

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D. C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Referencia:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	25000232600020070030701
Demandante:	INTERNEXA S.A. E.S.P. (anteriormente FLYCOM COMUNICACIONES S.A. E.S.P)
Demandado:	Nación – Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Tema:	Título habilitante para la asignación de canales del espectro radioeléctrico con la tecnología LMDS – Alcance del título habilitante – revisión de las condiciones de la concesión – No se acreditó la alteración de la ecuación económica de la concesión

Sentencia de segunda instancia

La Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado -dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela de 30 de agosto de 2021, proferida de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado dentro del trámite con radicado 11001-03-15-000-2021-02376-01-, procede a emitir sentencia sustitutiva de la decisión de segunda instancia de 24 de septiembre de 2020, mediante la cual se revocó la sentencia de 12 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, a través de la cual declaró la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, expedido por el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

La sociedad FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P., absorbida por INTERNEXA S.A. E.S.P.¹, inicialmente denominada como FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A.-, a través de apoderado judicial, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en contra

¹ En el escrito de alegatos de conclusión de primera instancia, el apoderado de la parte actora informó que mediante escritura pública 1.636 de 29 de noviembre de 2007 de la Notaría Única de Sabaneta (Antioquia), cuya copia aportó, se protocolizó la fusión por absorción total que INTERNEXA S.A. E.S.P. (sociedad absorbente) hizo de FLYCOM COMUNICACIONES S. A. ESP, la cual se encuentra debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Medellín.

de la Nación – Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones², con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

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.

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.

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 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 LMDS³.

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 de los interesados fue establecido como factor determinante para la adjudicación de las licencias.

FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A., cuyo nombre cambió posteriormente por el de FLYCOM COMUNICACIONES S.A. E.S.P., sigla FLYCOM S.A. E.S.P.⁴, 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

² Folios 1 a 63 del cuaderno 1.

³ Del inglés Local Multipoint Distribution Service (Sistema de Distribución Local Multipunto).

⁴ Mediante Resolución 1077 de 2 de agosto de 2002, el Ministerio de Comunicaciones reconoció el cambio de nombre del operador de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS y concesionario para la prestar servicio al portador de FIRSTMARK COMMUNICATIONS S.A. por el de FLYCOM COMUNICACIONES S. A. E.S.P., FLYCOM S.A. E.S.P.

(folios 28 y 29 cuaderno de pruebas).

pesos (\$32.863.338.200) para obtener una de las bandas de frecuencia a atribuirse.

El Ministerio de Comunicaciones, con fecha 22 de junio de 2000, a través de la Resolución número 1384, otorgó a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA 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.

Durante la ejecución de la licencia, FIRSTMARK COMMUNICATIONS 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 COLOMBIA 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 Secretario General del Ministerio de Comunicaciones, con fecha 31 de enero de 2007, emitió 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 indicar cuáles serían los recursos en vía gubernativa que procedían en su contra, como lo ordena el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, en adelante también CCA.

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

El apoderado de la demandante señaló que con la emisión 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

Indicó que el título habilitante otorgado por el Ministerio de Comunicaciones a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. mediante la Resolución número 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 5° 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 3° 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 doctrina⁵, 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, anotó que no siempre resulta claro 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.

⁵ Citó: Miquel S. MARIEHOFF, Tratado del Dominio Publico. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960. P.344

Adujo que, de acuerdo con el criterio en mención, el permiso otorgado a FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A. 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 diez (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 que el concepto de desequilibrio económico es una institución propia de los contratos estatales, como se desprende de los artículos. 4°, ordinales 8° y 9°; 5°, ordinal 1° y 14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, también es una realidad que artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, vigente para 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.

Aseveró que FIRSTMARK COMMUNICATIONS 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 allí 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, pues simplemente se les concedió un permiso que podían utilizar de manera discrecional y sin ninguna obligación.

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., 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 referidos contratos 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 a que, en el presente caso, esa ecuación financiera entre lo pagado en su momento por FIRSTMARK COMMUNICATIONS 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.

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, esto es, 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 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.

Señaló que, de acuerdo con lo dicho, al contratista que pretende alegar la aplicación de la teoría de la imprevisión no le basta con probar la ocurrencia del hecho o situación imprevista o imprevisible sino que debe probar, además, i) su carácter anormal o extraordinario, y ii) su incidencia en la ecuación económica que le produjo pérdidas, las cuales debe asumir la entidad pública contratante, no como una indemnización por la producción de un daño que le sea imputable, sino como una ayuda o colaboración con el fin de garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de esta última (art.3 Ley 80 de 1993).

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.

Expuso que, en el sub judice, 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., le ocasionaron a la compañía 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.

Manifestó que, en relación con la tecnología WiMAX⁶, 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 los nuevos operadores recibieron licencias para la prestación de los servicios de banda ancha (WiMAX) sin barreras de entrada, estos 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

⁶ Del inglés Worldwide Interoperability for Microwave Access.

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, así como 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. 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 demanda⁷ 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 canceló 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 asunto 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 parte 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

⁷ Folios 80 a 141 del cuaderno 1.

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 de 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 expresos.

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 Nacional 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 descontinuados 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, 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 radioeléctrico 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; todo lo cual demuestra 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 cuál es la ecuación que habría que mantenerse y, por el contrario, la actora parte de un supuesto extraño al Decreto 1972 de 2003, asociado a 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 el Estado no 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 las cosas, 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. 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

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia de 12 de diciembre de 2011⁸ 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

⁸ Folios 564 a 579 del cuaderno 1.

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.

En ese sentido, 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.

Resaltó 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, destacó que, en el caso sub examine, el Ministerio de Comunicaciones otorgó un título habilitante mediante la Resolución número 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 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, de conformidad con lo anterior, 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. Dicha mixtura, aclaró, no se presenta en materia procesal, por lo que explicó que 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, esto es, 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. En ese orden de ideas, concluyó que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

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 escogencia 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, el Tribunal Administrativo procedió a analizar si existieron alteraciones en la ecuación económica de la concesión otorgada mediante la Resolución número 1384 de 20 de junio de 2000, que den lugar a su

reconocimiento por parte de la entidad demandada, todo ello como se sintetiza a continuación:

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 7° 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 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 9° 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 2° 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, lo que se traduce en que 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 caso 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.

La ruptura del equilibrio contractual

Señaló que el desarrollo sobre el derecho que, a la luz del artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, tienen los operadores de servicios de

telecomunicaciones a que se les mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión⁹ 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 8° de la Ley 153 de 1887¹⁰.

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 a 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.

Anotó que, a la luz del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, 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, equilibrio que 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

⁹ Siempre y cuando cumplan oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones a que estén obligados en las condiciones, términos y cuantías aplicables.

¹⁰ «**ARTÍCULO 8°.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho».

hecho del príncipe y el incumplimiento, sin significar ello que son los únicos o que su denominación o alcance resulten siempre uniformes. En ese contexto, sostuvo que en el presente asunto corresponde verificar la ocurrencia de la teoría de la imprevisión y del hecho del príncipe.

De las situaciones imprevistas

El a quo puso de presente que, doctrinalmente, la teoría de las sujeciones imprevistas ha sido entendida como el alea material o físico, que generalmente resulta de un fenómeno natural, mientras que la teoría de la imprevisión es conocida como el alea económico. Dicha distinción, 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 el Consejo de Estado ha precisado que la declaración de un estado de imprevisión exige lo siguiente¹¹: (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.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006.

Recalcó que, en el dictamen practicado dentro del proceso, el perito Mauro Flórez Calderón 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 a la situación en la cual se encontraban en el año 2006.

Hizo énfasis en 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 expuesto, 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.

Del hecho del príncipe

El Tribunal recordó que, de antaño, 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, solo 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.

Destacó que la «resolución 2070 del 16 de septiembre de 2005, en artículo 14, señaló que el derecho al uso de frecuencias radioeléctricas daría lugar a 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 2925 de 2005, el Decreto 1972 de 2003 o Régimen Unificado de Contraprestaciones, o las normas que los sustituyan, aclaren, modifiquen o adicionen».

Expuso que 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 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 es cierto 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 número 2070 de 2005 y del 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 que 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.

De la indemnización de perjuicios

El Tribunal Administrativo 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 operadores 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 dado 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. Las dos primeras, insistió, no resultan exigibles a la entidad demandada - como lo sostuvo en el estudio de la teoría de la imprevisión en el caso concreto-, mientras que, en cambio, esta sí debe salir a restablecer el equilibrio contractual por la tercera causa.

Aludió a que, para efectos de 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 la exigencia de 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.

Finalmente, adujo que no hay 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.

Mediante escrito oportunamente presentado¹², el apoderado de la sociedad FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P., antes denominada FIRSTMARK COMMUNICATIONS 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:

i. 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. 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

¹² Folios 580 a 615 del cuaderno principal 1.

LMDS– 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 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 radioeléctrico, 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.

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.

ii. 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.

Afirmó 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 apelación¹³, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se desestimen en su totalidad las pretensiones de la demanda, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

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

Señaló 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 no le fue otorgada a la actora mediante un contrato sino 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 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 de 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 es comprensible cuáles son las razones para declarar la nulidad del Oficio No. 88 de 31 de enero de 2007, ya que la sentencia no se refirió ni están probadas las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Cuestión de fondo

El apoderado argumentó que en el acto administrativo que concede un permiso para uso del espectro radioeléctrico no están plasmadas las características propias de los contratos, tales como el principio de reciprocidad de prestaciones, la estructuración previsible 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.

Sostuvo 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. 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

¹³ Folios 616 a 624 del cuaderno 1.

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, aseguró 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 de Comunicaciones; 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 reiteró los argumentos de defensa planteados en el escrito de contestación de la demanda.

IV.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación fueron concedidos 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 2012¹⁴ y, mediante providencia del día 29 del mismo mes y año, corrió traslado

¹⁴ Folio 654 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁵.

En esta etapa del proceso, la entidad demandada, en esencia, reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación de la sentencia de primera instancia¹⁶.

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

V.- LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA PROFERIDA POR LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Al desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, esta Sección decidió revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. En sustento de la decisión, la Sala efectuó el siguiente análisis:

[...] 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

¹⁵ Folio 661 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 662 a 666 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

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 (sic) 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 1998¹⁷.

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 9° 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 8°, 9° 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

Capítulo 1

Concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones

Artículo 16°. Criterios para la determinación de las contraprestaciones por la concesión.

Las contraprestaciones por concepto de la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones se establecen en función de un porcentaje sobre los ingresos fijados con arreglo a la clase o naturaleza del servicio de telecomunicaciones, concedido, salvo a los servicios especiales y de ayuda según determinación que haga el Ministerio de Comunicaciones.

El Ministerio de Comunicaciones, para determinados servicios de telecomunicaciones que no se encuentren operando a la fecha de expedición del presente decreto, podrá establecer que la contraprestación por concepto de la concesión involucre de más un pago inicial, según las reglas fijadas en cada caso para el efecto en el presente Decreto (negritas de la Sala).

[...].

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 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 recuperar 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,¹⁸ 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 2006,¹⁹ 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.

[...]

VI.- LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA POR INTERNEXA S.A. E.S.P.

La demandante, INTERNEXA S.A. E.S.P., instauró acción de tutela contra la decisión de segunda instancia adoptada por esta Sala, argumentando que, en su criterio, le fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso de la administración de justicia, al

configurarse: i) un defecto procedimental por falta de aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, que obligaba a acudir a la interpretación prejudicial ante ese órgano; ii) un defecto sustantivo por desconocimiento de la normativa de la Comunidad Andina sobre protección a la libre competencia y la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha hecho sobre la materia; iii) un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional fijado en las sentencias C-097 de 2006 y C-043 de 2010, y iv) un defecto sustantivo por la errada interpretación de los artículos 7º y 8º de la Ley 72 de 1989, y 2º y 16 del Decreto 868 de 1999.

Folios 2 a 83 del cuaderno No. 8.

Folios 970 a 1011, folios 1013 y 1014 del cuaderno de pruebas No. 2

A la acción de tutela se le asignó el radicado núm. 11001-03-15-000-2021- 02376-00 y su conocimiento le correspondió en primera instancia a la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual, en sentencia de 1º de julio de 2021, declaró su improcedencia bajo el argumento de que ninguno de los cargos cumple con el requisito de subsidiariedad.

En ese sentido, la Sección Quinta advirtió que no se configuró un defecto procedimental o un defecto sustantivo con respecto a la supuesta omisión de consulta y al presunto desconocimiento de las normas de la Comunidad Andina, toda vez que ninguno de los extremos del litigio solicitó su aplicación y, destacó,

«al haberse limitado el fundamento de la demanda en el desconocimiento de las disposiciones internas y, al ejercer el juez de lo contencioso administrativo una jurisdicción rogada, le correspondía a la interesada alegar lo que, a su juicio, en el sub examine le aplicaba para que fuera dicho operador judicial el que analizara la presunta vulneración de sus derechos por parte de la administración y se pronunciara al respecto».

Asimismo, el fallador de primera instancia sostuvo que respecto de los demás yerros sustantivos tampoco se encontraba cumplido el requisito de subsidiariedad, conclusión a la que llegó al observar que la accionante contaba con otro mecanismo de defensa judicial –el recurso de reposición– contra la providencia de 7 de noviembre de 2019 por la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió remitir el expediente a la Sección Primera por considerar que no se trataba de un asunto contractual; premisa en la que se basaron los argumentos de tutela tendientes a demostrar los defectos sustantivos por desconocimiento del precedente constitucional y por interpretación errada de las normas invocadas como violadas en la demanda.

La Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado conoció de la segunda instancia de la acción de tutela, profiriendo fallo de 30 de agosto de 2021, mediante el cual expuso lo siguiente:

10.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia y accederá parcialmente a las pretensiones de la acción de tutela, por cuanto considera que la Sección Primera del Consejo de Estado debió aplicar las normas de la Comunidad Andina para resolver el caso en cuestión y, por consiguiente, debió solicitar ante el TJCA la interpretación prejudicial de dichas normas. Al omitir este deber de consulta, la autoridad judicial accionada vulneró el derecho al debido proceso de la sociedad Internexa

S.A. E.S.P., por lo que resulta necesaria la intervención del juez constitucional.

11.- [...] [E]n cuanto a la subsidiariedad, esta Sala no comparte la improcedencia por este

requisito declarada por la primera instancia porque como se explicará más adelante, la aplicación de las normas de la Comunidad Andina es de obligatoria aplicación por parte del juez interno, y no cabe el análisis rogado que refiere la primera instancia.

[...]

12.1.- Si bien el a quo consideró que los defectos sustantivos por desconocimiento del precedente constitucional e interpretación errada de las normas aplicables estaban encaminados a probar que la relación entre las partes era de índole contractual, la actora aclaró que estos yerros se esbozaron <<para demostrarle al juez del amparo que la materia objeto de discusión se encuentra regulada en la normatividad de la comunidad andina y que, por tanto, (...) era exigible la solicitud de interpretación prejudicial.>> **Siendo así, la Sala corrobora que todos los defectos radican en la falta de aplicación y observancia del ordenamiento jurídico andino,** y en esa medida se descarta la improcedencia que sobre este asunto declaró la primera instancia.

13.- Así las cosas, la Sala encuentra que al juez de lo contencioso administrativo le correspondía aplicar tanto las normas como la jurisprudencia de la Comunidad Andina para resolver el caso y, por consiguiente, sí estaba bajo la obligación de solicitar la interpretación prejudicial ante el TJCA, como pasa a explicarse:

13.1- La Corte Constitucional ha señalado que para que proceda la interpretación prejudicial es necesario verificar el cumplimiento de dos (2) condiciones diferentes. Primero, es preciso examinar si caben o no recursos ordinarios en el derecho interno; por lo tanto, la viabilidad de la interpretación prejudicial se circunscribe a (i) los procesos de única instancia y (ii) las actuaciones en las cuales los jueces o tribunales nacionales actúan como órgano de cierre de la controversia. Segundo, resulta necesario corroborar si en el proceso judicial se debió aplicar o se contravirtió al menos una de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino

[...].

14.- Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que se cumplen ambas condiciones. Por una parte, la Sección Primera del Consejo de Estado fungió como órgano de cierre de la controversia, pues contra la sentencia que profirió el 24 de septiembre de 2020 no proceden recursos ordinarios. Por otra parte, si bien a lo largo del proceso no se contravirtió la aplicabilidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la Sala estima que el juez de conocimiento debió tener en cuenta las normas comunitarias porque (i) resultan directamente aplicables al caso y (ii) son necesarias a la hora de establecer el alcance del título habilitante. A continuación, se explica por qué.

14.1.- En primer lugar, **el literal a) del numeral 1° del artículo 4° de la Decisión 462 de la Comunidad Andina dispone que <<todas las medidas de los Países Miembros que afecten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos por personas de los países Miembros>> se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Por consiguiente, la Resolución No. 1384 del 22 de junio del 2000, por medio de la cual el Ministerio de Comunicaciones otorgó a Internexa S.A. E.S.P. (i) el uso y la explotación del espectro radioeléctrico, (ii) el establecimiento de la red radioeléctrica y (iii) la concesión para prestar el servicio de portador, debe regirse por las disposiciones de dicha decisión. En este sentido, es claro que el oficio que fue enjuiciado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –y mediante el cual el**

ministerio se negó a restablecer la ecuación económica de la concesión–, también debe

encontrarse en concordancia y valorarse conforme a las disposiciones de la Decisión 462.

14.1.1.- Cabe agregar que la aplicación de dichas disposiciones no es opcional o facultativa para las autoridades nacionales, sino directa, inmediata y, por sobre todo, prevalente. En términos de la Corte Constitucional: <<las normas del derecho comunitario se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico de forma directa, con el mismo rigor y valor que las leyes, pero **dotadas de preeminencia y de aplicación preferencial.**>>

14.2.- En segundo lugar, la Sección Primera del Consejo de Estado expuso

–en la providencia que se ataca por vía de tutela– que el título habilitante que el Ministerio de Comunicaciones otorgó a la empresa accionante para usar el espectro radioeléctrico no corresponde a un contrato de concesión, sino a un permiso para el establecimiento, explotación y uso de las redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto, el equilibrio económico que se predica del artículo 9° del Decreto 2041 de 1998 no resulta aplicable. En los términos de la sentencia de segunda instancia:

[...].

14.2.1.- La Sala encuentra que la interpretación anterior desconoce las normas comunitarias que reglamentan el comercio de los servicios de telecomunicaciones, por cuanto dichas normas no distinguen entre las distintas formas de otorgar un título habilitante (concesión, permiso, etc.) para efectos de impedir la ocurrencia de situaciones desiguales para ciertos competidores. De hecho, la Decisión 462 de la Comunidad Andina, por medio de la cual se fomenta la liberalización del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, apunta a que sin importar la figura jurídica que se utilice para otorgar un título habilitante, los actores del mercado de las telecomunicaciones están protegidos por las disposiciones que garantizan la libre competencia y el equilibrio económico.

14.2.2.- En efecto, la Decisión 462 define título habilitante como un <<acto administrativo por medio del cual la Autoridad Nacional Competente de un País Miembro faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones o para la instalación y operación de redes.>> Por lo tanto, **si el artículo 4° de la Decisión 258 determina que los gobiernos no pueden generar <<condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros>>, se debe entender que aplica a concesiones, permisos, autorizaciones y a cualquier otra forma de título habilitante.**

14.3.- En este orden de ideas, la Sala considera que se cumple la segunda condición para que sea exigible la interpretación prejudicial, pues según lo expuesto resulta tanto obligatorio como necesario aplicar las normas de la Comunidad Andina para determinar si se configuró un desequilibrio económico que la empresa accionante no tiene la obligación jurídica de soportar. Así, la Sala concluye que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en (i) un defecto sustantivo por falta de aplicación de las normas comunitarias y en (ii) un defecto procedimental por omisión de la interpretación prejudicial del TJCA.

15.- En tanto que el agotamiento de la interpretación prejudicial es un requisito sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, su inobservancia se traduce en un yerro que afecta la decisión judicial.

16.- Respecto al cargo sobre la ausencia de carácter contractual del asunto porque el acto demandado constituye una manifestación de la voluntad, lo que para la accionante constituye un

desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha dicho lo contrario, para esta Sala resulta importante resaltar que cuando se otorga una licencia es posible que se cree por esa vía una relación similar a la que surge en un contrato en el cual el adjudicatario de la licencia o concesionario tiene derecho a que se restablezca el equilibrio financiero si éste se ha roto por circunstancias posteriores que son imprevisibles. En otros términos, el titular de un título habilitante que ha pagado por prestar un servicio técnico tiene derecho, al igual que quien ha suscrito un contrato con el Estado, a que se restablezca el equilibrio económico del contrato si hay lugar a ello, pues no existe ninguna diferencia sustancial entre los derechos del contratista y quien detenta de otra forma el título habilitante: los dos han pagado una contraprestación que puede resultar afectada. La remisión a la Sección Primera no implica la inaplicación de esas normas legales de derecho sustancial (negritas de la Sala).

131. Con sustento en las anteriores consideraciones, la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, decidió lo siguiente:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela por subsidiariedad, y en su lugar, AMPÁRASE el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad Internexa S.A.

E.S.P. por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, DÉJASE sin efectos la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por la Sección Primera del Consejo de Estado, para que proceda a SOLICITAR la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que se pronuncie sobre el alcance de las normas comunitarias que aplican al caso y, posteriormente, DICTAR un nuevo fallo de segunda instancia en el cual tenga en cuenta el concepto que emita el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la normativa comunitaria pertinente, y la aplicación de las normas sustanciales sobre el equilibrio económico del contrato [...].

VII.- INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

El magistrado a cargo de la sustanciación del proceso solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de normas comunitarias²⁰, en los siguientes términos:

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante sentencia de 30 de agosto de 2021, profirió fallo de tutela de segunda instancia²¹, a través del cual decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad Interdexa (sic) S.A. y, en consecuencia,

²⁰ Índice 54 del expediente digital.

²¹ Radicación: 11001-03-15-000-2021-02376-01

dispuso dejar sin efectos la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso ordinario de la referencia, ordenando que se procediera a solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que emitiera interpretación prejudicial respecto del alcance de las normas comunitarias aplicables a la controversia.

En cumplimiento de lo ordenado por el juez constitucional, y dada mi condición de Magistrado a cargo de la sustanciación del proceso ordinario, me permito solicitar la referida interpretación prejudicial, dado cumplimiento a los requisitos que se exigen para la formulación de consulta

sobre el alcance de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; para lo cual expreso lo siguiente:

1.- El nombre o instancia del Juez o Tribunal que hace la solicitud: lo es el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, proceso de segunda instancia número 25000 23 26 000 2007

00307 01.

2.- Las normas del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación se solicita son las que se relacionan a continuación²²:

Artículo 4º, literal d) de la Decisión 285 de 1991;

Artículo 18 de la Decisión 439 de 1998;

Artículo 1º literales a) y d), artículo 2º.- definiciones: título habilitante, y artículo 4º numeral 1º literal a) de la Decisión 462 de 1999, y

Artículo 7º de la Decisión 608 de 2005 3.- La demanda

Hechos

Los hechos más relevantes referidos por la apoderada de la parte actora en la demanda son los siguientes:

[...]

Normas violadas y concepto de violación

[...]

4.- Contestación de la demanda

[...]

5.- Sentencia de primera instancia (del proceso ordinario)

[...]

La sentencia de segunda instancia (del proceso ordinario)

[...]

²² Corresponden a las normas relacionadas en el escrito de tutela y en el fallo de segunda instancia que la resolvió.

Tal y como se advierte de las anteriores reproducciones de apartes de las sentencias de primera y segunda instancia, en las cuales, a su vez, se alude a los aspectos más relevantes de la demanda, su contestación y otras intervenciones de las partes, en el proceso ordinario ninguno de los sujetos procesales solicitó la interpretación prejudicial de normas comunitarias.

Asimismo, nótese que la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al momento de proferir la sentencia de primera instancia, no consideró que se

habían vulnerado normas comunitarias, y la parte actora no hizo ningún reproche en tal sentido cuando interpuso el recurso de apelación frente a la citada decisión, como tampoco lo hizo.

Más aún, en el auto que corrió traslado para presentar alegatos de conclusión, la demandante tampoco solicitó que se surtiera el trámite asociado a la consecución de la interpretación prejudicial de normas comunitarias.

A todo lo anterior se suma el hecho consistente en que la Sección Primera del Consejo de Estado, al momento de proferir el fallo de segunda instancia, no consideró necesario que se confrontara el acto administrativo acusado con normas cuyo alcance debiera ser fijado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Es de anotar que esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que cuando las partes del proceso no invoquen la vulneración de normas de la Comunidad Andina, ni se advierta la necesidad de interpretar disposiciones de ese ordenamiento jurídico para resolver el asunto concreto, no hay lugar a solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así, en en sentencia de 26 de febrero de 2004²³, esta Sección señaló:

[...] Sea lo primero advertir que en el caso sub examine no se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que la demanda ni la contestación de la misma guardan relación con la violación de normas comunitarias cuyo alcance se requiera precisar.

Más recientemente, en sentencia de 6 de agosto de 2020, la Sección reiteró que: «no se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, teniendo en cuenta que en la demanda no fueron invocadas como violadas normas comunitarias, así como tampoco se precisa la interpretación de alguna de sus disposiciones para resolver el asunto²⁴, postura prohijada, una vez más, en sentencia de 24 de septiembre de 2020²⁵.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de sentencia de 26 de febrero de 2004. Radicación 2001-00314-01(7498). M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 5 de agosto de 2020. Radicación: 11001 03 24 000 2010 00503 00. Actor: Earthrenew Ip Holdings LLC..

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 24 de septiembre de 2020.

Radicación: 11001-03-24-000-2008-00453-00. Actor: Universidad Nacional Autónoma de México. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Sentencia de tutela de primera instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado profirió sentencia de primero de julio de 2021, por la cual resolvió, en primera instancia la acción de tutela instaurada por la sociedad Interdexa (sic) S.A. E.S.P. contra la sentencia de 24 de septiembre de 2020 que puso fin a la controversia, acción sustentada en que la providencia incurrió en defecto procedimental, consistente en que previo a decidir asuntos como el que es objeto de debate, el juez ordinario debe solicitar un concepto al Tribunal Judicial de la Comunidad Andina; y en defecto el sustantivo, por el

desconocimiento del marco jurídico de la referida comunidad.

[...]

En la providencia, la Sala Quinta declaró la improcedencia de la acción, argumentando lo siguiente en relación con los referidos cargos:

[...]

Sentencia de tutela de segunda instancia

En la sentencia de tutela de 30 de agosto de 2021, que dio origen a la presente solicitud, la Subsección B, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado dispuso lo siguiente en relación con la obligatoriedad de acudir a la interpretación prejudicial:

[...]

«[S]i bien a lo largo del proceso no se controvertió la aplicabilidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la Sala estima que **el juez de conocimiento debió tener en cuenta las normas comunitarias porque (i) resultan directamente aplicables al caso y (ii) son necesarias a la hora de establecer el alcance del título habilitante.**

[...]

En respuesta a la solicitud del magistrado a cargo de la sustanciación del proceso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expidió la interpretación prejudicial 255-IP-2021 de 15 de diciembre de 2022²⁶, en la que expuso lo siguiente:

[...]

VISTO:

El Oficio N° 1895 del 24 de septiembre de 2021, recibido vía correo electrónico el día 27 del mismo mes y año, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la

²⁶ Índice 65 del expediente digital.

Comunidad Andina (en adelante, el Tribunal o el TJCA) la interpretación prejudicial del Literal d) del Artículo 4 de la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la Decisión 285); del Artículo 18 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Decisión 439); de los Artículos 1 (Literales a y d), 2, y 4 (Literal a del Numeral 1) de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Decisión 462); y del Artículo 7 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Decisión 608), a fin de resolver el proceso interno N° 25000 23 2600020070030701; y,

El Auto del 7 de octubre de 2022, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: INTERNEXA S. A. E. S. P. (previamente FLYCOM COMUNICACIONES S. A. E. S.)

Demandado: Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante, este Tribunal considera que, de todos los temas controvertidos en el proceso interno, el que resulta pertinente para la presente interpretación prejudicial, por estar vinculado con la normativa andina, es el siguiente:

Determinar la naturaleza jurídica de la habilitación administrativa que traduce la licencia contenida en la Resolución 001384 del 22 de junio del año 2000 y, a partir de eso, establecer si califica como un acto administrativo o como un contrato administrativo. Si la licencia constituye un acto administrativo, no se le aplicaría una cláusula de equilibrio económico-financiero. Si, por el contrario, tuviese la cobertura de un contrato administrativo, sí se le podría aplicar una cláusula de equilibrio económico-financiero.

NORMAS CUYA INTERPRETACIÓN SE SOLICITA

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 4 (Literal d) de la Decisión 285, 18 de la Decisión 439, 1 (Literales a y d) 2, y 4 (Literal a del Numeral 1) de la Decisión 462 y 7 de la Decisión 608.

No procede realizar la interpretación del Artículo 4 (Literal d) de la Decisión 285 ni del Artículo 7 de la Decisión 608 por cuanto no está en discusión la existencia de una práctica anticompetitiva transfronteriza.

Tampoco procede realizar la interpretación del Artículo 18 de la Decisión 439 por cuanto no se evidencia una afectación trasfronteriza al comercio intrasubregional de servicios en los términos descritos en los Artículos 1 y 2 de la referida Decisión.

Asimismo, no procede realizar la interpretación de los Artículos 1 (Literales a y d) y 4 (Literal a del Numeral 1) de la Decisión 462 debido a que no se ha controvertido la aplicación o no del derecho comunitario sobre las medidas que afectan la utilización o el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, así como tampoco se discute el proceso de liberalización progresivo del comercio de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina.

Sí se interpretará la definición de «Título Habilitante» previsto en el Artículo 2 de la Decisión 462 pero a la luz del principio de complemento indispensable.

TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

El principio de complemento indispensable del Derecho Comunitario Andino

ANÁLISIS DEL TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

El principio de complemento indispensable del Derecho Comunitario Andino

Los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no

pueden, con el pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.

No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, le corresponde a dichos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales, constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulado de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.

En ese sentido, son solo dos los escenarios en los que la norma nacional puede complementar a la norma andina:

El primero, cuando un asunto o tema no está regulado en la norma Andina. En este caso, ante el silencio de la norma andina, la norma nacional puede abocarse al conocimiento de dicho asunto o tema y regularlo normativamente; y,

El segundo, cuando la norma andina regula una materia en términos generales y autoriza que algún extremo de ella sea desarrollado de manera más detallada o concreta por la legislación interna de los Países Miembros.

En cualquiera de los dos supuestos antes mencionados, la regulación del asunto o materia por la norma nacional no puede transgredir el texto o la ratio legis de la norma andina, como tampoco los principios que rigen al derecho andino.

Ejemplo del primer escenario es el Artículo 276 de la Decisión 486, el cual dispone que «[1] os asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros». Por virtud del principio de complemento indispensable, todo aquello sobre propiedad industrial que no está contemplado en la Decisión 486 es susceptible de ser regulado por la normativa interna de los Países Miembros, sin que ello suponga la posibilidad de contradecir alguna disposición de dicha norma andina.

Un ejemplo del segundo escenario es el Capítulo IX de la Decisión 351, que va del Artículo 29 al 32 y regula lo referido a la transmisión y cesión de derechos. Su Artículo 29 establece que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo con lo dispuesto en la legislación nacional aplicable. Su Artículo 30 señala que las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros. Los dos artículos mencionados, por vía del principio de complemento indispensable, autorizan a las legislaciones internas a regular aquello que en términos muy generales está mencionado en la norma andina.

En esa línea, este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha manifestado lo siguiente:

«...la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del “complemento indispensable” para medir hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser “estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen” (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa

interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, “la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista”».

(Subrayado agregado)

El Tribunal ha establecido que no son aplicables las normas de derecho interno que sean contrarias al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria andina.

Asimismo, el Tribunal, sobre el tema, ha expresado que «no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas». (Subrayado agregado)

Por otra parte, el principio de complemento indispensable tiene dos límites connaturales: el primero, que la legislación nacional no viole el derecho andino; y, el segundo, que, en la medida que la legislación nacional desarrolla vacíos contenidos en la norma andina, debe mantener la razonabilidad o proporcionalidad que guía a esta.

El segundo aspecto merece una mayor explicación. Si bien por el principio de complemento indispensable, los países miembros se encuentran autorizados a complementar la legislación andina con legislación nacional, esta no puede establecer cualquier cosa en cualquier sentido o dirección. No solo se trata de que la legislación nacional no contradiga el derecho andino, sino que debe respetar los principios que guían a esta, como son los principios de razonabilidad y progresividad, los cuales establecen límites naturales al ejercicio de las potestades más exorbitantes de la administración pública, aquellas que implican una restricción o limitación significativa de los derechos o libertades involucrados.

Resta señalar que, si bien el Artículo 2 de la Decisión 462 define al «Título Habilitante» como el acto administrativo por medio del cual la autoridad nacional competente de un País Miembro faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones, en aplicación del principio de complemento indispensable, la legislación interna de los Países Miembros puede encauzar dicho título habilitante a través de un contrato administrativo, con el objeto, por ejemplo, de dotar al administrado de las garantías y seguridades que permite la figura contractual.

En tal sentido, corresponde a la legislación interna de los Países Miembros el determinar si el «Título Habilitante» por medio del cual la autoridad nacional competente faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones constituye un acto administrativo, tal como lo prevé el Artículo 2 de la Decisión 462, o si recibirá la cobertura de un contrato administrativo (negritas de la Sala).

SOLICITUD DE INFORME ORAL

Mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2022, INTERNEXA S.A. E.S.P. solicitó informe oral en aplicación de lo establecido en los Artículos 6 y 9 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, aprobado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Acuerdo 08/2017, modificado por el Acuerdo 04/2018 publicado el 14 de mayo de 2018 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

En atención a todo lo expuesto precedentemente, este Tribunal considera innecesario convocar a las partes a un informe oral.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno No 25000 23 26 000 2007 00307 01, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

VIII.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante providencia de 12 de abril de 2023²⁷, el magistrado a cargo de la sustanciación del proceso, en atención a la interpretación prejudicial allegada al expediente, nuevamente corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, y al agente del Ministerio Público delegado ante la Sección Primera del Consejo de Estado para que, de considerarlo pertinente, rindiera concepto.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones²⁸

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión, el apoderado de la entidad demandada adujo que en el fallo de tutela de segunda instancia que dejó sin efectos la sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario, el juzgador resolvió el fondo del asunto y se excedió en sus competencias como juez de tutela.

Señaló que las normas de la CAN no consagran ningún aspecto relacionado con la aplicación del equilibrio económico a una licencia para el uso y explotación del espectro radioeléctrico ajena a una relación contractual, e indicó que la interpretación prejudicial rendida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina denota una innecesaria e injustificada intromisión por parte del juez de tutela en un asunto que no es su especialidad.

En ese sentido, resaltó que, en la interpretación prejudicial emitida, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó: (i) que el Estado colombiano es libre de establecer si el título habilitante se otorga a través de un contrato administrativo o por medio de un acto administrativo, y (ii) que, en caso de otorgarse mediante un contrato administrativo, el proveedor gozará de todas las garantías y prerrogativas derivadas de este tipo de vínculo jurídico.

Sostuvo que, por esa razón, «cuando el Despacho concluyó en la Sentencia de Segunda Instancia que resultaba improcedente el restablecimiento del equilibrio económico al caso que nos ocupa por haberse conferido el título habilitante a través de un acto administrativo, **es una decisión que constituye un desarrollo jurisprudencial ligado al desarrollo normativo interno autorizado por el principio de “complemento indispensable”, el cual, según lo dicho por el TJCA, no contradice las normas de la Comunidad Andina**».

²⁷ Índice 72 del expediente digital.

²⁸ Índice 78 del expediente digital.

Anotó que: «una interpretación adecuada a la orden impartida en el fallo de segunda instancia de la Acción de Tutela es que, sólo en el evento en que el TJCA considerara la procedencia de la aplicación de las normas sustanciales sobre el equilibrio económico al caso que nos ocupa,

debería ajustarse la Sentencia de Segunda Instancia en lo pertinente. Sin embargo, teniendo en cuenta que el TJCA no estimó ni ordenó la aplicación de la figura del restablecimiento del equilibrio económico en el presente asunto, no hay lugar a reformar la Sentencia de Segunda Instancia en relación con este aspecto».

Aseveró que, sin perjuicio de lo anterior, en el proceso no se demostró que la conducta del Estado haya afectado las condiciones del mercado en contra del demandante, lo que se traduce en que no existe conducta alguna que pueda ser reprochable a la entidad demandada y que conlleve a una eventual declaratoria de responsabilidad y a la consecuente indemnización de perjuicios.

Con sustento en lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

ii) INTERNEXA S.A. E.S.P.²⁹

El apoderado de la sociedad actora recorrió oportunamente el traslado para alegar de conclusión, reiterando los argumentos de la demanda tendientes a demostrar que el permiso otorgado a FLYCOM (hoy Internexa S.A. E.S.P.) a través de la Resolución número 1384 del 22 de junio de 2000 y para efectos de usar el espectro radioeléctrico, ciertamente corresponde a una verdadera concesión para la utilización del espectro electromagnético, a lo que agregó que las normas de la Ley 80 de 1993, así como los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el derecho del contratista al restablecimiento de la ecuación económica del contrato son aplicables a la situación particular de la actora.

Igualmente, reiteró los argumentos de impugnación de la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo atinente al monto de daño emergente reconocido y a la negación del lucro cesante.

Seguidamente, solicitó que la sentencia recurrida sea modificada y, en su lugar, se ordene a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones restablecer la ecuación económica de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS otorgada a INTERNEXA S.A. E.S.P. y, en consecuencia, se le condene, en concreto, a pagar la totalidad de los perjuicios causados por la configuración del hecho del príncipe, representados en el valor pagado por la licencia

²⁹ Índice 79 del expediente digital.

(\$32.863.338.200, daño emergente) y la utilidad dejada de percibir (\$25.782.966.760, lucro cesante), para un total de \$58.646.304.960, con la debida indexación y el reconocimiento de intereses legales a la tasa del 6% anual.

IX.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IX.1.- Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo³⁰ 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, le corresponde a esta Sección conocer en segunda instancia del presente proceso.

IX.2.- Problema jurídico

De conformidad con el inciso 1º del artículo 328 del CGP, aplicable por remisión del artículo 267 del CCA, 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 Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resolvió la «solicitud de revisión de las condiciones de la concesión nacional para la prestación de servicios de telecomunicaciones con la tecnología LMDS». Para el efecto, se debe determinar si la ecuación económica de la concesión otorgada a la demandante mediante la Resolución número 1384 de 22 de junio de 2000 sufrió alteraciones que den lugar a su reconocimiento por parte de la entidad demandada.

El artículo 328 del Código General del Proceso³¹ 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.

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.

³⁰ Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]:

³¹ Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

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

IX.3.- La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, determinó que el Oficio número 88 de 31 de enero de 2007, cuya nulidad pretende la actora, no es un acto de aquellos a los que refiere el inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, por no tratarse de un acto administrativo expedido con motivo y ocasión de la actividad contractual, toda vez que la decisión adoptada por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la referida decisión, dispuso 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 sometida a las disposiciones de la primera parte del Código Contencioso Administrativo y no a las normas que integran el Estatuto General de Contratación.

En ese orden de ideas, concluyó que la acción precedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo - CCA, razón por la cual 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 la parte actora se refirió en la demanda a la teoría del equilibrio económico propia de la contratación estatal, y también hizo alusión 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 que la controversia se enmarca en el contexto de actuaciones administrativas que afectan concesiones de los servicios de telecomunicación referentes al uso y la explotación del espectro radioeléctrico.

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 por disposiciones contractuales, pese a que el decreto que regula el procedimiento se remite al principio de selección objetiva

previsto en la Ley 80 de 1993. En dicha oportunidad la Sección se pronunció en los siguientes términos:

[...] 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 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 (negritas de la Sala)³².

En suma, como en el presente asunto se debaten las alteraciones a la ecuación económica causadas por actuaciones administrativas expedidas por el entonces Ministerio de Comunicaciones respecto de una concesión de naturaleza no contractual 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

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 11 de octubre de 2018. Radicado: 110010326000200800069 00. M.P.: Oswaldo Giraldo López. Actora: Trina Marcela Bocanegra Montalvo.

prestar el servicio de portador, esta Sala encuentra acertada la decisión del a quo de declarar no probada la excepción de inepta demanda que formuló la entidad demandada.

IX.4.- El caso concreto

A través del demandado Oficio No. 88 de 2007³³, el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones sostuvo 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 dicha compañía se le otorgó una concesión para el uso del espectro electromagnético, premisa que, según lo adujo, resulta 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 portador³⁴.

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**.

Una vez efectuada la referida precisión, resaltó que, a través de la Resolución número 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

³³ Folios 1019 a 1030 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁴ De conformidad con el artículo 27 del Decreto Ley 1900 de 1990, para todos sus efectos, los servicios de telecomunicaciones se clasifican en **básicos**, de difusión, telemáticos y de valor

agregado, auxiliares de ayuda y especiales. A su vez, el artículo 28 *ibidem*, dispuso que los servicios básicos comprenden los servicios **portadores** y los teleservicios, y definió los primeros como “[...] aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Estos comprenden los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de estos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados [...]].

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, el que, como tal, no constituye un contrato de concesión.

Seguidamente, señaló que el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998 solo se refiere al derecho que tienen 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, decidió 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 en el oficio acusado señaló que las circunstancias económicas que afectaron a la sociedad peticionaria forman parte del alea de su negocio y de la gestión comercial de la empresa 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 no implica que se limite el reconocimiento de tecnologías alternas y su acceso para beneficio común.

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. Así las cosas, 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, existían 40 licenciarios del servicio portador que prestaban sus servicios a través de cables de fibra óptica, pares aislados, microondas y LMDS.

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

Por su parte, el apoderado de la sociedad actora, como sustento de las pretensiones de la demanda, afirmó que el título habilitante que le fue otorgado a dicha compañía por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la Resolución número 1384 de 22 de junio de 2000, no es 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 canceló

una suma inicial de \$32.863.338.200.00 y adquirió obligaciones en cuanto a cobertura y prestación de los servicios.

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 que la figura del desequilibrio económico es propia de los contratos estatales, la realidad es que el artículo 9º del Decreto 2041 de 1998 -vigente para el momento en que se llevó a cabo el procedimiento encaminado a 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, anotó 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., 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 parte 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 -fenómenos que no resultaban razonablemente previsibles cuando se le adjudicó la licencia mediante la Resolución número 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, 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, dicha compañía se vio obligada a pagar una contraprestación inicial de \$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.

Expuso, 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, el cual conllevó a la agravación de su situación económica.

La parte accionante sostuvo 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, a lo que agregó que esas mismas decisiones le impidieron 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 así la llamada teoría del hecho del príncipe, la que, 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.

Planteada la controversia, procede la Sala a analizar si, como lo aduce la parte actora, la ecuación económica de la concesión que le fue otorgada mediante la Resolución número 1384 de 20 de junio de 2000, sufrió una alteración que debe ser reconocida por parte de la entidad demandada, en los términos del artículo 9° del Decreto 2041 de 1998.

Es importante resaltar que, en el fallo de tutela de 30 de agosto de 2021, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que esta Sala incurrió: (i) en un defecto sustantivo por falta de aplicación de las normas comunitarias, y (ii) en un defecto procedimental por omisión de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - TJCA.

El juez de tutela estimó que el Oficio número 88 de 31 de enero de 2007, que fue enjuiciado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –y mediante el cual el entonces Ministerio de Comunicaciones se negó a restablecer la ecuación económica de la concesión otorgada mediante la Resolución No. 1384 del 22 de junio del 2000–, debe encontrarse en concordancia y valorarse conforme con las disposiciones de la Decisión 462 de la Comunidad Andina, normatividad que, según lo dispone el literal a) del

numeral 1° de su artículo 4°, resulta aplicable a «[t]odas las medidas de los Países Miembros que afecten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos por personas de los Países Miembros».

Así mismo, la autoridad judicial destacó que la Decisión 462 define el título habilitante como un «[a]cto administrativo por medio del cual la Autoridad Nacional Competente de un País Miembro faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones o para la instalación y operación de redes». Por lo tanto, consideró que, si el artículo 4° de la Decisión 258 [entiéndase 285] determina que los gobiernos no pueden generar «condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros» (literal d), se debe entender que tal regulación aplica a concesiones, permisos, autorizaciones y a cualquier otra forma de título habilitante.

En atención a las anteriores premisas, la Sección Tercera, Subsección B concluyó que: «resulta tanto obligatorio como necesario aplicar las normas de la Comunidad Andina para determinar si se configuró un desequilibrio económico que la empresa accionante no tiene la obligación jurídica de soportar».

Por lo expuesto, el fallador de tutela le ordenó a esta Sala acudir a la interpretación prejudicial obligatoria y dictar un nuevo fallo en el cual tenga en cuenta, tanto el concepto que emita el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como la referida normatividad comunitaria.

Sin embargo, en la Interpretación Prejudicial rendida en el proceso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostuvo que **no procede realizar la interpretación** del artículo 4º, literal a) del numeral 1 de la Decisión 462 (ni del artículo 1º, literales a y d ibidem, invocado en el escrito de tutela), «debido a que **no se ha controvertido la aplicación o no del derecho comunitario sobre las medidas que afectan la utilización o el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones**, así como tampoco se discute el proceso de liberalización progresivo del comercio de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina».
(negritas de la Sala)

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que no procede realizar la interpretación del artículo 4º, literal d) de la Decisión

285 por cuanto no está en discusión la existencia de una práctica anticompetitiva transfronteriza.

Así las cosas, y de conformidad con lo expuesto en la citada interpretación prejudicial, no resulta obligatoria la aplicación de las normas comunitarias aludidas para determinar si se configuró, o no, un desequilibrio económico injustificado a la demandante.

Ahora bien, en el fallo de tutela, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, además, determinó que el titular de un título habilitante que ha pagado por prestar un servicio técnico -al igual que quien ha suscrito un contrato con el Estado-, tiene derecho a que se restablezca el equilibrio económico del contrato si hay lugar a ello, pues no existe ninguna diferencia sustancial entre los derechos del contratista y quien ostenta el título habilitante. En consecuencia, le ordenó a esta Sala aplicar las normas sustanciales sobre el equilibrio económico del contrato.

Por consiguiente, para abordar el análisis de la legalidad del acto administrativo enjuiciado, esta Sala, por razones metodológicas, analizará los siguientes aspectos: (i) alcance del título habilitante conferido por el entonces Ministerio de Comunicaciones, mediante la Resolución número 1384 de 22 de junio de 2000; (ii) ruptura del equilibrio contractual por situaciones imprevistas y por el hecho del príncipe, y (iii) la indemnización de perjuicios, en caso de encontrarse configurado un desequilibrio económico que deba ser asumido por la demandada.

Naturaleza y alcance de la licencia otorgada mediante la Resolución número 1384 de 2000

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tras señalar, como anteriormente se precisó, que no procede la interpretación prejudicial del artículo 4º, literal d) de la Decisión 285 y del artículo 4º numeral 1º literal a) de la Decisión 462, se limitó a interpretar la definición de «Título Habilitante» prevista en el artículo 2º de la Decisión 462, pero a la luz del principio de complemento indispensable.

En tal sentido, explicó que, en virtud del principio de complemento indispensable, la norma nacional puede complementar a la norma andina solo en dos escenarios, a saber: (i) cuando un asunto o tema no está regulado en la norma andina, caso en el cual la norma nacional puede avocarse al conocimiento de dicho asunto o tema y regularlo normativamente, y (ii) cuando la norma andina regula una materia en términos generales y autoriza que algún extremo de ella sea desarrollado de manera más detallada o concreta por la legislación interna de los Países Miembros. En cualquiera de los dos supuestos, advirtió, la regulación del asunto o materia por la norma nacional no puede transgredir el texto o la ratio legis de la norma andina, como tampoco los principios que rigen al derecho andino.

Con sustento en tales consideraciones, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifestó que, si bien el artículo 2º de la Decisión 462 define al «Título Habilitante» como el acto administrativo por medio del cual la autoridad nacional competente de un País Miembro faculta a un proveedor para

el suministro de servicios de telecomunicaciones, la realidad es que en aplicación del principio de complemento indispensable la legislación interna de los Países Miembros puede encauzar dicho título habilitante a través de un contrato administrativo, con el objeto de dotar al administrado de las garantías y seguridades que permite la figura contractual.

En este aspecto es pertinente destacar que el principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan «norma de clausura»³⁵, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica³⁶. En armonía con lo anterior el Tribunal de Justicia ha señalado lo siguiente: «[C]uando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por el regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria³⁷».

La Sala, retomando lo expuesto en la interpretación prejudicial rendida en el presente asunto, hace énfasis en que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina puso de relieve que corresponde a la legislación interna de los Países Miembros determinar si el «Título Habilitante», por medio del cual la autoridad nacional competente faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones, constituye un acto administrativo -tal como lo prevé el artículo 2º de la Decisión 462-, o si adquiere la naturaleza propia de un contrato administrativo.

De lo expuesto se desprende que, para efectos de facultar a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones o para la instalación y operación de redes, las legislaciones internas de los países miembros de la Comunidad Andina pueden optar por el otorgamiento del título habilitante, bien sea a través de acto administrativo (título habilitante), como lo dispone la Decisión 462, o a través de un contrato, este último, en palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto dotar al administrado de las garantías y seguridades que permite la figura contractual.

³⁵ NAVARRO, Pablo E. Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. En: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). ISONOMIA - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Numero 34, Abril 2011, pp. 109-139. Disponible: <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isomo345.pdf> (Consulta: 21 de febrero de 2017). Citado en la Interpretación Prejudicial 107-IP-2018.

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 107-IP-2018.

³⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 142-1P-2015 y 67-IP-2013.

En nuestro país, en efecto, la Ley 72 de 1989³⁸³⁹, en su artículo 7º, estableció que las **concesiones** podrán otorgarse **por medio de contratos o en virtud de licencias**, según

disposición del 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.

La citada Ley 72 de 1989 precisó que por telecomunicaciones se entiende 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 2º). Se trata, entonces, 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 5º).

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 8º).

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, cuyo artículo 2º 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 1900 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

³⁸ Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

³⁹ Derogado en lo pertinente (en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley) por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.

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, la normativa en cita dispuso que el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y, como tal, constituye un bien del dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones (artículo 18), a lo que se agrega que el uso de frecuencias radioeléctricas requiere permiso previo otorgado por esa cartera ministerial y dará lugar al pago de los derechos que correspondan (artículos 19 y 20).

Ahora bien, mediante la Resolución número 1384 de 22 de junio de 2000, 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 868 de 1999, modificado por el decreto 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 portador».

De la lectura de la parte considerativa de la citada resolución, se observa que el título habilitante se otorgó como resultado de una actuación administrativa regida por las disposiciones del Decreto 868 de 1999⁴⁰, 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.

El artículo 1º del Decreto 868 de 1999, valga resaltarlo, dispone lo siguiente:

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

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.

Planificar el espectro radioeléctrico atribuido.

⁴⁰ “[P]or el cual se atribuyen unas bandas de frecuencias para el establecimiento dentro del territorio nacional de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha, se establecen los procedimientos para otorgar los títulos habilitantes y se dictan otras disposiciones.

Aplicar los procedimientos y establecer los requisitos para el **otorgamiento de permisos para el uso del espectro radioeléctrico atribuido.**

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.

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.

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

El artículo 2º del mismo decreto definió el alcance del título habilitante en los siguientes términos:

Artículo 2 º. 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. (negrillas y subraya ajenas al texto)

La atribución de las bandas de frecuencia se determinó concretamente en el artículo 7° del Decreto 868, así:

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, 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.

El artículo 9° del pluricitado Decreto 868, modificado por el artículo 2° del Decreto 99 de 2000, facultó al Ministerio de Comunicaciones para otorgar títulos habilitantes que comprendieran 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 868 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.

Efectivamente, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 244 de 29 de febrero de 2000⁴¹, «[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».

⁴¹ Folios 416 y 417 del cuaderno 2 A del Tribunal Administrativo.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala enfatiza que la actuación administrativa que culminó con la Resolución número 1384 de 22 de junio 2000 tuvo como finalidad la asignación de unos canales del espectro radioeléctrico, específicamente de unas bandas de frecuencia para su utilización en redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LDMS/LMCS.

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 INTERNEXA S.A. E.S.P., que funge como demandante en el sub lite, y uno (1) para los canales radioeléctricos 2 y 5.

Significa lo anterior que la Resolución número 1384 de 22 de junio 2000, tal como su mismo texto lo indica, constituye un título habilitante -acto administrativo- que comporta: 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, esta última en el ámbito del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado, según se desprende del artículo 2° del Decreto 868 de 1999.

Corolario de lo anterior, podemos afirmar que si bien es cierto el ordenamiento jurídico colombiano permite que los servicios y las actividades de telecomunicaciones sean prestados mediante concesión otorgada por medio de contratos, la realidad es que la concesión otorgada a la parte demandante para prestar el servicio portador, al igual que el permiso para usar el espectro radioeléctrico y la autorización para el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, están contenidos en un título habilitante o acto administrativo.

Los eventuales perjuicios económicos sufridos por la demandante durante la ejecución del título habilitante

Como anteriormente se expuso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que cuando el título habilitante por medio del cual se faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones se concede a través de un acto administrativo, este no recibe la cobertura de un contrato. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de tutela, ordenó a esta Sección «dictar un nuevo fallo en el cual tenga en cuenta [...] **la**

aplicación de las normas sustanciales sobre el equilibrio económico del contrato». En acatamiento de dicha decisión, la Sala procede a analizar si se configuró el perjuicio económico que la sociedad demandante invoca haber

sufrido, a partir de las situaciones generadoras de la ruptura de la ecuación contractual.

Según lo previsto en el artículo 3° de la Resolución número 1384 de 2000, el título habilitante otorgado a la sociedad FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A., hoy INTERNEXA 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 actora 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, norma 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 adicione.

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:

La contraprestación adicional de que trata el inciso tercero del artículo 32 del Decreto 2041 de 1998;

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

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 adicione.

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 Includido 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 las contraprestaciones relativas a las autorizaciones y 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 (negritas de 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:

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:

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.

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.

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:

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.

Sistemas satelitales:

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.

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

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:

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.

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:

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.

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.

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.

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.

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 (negritas de la Sala).

En criterio de la parte demandante, durante la ejecución de la licencia 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.

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 2003, cuya violación, en sus artículos 8º, 9º y 31, alegó la parte actora– dispuso:

Artículo 9º. Equilibrio de las partes. Los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen

derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, siempre y cuando cumplan oportunamente con él 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.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 señala que los contratistas «tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato».

El artículo 27 ibidem, señala que: «En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se

rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento».

De esa manera, la Ley 80 de 1993 ha desarrollado el principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública y cuya finalidad es garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar - según el caso-, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual que obliga a restituir tal equilibrio⁴².

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económica y financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo: a) por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean estas abusivas o no; b) por actos generales de la administración como Estado, o **teoría del hecho del príncipe**, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato, y c) por factores exógenos a las partes del negocio, o **teoría de la imprevisión**, o sujeciones materiales imprevistas, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en el mismo negocio jurídico⁴³.

A continuación, la Sala procede a analizar si, en el caso concreto, la ecuación económica del título habilitante otorgado a la demandante se vio alterada por causas atribuibles a la entidad demandada, concretamente si ocurrieron circunstancias que tipifiquen eventos como la imprevisión y el hecho del príncipe. Lo anterior, partiendo del análisis que al respecto efectuó el Tribunal a quo bajo la premisa consistente en que, al haber sido la sociedad actora concesionaria del servicio público de telecomunicaciones en la modalidad de servicios básicos para prestar el servicio portador, bien podía reclamar el desequilibrio de la ecuación financiera con base en el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, aun cuando la cesión hubiera sido otorgada a través de una licencia.

–Teoría de la imprevisión

El Consejo de Estado ha precisado que la teoría de la imprevisión se configura cuando se

presentan eventos posteriores a la celebración del

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de junio de 2012. Radicado: 113001233100019960123301 (21990). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Sociedades Equipo Universal y Cia. Ltda. y otros.

⁴³ Ut supra. Radicado: 113001233100019960123301.

contrato, ajenos a la voluntad de las partes, que afecten, de manera grave, el equilibrio económico, dando lugar a un reconocimiento patrimonial por parte de la administración para llevar al contratista afectado a un punto de no pérdida⁴⁴.

En el asunto sub examine, la demandante aduce que sufrió perjuicios a causa de la aparición de nuevos desarrollos tecnológicos para la prestación de los servicios de acceso a internet de banda ancha, así como por la crisis de las empresas de internet y de la tecnología LMDS; circunstancias que, asegura, no resultaban razonablemente previsibles para el momento en que se le otorgó el título habilitante contenido en la Resolución número 1384 de 2000.

Con apoyo en las pruebas obrantes en el proceso, el a quo observó que 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. Aunado a ello, la estabilidad económica de dicho sector está estrechamente ligada al producto que se ofrecía, 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.

Al respecto, se destaca que, en el dictamen practicado dentro del proceso, el perito Mauro Flórez Calderón, Ingeniero con PHD en Ingeniería de Telecomunicaciones, expuso:

[...]

De los ocho operadores de LMDS nacionales autorizados entre 1998 y 2000, la situación en 2006 es que uno ha devuelto la licencia (Banda 26); tres se han fusionado en uno solo, Neo-Sky, con licencia en ambas bandas; Uni2 se orienta a la desagregación del bucle abonado y Auna, tras su compra por Ono, prefiere el mercado del cable; por último, Iberbanda, Basa, Neo-Sky y Euskaltel están migrando a WiMAX. Y todos comparten una historia de cambios de accionariado, repetidas definiciones estratégicas y escasa penetración en el mercado que les ha llevado, salvo en el caso de Iberbanda y Neo-Sky, a una práctica inactividad.

[...]

Bellsouth en Colombia devolvió sus licencias.

[D]e 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

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de abril de 2020. Radicado: 25000-23-26-000-2007-00097 (48.676). C. P. Alberto Montaña Plata. Actor: Consorcio Silva Fajardo y CIA Ltda. y otros.

instalada, LMDS es un complemento de WiMAX en el último kilómetro (sic).⁴⁵

[...]

La entrada de Internet provocó una frenética lucha de las empresas por los beneficios inmediatos.

A medida que la capacidad técnica de Internet mejoraba, la necesidad de tener una estrategia para su uso se convirtió en cuestión de moda. Las inversiones en Internet a cualquier precio y para cualquier propósito empezaron a valorarse más que la sabiduría estratégica, y la necesidad de infraestructura de telecomunicaciones para transportar torrentes de tráfico en Internet parecía justificar los gastos. El gasto de las compañías de telecomunicaciones locales en equipos se disparó fuertemente al alza, **duplicándose alrededor de un centenar de billones de dólares anuales entre 1996 y 2000.**

La mayor crisis de Internet se presentó entre los años 1995 y 2001 y fue denominada la crisis de las. Com (dot-com bubble).

[...]

Entre los años 1998 a 2000, aparecen centenares de compañías entre ellas Amazon, Yahoo y AOL que, de forma rápida y sin tan siquiera haber demostrado la viabilidad del proyecto, conseguían salir a bolsa y obtener sustanciales cantidades de dinero con la venta inicial de sus acciones. Durante esta época, los valores de las acciones de muchas de estas empresas crecieron a ritmos vertiginosos, sin embargo solo en caso muy contados llegaron a obtener los beneficios netos esperados. II Las acciones de las empresas siguieron subiendo subiendo (sic) debido a las inversiones que se hacían, más no a la producción real del negocio. Además la **dificultad de valorar estas empresas debido a lo novedoso de su negocio hizo que los inversionistas no tomaran provisiones ante los riesgos** (negritas de la Sala)⁴⁶.

La experticia llevó al Tribunal a quo a considerar 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 agregó que, de cualquier manera, 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.

Como igualmente lo anotó el Tribunal de primera instancia, 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,

⁴⁵ Folios 19 y 20 del cuaderno 8 Dictamen pericial.

⁴⁶ Folio 44 del cuaderno 8 Dictamen pericial.

lo cual quiso garantizar la entidad demandada al permitir la entrada de nuevas tecnologías.

Lo dicho permite concluir que la crisis de las empresas de internet debió contemplarse como un riesgo propio de esta clase de actividades, motivo por el cual, resulta improcedente reclamar indemnizaciones por su materialización.

Para la Sala, las consideraciones del a quo son acertadas, en la medida en que resulta 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.

Así, las situaciones aducidas por la actora no pueden considerarse imprevisibles pues, por el contrario, tuvieron ocurrencia dentro del margen de riesgo propio del negocio de la actora.

En esa línea argumentativa, debe concluirse que en el sub lite no se verifican los requisitos para la configuración de la teoría de la imprevisión, como evento del rompimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, asociada a la presencia de **«situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación contractual en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución»**⁴⁷.

– El hecho del príncipe

Como ya se expuso, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por causas que pueden resultar atribuibles a la administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como hechos del príncipe.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado la teoría del hecho del príncipe concibiéndola como el

«rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante -según posición mayoritaria de la Sección- (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (álea administrativa)»⁴⁸.

En el caso sometido a análisis, el Tribunal a quo determinó que se configuraron los requisitos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe,

⁴⁷ Concepto Sala de Consulta C.E. 1011 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁴⁸ Ut supra. Radicado: 113001233100019960123301.

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.

Sobre el particular, el Tribunal de primera instancia señaló que el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 2070 de 16 de septiembre de 2005⁴⁹, en cuyo artículo 14 señaló 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 2925 de 2005⁵⁰ y el Decreto 1972 de 2003, los cuales no contemplaron la exigencia de la contraprestación inicial.

El Tribunal a quo expuso que el 4 de noviembre de 2005, así como el 22 de diciembre de 2006, el Ministerio de Comunicaciones otorgó varios permisos para la utilización de frecuencias radioeléctricas con fundamento en la aludida Resolución 2070 de 2005, lo que implicó que no se exigiera a los operadores la contraprestación inicial, a diferencia de lo ocurrido con la actora,

hecho que, «tal como lo afirmó la perito Myriam Mendoza de Tovar, fue una de las razones que llevó a la crítica situación económica de la actora, situación en la que se encontraba a la fecha de presentación de la demanda y a la fecha de rendir el dictamen pericial (fls. 29 30, c. 7), lo cual indica que fue un hecho que alteró de manera extraordinaria la economía del contrato».

En criterio del mismo Tribunal, el otorgamiento de tales permisos sin el pago de contraprestación inicial constituyó una medida imprevisible, puesto que lo razonable era que el Ministerio de Comunicaciones mantuviera la contraprestación para los nuevos concesionarios con el fin de salvaguardar la ecuación financiera entre los operadores que se encontraban en legítima competencia.

El Tribunal también adujo que la entidad demandada participó en la expedición de los actos administrativos generadores del desequilibrio económico, configurándose así la teoría del hecho del príncipe, en stricto sensu. En tal virtud, decidió declarar la nulidad del demandado Oficio No. 88 de 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.

El a quo advirtió que no se trata de cuestionar la legalidad de la Resolución número 2070 de 2005 y del Decreto 1972 de 2003 –puesto que uno de los

⁴⁹ Folios 418 a 422 cuaderno 2A antecedentes administrativos.

⁵⁰ Folios 435 a 438 del cuaderno 24 de antecedentes administrativos.

presupuestos de la teoría del hecho del príncipe es que se trate de actuaciones legítimas de la administración contratante–, normas que introdujeron medidas necesarias para evitar mayores costos al usuario final. Sin embargo, tales normas, a juicio de la autoridad judicial de primera instancia, generaron un quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, que debe ser asumido por la entidad demandada con el fin de restablecer el equilibrio quebrantado.

En consecuencia, el Tribunal de instancia condenó a la parte demandada a indemnizar los perjuicios causados a título de daño emergente, ordenando para el efecto la realización de un incidente de liquidación de perjuicios en el cual se valore el impacto de cada una de las causas que afectaron negativamente la situación económica de la concesionaria (condena en abstracto). Por otro lado, negó el reconocimiento del lucro cesante deprecado, en razón de que la actora, al no renunciar a la explotación de su licencia -pudiendo hacerlo-, asumió las consecuencias negativas derivadas de la adjudicación de nuevas licencias sin el pago de contraprestaciones.

La Sala difiere de las conclusiones del a quo en lo que respecta al punto en análisis, valga decir, la configuración del hecho del príncipe, toda vez que, analizadas las pruebas allegadas al proceso, no se encuentra acreditado que la situación económica de la accionante se haya visto gravemente alterada con la expedición de la Resolución 2070 de 2005, 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.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal a quo determinó que la economía de la concesionaria demandante se alteró de manera extraordinaria por el otorgamiento de permisos para la utilización de frecuencias radioeléctricas sin exigir a los beneficiarios la contraprestación inicial, hecho que encontró probado a través de lo afirmado por la perito Myriam Mendoza de Tovar en el dictamen pericial rendido dentro del proceso.

La Sala observa que en el auto que abrió a pruebas el proceso⁵¹, el magistrado a cargo de la sustanciación del proceso en primera instancia, en atención a que el cuestionario aportado por la parte actora para efectos del dictamen pericial contenía interrogantes que se referían tanto al campo de las telecomunicaciones como a asuntos contables, requirió a la experta para que

⁵¹ Folio 172 del cuaderno principal No. 1.

aclarara si para su práctica se requería, además de la intervención de un perito experto en telecomunicaciones, la de un perito contador.

En atención a tal requerimiento, el apoderado de la demandante allegó memorial aclarando que «las preguntas 1 a 9 de la prueba pericial solicitada en la demanda deben ser respondidas por un perito experto en telecomunicaciones, en tanto que las preguntas 11 y 12 lo serán por un perito contador», motivo por el cual, en efecto, se designaron dos peritos para la práctica del dictamen pericial.

Analizado el dictamen pericial, la auxiliar de la justicia Myriam Mendoza de Tovar, quien afirmó que rindió la experticia a partir de los conocimientos contables, económicos y financieros que posee como contadora pública, al resolver el cuestionario presentado por la demandante, específicamente ante la pregunta 12. ¿cuáles han sido las causas de la difícil situación por la que se encuentra atravesando FLYCOM hoy día?, respondió:

[...]

PRIMERA CAUSA: LA CAÍDA DE LAS ACCIONES DE EMPRESAS TECNOLÓGICAS.

[...]

SEGUNDA CAUSA: ADJUDICACION DE LA BANDA DE 3.5 GHz-WiMax SIN EXIGIR CONTRAPRESTACION INICIAL.

Para la adjudicación de la banda de 3.5 GHz WiMax. El Ministerio de Comunicaciones mediante resoluciones Nos. 2064 y 2070 de 2005 entregó tres (3) licencias nacionales a los operadores de telefonía de larga distancia (TELECOM, ETB y ORBITEL) sin exigir ninguna contraprestación inicial.

FLYCOM, parte demandante, por haber tenido que pagar contraprestaciones, tanto iniciales como periódicas, trasladó estos costos finalmente al usuario a través de las tarifas para recuperar la inversión.

Por el hecho de que las personas jurídicas a quienes se les entregó la banda de 3.5 GHz WiMax, sin contraprestación inicial a diferencia de lo ocurrido con FLYCOM, sociedad que debió pagar contraprestaciones tanto iniciales como periódicas, es decir en condiciones económicas diferentes, se afectó el equilibrio financiero de la sociedad demandante.

Se agrega a lo anterior el hecho de que el Ministerio de Comunicaciones otorgó a los operadores

WiMax descuentos de mas de un noventa y cinco por ciento (95%) en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radioeléctrico.

En resumen, una de las causas que afectó el equilibrio financiero de la sociedad demandante fue el haber entregado el Ministerio de Comunicaciones licencias nacionales a los operadores de telefonía de larga distancia (TELECOM, ETB y ORBITEL) sin exigir ninguna contraprestación inicial, condición diferente a la exigida a la sociedad FLYCOM y dio lugar a

una competencia comercial en la que la demandante se encontraba en desventaja.

[...]

TERCERA CAUSA: APARICION DE NUEVAS TECNOLOGIAS⁵².

[...]

A solicitud formulada por la demandada al descorrer el traslado del dictamen, la perito Myriam Mendoza de Tovar procedió a aclarar, entre otros, los siguientes puntos de su informe:

[...]

5. Sírvase igualmente la Honorable Doctora que ha rendido el peritazgo de la referencia, y dado que hace un estudio económico de la situación de la demandante, aclarar cuáles eran los riesgos normales y propios del negocio de esta, y además el monto monetario de la incidencia de esos riesgos normales y propios en la situación económica de la parte demandante.

[...]

RESPUESTA:

No entiendo a que riesgos se refiere el solicitante de la aclaración cuando dice: “CUALES ERAN LOS RIESGOS NORMALES Y PROPIOS DEL NEGOCIO DE ESTA”.

Sin embargo, si se trata de los riesgos normales y propios de la demandante, se aclara que al igual que toda empresa corre con los riesgos que las afecta la situación cambiante de la economía.

El monto de los riesgos normales y propios de un negocio no es posible cuantificarlo, en razón a que los riesgos no se contabilizan. El decreto 2649 de 1993, (Diciembre 29) “Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”, en el artículo 12 - Realización, señala:

"ART.12.-Realización. Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables (Arts.10, 17,47,48,57,96,97)”

[...]

8. Sírvase aclarar la Honorable Señora perito porqué (sic) no tiene en cuenta cuándo entraron en operación esos beneficiarios de permisos en el espectro para WiMax a que achaca la agravación de la situación

⁵² Folios 16 a 20 del cuaderno 6.

económica del demandante, o siquiera si alguno de esos beneficiarios de permisos (porque existe "concesión de WiMax" ni cosa parecida) entró en operación, y en cambio asume que la sola entrega de permisos del espectro para WiMax impactaba 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".

[...]

RESPUESTA:

El hecho de que a otras personas, como en el presente caso a TELECOM, ETB y ORBITEL, el Ministerio de Comunicaciones mediante resoluciones Nos. 2064 y 2070 de 2005 les haya entregado tres (3) licencias nacionales sin exigir contraprestación inicial, esto es en mejores y desiguales condiciones, por cuanto FLYCOM debió pagar contraprestaciones tanto iniciales como periódicas, es causa para que los costos y gastos de las empresas favorecidas sean menores y pueda vender sus servicios a menor precio, multiplicar ofertas, ofrecer descuentos, etc., desplazando o sacando del mercado a aquella que por sus obligaciones financieras previamente adquiridas, se ve obligada a mantener el precio más alto.

Es por lo anterior que se dijo en el Dictamen Pericial que ante la desigualdad de condiciones, la competencia de las empresas TELECOM, ETB y ORBITEL colocó en desventaja a la demandante.

La perito Myriam Mendoza de Tovar expresó que el dictamen pericial se sustentó en las siguientes actas de reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A., cuyas copias insertó al mismo: acta 003 de 28 de abril de 2000, sobre cesión y venta de 246.622.500 acciones a INTERCONEXION ELECTRICA S. A. ESP. - ISA; acta 004 de 31 de agosto de 2000, sobre aprobación de presupuesto, requerimientos económicos y financieros para cumplimiento con los compromisos adquiridos con el Ministerio de Comunicaciones por el otorgamiento de la licencia LMDS y para cubrimiento de gastos para inicio de actividades sociales, y acta 007 de 12 de junio de 2001, sobre reglas transitorias para el manejo de la sociedad, aportes para futura capitalización, emisión y colocación de acciones y nombramiento de Junta Directiva.

Asimismo, citó como fuente la obra ANDEL, Michael, LA DEPRESION DE INTERNET, editado por PEARSON EDUCACION S. A., Madrid, 2001. Internet: www.Wikipedia.org/WIKI/Burbuja.

La Sala considera pertinente precisar que la Resolución 2064 de 15 de septiembre 2005, referida por la perito Myriam Mendoza de Tovar, tuvo por objeto 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 (artículo 1º). Concretamente, el Ministerio de Comunicaciones atribuyó «dentro del territorio nacional, a título primario al

servicio fijo radioeléctrico, para la operación de los sistemas de Distribución Punto a Punto y Punto multipunto para Acceso de Banda Ancha Inalámbrica, la banda de frecuencias radioeléctricas comprendida entre los 3 400 MHz a los 3 600 MHz» (artículo 3º).

Por su parte, la Resolución número 2070 de 16 de septiembre de 2005 se encaminó a adoptar medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico y a determinar la forma de otorgamiento de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de distribución Punto a Punto y Punto multipunto para Acceso de Banda Ancha Inalámbrica, en la banda de 3 400 MHz a 3 600 MHz.

Así las cosas, resulta imprecisa la afirmación de la perito Myriam Mendoza de Tovar según la cual, mediante la Resoluciones números 2064 y 2070 de 2005, el Ministerio de Comunicaciones entregó tres (3) licencias nacionales a TELECOM, ETB y ORBITEL, pues se trata de actos administrativos que contienen disposiciones generales, mientras que los permisos a estas empresas fueron concedidos posteriormente, mediante actos administrativos de carácter particular.

Ahora bien, la perito Myriam Mendoza de Tovar afirmó que el equilibrio financiero de la sociedad actora se vio afectado por la caída de las acciones de las empresas tecnológicas, la aparición de nuevas tecnologías y la adjudicación de la banda de 3.5 GHZ-WiMax sin la exigencia de contraprestación inicial y con descuentos de más del 95% en el pago de las contraprestaciones periódicas por el uso del espectro radioeléctrico.

Sin embargo, del análisis de la citada experticia la Sala observa que sus conclusiones carecen de sustento, pues la perito se limita a hacer inferencias sobre las afectaciones que pudieron causar los aludidos factores en la situación económica de la parte actora, sin presentar argumentos que lleven a tal convicción.

Más aún, la perito no resuelve lo cuestionado por la entidad demandada sobre la entrada, o no, en operación de los titulares de los permisos que menciona en la experticia, valga decir, sobre el efectivo uso del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen Sistemas de Distribución Punto a Punto y Punto Multipunto para Acceso de Banda Ancha Inalámbrica, en la banda de 3 400 MHz a 3 600 MHz en el ámbito nacional, en los términos de la Resolución 2070 de 2005. Por ende, tampoco explica la manera en que la expedición de dicho acto administrativo impactó y afectó la concesión de la demandante.

En cuanto a los documentos que soportan la experticia, se trata de actas de reuniones extraordinarias de la Asamblea General de accionistas de

FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A., fechadas el 28 de abril de 2000, el 31 de agosto de 2000 y el 12 de junio de 2001, que en nada sustentan las afirmaciones de la perito Myriam Mendoza de Tovar sobre las afectaciones causadas por el otorgamiento de permisos para el uso del espectro radioeléctrico en el año 2005 por parte del Ministerio de Comunicaciones.

En todo caso, la Sala advierte que tales aspectos técnicos escapan al campo de la experticia de la señora Myriam Mendoza de Tovar, quien, se reitera, fue designada para resolver el cuestionario formulado por la actora solo en lo que respecta a asuntos contables.

Cabe destacar que el juzgador no tiene que ceñirse en su decisión a lo concluido en el dictamen pericial, puesto «esta es una prueba que debe ser valorada por el juez».

Esta Corporación, al pronunciarse respecto de la eficacia probatoria del dictamen pericial, ha destacado que, para tal efecto, deben tomarse en consideración, entre otros factores, el consistente en que «[...] (i) el perito de manera razonada lo que sepa de los hechos, según sus

conocimientos especializados (...) (vi) el dictamen este debidamente fundamentado y sus conclusiones claras, firmes y una consecuencia de las razones expuestas [...]»⁵³.

Tales exigencias, en criterio de la Sala, no están presentes en el precitado dictamen pericial, teniendo en cuenta que la perito Myriam Mendoza de Tovar carece de conocimientos técnicos en materia de telecomunicaciones, a lo que se agrega que sus conclusiones no se encuentran debidamente fundamentadas.

Aunado a lo anterior, la Sala pone de presente que en el informe rendido en el mes de marzo del año 2009, el ingeniero Mauro Flórez Calderón, experto en telecomunicaciones igualmente designado como perito dentro del proceso,⁵⁴ resolvió el interrogante elaborado por la demandante, del cual se destaca la respuesta a la pregunta número 9, a saber: ¿Qué impacto ha tenido el desarrollo de la tecnología WiMax, ADSL y cable modem frente a los operadores de LMDS?. En respuesta a tal interrogante, el perito contestó:

[...] 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,

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de diciembre de 2022. Radicado: 05001233100019930137401. C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Actor: Empresas Públicas de Medellín (E.P.M. E.S.P).

⁵⁴ Folios 2 a 83 del cuaderno No. 8.

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 xDLS y Cable MODEM, las 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.

Estas ventajas ofrecidas por los operadores dedicados a ofrecer servicios WIMAX ponen en un alto nivel de riesgo a las empresas dedicadas a ofrecer servicios LMDS (fls. 63 y 64 Cd. 8)

Del referido dictamen, el a quo corrió traslado a las partes, oportunidad en la que el apoderado de la entidad demandada solicitó al perito las siguientes aclaraciones:

[...] 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 (negritas de la Sala).

[...]

6. En relación con la respuesta dada a la pregunta No 9, según la cual "en Colombia, LMDS no prospero mucho a causa de sus inconvenientes y falta de clientes", el señor perito precisará si esa falta de clientes se produjo en razón de la incursión de nuevas tecnologías o el desarrollo de las existentes. En caso afirmativo dirá cuales fueron esas tecnologías [...]

Atendiendo la solicitud de aclaración del dictamen pericial, 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”.

Si 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 (f. 87 cuaderno 8).

[...]

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 89 y 90 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 ni asume que la sola entrega de permisos para WiMax impactó el negocio de esta. En contradicción a esa afirmación, seguidamente manifiesta que **«Sin ninguna duda WiMax afectó (sic) sensiblemente el desarrollo y las posibilidades comerciales de LMDS».**

Igualmente, llama la atención que el perito manifestó que es imposible precisar en qué cantidad y desde qué fecha se dio la afectación de la tecnología WiMax al desarrollo y las posibilidades comerciales de LMDS.

La Sala resalta que, si, como lo expone el perito, no es posible determinar la fecha en que se produjo la supuesta afectación con la entrada de la

tecnología WiMax al establecimiento y operación de redes radioeléctricas de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS, es claro que la experticia no conduce a concluir, como lo hizo el a quo, que dicha afectación fue provocada con ocasión de la expedición de la Resolución 2070 de 2005 y de los Decretos 2925 de 2005 y 1928 de 2006, más aún cuando, según lo adujo la entidad demandada en el proceso, los beneficiarios del permiso WiMax **«nunca entraron a operar».**

En síntesis, no está demostrado el perjuicio económico que la sociedad demandante invoca haber sufrido, como quiera que de las pruebas obrantes en el expediente no se desprende con claridad que esta haya padecido un perjuicio susceptible de ser reparado o indemnizado. De esa manera, no puede establecerse la existencia de un daño por el hecho del príncipe, causal de ruptura del equilibrio económico que «se presenta cuando la administración contratante (intervención de los poderes públicos) profiere actos generales en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, generando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que ocasiona un detrimento de los intereses económicos del contratista, aunque a título de responsabilidad sin culpa. En este evento, procede la indemnización integral de los perjuicios⁵⁵».

Se debe agregar que el título habilitante otorgado a Flycom Comunicaciones S.A. –hoy Internexa S.A. E.S.P.– para el usufruto 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 la actora, sin que por ese hecho pueda invocarse válidamente la existencia de un daño por el hecho del príncipe.

En lo que toca a este aspecto, conviene mencionar que el artículo 333⁵⁶ de la Constitución Política consagra la libertad de competencia como una garantía de las actividades económicas.

El artículo 365 de la Constitución Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que este tiene el deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos, señala la norma, podrán ser prestados por el Estado,

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de junio de 2012. Radicado: 113001233100019960123301 (21990). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Sociedades Equipo Universal y Cia. Ltda. y otros.

⁵⁶ **ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares y, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

En criterio de la Corte Constitucional, de esa norma se desprende que cuando el Estado decide delegar en particulares la prestación de un servicio público, da paso a la concurrencia de estos en el ámbito de la libertad económica, debiendo además intervenir de modo que tal concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público⁵⁷. Es así como a los servicios públicos, en tanto actividad de contenido económico, les son aplicables las garantías de las actividades económicas, como lo es la de la libertad de competencia prevista en el artículo 333 superior.

De acuerdo con lo ya expuesto en esta providencia, en vigencia del Decreto Ley 1900 de 1190 predominó en materia de servicios de telecomunicaciones – especie de los servicios públicos– un modelo de titularidad pública en el que los prestadores adquirirían esta calidad solamente bajo la existencia de un título que los habilitara para ello: una licencia o una concesión⁵⁸. Este título habilitante para prestar el servicio no era suficiente para proceder a la prestación del mismo, pues era necesario además tener acceso al espectro radioeléctrico⁵⁹, a través de un permiso que, en ocasiones, se concedía en el mismo título que habilitaba para la prestación del servicio, ello en razón de que el Estado era el titular tanto del servicio como del espectro necesario para su prestación, aun cuando se trataba de dos conceptos diferentes⁶⁰.

En su artículo 13, el Decreto Ley 1900 de 2000 estableció que las concesiones de servicios de telecomunicaciones deberían otorgarse de modo tal que se promovieran la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Así, el régimen legal estableció la liberalización del subsector de los servicios públicos de telecomunicaciones y la garantía de libre competencia en los mismos, la cual se manifiesta de distintas formas.

En este escenario, conviene traer a colación la sentencia C-403, mediante la cual la Corte Constitucional analizó si el inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, que prevé un régimen de transición para los operadores y

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁸ Artículos 2º y 4º del Decreto Ley 1900. Igualmente, así se desprende de los artículos 555 de 2000.

⁵⁹ Artículo 20 del Decreto Ley 1900 de 2000.

⁶⁰ **Barreto, S. 2017. La libre competencia económica en el régimen de los servicios públicos.**

proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que estaban en el mercado al momento de expedición de la ley, desconoce los artículos 13 (derecho a la igualdad) y 333 (libre competencia) de la Constitución Política al permitir la subsistencia de dos regímenes distintos: el que rige las concesiones, permisos, licencias y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1341 de 2009, y el que surge de la habilitación general introducida por la misma Ley. De la citada sentencia se destaca lo siguiente:

[...] El Decreto 2870 de 2007, que desarrolla la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990, establece por primera vez en Colombia un marco reglamentario que permite la convergencia en los servicios públicos y en las redes de telecomunicaciones del Estado, con el fin de asegurar el acceso y uso de tales servicios y redes a todos los habitantes del territorio y promover la competencia entre los diferentes operadores.

[...]

Observa la Corte que dentro del propósito del legislador de respetar el título habilitante obtenido bajo un régimen anterior y aplicar, a partir de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que libremente así lo decidan, las nuevas reglas, no establecen en realidad dos tratamientos distintos para situaciones iguales. Se trata de situaciones jurídicas diferentes, una consolidada bajo los parámetros del Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 2870 de 2007, que debe ser protegida para garantizar los derechos y obligaciones originalmente acordados, y otra, que de configurarse va a nacer bajo los efectos de la nueva ley (Ley 1341 de 2009). De esta forma se garantiza la libre competencia, protegiendo situaciones consolidadas bajo el régimen anterior, a las cuales no se les cambian intempestivamente las condiciones bajo las cuales adquirieron el título habilitante y se les permite, durante un tiempo limitado, continuar con la prestación del servicio habilitado bajo dichas condiciones, para luego hacer la transición al nuevo régimen [...].

Así las cosas, encuentra la Corte que el legislador se limitó en la disposición demandada a respetar el acceso de los operadores establecidos bajo el régimen anterior y que en esa medida el artículo 68 demandado no introduce tratamientos distintos para situaciones iguales, que vulneren los derechos constitucionales a la igualdad (art. 13 CP) y a la libre competencia (art. 333 CP), y en consecuencia, procederá a declarar la exequibilidad de la norma demandada por el cargo analizado. [...]

En el asunto analizado por esta Sala en la presente providencia, FIRSTMARK COMMUNICATIONS COLOMBIA S.A., hoy Internexa S.A. E.S.P., se reitera, obtuvo un título habilitante que comprende el **permiso** para usar el espectro radioeléctrico en los canales uno (1) y cuatro (4); 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.

Por su parte, ORBITEL S.A. E.S.P.⁶¹, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. - ETB S.A. E.S.P.⁶² y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.⁶³, en virtud de lo dispuesto mediante las Resoluciones números 2064 de 2005⁶⁴ y 2070 de 2005⁶⁵, obtuvieron permiso para 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, para su operación dentro del área de servicio nacional.

De acuerdo con la Resolución 2070 de 2005, el permiso para el derecho al uso del espectro radioeléctrico no constituiría, por sí mismo, título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones (parágrafo del artículo 3º). Por lo demás, dentro del alcance del permiso definido en dicha resolución no se incluyó la autorización para el establecimiento, explotación y uso de redes requeridas para los servicios de telecomunicaciones.

De hecho, para obtener los permisos por el derecho al uso 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 en el área de cubrimiento nacional, a los operadores se les exigió, entre otros requisitos: a) Contar con título habilitante para la prestación de servicios de Valor Agregado y Telemáticos. b) Estar autorizado o contar con título habilitante para la prestación del servicio de Larga Distancia. C) Operar directa o indirectamente, a través de empresas vinculadas, socios, accionistas al menos un (1) millón de las líneas telefónicas fijas instaladas en el país. (artículo 7º).

De lo dicho se tiene que, mientras el título habilitante otorgado a la demandante incluyó el permiso para el uso del espectro radioeléctrico, la autorización para el establecimiento de redes y la concesión para la prestación del servicio de telecomunicaciones, en contraste, a ORBITEL S.A. E.S.P, a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. - ETB S.A.

E.S.P. y a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. solo se les otorgó un **permiso** para usar el espectro radioeléctrico; ello en razón de que una exigencia que debieron satisfacer fue contar previamente con título habilitante para operar servicios de telecomunicaciones, para lo cual –resulta claro tras el

⁶¹ Resolución 2595 de 4 de noviembre de 2005 folios 435 a 438 del cuaderno 2A antecedentes administrativos.

⁶² Resolución 2596 de 4 de noviembre de 2005 folios 439 a 441 del cuaderno 2A antecedentes administrativos.

⁶³ Resolución 2597 de 4 de noviembre de 2005 y Resolución 3646 de 22 de diciembre de 2006, folios 442 a 444 y 445 a 449, respectivamente, del cuaderno 2A antecedentes administrativos.

⁶⁴ Por la cual se atribuyen y planifican unas bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de distribución Punto a Punto y Punto multipunto para Acceso de Banda Ancha Inalámbrica y se dictan otras disposiciones.

⁶⁵ Por la cual se adoptan medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico en la banda de 3 400 MHz a 3 600 MHz y se dictan otras disposiciones.

análisis de las normas que rigen la materia–, en su momento debieron cumplir con los requisitos y pagos exigidos.

En efecto, en los actos administrativos particulares que expidió el Ministerio de Comunicaciones se condicionó la vigencia de los permisos del espectro radioeléctricos al hecho de que sus titulares mantuvieran vigentes las licencias para la prestación de servicios de valor agregado y

telemáticos y la habilitación para la prestación de telefonía pública básica conmutada de larga distancia durante el término del permiso.

Igualmente, resulta importante advertir que las condiciones de mercado existentes en el año 2000, cuando se otorgó el título habilitante a la actora, no pueden ser equiparables, per se, a las existentes en el año 2005, año en el cual se concedieron los permisos a los aludidos operadores.

De esa manera, la Sala advierte que la situación de la sociedad actora difería de la de los beneficiarios de los permisos nacionales de larga distancia para el uso de frecuencias radioeléctricas otorgados en virtud de la Resolución 2070 de 2005, razón por la cual no puede determinarse que, en el marco de dicho acto administrativo de carácter general, se hubieran introducido tratamientos distintos para situaciones iguales, con infracción de los derechos a la igualdad y a la libre competencia.

Por las razones esgrimidas, y con base en el análisis de todas las pruebas obrantes en el proceso, la Sala determina que no quedó acreditada la ruptura del equilibrio económico de la concesión de la demandante, lo que lleva a considerar 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 2006,⁶⁶ 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.

Respecto de la condena en costas prevista en el artículo 171 del CCA, esta Sala considera que no se configuran los presupuestos para que las partes demandante y demandada sean obligadas al reconocimiento de las mismas, en tanto no se observa en su proceder un actuar doloso o temerario.

⁶⁶ Folios 970 a 1011, folios 1013 y 1014 del cuaderno de pruebas No. 2

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, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante y a la parte demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ENVIAR copia de la presente providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Decisión 500 del Consejo

Andino de Ministros de Relaciones Exteriores - Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejero de Estado Consejera de Estado Presidente

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. P(9)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC