, vigente a la fecha de otorgamiento del título habilitante en cuestión, dispuso que los operadores tendrían derecho a que se les mantuviera inalterada la ecuación financiera.

Resaltó que el artículo 2º del Decreto 1900 de 1990 definió el operador como una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley y, en ese contexto, consideró que la sociedad actora es un concesionario del servicio público de telecomunicaciones, en la modalidad de servicios básicos para prestar el servicio portador, es decir, es un operador, independientemente de la forma en que se le hubiera otorgado la concesión, esto es, bien fuera por licencia o por contrato y, por ende, puede reclamar el desequilibrio de la ecuación financiera.

Refirió que la jurisprudencia nacional ha desarrollado el concepto de actos administrativos de contenido mixto, precisando que consisten en la concurrencia de efectos particulares y generales, acepción que, advirtió, bajo algunos matices, es perfectamente predicable en el sub lite, toda vez que la licencia tiene aspectos propios de un acto administrativo, puntualmente, la revocatoria directa, pero también contiene aspectos de un contrato, como el tema del desequilibrio contractual, razón por la cual los aspectos de la licencia que se relacionen con su naturaleza jurídica de acto administrativo se desatarán conforme a las normas sustanciales de tal material y viceversa frente a los temas contractuales.

II.2.- La ruptura del equilibrio contractual

Señaló que el desarrollo sobre el derecho que, a la luz del artículo 9º del Decreto 2041 de 1998, tienen los operadores de servicios de telecomunicaciones a que se les mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión

ha sido estrictamente contractual, y aludió que considerando que «estamos frente a un acto administrativo mixto, que combina aspectos de índole unilateral y bilateral», resulta pertinente hacer remisión a las normas que desarrollan tales aspectos, con el fin de llenar el vacío que se presenta en el asunto, tal y como lo permite el artículo 8º de la Ley 153 de 188.

En esos términos, resaltó que el artículo 90 de la Constitución Política establece la responsabilidad administrativa centrada no en el comportamiento dañoso, según los principios clásicos, sino en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que esta haya sufrido sea adecuadamente reparado, de forma que puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio, real o supuesta.

En esos términos, resaltó que el artículo 90 de la Constitución Política establece la responsabilidad administrativa centrada no en el comportamiento dañoso, según los principios clásicos, sino en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que esta haya sufrido sea adecuadamente reparado, de forma que puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio, real o supuesta.

Aludió que el desequilibrio de la ecuación financiera ha sido desarrollado en el derecho comparado como una responsabilidad sin culpa, fórmula que, en principio, fue adoptada por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, según el cual a las partes de un contrato estatal o de una licencia de concesión de servicios públicos se les debe garantizar la igualdad entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, o, para los efectos del presente asunto, desde el otorgamiento de la respectiva licencia.

Explicó que si la referida igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, es decir, cualquiera de las partes puede reclamar el desequilibrio.

Asimismo, apuntó, el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 dispone que a los contratistas les asiste el derecho a que, previa solicitud, la administración les reconozca el equilibrio de la ecuación financiera a punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables y precisa que dicho equilibrio se rompe por el incumplimiento de la entidad estatal contratante, evento en el cual debe restablecerse la ecuación financiera al nacimiento del contrato, lo cual implica que en nuestro ordenamiento legal la ruptura del equilibrio contractual puede ser con culpa o sin culpa.

Comentó que los hechos y situaciones generadoras de la ruptura de la ecuación contractual, doctrinal y legalmente admitidos, son la imprevisión, el hecho del príncipe y el incumplimiento, sin significar que son los únicos o que su denominación o alcance resulten siempre uniformes, y apuntó que en el presente asunto corresponde verificar la ocurrencia de la teoría de la imprevisión y del hecho del príncipe.

II.2.1.- De las situaciones imprevistas

El a quo puso de presente que doctrinalmente se distingue la teoría de las sujeciones imprevistas de la teoría de la imprevisión, entendidas las primeras como el alea material o físico, que generalmente resulta de un fenómeno natural, mientras que la segunda es conocida como el alea económica, distinción que, anotó, resulta compleja, puesto que en la práctica los cambios económicos que dan origen a la imprevisión pueden provenir de un hecho natural.

Añadió que los requisitos para que una u otra teoría se verifique, aparte de la distinción entre alea material y alea físico, son los mismos y se concretan en: (i) la afectación de las prestaciones contractuales; (ii) un hecho ajeno a las partes; (iii) un hecho imprevisible y (iv) un hecho

anormal.

Destacó que, por su parte, el Consejo de Estado colombiano ha precisado que la declaración de un estado de imprevisión exige lo siguiente: (i) se debe estar en presencia de un contrato estatal; (ii) el hecho debe ser razonablemente imprevisible, es decir, que en estricto sentido la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del hecho, más que al hecho mismo; (iii) el hecho invocado como imprevisible debe afectar de manera sustancial el equilibrio económico del contrato, pues no puede tratarse de una «imprevisión previsible» y acordada en el contrato o en el sistema de precios del mismo; (iv) debe existir una íntima correlación entre el hecho y el trastorno ocurrido; (v) el hecho debe ser independiente de la voluntad de las partes (vi) es indispensable que, no obstante el trastorno ocurrido, no se suspenda la ejecución del contrato, y (vii) la impresión no cubre ganancias, solo es una ayuda en las pérdidas.

Subrayó que la accionante reclama unos perjuicios que debió enfrentar a causa de la aparición de los nuevos desarrollos tecnológicos para la prestación de los servicios de acceso a internet de banda ancha, así como la crisis de las empresas de internet y de la tecnología LMDS, situaciones que no resultaban razonablemente previsibles cuando se le adjudicó la licencia.

Al respecto, señaló que resulta apenas natural que en el servicio público de telecomunicaciones se produzcan desarrollos tecnológicos que muy seguramente terminarán afectando a otras tecnologías y, por ende, a quienes explotan las mismas.

Recalcó que, en dictamen practicado dentro del proceso, el perito designado expuso que «[...] de acuerdo con el desarrollo e incursión en el mercado de nuevas tecnologías de banda ancha, LMDS es ya una tecnología en descenso, siendo entonces reemplazado por WiMAX, soluciones de fibra óptica etc., sin embargo con el fin de utilizar la infraestructura que se encuentra instalada, LMDS es un complemento de WiMAX en el último kilómetro», y se refirió a las decisiones y estrategias implementadas por los operadores de LMDS nacionales autorizados entre 1998 y 2000, así como la situación en la cual se encontraban en el año 2006.

Enfatizó además que, según las conclusiones del perito, la crisis de las empresas de internet se presentó entre los años 1995 y 2001, de manera que la concesionaria debió preverla, toda vez que la licencia le fue otorgada el 22 de junio de 2000, y añadió que la estabilidad económica de dicho sector está estrechamente ligada al producto que ofrecen, que no es otro que la tecnología, actividad que tiene un alto componente de innovación permanente, lo cual genera unos riesgos muy altos frente a las actividades económicas establecidas,.

Así, el Tribunal consideró que no solamente la entrada de nuevas tecnologías afectó el desarrollo de la tecnología concedida a la actora, sino también las deficiencias técnicas de la misma, y advirtió que, con todo, los nuevos desarrollos tecnológicos no constituyen una situación imprevista para un concesionario, más aún en un negocio en el que tales desarrollos son de común y necesaria ocurrencia, debido a la competencia que incentiva ese tipo de avances.

Indicó que, además, resulta razonable considerar que las nuevas tecnologías que impactan en la buena prestación del servicio público y el mejoramiento de las tarifas para el usuario deben contar con las condiciones necesarias para garantizar su uso universal, lo cual quiso garantizar la demandada al permitir la entrada de nuevas tecnologías.

Por lo dicho, concluyó que la crisis de las empresas de internet debió contemplarse como un riesgo propio de esta clase de actividades y que, por lo tanto, resulta improcedente reclamar por su realización. En consecuencia, decidió que no es jurídicamente posible obligar a la demandada

a asumir una carga económica generada por el desarrollo de nuevas tecnologías renplazar por la parte que dice que no se puede obligar a la entidad.

II.2.2.- Del hecho del príncipe

El Tribunal recordó que, de antiguo, la teoría del hecho del príncipe era considerada como una medida arbitraria y violenta fundada en la fuerza coercitiva del detentador del poder pero que, sin embargo, actualmente se designa como toda orden emanada de una autoridad pública a la cual los particulares deben someterse y obedecer.

Precisó que, en todo caso, existen dos alcances sobre dicha teoría: una, en stricto sensu y, la otra, en lato sensu. En la primera, indicó, constituyen hecho del príncipe todas aquellas medidas emanadas de cualquier órgano del Estado que afecta de cualquier manera la ejecución del contrato, bien sea directa o indirectamente, mientras que en la segunda el hecho del príncipe se restringe a los actos de la administración contratante que afectan la ejecución del contrato.

Señaló que en Colombia la concepción adoptada sobre la teoría del hecho del príncipe es la stricto sensu, es decir, sólo da lugar a la verificación de los actos provenientes de la administración contratante, y expuso que, en efecto, el Consejo de Estado ha considerado que se presenta un hecho del príncipe cuando el Estado, concretamente la entidad contratante, expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide directa o indirectamente en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato.

Tras las referidas precisiones, adujo que para obtener la licencia que le fue otorgada, la actora pagó una contraprestación inicial por la suma de \$32.863.338.200, sin perjuicio de las demás contraprestaciones previstas en la referida normativa, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 99 de 2000, que modificó el artículo 25 del Decreto 868 de 1999.

Indicó que el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 2070 de 16 de septiembre de 2005, en cuyo artículo 14 dispuso que el derecho al uso de frecuencias radioeléctricas daría lugar, sin excepción alguna, a la liquidación, cobro, recaudo y pago de contraprestaciones por concepto del permiso y su título habilitante, de conformidad con el Decreto 1972 de 2003 o Régimen Unificado de Contraprestaciones, adicionado por el Decreto 2925 de 2005, normas que no exigieron el pago de la contraprestación inicial a los operadores.

Expuso que, en efecto, el 4 de noviembre de 2005 y el 22 de diciembre de 2006, el Ministerio de Comunicaciones otorgó varios permisos para la utilización de frecuencias radioeléctricas sin exigir a los operadores la contraprestación inicial, a diferencia de lo ocurrido con la actora, situación que, entre otras razones, llevó a esta a una crítica situación económica, constituyéndose en un hecho que alteró de manera extraordinaria la economía del «contrato».

Refirió, además, que se trataba de una medida imprevisible, puesto que lo razonable era que la entidad demandada mantuviera la contraprestación para los nuevos concesionarios con el fin de salvaguardar la ecuación financiera entre los operadores que se encontraban en legítima competencia.

Manifestó que si bien es cierto dentro de las facultades constitucionales y legales de las que está investida la entidad demandada para garantizar la cobertura efectiva del servicio público está la de fijar las nuevas condiciones económicas, como ocurrió con los permisos otorgados, también

lo es que esas medidas pueden ser imprevisibles, puesto que de prever el otorgamiento de tales permisos como uno de los riesgos propios de la licencia la actora difícilmente la hubiera aceptado.

En esos términos, el a quo encontró reunidos los requisitos de la teoría del hecho del príncipe, toda vez que, con posterioridad al otorgamiento de la licencia a la sociedad demandante el Ministerio de Comunicaciones expidió unos actos administrativos de carácter general que permitieron que otros operadores de banda ancha explotaran el espectro radioeléctrico sin el pago de la contraprestación inicial al que aquella se vio obligada, situación que alteró gravemente la ecuación financiera de la concesión.

Precisó que, en la medida en que la entidad concedente participó de la expedición de los actos administrativos generadores del desequilibrio económico, dando lugar a la configuración de la teoría del hecho del príncipe, en stricto sensu, se impone declarar la nulidad del acto administrativo demandado.

Advirtió que no se está cuestionando la legalidad de la Resolución 2070 de 2005 como el Decreto 1972 de 2003, puesto que uno de los presupuestos de la teoría del hecho del príncipe es que se trate de actuaciones legítimas de la administración contratante y añadió que, tal y como lo afirmó la entidad demandada, esos actos administrativos contienen medidas necesarias, que evitaron mayores costos al usuario final. Sin embargo, adujo, esas medidas legales y necesarias generaron un quebrantamiento en el principio de igualdad frente a las cargas públicas que debe ser asumido por la entidad demandada con el fin de restablecer el equilibrio quebrantado.

II.3.- De la indemnización de perjuicios

El Tribunal anotó que, en lo atinente a la indemnización de perjuicios por la configuración del hecho del príncipe, el Consejo de Estado ha sostenido que la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios, toda vez que lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado.

Bajo esa deducción, consideró que, en el caso concreto, como indemnización de perjuicios, a título de daño emergente, se debe reconocer el valor pagado por la actora como contraprestación inicial, toda vez que esta, junto con otras causas, generaron el desequilibrio alegado, pero descontando de dicho guarismo el valor del tiempo por el cual la concesionaria pudo explotar su licencia antes de la autorización de los nuevos operadores. Así, advirtió que la licencia fue otorgada el 22 de junio de 2000 y que los primeros permisos se otorgaron en noviembre de 2005, lo que significa que por más de cinco (5) años la accionante explotó su licencia sin la presencia de los operarios de WiMAX.

En ese orden de ideas, observó que, teniendo en cuenta que el valor de la contraprestación inicial por el otorgamiento del título habilitante fue de \$32.863.338.200 y que la concesión fue otorgada por 10 años, cada año tenía un valor por contraprestación inicial de \$3.286.333.820, de forma que como fueron cinco (5) los años que quedaron de la concesión, el valor base para determinar el reconocimiento del daño emergente sería de \$16.431.669.100.

Consideró que fueron tres las causas que impactaron negativamente en la situación económica de la actora a saber: i) la caída de las acciones de empresas tecnológicas, ii) la aparición de nuevas

tecnologías y iii) la adjudicación de la banda de 3.5. GHz – WiMAX sin exigir contraprestación inicial, y recordó que las dos primeras, como lo sostuvo en el estudio de la imprevisión, no resultan exigibles a la entidad demandada, mientras que, en cambio, esta sí debe salir a restablecer el equilibrio contractual por la tercera causa.

Aludió que, sin embargo, para determinar cuál fue el impacto de cada una de esas causas sobre la situación financiera de la actora sería necesario que en un incidente de liquidación de perjuicios, tal como lo dispone el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, se estableciera el porcentaje de dicho impacto con el fin de reconocer tan solo el grado o porcentaje que corresponda a la adjudicación de la banda de 3.5 GHz - WiMAX sin exigir contraprestación, el cual debe aplicarse sobre la base de \$16.431.669.100, siendo el valor resultante de dicha operación el que se reconocerá como indemnización por el daño emergente en estudio, debidamente actualizado (condena en abstracto).

Finalmente, adujo que no habrá lugar a reconocer el lucro cesante deprecado, toda vez que la actora tenía la posibilidad de renunciar a la explotación de la licencia que le fue otorgada, lo cual no hizo a pesar de que la adjudicación de nuevas licencias sin el cobro de la consabida contraprestación le generaba una situación crítica, por lo que debe entenderse que asumió las consecuencias negativas que de ello se derivaron, tales como la pérdida del perjuicio en comento.

III.- RECURSOS DE APELACIÓN

III.1.- La sociedad FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P.

En escrito oportunamente presentad, el apoderado de la sociedad FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P., antes denominada FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A., solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se ordene a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a restablecer la ecuación económica de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS que le fue otorgada y que, como consecuencia de dicha declaración, se le condene, en concreto, a pagar la totalidad de los perjuicios causados por la configuración del hecho príncipe, representados en el valor de \$32.863.338.200 pagado por la licencia (daño emergente) y la suma de \$25.782.966.760 por concepto de la utilidad dejada de percibir (lucro cesante), para un total de \$58.646.304.960, con la debida actualización y reconocimiento de intereses legales a la tasa del 6% anual, lo cual sustentó de la siguiente forma:

III.1.1.- El monto del daño emergente reconocido

El apoderado aseveró que el juez de primera instancia parte de una premisa equivocada que consiste en entender que el valor de la licencia otorgada a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A. se amortizó anualmente, lo cual lo llevó a determinar que como esa sociedad prestó servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS durante cinco (5) años sin la presencia de los operadores de WiMAX, durante ese período pudo amortizar el equivalente al 50% del valor de la licencia y que sólo se afectó el 50% restante (\$16.431.669.100).

Afirmó que si al momento de presentar oferta para la adquisición de la licencia de LMDS (junio de 2000) la compañía hubiera advertido que cinco (5) años más tarde se permitiría en el país la utilización de una tecnología para la prestación de un servicio de telecomunicaciones equivalente a la tecnología LMDS, como lo es WiMAX, se habría abstenido de pagar \$32.863.338.200 por la

explotación de aquella.

Aseguró que, por consiguiente, el valor del daño emergente ocasionado a FLYCOM S.A. E.S.P. como consecuencia de haber otorgado las licencias de WiMAX que prestan un servicio equivalente al que se presta con la tecnología LMDS sin exigir una contraprestación es de \$32.863.338.200 y no el 50% de ese valor, como se sostiene en la sentencia recurrida.

Insistió en que, además, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, el Ministerio de Comunicaciones le otorgó a los concesionarios de banda ancha (WiMAX) descuentos de más de un noventa y cinco por ciento (95%) en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radiocléctrico, lo que les significó reducir sus pagos anuales de US\$18.936.000 a US\$1.896.000, beneficio que no obtuvo la sociedad demandante.

Así, adujo que las condiciones de la licencia otorgada a FLYCOM fueron sustancialmente distintas a las que tuvieron que cumplir los operadores de WiMAX, no sólo por la contraprestación inicial que tuvo que asumir para la obtención de la licencia sino porque el valor de la contraprestación anual que debió cancelar no tuvo los mismos privilegios que le fueron otorgados a los operadores de WiMAX.

III.1.2.- Cuando se configura el hecho del príncipe la indemnización es plena y, por tanto, debe reconocerse no solo el daño emergente sino el lucro cesante

Sostuvo que la decisión de no reconocer la indemnización del lucro cesante bajo el argumento de que FLYCOM S.A. E.S.P. tuvo la posibilidad de renunciar a la explotación de la licencia que le fue otorgada desconoce la reiterada doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, según la cual cuando se presenta desequilibrio económico en una concesión con fundamento en el hecho del príncipe se está en presencia de una responsabilidad sin falta que es imputable a la entidad pública concedente y, por lo tanto, la indemnización de perjuicios debe ser plena, es decir, incluye no solo el daño emergente sino el lucro cesante.

Apuntó que el lucro cesante padecido por la demandante está representado por la utilidad dejada de ganar como consecuencia de la afectación de su plan de negocios, estimada en \$25.782.966.760, considerando que tenía derecho a explotar la licencia para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS durante todo el tiempo de su vigencia, es decir, diez (10) años.

III.2. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Por conducto de apoderado judicial, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia recurrida y que, en su lugar, se desestimen las pretensiones de la demanda, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

III.2.1. En relación con lo resuelto sobre los presupuestos procesales de la acción

Observó que el juzgador de primera instancia despachó desfavorablemente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, pero al analizar los presupuestos procesales de la acción reconoció que la concesión del servicio fue otorgada a la actora a través de licencia y permiso para el uso del espectro radioeléctrico, es decir a través de un acto administrativo que contiene una decisión unilateral de la administración, y no por un contrato estatal y que, por ello, no es posible concluir que la acción procedente en el sub lite sea la contractual.

Sostuvo que, así las cosas, el a quo debió declarar la ineptitud de la demanda, pero no lo hizo a pesar que en la parte considerativa apuntaba a ello, de forma que hubo un quiebre entre la parte motiva o considerativa y la parte resolutive del fallo.

Añadió que no comprende cuáles son las razones para declarar la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, ya que el despacho no se refirió ni están probadas las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

III.2.2 Cuestión de fondo

El apoderado argumentó que en el acto administrativo que concede un permiso para uso del espectro radioléctrico no están plasmadas las características propias de los contratos, tales como el principio de reciprocidad de prestaciones, la estructuración previsiva y la asunción planeada y proporcional de riesgos, por lo que, a su juicio, las premisas de la sentencia planteadas sobre la existencia de un contrato contradicen las reglas del derecho.

Observó que el cálculo que hizo el Tribunal Administrativo sobre la base para determinar el daño emergente no es acorde con la realidad, toda vez que el valor inicial pagado por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A. corresponde al otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y que, como tal, no constituye un contrato de concesión de los referidos en la Ley 80 de 1993 sino que se trata de una medida administrativa sobre gestión del espectro y de una tecnología específica que permite su aprovechamiento en aras del interés general, siendo el permiso independiente de la concesión para la prestación de servicios.

Anotó que, adicionalmente, en el proceso no se determinó cuál fue el mercado afectado, lo que, de hecho, no podía determinarse porque los beneficiarios del permiso de WiMAX no entraron a operar.

En ese orden de ideas, sostuvo que no se configuró la teoría del hecho del príncipe o de la administración, por cuanto, en primer lugar, no hubo contrato del cual se pueda predicar afectación por la actuación del Ministerio; en segundo lugar, no está probado que los actos de la administración hayan tenido incidencia directa o indirecta en la licencia del operador demandante y, en tercer lugar, el perjuicio eventual no es indemnizable, pues el perjuicio indemnizable debe ser cierto y concreto, no eventual.

Asimismo, destacó que el artículo 2º del Decreto 868 de 1999 establece que el título habilitante, además del permiso para el uso del espectro radioeléctrico en las bandas definidas para ello, otorga la concesión para prestar el servicio portador, el cual de acuerdo con el Decreto Ley 1900 de 1990, puede ser prestado por varias tecnologías, entre estas los pares aislados y circuitos dedicados, así como también con tecnología LMDS, de tal forma que el servicio no es exclusivo para LMDS. De hecho, aseguró, para la época en que se otorgó la licencia a la accionante existían más de 40 licenciatarios del servicio portador que prestaban sus servicios a través de cables de fibra óptica, pares aislados, microondas, LMDS, entre otros.

Por lo demás, el apoderado judicial reiteró los argumentos de defensa planteados en el escrito de contestación de la demanda.

IV.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue concedido por el magistrado conductor de la primera instancia

mediante auto de 22 de junio de 2012.

Remitido y repartido el proceso entre los diferentes Despachos que integran la Sección Tercera del Consejo de Estado, la magistrada Olga Mélida Valle de la Hoz admitió los recursos de apelación a través de auto de 1 de agosto de 201 y, mediante providencia del día 29 del mismo mes y año, corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concept.

En esta etapa del proceso, la entidad demandada parte demandante, en esencia, reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación de la sentencia de primera instanci.

La demandante guardó silencio en esta etapa procesal y, por su parte, la Agencia del Ministerio Público no emitió concepto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo No. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante el cual se realiza la distribución interna de asuntos, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia del presente proceso.

V.2.- Problema jurídico

De conformidad con el inciso 1° del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala analizar la legalidad del oficio 88 de 31 de enero de 2007, a través del cual el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resolvió «solicitud de revisión de las condiciones de la concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS», para lo cual se debe establecer si mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 ese Ministerio otorgó a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. E.M.C. COLOMBIA S.¿., actualmente denominada INTERNEXA S.A. E.S.P. una concesión para el uso exclusivo del espectro electromagnético, cuya ecuación económica deba mantenerse inalterada.

Con ese propósito, la Sala adoptará el siguiente orden metodológico: (i) análisis sobre lo resuelto en primera instancia en relación con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, (ii) efectos de la licencia en materia de telecomunicaciones y (iii) análisis de legalidad del acto administrativo objeto de demanda, dentro del cual, a su vez, se estudiará: a) el alcance del título habilitante conferido por el Ministerio de Comunicaciones mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 y b) si a la demandante, como titular del mismo, le asiste el derecho a recuperar lo que pagó por concepto de contraprestación inicial.

Previamente a resolver el problema jurídico planteado, la Sala recuerda que el artículo 31 de la Constitución Política prescribe que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, y que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Por su parte, el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al proceso contencioso administrativo por analogía a falta de norma especial en el CCA y por remisión expresa de su

artículo 267, dispone que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio.

En esos términos, por regla general, la segunda instancia no puede agravar la situación del apelante único, lo cual constituye el principio denominado como la no reformatio in pejus.

Sin embargo, la misma norma procesal dispone que cuando ambas partes hayan apelado la sentencia, o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones, por lo que, en estos dos supuestos, por autorización de la ley, el juez no queda atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal con la interposición del recurso.

En ese orden de ideas, siendo que en el presente asunto apelaron tanto la parte actora como la entidad demandada, la Sala dispone de libertad para decidir sin limitaciones sobre la providencia objeto de apelación.

V.3.- El caso concreto

V.3.1.- La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, destacó que el título habilitante otorgado a la sociedad actora mediante la Resolución 1384 de 2000, contiene una decisión unilateral del Ministerio de Comunicaciones, expedida en el marco de una actuación administrativa regulada por el Código Contencioso Administrativo, en su primera parte, por lo cual, anotó, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del CCA; subarayó que la demanda fue presentada dentro del término legal previsto para esa acción en el numeral 2º del artículo 136 ibidem y, en consecuencia, declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, sustentada en la indebida escogencia de la acción.

Al respecto, esta Sala destaca que si bien es cierto que, como lo aduce la entidad demandada, la parte actora se refirió en la demanda a la teoría del equilibrio económico propia de la contratación estatal, y también se refiere a la aplicación de la Ley 80 de 1993, la realidad es que no indicó estar ejerciendo la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA.

En todo caso, del contenido del libelo introductorio se desprende, con claridad, que la controversia no es de carácter contractual, pues se enmarca dentro de unas actuaciones administrativas que afectan concesiones de los servicios de telecomunicación referentes al uso y la explotación del espectro radioeléctrico.

Tal circunstancia fue igualmente advertida mediante auto de 7 de noviembre de 2019, a través del cual doctor Jaime Enrique Rodríguez Navas, magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dispuso remitir el proceso a la Sección Primera de la Corporación, con sustento en lo siguiente:

[...] **Como en el presente asunto se debaten las alteraciones a la ecuación económica causados por actuaciones administrativas** expedidas por el entonces Ministerio de Tecnologías, **respecto de una concesión de naturaleza no contractual**, otorgada a Flycom comunicaciones, para el uso y la explotación del espectro radioeléctrico, el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto, multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y la concesión para prestar el servicio de portador, y el asunto no se encuentra asignado a ninguna de las Secciones de la Corporación, le corresponde a la Sección primera del

Consejo de Estado conocer de la presente acción. (resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo dicho, esta Sala encuentra acertada la decisión del a quo de declarar no probada la excepción de inepta demanda por la supuesta indebida escogencia de la acción.

V.3.2.- Naturaleza de la licencia en materia de telecomunicaciones

El inciso final del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990.

Tal y como lo apuntó el a quo, la doctrina nacional ha sostenido que los efectos de conceder un servicio público de telecomunicaciones por medio de un contrato o a través de una licencia son disímiles. Así lo explicó el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza en su obra denominada el Régimen Jurídico de la Contratación Estatal:

[...] En efecto, el acto de adjudicación de un contrato estatal, a pesar de no ser en sí mismo el contrato, genera para el ente oficial y para el adjudicatario sendas obligaciones de suscribir el contrato, según los términos de la oferta correspondiente. Este acto es irrevocable y obliga tanto a la entidad pública y al contratista tal y como expresamente lo establece el artículo 30, numeral 11, de la Ley 80. **Por el contrario el acto de licenciamiento, que es la licencia en sí misma, puede ser objeto de revocación si se dan los presupuestos señalados en los artículos 69 (causales de revocación) y 73 (revocación de actos de carácter particular y concreto) del código contencioso administrativo.**

Sin embargo, la diferencia más importante se concreta en la aplicación del régimen de exorbitancia contemplado en el Estatuto de Contratación. Salvo las expresas excepciones contempladas en leyes o decretos con fuerza material de ley, **los contratos estatales de concesión de servicios de telecomunicaciones se someten a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Por el contrario las concesiones que revistan la forma de licencia se rigen por el código contencioso administrativo y las normas especiales sobre cada servicio.** La anterior delimitación normativa comporta que en las concesiones otorgadas mediante contratos se pactan las cláusulas exorbitantes ya analizadas. En las licencias no habrá lugar a pactar dichas cláusulas y por ello, por ejemplo, ante el incumplimiento grave de los términos del acto de licenciamiento, la entidad concedente puede aplicar las multas e incluso revocarlo, pero de manera alguna declarar una caducidad que inhabilite al licenciatario para acceder a otra concesión[...] (la negrita no es original).

De la anterior referencia, esta Sala destaca la precisión atinente a que las concesiones otorgadas a través de licencia se rigen por el Código Contencioso Administrativo y las normas especiales sobre cada servicio.

Por otro lado, el artículo 3º del Decreto 868 de 199, en cuyo marco se concedió el título habilitante a la sociedad actora, dispuso lo siguiente:

Artículo 3º.Otorgamiento del título habilitante. El título habilitante que se expida de acuerdo con lo estipulado en este decreto, será otorgado a personas jurídicas colombianas cuyo objeto social contenga la prestación de servicios de telecomunicaciones, **en virtud de actuación administrativa iniciada de oficio por el Ministerio de Comunicaciones, atendiendo lo dispuesto en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo y demás normas**

concordantes.

Dicha actuación se originará por decisión del Ministerio o a solicitud de parte en ejercicio del derecho de petición en interés general. En este último caso, el objeto de la petición deberá encaminarse a proponer al Ministerio la iniciación de oficio del procedimiento dirigido a otorgar los respectivos permisos y el interés que asiste a quien formula la petición (negrita fuera del texto).

En el mismo sentido, la Resolución 244 de 29 de febrero de 2000, por la cual se ordenó el inicio de la actuación administrativa que culminó con el otorgamiento del título habilitante a la sociedad demandante, dispuso en su artículo 2° que «[e]l trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin».

Así, el hecho de que el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998 hubiera previsto que los operadores de servicios de telecomunicaciones tendrían derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión no desdibuja la naturaleza jurídica de la licencia y, por ende, no implica que el título habilitante obtenido mediante ese instrumento tenga contenido contractual.

Al respecto es pertinente traer a colación la sentencia de 11 de octubre de 2018 en la cual esta Sección, al analizar demanda de nulidad impetrada para controvertir la legalidad parcial de un pliego de condiciones elaborado por el Ministerio de Comunicaciones para la adjudicación de licencias de concesión del servicio de telecomunicaciones bajo la modalidad de radiodifusión sonora comunitaria en frecuencia modulada, precisó que dicho asunto se rige por un procedimiento administrativo y no contractual, pese a que el decreto que regula el procedimiento se remite al principio de selección objetiva previsto en la Ley 80 de 1993. Así se pronunció la Sección:

[...] Como no se trata de un tema contractual, por expresa disposición del Congreso de la República, sino de un trámite de concesión por licenciamiento, no es viable acudir a lo dispuesto en el artículo 87 del CCA., pues éste se orienta a regular los términos de presentación oportuna de las acciones de controversias contractuales, ya sea de los actos previos o de aquéllos que se profieren después de la adjudicación del contrato.

Es evidente que el escenario propuesto supone la existencia de una decisión unilateral, en este caso del Ministerio de Comunicaciones, dirigida a crear una situación jurídica concreta; esto es, determinar qué persona natural o jurídica sería adjudicataria de la licencia correspondiente para prestar el servicio de radiodifusión comunitario.

[...]

Decantado entonces que en materia de concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora se sigue un proceso administrativo de licenciamiento y no contractual, y que en línea con ello, los actos expedidos en el agotamiento de ese trámite son controlables por medio de las acciones de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, según se trate de actos particulares, generales o mixtos; y que el pliego de condiciones por ser un acto incluido en esta última categoría, y que para el caso, es general por no haber sido controvertido junto con el acto de licenciamiento, y por ende, controlable por la primera de ellas, **resta por determinar el alcance de la remisión del Decreto 1981 de 2003, cuando indica que la concesión de la respectiva licencia para la prestación del servicio de radiodifusión sonora comunitaria en las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Cali y Medellín,**

debe consultar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad, así como los postulados que rigen la Ley 80 de 1993.

[...]

En ese orden, para la Sala **la remisión a dicho principio** [deber de selección objetiva] **no implica necesariamente la aplicación de la regla dispuesta en la norma que lo positivizó, esto es, en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que fue modificada por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues de lo que se trata es de otorgar una concesión vía licenciamiento y no bajo la arista de un proceso contractual**, circunstancia que indica que las previsiones que debe adoptar el Ministerio de Comunicaciones para su garantía bien pueden involucrar elementos no previstos en las enunciadas normas pero que conduzcan a lograr la materialización del deber de seleccionar objetivamente la mejor propuesta (resaltado fuera del texto

En suma, la Resolución 1384 de 2000 «[p]or la cual se otorga permiso para usar el espectro radioeléctrico, autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, y concesión para prestar el servicio portador», contiene una decisión unilateral del Ministerio de Comunicaciones regida por el Código Contencioso Administrativo y por normas especiales atinentes a los servicios y actividades de telecomunicaciones, y no por las normas que regulan la actividad contractual del Estado.

V.3.3.- Análisis de legalidad del acto administrativo objeto de demandada

Siendo claro que las concesiones que revistan la forma de licencia se rigen por el Código Contencioso Administrativo y las normas especiales sobre cada servicio, resulta imperioso concluir que el juicio de legalidad de la decisión que adopte la administración sobre la solicitud de revisión de las condiciones de una concesión que eleve un concesionario debe regirse por las mismas disposiciones, incluso en lo atinente al restablecimiento económico, esto último considerando que, al amparo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, además de la nulidad del acto, quien se crea lesionado en un derecho protegido por una norma jurídica puede solicitar que se le restablezca en su derecho y que se le repare el daño.

De hecho, en sentencia de 9 de julio de 2009, esta Sección resolvió en segunda instancia la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la sociedad INTERPOL S.A. con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales el Ministerio de Comunicaciones modificó plazos, denegó la imputación de pagos a obligaciones futuras o la restitución de lo pagado y negó el restablecimiento de la ecuación económica de una concesión del uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada.

Lo dicho permite afirmar que, en tanto el Oficio No. 88 de 2007 que es objeto de demanda responde a la naturaleza de acto administrativo, lleva implícita la presunción de legalidad, figura que consiste en una suposición de que el acto ha sido expedido de conformidad con el ordenamiento jurídico, tal y como lo expuso esta Corporación en sentencia de 7 de noviembre de 2012, en la que expresó:

[...] Es así porque, si bien los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la

Administración encaminadas a producir efectos jurídicos, son susceptibles de judicialización por parte de esta jurisdicción a través de las acciones establecidas en los artículos 84 y 85 del C. A. A., lo cierto es que **se encuentran amparados por la presunción de legalidad derivada del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, propio de los Estados Sociales de Derecho y, por lo mismo, su control judicial se encuentra sujeto a una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción,** demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión.

En efecto, entre los requisitos de las demandas contra la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 137 (numeral 4º) *ibídem*, exigió que en la impugnación de actos administrativos se indiquen las normas violadas y se explique el concepto de su violación. Por su parte, el inciso segundo del artículo 170 *ibídem*, circunscribió el efecto erga omnes de la sentencia que niega la nulidad pedida, a la causa petendi juzgada. Tales preceptos imponen limitaciones que le endilgan a esta jurisdicción un carácter rogado, en cuanto administra justicia sólo respecto de lo que le piden quienes ejercen las acciones reservadas a su conocimiento, tomando como fundamento el ordenamiento legal que le invocan como vulnerado por los actos administrativos, y los argumentos en que justifican el dicho de vulneración.

La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 84 del CCA, la nulidad procederá cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o de forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, lo que nos conduce a analizar la legalidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007 a partir de los cargos de violación formulados por la sociedad FLYCOM S.A. E.S.P.

Con ese propósito, es preciso anotar que en el demandado Oficio No. 88 de 200, el secretario general del Ministerio de Comunicaciones expuso que la petición de adopción de medidas para restablecer el desequilibrio económico afrontado por FLYCOM S.A. E.S.P. se fundamentó en que a esta se le otorgó una concesión para el uso del espectro electromagnético, premisa que, adujo, es errada, pues en realidad se le atribuyó un permiso para el uso del espectro radioeléctrico, como resultado de un procedimiento de selección objetiva que se adelantó de conformidad con los Decretos 868 de 1999 y 99 de 2000 y la Resolución 244 de 2000, en cuyo ámbito se estableció que el acto administrativo que se expidiera para conceder dicho permiso también comprendería la autorización de la red y la concesión del servicio portador.

En ese contexto, el Ministerio de Comunicaciones determinó que no se puede predicar desequilibrio frente a una licencia otorgada para el uso del espectro radioeléctrico, pues no se trata de un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, sino de una actuación administrativa regulada por las normas pertinentes y por el Código Contencioso Administrativo.

La entidad explicó que en la legislación de telecomunicaciones existen tres elementos jurídicos básicos, a saber: **(i) el servicio**, definido como la actividad económica que se desarrolla, y al cual se accede mediante **concesión**, que, a su vez, puede otorgarse a través de un contrato o de una licencia; **(ii) la red**, consistente en la infraestructura física con la cual se presta el servicio, y a la cual se accede mediante **autorización** y **(iii) el espectro electromagnético**, el cual es objeto de **permiso**.

Hecha la referida precisión, apuntó que a través de la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 se

otorgó a la sociedad entonces denominada FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A.: (i) permiso para usar el espectro radioeléctrico; (ii) autorización para el establecimiento de la red, y (iii) concesión para la prestación del servicio portador, y aseguró que el valor de la contraprestación inicial pagado por la titular del título habilitante corresponde al primer componente, valga decir, al otorgamiento del permiso para usar el espectro radioeléctrico, que, como tal, no constituye un contrato de concesión.

Seguidamente observó que el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 solo se refiere al derecho de los operadores de servicios de telecomunicaciones a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, sin hacer alusión a los permisos o a las autorizaciones y, en consecuencia, determinó que no es procedente acceder a la solicitud de revisión de las condiciones de la concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS.

Asimismo, el Ministerio de Comunicaciones planteó en el oficio que las circunstancias económicas que según la sociedad peticionaria la afectaron forman parte del alea de su negocio y de la gestión comercial de la empresa, considerando la evolución tecnológica y el dinamismo del sector, y añadió que esa cartera no puede garantizar niveles mínimos de ingresos y número mínimo de usuarios y que no se puede restringir la evolución normativa y su adecuación a los cambios tecnológicos que brinden mayores facilidades a los usuarios, de manera que el hecho de otorgar licencias a solicitud de parte no implica que se limite el reconocimiento de tecnologías alternas y su acceso para beneficio común.

Por lo demás, precisó que el servicio portador otorgado puede prestarse por varias tecnologías, tales como los pares aislados y circuitos dedicados, así como también con tecnología LMDS, de tal forma que el servicio no es exclusivo para LMDS, y así concluyó que con el título habilitante otorgado a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. para el derecho al uso del espectro electromagnético en la banda de 27. GHz no se otorgó la exclusividad del servicio pues, anotó, existen 40 licenciarios del servicio portador que prestan sus servicios a través de cables de fibra óptica, pares aislados, microondas, LMDS, entre otras.

Añadió que, en cambio, el derecho al uso de la frecuencia de operación otorgada sí tiene un carácter de exclusividad, lo cual ha respetado el Ministerio de Comunicaciones considerando que una asignación de la misma frecuencia puede generar interferencias perjudiciales entre operadores.

Por su parte, en sustento de las pretensiones de la demanda, el apoderado de la sociedad actora alegó en el proceso que el título habilitante que le fue otorgado a esta por el Ministerio de Comunicaciones mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 no tiene carácter precario, como es lo propio del permiso, sino que consistió en una verdadera concesión para la utilización de un bien de uso público –el espectro electromagnético–, como lo ordena el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya que fue asignado de forma exclusiva y por un término definido de 10 años, prorrogables por otro tanto, para lo cual pagó una suma inicial de \$32.863.338.200.00 y adquirió obligaciones en cuanto a cobertura y prestación de los servicios, cuya tecnología pretendía vencer las limitaciones y costos de las otras tecnologías para masificar los servicios de banda ancha y romper de esta manera las barreras de entrada que imponían estos mismos operadores monopólicos para llegar al usuario final.

Aseveró que, de no haber sido así, FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. habría solicitado simplemente un permiso de explotación comercial, como lo hicieron otros

operadores que recibieron otras bandas que no usan LMDS para prestar los mismos servicios sin costo inicial, y se habría sometido al alea del negocio, cuyo riesgo consiste en recuperar las inversiones propias de la tecnología a utilizar y no la recuperación del pago de una licencia de uso exclusivo.

Manifestó que si bien es cierto el concepto de desequilibrio económico es una institución propia de los contratos estatales, el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, vigente cuando se llevó a cabo el procedimiento para otorgar la licencia de la tecnología LMDS, expresamente reconoció el derecho de los operadores de los servicios de telecomunicaciones, sin ninguna distinción, a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, por lo que, a su juicio, hay una asimilación del título habilitante al contrato estatal.

En tales condiciones, dijo, tanto las normas de la Ley 80 de 1993 como los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales elaborados por el Consejo de Estado sobre el derecho del contratista al restablecimiento de la ecuación económica del contrato son aplicables a la situación particular de FLYCOM S.A. E.S.P., independientemente de la denominación que se haya utilizado en el título habilitante que le fue otorgado por el Ministerio de Comunicaciones, ya que se trata de una verdadera concesión de un bien de uso público.

En criterio de la demandante, los nuevos desarrollos tecnológicos para prestar servicios de acceso a internet de banda ancha, así como la crisis de las empresas de internet y de la tecnología LMDS que no resultaban razonablemente previsibles cuando se le adjudicó la licencia mediante la Resolución 1389 de 2000, le ocasionaron pérdidas significativas que se tradujeron en un grave desequilibrio de la ecuación financiera de la concesión, por lo que el Ministerio de Comunicaciones debió proceder a restablecer dicha ecuación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a su cargo (teoría de la imprevisión).

Igualmente, el apoderado adujo que mediante la Resolución 2070 de 16 de septiembre de 2005, expedida de conformidad con el Decreto 1972 de 2003, el Ministerio de Comunicaciones autorizó la adjudicación de tres (3) permisos para la prestación de servicios de banda ancha (WiMAX) sin exigir a sus destinatarios una contraprestación inicial, poniendo a FLYCOM S.A. E.S.P. en una situación de desigualdad económica, ya que para obtener la licencia para la prestación del servicio de telecomunicaciones con la tecnología LMDS esta se vio obligada a pagar una contraprestación inicial \$32.863.338.200, mientras que los nuevos operadores obtuvieron una ventaja competitiva, toda vez que sus precios no tendrían que incorporar la recuperación de la contraprestación inicial, lo cual transgrede los mandatos del artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 y del artículo 31 del Decreto 1972 de 2003.

Manifestó, además, que en virtud de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, expedidos por el Presidente de la República y el Ministro de Comunicaciones, los nuevos operadores obtuvieron descuentos de más de un 95% en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radioeléctrico, beneficio que no obtuvo en su momento FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A., lo que demuestra el trato desigualdad que le ha dado el Ministerio de Comunicaciones, y que conllevó a la agravación de su situación económica.

Así, la parte accionante sostiene que, con ocasión de la expedición de los aludidos actos administrativos de carácter general, se modificaron las condiciones de mercado que fueron tenidas en consideración para la elaboración del plan de negocios de la concesión que le fue adjudicada y se le impidió recuperar la suma de dinero que pagó para obtener la licencia, de manera que se alteró de forma grave la ecuación financiera de la concesión, configurándose la

llamada teoría del hecho del príncipe, que, a su juicio, según lo expuso en el recurso de alzada, da lugar a una indemnización plena, que incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente, este último correspondiente a la totalidad del pago exigido por concepto de contraprestación inicial para el otorgamiento de la licencia y no al 50% del mismo, como lo estimó el a quo.

De conformidad con lo anterior, esta Sala debe establecer: a) si a través del título habilitante conferido por el Ministerio de Comunicaciones mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 se otorgó una **concesión para el uso exclusivo del espectro electromagnético** o si lo otorgado para ese efecto corresponde a un **permiso**, y b) si a la demandante, como titular del título habilitante, le asiste el derecho a recuperar lo que pagó por concepto de contraprestación inicial.

Alcance del título habilitante otorgado mediante la Resolución 1384 de 2000

En los términos de la Ley 72 de 198, se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos (artículo 2°). Se trata de un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia (artículo 5°).

En el artículo 7° ibidem, el legislador dispuso que las **concesiones** podrán otorgarse **por medio de contratos o en virtud de licencias**, según lo disponga el Gobierno Nacional, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión.

Asimismo, la normativa señaló que el establecimiento, explotación y uso en el país de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requieren la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones (artículo 8°).

Mediante el artículo 14 de la Ley en comento, el legislador revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reformar las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones, facultades que efectivamente fueron ejercidas mediante el Decreto Ley 1900 de 1990, que en su artículo 2° dispuso que se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos, y que se entiende por operador una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley.

Igualmente, el Decreto Ley definió la red de telecomunicaciones del Estado como el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos determinados para establecer la telecomunicación entre ellos, a través de la cual se prestan los servicios al público, y señaló que esa red está integrada por los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones, así como por aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autorice a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones (artículos 14 y 15).

Por lo demás, en concordancia con los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política, la

normativa ejusdem dispuso que el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien del dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones (artículo 18) y que el uso de frecuencias radioeléctricas requiere **permiso** previo otorgado por ese Ministerio y dará lugar al pago de los derechos que correspondan (artículos 19 y 20).

De acuerdo con las normas referidas, el permiso para el uso del espectro radiolétrico difiere de la concesión para la operación de servicios de telecomunicaciones, así como de la autorización para el establecimiento, explotación y uso de redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones.

Pues bien, como lo indicaron tanto las partes como el a quo, mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000, cuya revisión fue negada a través del oficio que es objeto de demanda, el Ministerio de Comunicaciones decidió «OTORGAR a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A. título habilitante en el ámbito nacional TNI, que comprende: (a) El permiso para usar el espectro radioeléctrico en los canales uno (1) y cuatro (4) atribuidos y planificados en el decreto (sic) 868 de 1999, modificado por el decreto (sic) 099 de 2000; (b) La autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS; y (c) La concesión para prestar el servicio portado» (artículo 1º), por un término de diez (10) años, prorrogable por un lapso igual (artículo 3º).

De la parte considerativa de la resolución se desprende que el título habilitante se otorgó como resultado de una actuación administrativa regida por las disposiciones del Decreto 868 de 1999, modificado por el Decreto 99 de 2000, y por la Resolución 244 de 29 de febrero de 2000, expedida por el entonces Ministerio de Comunicaciones.

De acuerdo con su contenido, el Decreto 868 de 1999 se fundamentó en la necesidad de atribuir unas bandas de frecuencias dentro del territorio nacional para su utilización en redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y de regular la forma como el Ministerio de Comunicaciones otorgaría los permisos para el uso de las mismas. El objeto del Decreto fue planteado en su artículo 1º, así:

Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto:

1. Atribuir en el territorio nacional unas bandas de frecuencias para el establecimiento y operación de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS para la prestación de servicios de telecomunicaciones.
2. Planificar el espectro radioeléctrico atribuido.
3. Aplicar los procedimientos y establecer los requisitos para el **otorgamiento de permisos para el uso del espectro radioeléctrico atribuido.**
4. Aplicar los procedimientos y establecer los requisitos para el **otorgamiento de la autorización para la instalación, ampliación, renovación, ensanche o modificación de la red** asociada al espectro radioeléctrico atribuido, y establecer las condiciones para el funcionamiento, la operación y la explotación de las mismas.
5. Establecer el **otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio portador** en el ámbito territorial asociado al permiso para el uso del espectro radioeléctrico atribuido para el

establecimiento y operación de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS.

6. Establecer las condiciones económicas para la liquidación, cobro, recaudo y pago de las contraprestaciones a que haya lugar (la negrita no es original).

En ese sentido, el artículo 2° del mencionado Decreto señaló que las resoluciones que pusieran fin a las actuaciones administrativas originadas en su aplicación, y que se denominarían título habilitante, comprenderían el permiso para usar el espectro radioeléctrico, la autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, y la concesión para prestar el servicio portado en el ámbito del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado.

La atribución de las bandas de frecuencia se determinó concretamente en el artículo 7° del Decreto, de la siguiente forma:

Artículo 7° Atribución de bandas de frecuencias. Se atribuye en el territorio nacional y se ordena su inscripción en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, la banda de 25,350 GHz a 28,350 GHz, para el establecimiento de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LDMS/LMCS.

El artículo 8° del Decreto 868 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 99 de 2000, reguló la planificación del espectro radioeléctrico atribuido en el transcrito artículo 7°, en los siguientes términos:

Artículo 8. Planificación del espectro radioeléctrico atribuido. El espectro radioeléctrico atribuido se planifica para su uso dentro del territorio nacional así:

Canal	Límite inferior (GHz)	Límite superior (GHz)	Ancho de banda (MHz)
1	27,500	27,645	145
2	27,645	27,785	140
3	27,785	27,925	140
4	27,925	28,065	140
5	28,065	28,210	145
6	28,210	28,350	140

El Ministerio de Comunicaciones planificará el bloque de 25,350 a 27,500 GHz cuando lo considere necesario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el Ministerio de Comunicaciones podrá atribuir otras bandas de frecuencias para las redes de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, y planificará dichas bandas para su uso dentro del territorio nacional, teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales que regulan la materia, las establecidas en este Decreto y demás normas que sean pertinentes.

Del mismo modo, el artículo 9° del pluricitado Decreto 868 de 1999, modificado por el artículo 2° del Decreto 99 de 2000, señaló que el Ministerio de Comunicaciones podría otorgar títulos

habilitantes que comprenden permisos para el uso de los canales del espectro radioeléctrico atribuidos y planificados en los siguientes ámbitos y con sujeción a la distribución de canales que se define a continuación:

En el ámbito nacional, dos (2) permisos: uno (1) para los canales radioeléctricos 1 y 4, y uno (1) para los canales radioeléctricos 2 y 5.

En el ámbito local, un (1) permiso para los canales radioeléctricos 3 y 6 en cada municipio o distrito.

En sus artículos 10° y 11, el mismo decreto facultó al Ministerio de Comunicaciones para originar una actuación destinada a otorgar los títulos que comprenden los permisos para el uso de los canales radioeléctricos en el ámbito nacional, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 9° que acaba de referirse.

En efecto, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 244 de 29 de febrero de 2000, «[p]or la cual se ordena el inicio de la actuación administrativa para otorgar títulos habilitantes, para el establecimiento dentro del territorio nacional de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS para la prestación de servicios de telecomunicaciones», en cuyos artículos 1° y 2° resolvió lo siguiente:

ARTÍCULO 1°. Ordenar el inicio de la actuación administrativa para el otorgamiento de los títulos habilitantes de que tratan el artículo 11 del decreto 868 de 1999 y el artículo 2 del Decreto 099 de 2000, que comprenden el permiso para el uso del espectro radioeléctrico para el establecimiento dentro del territorio nacional de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, la autorización para el establecimiento de la correspondiente red y la concesión para prestar el servicio portador en el ámbito del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado.

ARTÍCULO 2°. El trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin.

[...].

De lo expuesto hasta ahora, esta Sala advierte que la actuación administrativa que culminó con la Resolución 1384 de 22 de junio 2000 tuvo como finalidad la asignación de unos canales del espectro radioeléctrico, específicamente de unas bandas de frecuencia para el establecimiento de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LDMS/LMCS, cuyo uso requería del otorgamiento de un permiso. Así, en el ámbito nacional, se dispuso otorgar dos (2) permisos: uno (1) para los canales radioeléctricos 1 y 4, que le fueron asignados a la sociedad FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. – F. M. C. COLOMBIA S. A., actualmente denominada INTERDEXA S.A. E.S.P., que funge como demandante en el sub lite, y uno (1) para los canales radioeléctricos 2 y 5.

Se establece de la misma manera que la concesión para prestar el servicio portador estuvo asociada al permiso otorgado para usar el espectro radioeléctrico, tal y como expresamente lo dispuso el artículo 1° de la Resolución 244 de 2000, transcrito, y el artículo 2° del Decreto 868 de 1999, norma que es del siguiente tenor:

Artículo 2°. Alcance del título habilitante. Las resoluciones que expida el Ministerio de

Comunicaciones, a través de las cuales se culminan las actuaciones administrativas originadas en la aplicación de este decreto y que para los efectos se denominarán **título habilitante**, **comprende el permiso** para usar el espectro radioeléctrico, **la autorización** para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, **y la concesión para prestar el servicio portador en el ámbito del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado**, con sujeción a las normas legales y reglamentarias que sean aplicables (negritas y subraya ajenas al texto).

De conformidad con todo lo anterior, no es cierto, como lo alega la accionante, que el permiso que le fue otorgado a través de la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 para usar el espectro radioeléctrico es en realidad una concesión, pues el instrumento dispuesto por el ordenamiento jurídico para la atribución de frecuencias radioeléctricas es precisamente el permiso.

Así se desprende, además, del artículo 2º del Decreto Reglamentario 2041 de 1998, «[p]or el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los procedimientos para su liquidación, cobro, recaudo y pago», norma que introdujo las siguientes definiciones:

Artículo 2º.Definiciones.

2.1 Definiciones Generales: Para efectos de este Decreto se adoptan las siguientes definiciones generales:

a) **Contraprestación:** Son todos los recursos, derechos, cánones, tasas, tarifas y compensaciones o participaciones que una persona natural o jurídica, pública o privada, debe pagar o cumplir a favor del Fondo de Comunicaciones adscrito al Ministerio de Comunicaciones por concepto de las concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones.

b) **Concesionarios: Son los operadores habilitados para prestar servicios de** telecomunicaciones y aquellas personas habilitadas para desarrollar actividades de telecomunicaciones.

c) **Operador:** Persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de concesión o por ministerio de la ley.

d) **Concesión:** Instrumento mediante el cual la autoridad competente otorga en forma temporal a una persona natural o jurídica, pública o privada la **facultad de prestar servicios de telecomunicaciones** o desarrollar actividades de telecomunicaciones.

e) **Autorización:** Acto mediante el cual se faculta a un concesionario para modificar, ensanchar, renovar, ampliar o expandir las características iniciales establecidas para las redes y los sistemas de telecomunicaciones o para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones.

f) **Permiso:** Acto mediante el cual se asigna por un término definido a una persona natural o jurídica el uso de una o varias porciones específicas del **espectro radioeléctrico** para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones (resaltado por la Sala).

[...]

Por su parte, el artículo 25 ibidem dispuso lo siguiente:

Artículo 25. Independencia entre la concesión del servicio y el permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado. **La concesión del servicio es independiente y distinta del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado.** En consecuencia, la asignación de frecuencias, el ámbito de operación de las mismas y el pago derivado de estos conceptos se regirán por las normas especiales previstas para el efecto, y darán lugar al pago de las contraprestaciones previstas en el Capítulo 3 de este Título, y las normas que lo sustituyan, modifiquen, o adicionen (negrillas no originales).

Corolario de lo anterior, podemos afirmar que, en lo atinente al alcance del título habilitante, la Resolución 1384 de 2000 se ajustó a las normas que regulan la materia, de manera que para el uso del espectro radioeléctrico se le otorgó a la sociedad actora un permiso propiamente tal y no una concesión, como la que sí le fue conferida para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

En igual sentido se pronunció esta Sección en sentencia de 9 de julio de 2009, en la cual señaló:

[...] Para la Sala, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no acertó al considerar que existía una concesión y no un permiso, pues según el artículo 2° del Decreto 2041 de 1998, **la concesión** se refiere a la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones o desarrollar actividades de telecomunicaciones, **en tanto que el permiso se otorga para el uso del espectro radioeléctrico o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones.**

En conclusión, **el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio** telefónico fijo inalámbrico, como en el presente caso, **se otorga mediante permiso** por parte del Ministerio de Comunicaciones y **no mediante concesión** como erróneamente lo estudió el a quo (resaltado por esta Sala).

Más recientemente, valga decir, en sentencia de 6 de septiembre de 2011, esta misma Sección se ocupó de analizar la legalidad del artículo 3° de la Resolución No. 2168 de 27 de agosto de 2009, a través de la cual el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones estableció a cargo del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Floridablanca el pago de una contraprestación por la concesión para operar el servicio auxiliar de ayuda que le fue otorgada a través del mismo acto administrativo.

El problema jurídico planteado en la providencia consistió en determinar si el acto administrativo demandado vulneró el artículo 32 de la Ley 322 de 1996, norma que estableció que el entonces Ministerio de Comunicaciones exoneraría a los cuerpos de bomberos de pagar cualquier tarifa por la adjudicación y uso de las frecuencias de radiocomunicaciones a utilizar para la prestación del servicio público a su cargo. En esa oportunidad, la Sala precisó lo siguiente:

[...] **II.2.2.9.- En este punto es menester hacer referencia al artículo 26 del Decreto 1972 de 2003, norma vigente para el momento en que se expidió la Resolución nro. 2.168 de 27 de agosto de 2009, precepto en el que se indica que la concesión del servicio es independiente y distinta del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado, por lo que la asignación de frecuencias, el ámbito de operación de las misma y el pago derivado por esos conceptos se rige por la normas especiales establecidas para el efecto.**

II.2.2.10.- Es así que esta Sala entiende que el artículo 32 de la Ley 322 delimitó claramente el ámbito de aplicación de la exoneración a lo referente a las frecuencias de

radiocomunicaciones utilizadas por los Cuerpos de Bomberos en sus actividades operativas, propias de la prestación del servicio público de prevención y control de incendios y demás calamidades conexas.

II.2.2.11.- Quiere decir, ello, entonces, que la exoneración de cualquier tarifa para su adjudicación y uso a la que se refiere la ley, está referida al espectro radioeléctrico asignado, por lo que el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Floridablanca no está en la obligación de cancelar contraprestación alguna relativa al permiso para usar el espectro radioeléctrico que se le asignó, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 1.972 de 2003.

II.2.2.12.- Ahora bien, debe advertirse que la regulación de las contraprestaciones, en lo que se refiere a los servicios auxiliares de ayuda, se encuentra prevista, en la Resolución 1.593 de 2004, vigente al momento de expedirse la Resolución nro. 2.168 de 2009, y en dicho acto se señalan las siguientes: (i) por las concesiones de los servicios auxiliares; (ii) por las autorizaciones para el establecimiento de redes y sistema de comunicación; (iii) por el trámite de registros, anotaciones, admisiones e inscripciones que con arreglo a la ley deba llevar a cabo el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; (iv) por el permiso de uso del espectro electromagnético.

II.2.2.13.- En la Resolución nro. 2.168 de 2009 se otorgó (i) la concesión mediante licencia de la prestación del servicio auxiliar de ayuda; (ii) la autorización para el establecimiento de una red; y (iii) el permiso para el uso del espectro radioeléctrico, que es el ámbito de la exoneración prevista en la Ley.

II.2.2.14.- Contrastando entonces, el Decreto 1.972 de 2003 y la Resolución 1.593 de 2004, con el artículo 3 de la Resolución 2.168 de 2009, encontramos que esta última se ocupó de uno de los ámbitos para los que se encuentran previstas contraprestaciones, esto es, el del otorgamiento de la concesión mediante licencia de la prestación del servicio, que es diferente al referido en la Ley 322, pues se reitera que aquella ley se refiere al permiso de uso del espectro electromagnético, por lo que no existe contradicción alguna entre lo dispuesto en la disposición acusada y la Ley 322.

II.2.2.15.- De acuerdo con lo anterior, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no desconoció la exoneración prevista en el artículo 32 de la Ley 322 y, por ello, no trasgredió el artículo 29 de la Carta Política pues el artículo 3 de la Resolución nro. 2.168 de 2009 se ajustó a las normas de carácter legal y reglamentario, en la medida en que no existe exoneración en el pago de la contraprestación establecida por el otorgamiento de la concesión. Se reitera que la exoneración de que trata el artículo 32 de la Ley 322 se estableció para la contraprestación por el permiso de uso del espectro electromagnético (algunas negritas no son originales).

Del segmento transcrito se destaca que la Sala concluyó que, en tanto la contraprestación por el permiso de uso del espectro radioléctrico difiere de la contraprestación por la concesión del servicio auxiliar de ayuda, la exoneración de la tarifa prevista en la Ley 322 de 1996 para el primero de esos conceptos no se extiende al segundo.

De las normas y jurisprudencia referidas se concluye que la concesión es el instrumento, bien sea contrato o licencia, mediante el cual la autoridad competente otorga a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones, entendidos estos como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o

información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos, mientras que el permiso es el acto mediante el cual se asigna, por un término definido, el uso de una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones.

De conformidad con todo lo dicho, carecen de asidero los argumentos que condujeron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a declarar la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, edificados desde la premisa de que mediante la Resolución 1389 de 2000 se otorgó una concesión y no un permiso para el uso del espectro radioeléctrico.

El derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión

Según lo previsto en el artículo 3° de la Resolución 1384 de 2000, el título habilitante otorgado a la sociedad FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A., hoy INTERDEXA S.A., quedó sometido al régimen unificado de contraprestaciones para la liquidación, cobro, recaudo y pago de las contraprestaciones previsto en los Decretos 2041 de 1998, 1705 de 1999 y 99 de 2000.

Para adquirir el título habilitante, la sociedad ofertó por concepto de contraprestación inicial la suma de treinta y dos mil ochocientos sesenta y tres millones trescientos treinta y ocho mil doscientos pesos (\$32.863.338.200), ello de conformidad con el artículo 25 del Decreto 868 de 1999, modificado por el artículo 5° del Decreto 99 de 2000, cuyo tenor es del siguiente tenor:

Artículo 25. De las contraprestaciones. Los títulos habilitantes que se otorguen conforme a lo dispuesto en este Decreto se someterán al régimen unificado de contraprestaciones para la liquidación, cobro, recaudo y pago de las contraprestaciones que les corresponda, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2041 de 1998, 1705 de 1999 y las normas que los reglamenten, modifiquen, sustituyan o adicionen.

Los titulares deberán pagar una contraprestación inicial cuyo valor será el que el solicitante ofertó en sobre cerrado de acuerdo con el artículo 10 del presente Decreto. Este valor incluye:

- a) La contraprestación adicional de que trata el inciso tercero del artículo 32 del Decreto 2041 de 1998;
- b) La contraprestación de que trata el artículo 2° del Decreto 1705 de 1999 relativa al permiso por el uso del espectro radioeléctrico asignado al titular de que trata el artículo 7° del presente decreto, durante un año contado a partir de la fecha de ejecutoria del título habilitante, y
- c) Las contraprestaciones durante la vigencia y respecto del título habilitante por las autorizaciones de que tratan los artículos 29 y 30 del Decreto 2041 de 1998.

El titular deberá pagar esta contraprestación inicial de acuerdo con los términos y plazos establecidos en los Términos de Referencia de que trata el artículo 10 del presente Decreto. Así mismo, el titular deberá pagar las demás contraprestaciones a que haya lugar de acuerdo con los Decretos 2041 de 1998 y 1705 de 1999 y las normas que los reglamenten, modifiquen, sustituyan o adicionen.

Para la liquidación del valor anual de contraprestación por uso del espectro radioeléctrico asignado al titular de que trata el artículo 7° del presente decreto, se aplicará el siguiente

esquema:

Año 1		Año 2	Año 3	Año 4	Año 5 y siguientes
Valor a pagar	Incluido en la Contraprestación Inicial	60% x VAC	73% x VAC	83% x VAC	100% x VAC

VAC = Valor Anual de Contraprestación, calculada con la fórmula de que trata el artículo 2° del Decreto 1705 de 1999.

El año 2 comprende el período entre la terminación del año incluido en la contraprestación inicial y el 31 de diciembre del mismo año.

Las prórrogas del título habilitante no generarán pagos por la contraprestación adicional por uso del espectro radioeléctrico a cargo del titular, de que trata el inciso tercero del artículo 32 del Decreto 2041 de 1998.

Las disposiciones del Decreto 2041 de 1998 a las cuales se remitió la norma transcrita, y que se encuentran ubicadas en sus capítulos 1 y 2, regulan la contraprestaciones relativas a la autorizaciones y a los permisos, respectivamente, así:

Capítulo 2

Las Autorizaciones

[...]

Artículo 29. Contraprestación por autorizaciones relativas a las redes de telecomunicaciones. Las autorizaciones que se otorguen para la modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión de las redes de telecomunicaciones del Estado, autorizadas tanto a particulares como a entidades estatales, **dan lugar al pago de una contraprestación por parte del autorizado de una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

No obstante lo anterior, las autorizaciones de carácter general inscritas dentro de un plan aprobado por el Ministerio, así como los cambios generados por error de esta entidad o interferencias no imputables al operador, no darán lugar al pago de contraprestaciones adicionales a las fijadas y ya canceladas para la autorización inicialmente conferida (la negrita no es original).

Artículo 30. Contraprestación por autorizaciones relativas a los servicios de telecomunicaciones. Las autorizaciones que se otorguen para modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión **de los servicios de telecomunicaciones concedidos** dan lugar al pago de una contraprestación equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (destaca la Sala).

[...]

Capítulo 3

Permisos

Artículo 32. Régimen de la contraprestación relativa al permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado. La contraprestación por el permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado por el Ministerio de Comunicaciones tiene como fin lograr para el Estado una retribución justa, objetiva y permanente, así como propender por el aprovechamiento racional y eficiente del espectro.

El otorgamiento del permiso por parte del Ministerio de Comunicaciones para usar el espectro radioeléctrico y asignado da lugar al pago de una contraprestación anual en función de formulas objetivas según determinación que haga el Ministerio de Comunicaciones, en función de criterios, tales como: pagos únicos o periódicos, fijos o variables, con fundamento en bases porcentuales, unidades de volumen de tráfico, velocidad de transmisión, ancho de banda asignado, unidades de medida radioeléctrica, establecimiento de obligaciones especiales, planes de expansión y cobertura o cualquiera otra medida técnica; así mismo mediante una combinación de los distintos criterios. En desarrollo de tales principios, por el otorgamiento de permisos para usar el espectro radioeléctrico asignado se deberá pagar la contraprestación de que trata el artículo 33.

No obstante lo anterior, **cuando el Ministerio de Comunicaciones determine que no existe disponibilidad suficiente del espectro radioeléctrico o cuando las características técnicas de uso impliquen una limitación en el número de asignaciones del mismo, podrá en cualquier oportunidad establecer una contraprestación adicional a la prevista en el artículo 33 de este capítulo, previo un procedimiento de selección objetiva. Para tal procedimiento, podrá tener en consideración criterios de escogencia, tales como: el valor que ofrezca el interesado por concepto de la contraprestación por el otorgamiento del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado**, menores tarifas al usuario por concepto de los servicios de telecomunicaciones que prestará con dicho recurso, menor cantidad del recurso radioeléctrico requerido para operar, el grado de reutilización del mismo y el aprovechamiento de la más moderna tecnología disponible (negrita fuera del texto).

[...]

Artículo 33 [modificado por el artículo 2° del Decreto 1705 de 1999]. Valor de la contraprestación relativa a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. El otorgamiento de permisos para usar el espectro radioeléctrico asignado, destinado a la prestación de servicios de telecomunicaciones, da lugar al pago por parte del titular del permiso de una contraprestación equivalente al valor que resulte de aplicar, según sea el caso, las siguientes fórmulas:

33.1 Por el uso de frecuencias radioeléctricas en HF: El valor anual de contraprestación por el uso de frecuencias radioeléctricas asignadas en la banda de HF se liquidará con base en la siguiente fórmula:

$$\text{VAC POR HORA ASIGNADA} = \frac{\text{AB(kHz)} \times \text{N(SMLMV)}}{1(\text{kHz})}$$

Donde:

VAC: Valor Anual Contraprestación

AB (kHz): Ancho de banda asignado en kHz

N (SMLMV): Valor de 1 kHz de ancho de banda asignado en la banda de HF y según el horario de operación. Se define en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así:

N igual a 0,25 para cada hora asignada entre las 6:00 y las 18:00 horas,

N igual a 0,20 para cada hora asignada entre las 18:00 y las 6:00 horas del día siguiente

SMLMV: Salarios mínimos legales mensuales vigentes en pesos colombianos.

Dado que las asignaciones en esta banda se efectúan para uso compartido en función de horas de operación, para obtener el valor total por el uso de estas frecuencias, el valor anual de la contraprestación por hora asignada se multiplicará por cada hora de operación autorizada de acuerdo con el numeral 33.6 del presente decreto.

33.2 Por el uso de frecuencias radioeléctricas para cubrimiento y/o enlaces punto - multipunto. El valor anual de contraprestación por el uso de frecuencias radioeléctricas de cubrimiento y/o enlaces punto - multipunto se liquidará con base en la siguiente fórmula:

$$VAC = \frac{AB(MHz) \times N(SMLMV) \times Z}{1 (MHz)}$$

Donde:

VAC: Valor Anual de la Contraprestación

AB (MHz): Ancho de Banda Asignado en MHz

N (SMLMV): Valor de 1 MHz de acuerdo con la posición del ancho de banda asignado en el espectro radioeléctrico y con los sistemas y servicios de telecomunicaciones. Se define en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Z: Valor relativo del espectro de acuerdo con el mercado del área de servicio para la cual se asignó el ancho de banda (AB). El área de servicio se entiende como la zona geográfica determinada dentro de la cual deben situarse y operar los equipos destinados a la telecomunicación y deben prestarse los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con los parámetros técnicos de operación autorizados.

Los valores de N y Z se adoptan en el artículo 34 del presente decreto.

Esta fórmula aplica para cada área de servicio, sea ésta de ámbito municipal, departamental o nacional, según sea el caso y de acuerdo con el artículo 34 del presente decreto.

Parágrafo. En los casos en que el título habilitante no tenga definida un área de servicio especificada por ámbito municipal, departamental o nacional, el titular del permiso debe informar al Ministerio de Comunicaciones, en los plazos y condiciones que este determine, el ámbito de cada área de servicio de acuerdo con las características técnicas aprobadas y según las condiciones del título habilitante.

Si el titular no informa el ámbito del (las) área(s) de servicio, el Ministerio de Comunicaciones procederá a definirla(s) de acuerdo con las características técnicas aprobadas y según las condiciones del título habilitante.

El Ministerio de Comunicaciones se reserva el derecho de verificar el ámbito del área de servicio informada por el titular del permiso y de solicitar los ajustes técnicos que considere necesarios.

En todo caso, los titulares de estos permisos deberán cumplir con la normatividad aplicable para cada una de las redes y de los servicios que preste.

33.3 Por el uso de frecuencias radioeléctricas para enlaces punto a punto. El valor anual de contraprestación por el uso de frecuencias radioeléctricas para enlaces punto a punto se liquidará con base en la siguiente fórmula:

$$VAC (SMLMV) = K * e^{(0.063 * AB - 0.000014 * F)}$$

Donde:

VAC: Valor Anual de la Contraprestación

AB: Ancho de Banda Asignado en MHz, corresponde al tamaño de cada segmento de espectro radioeléctrico asignado por el Ministerio de Comunicaciones

F: Frecuencia central del segmento en MHz

K: Constante igual a 3,3 para enlaces cuya frecuencia central es mayor o igual a 1 GHz

Constante igual a 1,75 para enlaces cuya frecuencia central es menor a 1 GHz

e: Base del logaritmo natural, constante igual a 2,71828182845904.

Esta fórmula debe aplicarse para cada segmento de espectro radioeléctrico asignado en cada enlace, entendiéndose por enlace la conexión vía radiofrecuencia (RF) entre dos estaciones situadas en puntos fijos determinados.

33.4 Sistemas satelitales:

33.4.1 Por el uso del espectro radioeléctrico en las rampas ascendentes y descendentes de segmentos espaciales geoestacionarios. El valor anual de contraprestación por el permiso para usar el espectro radioeléctrico corresponderá a una tercera parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada 25 kHz de ancho de banda utilizado. Este valor será pagado por el proveedor del segmento espacial.

33.4.2 Sistemas satelitales no geoestacionarios. Las contraprestaciones correspondientes a los sistemas satelitales no geoestacionarios se regirán por las normas especiales que regulen la materia.

33.5 Valor de la contraprestación por el uso de espectro radioeléctrico atribuido para sistemas que operan con tecnología de espectro ensanchado. El valor anual de contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico atribuido para ser utilizado a título secundario, según el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, en sistemas que operan con tecnología de espectro ensanchado se determinará con base en la siguiente fórmula:

$$VAC(SMLMV) = \frac{AB(\text{MHz}) \times 0,1(SMLMV)}{1(\text{MHz})} + K(SMLMV)$$

Donde:

K: 0,1 para uso dentro de una edificación y sus zonas conexas

1,0 para uso en enlaces punto a punto

5,0 para uso en enlaces punto multipunto

AB (MHz): Ancho de banda asignado en MHz.

SMLMV: Salario mínimo legal mensual vigente en pesos colombianos.

Esta fórmula debe aplicarse para cada enlace punto a punto o para cada punto de radiación en los enlaces punto multipunto, según sea el caso.

33.6. Horario compartido. En los casos que el Ministerio de Comunicaciones otorgue permisos para el uso del espectro radioeléctrico en horario compartido, el valor de la contraprestación se deberá liquidar en forma proporcional al número de horas diarias de operación asignadas. En todo caso, se asignarán horas completas y mínimo dos (2) horas.

33.7 Valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico en proyectos de telecomunicaciones sociales. Las condiciones y requisitos que deben cumplir los proyectos para que sean considerados como proyectos de telecomunicaciones sociales, son las determinadas por el Ministerio de Comunicaciones.

Para el uso de frecuencias radioeléctricas en proyectos de telecomunicaciones sociales, se aplica el siguiente régimen excepcional:

1. Cuando la totalidad de los usuarios del proyecto cumplan con las condiciones establecidas por el Ministerio de Comunicaciones para que el proyecto pueda acogerse a este régimen excepcional, el uso de frecuencias radioeléctricas de que tratan los numerales 33.2, 33.3 y 33.4.1 del presente decreto, causarán una contraprestación equivalente al diez por ciento (10%) del valor que resulte de aplicar las fórmulas establecidas en estos numerales.

2. Cuando un porcentaje de los usuarios del proyecto cumplan con las condiciones establecidas por el Ministerio de Comunicaciones para que el proyecto pueda acogerse a este régimen excepcional, el uso de frecuencias radioeléctricas de que tratan los numerales 33.2, 33.3 y 33.4.1 del presente decreto, causarán una contraprestación equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor que resulte de aplicar las fórmulas establecidas en estos numerales. Este porcentaje de usuarios es definido por el Ministerio de Comunicaciones.

3. El Ministerio de Comunicaciones determinará a cuáles enlaces punto a punto, de que trata el numeral 33.3 del presente Decreto, les será aplicable el presente régimen excepcional.

33.8 Valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico que se autorice de manera general. El uso del espectro radioeléctrico para aplicaciones industriales, científicas y médicas (ICM) y para aplicaciones en recinto cerrado que se autoricen de manera general y expresa por parte del Ministerio de Comunicaciones, es libre.

33.9 Valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico en recintos cerrados. El

uso del espectro radioeléctrico en recintos cerrados, para aplicaciones que no sean autorizadas de manera general por el Ministerio de Comunicaciones y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida, da lugar al pago de un valor anual de contraprestación de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada permiso.

Del contenido de las normas transcritas, regulatorias de la actuación administrativa dentro de la cual se otorgó a la actora el título habilitante, se establece que el valor de la contraprestación inicial pagado por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A, el cual ofertó en sobre cerrado, incluyó el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la **autorización** para la modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión de **las redes de telecomunicaciones del Estado** autorizadas y tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de la **autorización** relativa a la modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión de los servicios de telecomunicaciones concedidos, de manera que la suma restante, y que lógicamente resulta ser la más representativa, corresponde a la contraprestación por el **permiso para usar el espectro radioeléctrico**.

Así, se infiere que la suma de \$32.863.338.200 pagada por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A. no incluyó contraprestación por concepto de la concesión que se le otorgó para la prestación del servicio de telecomunicaciones en modalidad de portador, cuyas prestaciones están reguladas en el capítulo 1 del Decreto 2041 de 1998

Es pertinente anotar que en el expediente no reposa copia de los términos de referencia expedidos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 244 de 2000, precepto según el cual «[e]l trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin».

Ahora bien, el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 –vigente para la fecha en que se otorgó el título habilitante en cuestión, y que fue derogado en su integridad por el Decreto 1972 de 2013, cuya violación, en sus artículos 8º, 9º y 31, alegó la parte actora– señala que «**[l]os operadores de servicios de telecomunicaciones** tienen derecho a que **se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión**, siempre y cuando cumplan oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones a que estén obligados en las condiciones, términos y cuantías aplicables. En todo caso, los operadores deberán suministrar la información veraz y fidedigna que se requiera o se exija para el efecto» (se destaca).

De su lectura se puede establecer, sin mayores elucubraciones, que el precepto se refiere al equilibrio de la concesión para la prestación de servicios de comunicaciones y no al permiso para el uso del espectro radioeléctrico, ni a la autorización para el establecimiento, explotación y uso de redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones.

Tal y como ya lo expuso la Sala, para el uso del espectro radiolétrico de los canales uno y cuatro el entonces Ministerio de Comunicaciones le otorgó a la sociedad demandante un permiso

y no una concesión.

Sin embargo, el a quo analizó los hechos y situaciones generadoras de la ruptura de la ecuación contractual, doctrinal y legalmente admitidos y, en efecto, concluyó que se configuró la teoría del hecho del príncipe, en estricto sensu, declaró la nulidad del Oficio No. 88 de 2000 y condenó en abstracto a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, todo ello desde la inferencia de que «la actora es un concesionario del servicio público de telecomunicaciones, en la modalidad de servicios básicos para prestar el servicio portador», y que como tal gozaba del derecho a que se le mantuviera inalterada la ecuación económica de la concesión, en los términos del referido artículo 9º del Decreto 2041 de 1998.

En ese orden de ideas, se reitera, el juez de instancia no tuvo en cuenta que en relación con el espectro electromagnético la actora no tenía una concesión sino un permiso, análisis que resultaba necesario teniendo en cuenta el alcance del título habilitante que le fue otorgado.

Tal imprecisión llevó al a quo a aplicar la teoría del equilibrio contractual y a ordenar el reconocimiento del valor pagado por la accionante como contraprestación inicial, pese a que, valga insistir, la suma que por ese concepto pagó FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A. (\$32.863.338.200) no corresponde a la concesión otorgada para la prestación del servicio de telecomunicaciones en modalidad de portador, por lo que no resultaba aplicable el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998.

Cabe anotar, además, que la sociedad demandante no alegó ni demostró la existencia de disposición alguna que le otorgue el derecho a reuperar la contraprestación por el permiso para usar el espectro radioeléctrico, la cual tiene como fin lograr para el Estado una retribución justa, objetiva y permanente, así como propender por el aprovechamiento racional y eficiente del espectro (artículo 32 del Decreto 2041 de 1998). Tal atribución, en todo caso, no se colige de las normas que regularon la actuación administrativa en virtud de la cual le fue conferido a la actora el título habilitante, y que fueron analizadas en esta providencia.

A todo lo dicho se suma que, analizadas las pruebas allegadas al proceso, la Sala no encuentra demostrado que la situación económica de la accionante se haya visto gravemente alterada con la expedición de las Resoluciones 2064 y 2070 de 2005, mediante las cuales el entonces Ministerio de las Comunicaciones dispuso atribuir y planificar unas bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de distribución punto a punto y punto multipunto para acceso de banda ancha inalámbrica, y adoptar medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, respectivamente, así como de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, relativos a la contraprestación por los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.

Al respecto, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aseguró que los beneficiarios del permiso de WiMax no entraron a operar y que, en ese sentido, no se puede considerar que la actora haya sufrido una afectación por la sola expedición de las normas aludidas.

La Sala observa que en informe rendido en el mes de marzo del año 2009, el ingeniero Mauro Flórez Calderón, experto en telecomunicaciones designado como perito dentro del proceso resolvió interrogante que la demandante formuló en relación con el impacto que ha tenido el desarrollo de la tecnología WiMax, ADSL y cable modem frente a los operadores de LMDS, aduciendo lo siguiente:

[...] En Colombia, LMDS no prosperó mucho a causa de sus inconvenientes y falta de clientes.

Su principal competidor es la tecnología de WiMAX donde se empezó a implementar en las mismas ciudades donde se empezó el sistema LMDS, además el aumento de las redes de cableado en las principales ciudades, su rebaja de costos y el aumento de la velocidad de los enlaces al usuario permitió aumentar la demanda de las tecnologías de cableado, dejando de lado las conexiones LMDS por sus altos costos y problemas técnicos al manejar frecuencias tan altas.

Otro competidor en la actualidad es la conexión por medio de las redes de tercera generación de los diferentes operadores de celular, que tiende a ser una alternativa para captar nuevos usuarios de Internet en banda ancha por su facilidad de adquirir un MODEM y pagar el servicio, que en la actualidad es similar a su contraparte alámbrica como ADSL y Cable MODEM y sin la necesidad de hacer un cableado ni equipos nuevos como MODEM conectado a una corriente eléctrica o Router.

Un punto adicional es la disponibilidad en la cobertura, debido a la red de telefonía celular en la actualidad tiene una gran variedad en cobertura.

De todas formas cabe resaltar que a pesar del crecimiento de XDSL y Cable MODEM, la tecnologías inalámbricas tuvieron un crecimiento del 129% en el periodo de 2006 -2007, mucho mayor que las otras tecnologías, pero su número de usuarios no es tan significativo.

[...]

El impacto de WIMAX con respecto a los operadores LMDS sería bastante desfavorable ya que WIMAX puede ofrecer los mismos servicios que LMDS añadiendo beneficios, como por ejemplo:

- Movilidad.

Mayor cobertura (mayor radio de celda) ofrecida a sus abonados.

- Beneficios de la interoperabilidad.
- Diferentes opciones en cuanto se refiere a la calidad de servicio (4 definidos)
- Diferentes especificaciones que puede manejar la capa física de acuerdo a las necesidades del cliente.

Del referido dictamen, el a quo corrió traslado a las partes, en virtud del cual el apoderado de la entidad demandada solicitó al perito la siguiente precisión:

«1. **Sírvase aclarar el Honorable Perito porqué no tiene, y en cuenta (sic) cuándo entraron en operación los beneficiarios de permisos WiMax** (que no licenciarios, puesto que no hay concesión de por medio) **a que achaca la agravación de la situación económica del demandante, o siguiera si alguno de esos beneficiarios entró en operación,** y en cambio asume que la sola entrega de permisos para WiMax impactó el negocio del demandante, cuando lo cierto es que nadie puede perder clientes o mercado sino con quien puede quitárselos, posibilidad solamente efectiva cuando el competidor opera y, para efectos de la presente demanda, ello además debió ocurrir antes de la agravación de la situación económica de la parte demandante que motivó a demandar al Ministerio de Comunicaciones» (las negritas son de la Sala).

Atendiendo la solicitud de aclaración del dictamen pericial que rindió, el experto manifestó lo siguiente:

[...] **En el documento del peritaje en ninguna parte afirmo que «el otorgamiento de permisos para uso del espectro para WiMax afectó a la parte demandante**, ni asumo que la sola entrega de permisos para WiMax impactó el negocio del demandante».

Se afirma que WiMax, es (o fue) competidor de LMDS y además que WiMax presenta un número de ventajas técnicas sobre LMDS, sobre todo en cuanto propagación radioelectromagnética.

[...]

Sin ninguna duda WiMax afecto (sic) sensiblemente el desarrollo y las posibilidades comerciales de LMDS, pero precisar en cuánto y desde que fecha exacta es un imposible. También es imposible precisar la poca demanda de LMDS, por parte de los clientes, por existir múltiples causas, por ejemplo el relativo bajo desarrollo informacional de Colombia, o las expectativas en cuanto calidad y precio que generó (sic) WiMax y de ADSL, entre otras cosas.

En mi sentir, una tecnología podría afectar el mercado de otra, no solamente desde el momento de la incorporación o de la asignación de títulos habilitantes, sino podría afectarlo, por ejemplo, desde que se conoce el desarrollo positivo de los prototipos de laboratorio o desde que se visualiza la incorporación en el mercado de esa tecnología emergente por las expectativas y zozobras que produce (folios 85 a 89 cuaderno 8. Resaltado por la Sala).

Se resalta del informe que el perito manifestó que en su experticia no determinó que el otorgamiento o la sola entrega de permisos para uso del espectro para la tecnología WiMax hubiera afectado a la sociedad demandante.

Por las razones esgrimidas, la Sala considera que el Oficio No. 88 de 2000, mediante el cual el Ministerio de Comunicaciones, actualmente Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resolvió de forma desfavorable la petición contenida en los escritos con radicados 125708 de 25 de agosto y 135182 de 17 de noviembre de 2006 no vulneró las normas superiores invocadas como violadas en la demanda, de manera que la sociedad Flycom Comunicaciones S.A. E.S.P., absorbida por INTERNEXA S.A. E.S.P., no logró desvirtuar su legalidad.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 12 de diciembre de 2011, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B y, en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la presente providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON

Presidenta

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

Aclara Voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

P:(9)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

ACLARACIÓN DE VOTO DE OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00307-01

Actor: INTERDEXA S.A. ESP.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES -MINTIC

De manera respetuosa aclaro mi voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala por las siguientes razones:

Antecedentes

La Sala definió la controversia de la referencia concluyendo que había lugar a revocar la sentencia adoptada en primera instancia, y en su lugar, a desestimar las pretensiones, en consideración a que el régimen del restablecimiento de la ecuación económica, cuya aplicación solicitaba la actora, se predicaba únicamente de los contratos de concesión y no de los permisos. En tal orden, como lo otorgado a INTERDEXA fue un permiso y no una concesión no había lugar a reconocer tal situación, máxime cuando, dijo la Sala, no se precisó disposición alguna que la viabilizara en el contexto anotado.

También se dejó constancia de que no existió demostración alguna del daño que se invocaba, pues de la pericia practicada no se evidenció que la situación económica de la demandante se haya visto gravemente alterada; lo cual se reafirmó con el hecho de que los beneficiarios del WiMAX no entraron a operar y en ese orden, la sola expedición de las normas que definían la prestación de este servicio no podría dar lugar a entender la existencia de un daño pasible de ser indemnizado o reparado. El siguiente fue el discernimiento efectuado sobre el particular:

“En criterio de la demandante, los nuevos desarrollos tecnológicos para prestar servicios de acceso a internet de banda ancha, así como la crisis de las empresas de internet y de la tecnología LMDS que no resultaban razonablemente previsibles cuando se le adjudicó la licencia mediante la Resolución 1389 de 2000, le ocasionaron pérdidas significativas que se tradujeron en un grave desequilibrio de la ecuación financiera de la concesión, por lo que el Ministerio de Comunicaciones debió proceder a restablecer dicha ecuación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a su cargo (teoría de la imprevisión).

Igualmente, el apoderado adujo que mediante la Resolución 2070 de 16 de septiembre de 2005, expedida de conformidad con el Decreto 1972 de 2003, el Ministerio de Comunicaciones autorizó la adjudicación de tres (3) permisos para la prestación de servicios de banda ancha (WiMAX) sin exigir a sus destinatarios una contraprestación inicial, poniendo a FLYCOM S.A. E.S.P. en una situación de desigualdad económica, ya que para obtener la licencia para la prestación del servicio de telecomunicaciones con la tecnología LMDS esta se vio obligada a pagar una contraprestación inicial \$32.863.338.200, mientras que los nuevos operadores obtuvieron una ventaja competitiva, toda vez que sus precios no tendrían que incorporar la recuperación de la contraprestación inicial, lo cual transgrege los mandatos del artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 y del artículo 31 del Decreto 1972 de 2003.

Manifestó, además, que en virtud de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, expedidos por el Presidente de la República y el Ministro de Comunicaciones, los nuevos operadores obtuvieron descuentos de más de un 95% en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radioeléctrico, beneficio que no obtuvo en su momento FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A., lo que demuestra el trato desigualdad que le ha dado el Ministerio de Comunicaciones, y que conllevó a la agravación de su situación económica.

Así, la parte accionante sostiene que, con ocasión de la expedición de los aludidos actos administrativos de carácter general, se modificaron las condiciones de mercado que fueron tenidas en consideración para la elaboración del plan de negocios de la concesión que le fue adjudicada y se le impidió recuperar la suma de dinero que pagó para obtener la licencia, de manera que se alteró de forma grave la ecuación financiera de la concesión, configurándose la llamada teoría del hecho del príncipe, que, a su juicio, según lo expuso en el recurso de alzada, da lugar a una indemnización plena, que incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente, este último correspondiente a la totalidad del pago exigido por concepto de contraprestación inicial para el otorgamiento de la licencia y no al 50% del mismo, como lo estimó el a quo.

De conformidad con lo anterior, esta Sala debe establecer: a) si a través del título habilitante conferido por el Ministerio de Comunicaciones mediante la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 se otorgó una **concesión para el uso exclusivo del espectro electromagnético** o si lo otorgado para ese efecto corresponde a un **permiso**, y b) si a la demandante, como titular del título habilitante, le asiste el derecho a recuperar lo que pagó por concepto de contraprestación inicial.

Alcance del título habilitante otorgado mediante la Resolución 1384 de 2000

(...)

De lo expuesto hasta ahora, esta Sala advierte que la actuación administrativa que culminó con la Resolución 1384 de 22 de junio 2000 tuvo como finalidad la asignación de unos canales del espectro radioeléctrico, específicamente de unas bandas de frecuencia para el establecimiento de

redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LDMS/LMCS, cuyo uso requería del otorgamiento de un permiso. Así, en el ámbito nacional, se dispuso otorgar dos (2) permisos: uno (1) para los canales radioeléctricos 1 y 4, que le fueron asignados a la sociedad FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. – F. M. C. COLOMBIA S. A., actualmente denominada INTERDEXA S.A. E.S.P., que funge como demandante en el sub lite, y uno (1) para los canales radioeléctricos 2 y 5.

(...)

De conformidad con todo lo anterior, no es cierto, como lo alega la accionante, que el permiso que le fue otorgado a través de la Resolución 1384 de 22 de junio de 2000 para usar el espectro radioeléctrico es en realidad una concesión, pues el instrumento dispuesto por el ordenamiento jurídico para la atribución de frecuencias radioeléctricas es precisamente el permiso.

(...)

Corolario de lo anterior, podemos afirmar que, en lo atinente al alcance del título habilitante, la Resolución 1384 de 2000 se ajustó a las normas que regulan la materia, de manera que para el uso del espectro radioeléctrico se le otorgó a la sociedad actora un permiso propiamente tal y no una concesión, como la que sí le fue conferida para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

(...)

Del contenido de las normas transcritas, regulatorias de la actuación administrativa dentro de la cual se otorgó a la actora el título habilitante, se establece que el valor de la contraprestación inicial pagado por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. F.M.C. COLOMBIA S.A, el cual ofertó en sobre cerrado, incluyó el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la **autorización** para la modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión de **las redes de telecomunicaciones del Estado** autorizadas y tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de la **autorización** relativa a la modificación, ensanche, renovación, ampliación o expansión de los servicios de telecomunicaciones concedidos, de manera que la suma restante, y que lógicamente resulta ser la más representativa, corresponde a la contraprestación por el **permiso para usar el espectro radioeléctrico**.

Así, se infiere que la suma de \$32.863.338.200 pagada por FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A. **no incluyó contraprestación por concepto de la concesión** que se le otorgó para la prestación del servicio de telecomunicaciones en modalidad de portador, cuyas prestaciones están reguladas en el capítulo 1 del Decreto 2041 de 199

.

Es pertinente anotar que en el expediente no reposa copia de los términos de referencia expedidos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 244 de 2000, precepto según el cual «[e]l trámite para el otorgamiento de los títulos habilitantes a que se refiere la presente resolución será el establecido en el Decreto 01 de 1984, en el Decreto 868 de 1999 y en los términos de referencia que se expidan para tal fin».

Ahora bien, el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 –vigente para la fecha en que se otorgó el

título habilitante en cuestión, y que fue derogado en su integridad por el Decreto 1972 de 2013, cuya violación, en sus artículos 8º, 9º y 31, alegó la parte actora— señala que «**[L]os operadores de servicios de telecomunicaciones** tienen derecho a que **se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión**, siempre y cuando cumplan oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones a que estén obligados en las condiciones, términos y cuantías aplicables. En todo caso, los operadores deberán suministrar la información veraz y fidedigna que se requiera o se exija para el efecto» (se destaca).

De su lectura se puede establecer, sin mayores elucubraciones, que **el precepto se refiere al equilibrio de la concesión** para la prestación de servicios de comunicaciones y **no al permiso para el uso del espectro radioeléctrico**, ni a la autorización para el establecimiento, explotación y uso de redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones.

En ese orden de ideas, se reitera, el juez de instancia no tuvo en cuenta que en **relación con el espectro electromagnético la actora no tenía una concesión sino un permiso**, análisis que resultaba necesario teniendo en cuenta el alcance del título habilitante que le fue otorgado.

Tal imprecisión llevó al a quo a aplicar la teoría del equilibrio contractual y a ordenar el reconocimiento del valor pagado por la accionante como contraprestación inicial, pese a que, valga insistir, la suma que por ese concepto pagó FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S. A. - F.M.C. COLOMBIA S. A. (\$32.863.338.200) no corresponde a la concesión otorgada para la prestación del servicio de telecomunicaciones en modalidad de portador, por lo que no resultaba aplicable el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998.

Cabe anotar, además, que la sociedad demandante no alegó ni demostró la existencia de disposición alguna que le otorgue el derecho a reuperar la contraprestación por el permiso para usar el espectro radioeléctrico, la cual tiene como fin lograr para el Estado una retribución justa, objetiva y permanente, así como propender por el aprovechamiento racional y eficiente del espectro (artículo 32 del Decreto 2041 de 1998). Tal atribución, en todo caso, no se colige de las normas que regularon la actuación administrativa en virtud de la cual le fue conferido a la actora el título habilitante, y que fueron analizadas en esta providencia.

A todo lo dicho se suma que analizadas las pruebas allegadas al proceso la Sala no encuentra demostrado que la situación económica de la accionante se haya visto gravemente alterada con la expedición de las Resoluciones 2064 y 2070 de 2005, mediante las cuales el entonces Ministerio de las Comunicaciones dispuso atribuir y planificar unas bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de distribución punto a punto y punto multipunto para acceso de banda ancha inalámbrica, y adoptar medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, respectivamente, así como de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, relativos a la contraprestación por los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.

Al respecto, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aseguró que los beneficiarios del permiso de WiMax no entraron a operar y que, en ese sentido, no se puede considerar que la actora haya sufrido una afectación por la sola expedición de las normas aludidas.

La Sala observa que en informe rendido en el mes de marzo del año 2009, el ingeniero Mauro Flórez Calderón, experto en telecomunicaciones designado como perito dentro del proceso resolvió interrogante que la demandante formuló en relación con el impacto que ha tenido el

desarrollo de la tecnología WiMax, ADSL y cable modem frente a los operadores de LMDS, aduciendo lo siguiente:

(...)

Se resalta del informe que el perito manifestó que en su experticia no determinó que el otorgamiento o la sola entrega de permisos para uso del espectro para la tecnología WiMax hubiera afectado a la sociedad demandante.

Por las razones esgrimidas, la Sala considera que el Oficio No. 88 de 2000, mediante el cual el Ministerio de Comunicaciones, actualmente Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resolvió de forma desfavorable la petición contenida en los escritos con radicados 125708 de 25 de agosto y 135182 de 17 de noviembre de 2006 no vulneró las normas superiores invocadas como violadas en la demanda, de manera que la sociedad Flycom Comunicaciones S.A. E.S.P., absorbida por INTERNEXA S.A. E.S.P., no logró desvirtuar su legalidad.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia”.

Consideraciones

Pues bien, aunque estoy de acuerdo con revocar el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la razón por la cual disiento del anterior análisis se concreta en el hecho de que el sustento de tal decisión debió responder a la falta de prueba del perjuicio económico que la sociedad demandante invoca haber sufrido, como quiera que de las pruebas obrantes en el expediente y de las cuales da cuenta el fallo emitido en el proceso de la referencia, no se desprende con claridad que INTERDEXA haya padecido un perjuicio susceptible de ser reparado o indemnizado. Lo dicho encuentra respaldo en el siguiente análisis anunciado en la sentencia:

“A todo lo dicho se suma que analizadas las pruebas allegadas al proceso la Sala no encuentra demostrado que la situación económica de la accionante se haya visto gravemente alterada con la expedición de las Resoluciones 2064 y 2070 de 2005, mediante las cuales el entonces Ministerio de las Comunicaciones dispuso atribuir y planificar unas bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de distribución punto a punto y punto multipunto para acceso de banda ancha inalámbrica, y adoptar medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, respectivamente, así como de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, relativos a la contraprestación por los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.

Al respecto, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aseguró que los beneficiarios del permiso de WiMax no entraron a operar y que, en ese sentido, no se puede considerar que la actora haya sufrido una afectación por la sola expedición de las normas aludidas.

La Sala observa que en informe rendido en el mes de marzo del año 2009, el ingeniero Mauro Flórez Calderón, experto en telecomunicaciones designado como perito dentro del proceso resolvió interrogante que la demandante formuló en relación con el impacto que ha tenido el desarrollo de la tecnología WiMax, ADSL y cable modem frente a los operadores de LMDS,

aduciendo lo siguiente:

[...]

En Colombia, LMDS no prosperó mucho a causa de sus inconvenientes y falta de clientes.

Su principal competidor es la tecnología de WiMAX donde se empezó a implementar en las mismas ciudades donde se empezó el sistema LMDS, además el aumento de las redes de cableado en las principales ciudades, su rebaja de costos y el aumento de la velocidad de los enlaces al usuario permitió aumentar la demanda de las tecnologías de cableado, dejando de lado las conexiones LMDS por sus altos costos y problemas técnicos al manejar frecuencias tan altas.

Otro competidor en la actualidad es la conexión por medio de las redes de tercera generación de los diferentes operadores de celular, que tiende a ser una alternativa para captar nuevos usuarios de Internet en banda ancha por su facilidad de adquirir un MODEM y pagar el servicio, que en la actualidad es similar a su contraparte alámbrica como ADSL y Cable MODEM y sin la necesidad de hacer un cableado ni equipos nuevos como MODEM conectado a una corriente eléctrica o Router.

Un punto adicional es la disponibilidad en la cobertura, debido a la red de telefonía celular en la actualidad tiene una gran variedad en cobertura.

De todas formas cabe resaltar que a pesar del crecimiento de XDSL y Cable MODEM, la tecnologías inalámbricas tuvieron un crecimiento del 129% en el periodo de 2006 -2007, mucho mayor que las otras tecnologías, pero su número de usuarios no es tan significativo.

[...]

El impacto de WIMAX con respecto a los operadores LMDS sería bastante desfavorable ya que WIMAX puede ofrecer los mismos servicios que LMDS añadiendo beneficios, como por ejemplo:

- Movilidad.

Mayor cobertura (mayor radio de celda) ofrecida a sus abonados.

- Beneficios de la interoperabilidad.
- Diferentes opciones en cuanto se refiere a la calidad de servicio (4 definidos)
- Diferentes especificaciones que puede manejar la capa física de acuerdo a las necesidades del cliente.

Del referido dictamen, el a quo corrió traslado a las partes, en virtud del cual el apoderado de la entidad demandada solicitó al perito la siguiente precisión:

«1. **Sírvase aclarar el Honorable Perito porqué no tiene, y en cuenta (sic) cuándo entraron en operación los beneficiarios de permisos WiMax** (que no licenciatarios, puesto que no hay concesión de por medio) **a que achaca la agravación de la situación económica del demandante, o siguiera si alguno de esos beneficiarios entró en operación,** y en cambio asume que la sola entrega de permisos para WiMax impactó el negocio del demandante, cuando lo cierto es que nadie puede perder clientes o mercado sino con quien puede quitárselos, posibilidad solamente efectiva cuando el competidor opera y, para efectos de la presente

demanda, ello además debió ocurrir antes de la agravación de la situación económica de la parte demandante que motivó a demandar al Ministerio de Comunicaciones» (las negritas son de la Sala).

Atendiendo la solicitud de aclaración del dictamen pericial que rindió, el experto manifestó lo siguiente:

[...] **En el documento del peritaje en ninguna parte afirmo que «el otorgamiento de permisos para uso del espectro para WiMax afectó a la parte demandante**, ni asumo que la sola entrega de permisos para WiMax impactó el negocio del demandante».

Se afirma que WiMax, es (o fue) competidor de LMDS y además que WiMax presenta un número de ventajas técnicas sobre LMDS, sobre todo en cuanto propagación radioelectromagnética.

[...]

Sin ninguna duda WiMax afecto (sic) sensiblemente el desarrollo y las posibilidades comerciales de LMDS, pero precisar en cuánto y desde que fecha exacta es un imposible. También es imposible precisar la poca demanda de LMDS, por parte de los clientes, por existir múltiples causas, por ejemplo el relativo bajo desarrollo informacional de Colombia, o las expectativas en cuanto calidad y precio que genero (sic) WiMax y de ADSL, entre otras cosas.

En mi sentir, una tecnología podría afectar el mercado de otra, no solamente desde el momento de la incorporación o de la asignación de títulos habilitantes, sino podría afectarlo, por ejemplo, desde que se conoce el desarrollo positivo de los prototipos de laboratorio o desde que se visualiza la incorporación en el mercado de esa tecnología emergente por las expectativas y zozobras que produce (folios 85 a 89 cuaderno 8. Resaltado por la Sala).

Se resalta del informe que el perito manifestó que en su experticia no determinó que el otorgamiento o la sola entrega de permisos para uso del espectro para la tecnología WiMax hubiera afectado a la sociedad demandante.”.

De otra parte, tampoco presento acuerdo en relación con el razonamiento sobre la diferencia entre el permiso y la concesión para no admitir la recuperación de la ecuación económica, por cuanto es claro, a mi juicio, que la tarifa que paga el licenciataria se calcula con base en la eventual Tasa Interna de Retorno (TIR) que proyecta el oferente, de modo que, de advertirse y acreditarse circunstancias que rompan los lineamientos con base en los cuales se otorga una licencia, permiso o concesión atribuibles al Estado, debe serle reconocido al afectado la reparación al daño que invoca, más cuando se trata de fenómenos que confluyen en la prestación del servicio mismo.

Ahora, debo también poner de presente que el título habilitante reconocido a INTERDEXA para el usufructo del espectro radioeléctrico se dio en competencia, lo que implica que existía la posibilidad de que otros actores ingresaran al mercado en condiciones distintas a las establecidas para el demandante sin que por ese sólo hecho pueda invocarse válidamente la existencia de un daño por el hecho del príncipe. Además, tampoco se demostró que la conducta del Estado haya afectado las condiciones del mercado en contra del demandante.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentada mi aclaración de voto,

Fecha ut supra.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



MINTIC