

CONTRATO ESTATAL – Definición – acto Jurídico – Acuerdo de voluntades – Existencia

[...] Según el artículo 28 del Código Civil, cuando el legislador define expresamente términos para ciertas materias, debe darse a éstos su significado legal. La locución contrato estatal fue definida expresamente en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que también tipificó la figura del contrato de concesión. [...]

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los contratos estatales como “actos jurídicos”, que no por lo mismo comprende los actos administrativos. El contrato estatal es un acto jurídico, pero no cualquiera; es un acuerdo de voluntades de dos o más partes —una de las cuales debe ser una entidad estatal— dirigido a producir efectos jurídicos, como la creación de obligaciones.

La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 refleja la historia fidedigna de su establecimiento y confirma que un contrato estatal debe involucrar la concurrencia de dos o más voluntades [...]

[...] En síntesis, en la Resolución 052 de 1998 del Ministerio de Comunicaciones no expresa un acuerdo de voluntades sobre el objeto de la concesión y la contraprestación por ella, según lo establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En el marco de un negocio jurídico, “*el sujeto obligado participa en la producción de la norma que le obliga, y en esto consiste la esencia de la creación contractual del derecho*”. ETB no participó en la creación de la norma jurídica que determinó sus derechos y obligaciones, ya que no negoció ningún aspecto del contenido de la concesión. Como se indicó antes, en ejercicio de una potestad reglada y cumplidos los supuestos de hecho y requisitos definidos en los reglamentos, el Ministerio manifestó unilateralmente su voluntad para otorgar dicha licencia, cuyos elementos estaban completa y exhaustivamente fijados en las Resoluciones 086, 087, 088 y 094 de 1997 de la CRT, así como en los Decretos 2542 y 3045 del Gobierno Nacional. Por esa razón, no puede afirmarse la existencia de un negocio jurídico bilateral.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia – Actos Bilaterales

De acuerdo con el artículo 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, la acción de controversias contractuales se instituyó para que “*[c]ualquiera de las partes de un contrato estatal [pida] que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas*” (Énfasis añadido). El tercero inciso de esta norma señala que “*[e]l Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta*”.

[...]

El sentido de la disposición legal es claro y, por lo tanto, según el artículo 27 del Código Civil, no puede desatenderse su tenor literal. La acción de controversias contractuales procede siempre que exista un *contrato estatal*, esto es, un negocio jurídico de dos o más partes celebrado por (al menos) una entidad estatal con un objeto inmediato, constituir, regular o extinguir una relación jurídica⁶¹, y un fin último: la consecución de los fines del Estado.

Esta acción procede, entonces, para que las partes del negocio jurídico soliciten declaraciones y condenas relacionadas con él, para que el Ministerio Público o un tercero con interés directo pidan su nulidad o para que un tercero impugne los actos administrativos expedidos con ocasión de dicho contrato, como el que declara ocurrido el riesgo amparado por la póliza expedida por una aseguradora⁶². Sin embargo, no procede para pedir el reconocimiento de un derecho subjetivo en el marco de otra relación jurídico-administrativa como la derivada, en este caso, del acto administrativo que otorgó la licencia a ETB. En consecuencia, la Sala concluye que las semejanzas, sean aparentes o reales, entre cualquier otro acto jurídico de la Administración y el contrato estatal no justifican la escogencia de la acción de controversias contractuales. Similitud no es identidad



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *Concesión del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia – no se otorga exclusivamente mediante un contrato estatal / Acción de controversias contractuales – presupone la existencia de un contrato estatal / Contrato estatal – acuerdo de voluntades celebrado por una entidad estatal dirigido a producir efectos jurídicos*

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La controversia trata sobre la alteración del equilibrio económico de una concesión otorgada a ETB mediante licencia, que le permitía utilizar el espectro electromagnético y prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (en adelante, “TPBCLD”). El Tribunal Administrativo concluyó que el demandante escogió indebidamente la acción de controversias contractuales y, por ello, negó las pretensiones de la demanda.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 10 de noviembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C – Escritural, profirió la siguiente decisión:

“PRIMERO. Declarar próspera la excepción de inepta demanda, por indebida escogencia de la acción. En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia LIQUÍDENSE por Secretaría los gastos de proceso. DEVUÉLVANSE los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

CUARTO. Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección ARCHÍVESE el expediente dejando las constancias del caso”¹.

¹ Exp. Digital, índice 11, p. 33-34, Samai tribunal.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

2. La anterior providencia resolvió la demanda presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante, “ETB”) en contra de la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, el “Ministerio”), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes²:

Pretensiones

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones (se transcriben literalmente, incluso con errores):

“1. Que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) no pudo recuperar el valor pagado por la concesión para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), otorgada por el Ministerio de Comunicaciones mediante la resolución No. 0052 de 1998, en razón de que (i) las tasas contables y (ii) el tráfico nacional e internacional tomado en cuenta para calcular el valor de la licencia fueron inferiores a los reales; (iii) en el valor de la licencia se incluyó como tráfico de larga distancia el tráfico de telefonía pública básica conmutada local extendida (TPBCLE) y (iv) se presentó un tráfico ilegal equivalente al 46% del mercado.

2. Que se declare que el equilibrio económico de la concesión otorgada a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) mediante la resolución No. 0052 de 1998, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, para la prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), se rompió por las siguientes razones:

(i) Las expectativas en el tráfico de larga distancia nacional proyectado cuando se calculó el valor de la licencia otorgada a ETB no se lograron, por razones imprevisibles que no le son imputables ni a ETB ni al Ministerio de Comunicaciones (hoy, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones).

(ii) La apertura del servicio de larga distancia a nuevos operadores, en virtud de lo establecido en el decreto 2926 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional, sin exigir la misma contraprestación que se exigió a ETB de pagar la suma de ciento cincuenta millones de dólares (US\$150.000.000), y

(iii) La modificación del plan de numeración mediante la Circular No. 001 del 1 de mayo de 1998, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

3. Que como consecuencia de lo anterior, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión que le fue otorgada por el Ministerio de Comunicaciones para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del decreto 1492 de 1998, reiterado por el artículo 9 del decreto 2041 del mismo año y por el artículo 9 del decreto 1972 de 2003.

4. Que la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones está obligado a restablecer la ecuación económica de la concesión otorgada a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) para la prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), en la cuantía que se defina en el correspondiente proceso.

² La demanda se presentó el 20 de abril de 2010 (Exp. físico, c. 1, p. 116), antes de que entrara en vigor el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por lo tanto, a este proceso se le aplican las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

5. *Que la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones está obligado a pagar las costas y agencias en derecho.*

Pretensiones subsidiarias

1. *Que se declare que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, antes Ministerio de Comunicaciones, incumplió las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias que le correspondían como parte concedente de la licencia para la prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), otorgada mediante la resolución No. 0052 de 1998 a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) para la prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), por haber omitido ejercer el control sobre (i) las conductas restrictivas de la competencia de los operadores de telefonía móvil celular, y (ii) los operadores sin licencia que prestaron el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia.*

2. *Que, como consecuencia del anterior incumplimiento, se ordene al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pagar a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.) los perjuicios que se demuestren en el proceso, correspondientes a las sumas de dinero dejadas de recibir durante la vigencia de la licencia.*

3. *Que la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones está obligado a pagar las costas y agencias en derecho”.*

Hechos

4. En apoyo de sus pretensiones, el demandante hizo las siguientes afirmaciones:
5. El 16 de octubre de 1997, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2542 para reglamentar la concesión de licencias a nuevos operadores —distintos a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM)— del servicio de TPBCLD y garantizar la libre competencia en este mercado. Según este Decreto, la duración de la licencia sería de diez años prorrogables automáticamente por diez años más. Con base en estudios financieros contratados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (en adelante, “CRT”), consideraron la participación mínima de mercado de los nuevos operadores y el tiempo necesario para recuperar la inversión, se estableció que el valor de la licencia sería de US\$150.000.000. La forma de pago de este valor se reguló en el Decreto 3045 de 1997, que dispuso su cancelación en cuatro cuotas.
6. El 15 de enero de 1998, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 052, mediante la cual otorgó a ETB la licencia para el uso y explotación del espectro electromagnético y para la prestación del servicio de TPBCLD. La licencia fue concedida por un plazo de diez años, prorrogables automáticamente por un término igual. Posteriormente, mediante la Resolución 3177 del 30 de noviembre de 1998, el Ministerio autorizó a ETB a iniciar la prestación del servicio y ésta pagó el valor de la licencia.
7. Según lo afirmado en la demanda, los estudios preparados por la CRT incluyeron dos variables que llevaron a sobreestimar el valor de la licencia. Por un lado, en el modelo de valoración se incluyó erróneamente el tráfico de telefonía pública básica conmutada local extendido. Por otro lado, se consideró una tasa de

terminación de llamadas de larga distancia internacional muy inferior a la que realmente se presentó en el mercado. Además, al calcular el valor de la licencia, la CRT utilizó una tasa contable que fue un 17.4% superior a la tasa que efectivamente se pagó durante la concesión³.

8. ETB contrató a un experto en telecomunicaciones quien concluyó que para el año 2008, como resultado de las anteriores circunstancias, existía una diferencia de \$458.920 millones de pesos entre los ingresos que ETB esperaba recibir y los ingresos efectivamente obtenidos por la explotación de la licencia.

9. El 1 de mayo de 1998, tras otorgar la licencia a ETB, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Circular 001, mediante la cual modificó el plan de numeración vigente hasta entonces. Esta modificación instituyó el denominado "código de escape" para los operadores de telefonía móvil celular (en adelante, "TMC"), permitiendo realizar llamadas desde celulares a teléfonos fijos sin utilizar los servicios de los operadores de TPBCLD, como sucedía previamente. La implementación del código de escape redujo significativamente el tráfico de llamadas a través de los operadores de TPBCLD, lo que a su vez disminuyó los ingresos obtenidos por la explotación de la licencia.

10. Luego, el 25 de agosto de 2005, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2926, que modificó el Decreto 2542 de 1997. Este nuevo decreto estableció que los operadores del servicio de TPBCLD, como ETB, continuarían prestando el servicio hasta el 31 de julio de 2007 bajo las mismas condiciones económicas que venían aplicando hasta esa fecha. Además, estableció que los títulos habilitantes concedidos previamente serían modificados, siempre que los operadores lo aceptaran de forma previa y expresa.

11. ETB solicitó al Ministerio que la prórroga de la concesión operara a partir del vencimiento del plazo inicialmente acordado (30 de noviembre de 2008). Sin embargo, mediante la Resolución 2357 de 2005, el Ministerio decidió modificar la licencia, estableciendo que ETB continuaría prestando el servicio bajo las condiciones estipuladas inicialmente hasta el 31 de julio de 2007, momento a partir del cual quedaría sujeta a las condiciones del Decreto 2926 de 2005.

12. Según lo afirmado por ETB, el Ministerio modificó sustancialmente las condiciones de la licencia y violó su "derecho adquirido" a recuperar el valor pagado por ella en un plazo de 20 años, bajo las condiciones establecidas al momento de su otorgamiento. Esto ocurrió porque el Decreto 2926 de 2005 permitió la entrada de nuevos operadores al mercado de TPBCLD sin exigirles el pago de los USD\$ 150.000.000 que ETB y otras compañías habían pagado por sus licencias. Como resultado de ello, los nuevos operadores pudieron ofrecer tarifas más bajas, afectando la competitividad de ETB en el mercado.

³ Según la Resolución 87 de 1997 de la CRT, la tasa contable es "un valor acordado entre un operador de TPBCLDI y un interconectante internacional, con el fin de distribuir los ingresos recibidos por las llamadas internacionales cursadas entre ellos".

13. Finalmente, ETB afirmó que el Estado no sancionó a los operadores de TMC que adoptaron prácticas restrictivas de la competencia, como cobrar precios injustificadamente altos por las llamadas de un teléfono fijo a un celular, lo que desestimuló el uso de líneas fijas. Además, señaló que el Ministerio de Comunicaciones no tomó las medidas necesarias para impedir que operadores sin licencia prestaran servicios de TPBCLD, lo que impidió que se capturaran ingresos por valor de \$388.577 millones de pesos.

Los fundamentos de derecho

14. Para sustentar la procedencia de la acción de controversias contractuales, el demandante formuló cuatro argumentos:

(i) Basándose en doctrina extranjera, afirmó que la existencia de una concesión o permiso no depende de la denominación que se le dé, sino de la estructura jurídica del acto que crea el respectivo derecho. Agregó que si el acto otorga un derecho a perpetuidad o por un número fijo de años, se trata de una concesión; mientras que si se concede a título precario, se trata de un simple permiso y no de una concesión. Partiendo de esta distinción, el demandante adujo que la licencia otorgada a ETB constituye una concesión para la prestación de un servicio público, ya que fue otorgada en forma exclusiva y por un número determinado de años, lo que excluye su carácter precario.

(ii) El demandante señaló que, según el artículo 3º del Decreto 2542 de 1997, a la terminación de la licencia para la prestación del servicio de TPBCLD, se debía producir la reversión en los términos del artículo 19 de la Ley 80 de 1993. En esta línea, destacó que esta figura se aplica en los contratos de explotación o de concesión de bienes del Estado.

(iii) ETB afirmó que el título habilitante contenido en la Resolución 052 de 1998 se asimila a un contrato estatal, ya que los Decretos 2041 de 1998 y 1972 de 2003 establecen que los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen el derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, sin diferenciar entre licencias y contratos

(iv) El demandante también citó un auto proferido por la Sección Tercera de esta Corporación (Exp. 14.490), en el que se afirmó que la licencia en materia de telecomunicaciones constituye un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público. Además, mencionó la sentencia C-407 de 1994, en la que la Corte Constitucional señaló que la Ley 80 de 1993 reguló formas de contratación administrativa, al referirse al contrato de concesión para los servicios de correos y a las licencias para los servicios de mensajería especializada.

15. El demandante adujo que el equilibrio económico de la concesión se alteró debido a que el Decreto 2926 de 2005 permitió el ingreso de nuevos operadores al mercado que no pagaron el valor de licencia cancelado por ETB. Según el demandante, esta decisión otorgó una ventaja competitiva a los nuevos operadores, que no tuvieron que trasladar este costo a los usuarios. Asimismo, ETB señaló que

la expedición de la Circular 001 de 1998, que permitió realizar llamadas desde celulares a teléfonos fijos sin utilizar los servicios de los operadores de TPBCLD, constituyó un hecho del príncipe que alteró el equilibrio de la concesión al reducir el tráfico de llamadas.

16. Finalmente, en apoyo de las pretensiones subsidiarias, el demandante señaló que, en virtud de la Ley 72 de 1988; los Decretos Ley 1900 y 1901 de 1990; y, los Decretos 2122 de 1992, 1130 de 1999 y 1620 de 2003, el Ministerio de Comunicaciones incumplió la obligación de impedir que el tráfico de larga distancia se fugara a través de operadores ilegales, generándole un daño a ETB.

Contestación de la demanda

17. El Ministerio se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que la licencia otorgada a ETB no se generó en una relación sinalagmática y que el control de las llamadas ilegales a larga distancia no correspondía exclusivamente al Ministerio, el cual cumplió con las obligaciones a su cargo. Asimismo, formuló la excepción de inepta demanda, alegando que "*no se puede demandar en acción contractual cuando no existe un contrato*"⁴.

Alegatos en primera instancia

18. Surtido el debate probatorio⁵, el Tribunal Administrativo corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto⁶. El demandante insistió en los argumentos presentados en la demanda e indicó que el dictamen pericial que se aportó prueba que ETB no pudo recuperar el valor pagado por la concesión, debido a que (i) las tasas contables utilizadas y el tráfico nacional e internacional que se tomaron en cuenta para calcular el valor de la licencia fueron

⁴ Exp. físico, c. 1, p. 123 – 165.

⁵ En auto del 24 de noviembre de 2011 (Exp. físico, c. 1, p. 189 - 191), el Tribunal decretó las siguientes pruebas: (i) los documentos aportados con la demanda; (ii) los testimonios de Ricardo Lombana Moscoso y Gustavo Adolfo Cala Ardila; (iii) el dictamen pericial de un experto en telecomunicaciones para establecer varios puntos relacionados con la recuperación del valor de la licencia pagado por la ETB; y (iv) la traducción del documento titulado "*Detrimental effects of US – Colombia international long distance bypass practices*". Además, el Tribunal decretó como pruebas los documentos aportados con la contestación de la demanda y ordenó a ETB aportar al expediente los documentos contentivos de: (i) las actuaciones desplegadas en el marco de la alianza contra el fraude, (ii) las actuaciones conjuntas de esta alianza con el Ministerio de Comunicaciones y (iii) las estrategias utilizadas para controlar la prestación ilegal del servicio de TPBCLD. Por otro lado, el Tribunal ordenó al Ministerio aportar al expediente copia auténtica de la Resolución 3177 de 1998, 2357 de 2005, la Circular 001 de 1998 y las denuncias presentadas por los operadores de TPBCLD. Finalmente, el Tribunal ordenó oficiar a (i) la Superintendencia de Industria y Comercio para que remitiera copia de las quejas y denuncias presentadas por los operadores de TPBCLD; (ii) la CRC para que allegara copia auténtica del documento denominado "*análisis de mercado de comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la red móvil*" de marzo de 2005"; (iii) el Departamento Nacional de Planeación para que aportara copia auténtica de los documentos Conpes 2760 de 1995, 2925 de 1997, 3032 de 1999, 3072 de 2000 3171 de 2002 y 3228 de 2003; (iv) la Fiscalía General de la Nación para que informara las actividades desarrolladas para perseguir los delitos de prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones; y (v) la Superintendencia de Servicios Públicos para que informara las actuaciones para evitar la prestación clandestina del servicio de TPBCLD. Se precisa que, mediante auto del 24 de octubre de 2017, el Tribunal ordenó a la parte actora que allegara el dictamen pericial que había solicitado que se practicara (Exp. físico, c. 1, p. 422). De este dictamen se corrió traslado mediante auto notificado por estado el 21 de junio de 2018 (Exp. físico, c. 1, p. 426).

⁶ Exp. físico, c. 1, p. 437.

inferiores a los reales, (ii) en el valor de la licencia se incluyó como tráfico de larga distancia el tráfico de telefonía pública básica conmutada local extendida, y (iii) se presentó un tráfico ilegal equivalente al 61.62% del mercado⁷.

19. El demandado y el Ministerio Público guardaron silencio. Cuando había vencido el término para alegar de conclusión, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, “ANDJE”) intervino en el trámite de primera instancia y presentó un escrito pidiendo que se negaran las pretensiones de ETB⁸.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

20. El Tribunal afirmó que la controversia entre ETB y el Ministerio no se originó en un contrato, por lo que la acción de controversias contractuales se escogió indebidamente. En esta línea, afirmó que, según la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, la concesión podía otorgarse mediante contrato o licencia, siendo esta última un acto administrativo unilateral. Basándose en esta distinción, el Tribunal concluyó que la concesión a ETB se otorgó mediante licencia contenida en la Resolución 052 de 1998. Además, destacó que esta decisión tenía la forma de un acto administrativo y que el valor pagado por ETB se había definido en los Decretos 2542 y 3045 de 1997.

21. El Tribunal adujo que la Resolución 052 de 1998 no puede calificarse como un contrato, ya que no tiene la forma de uno, no derivó de un proceso de contratación y no se probó que la intención del Ministerio fuera celebrar un negocio jurídico de esta naturaleza. Asimismo, señaló que al no ser producto de un acuerdo de voluntades la concesión no creó una relación conmutativa en la que hubiera una equivalencia de prestaciones. En esta línea, el Tribunal destacó que la licencia impuso únicamente cargas para ETB, tales como el inicio de las operaciones dentro de un plazo determinado, el pago del valor inicial, y la constitución de una garantía de cumplimiento.

22. El Tribunal señaló que debía determinarse la fuente del daño alegado por ETB. Sobre este punto, indicó que éste provenía de la sobreestimación del valor inicial de la licencia, el cual se estableció en el artículo 25 del Decreto 2542 de 1997 y cuya forma de pago se reguló en el Decreto 3045 del mismo año. El Tribunal señaló que la fuente del daño alegado por ETB también se encontraba en otros dos actos administrativos expedidos por el Ministerio: la Resolución 2357 de 2005, que modificó las condiciones de la licencia, y la Circular 01 de mayo de 1998, que autorizó las llamadas desde teléfonos celulares a teléfonos fijos sin utilizar los servicios de TPBCLD. Con base en estos elementos, concluyó que la fuente del daño eran estos actos administrativos, los cuales debían demandarse vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho —que estaría caducada— o acción de nulidad simple.

⁷ Exp. físico, c. 1, p. 439 - 476.

⁸ Exp. físico, c. 1, p. 513 – 526. En auto de la Sala Plena de la Sección Tercera se ratificó que “*como las etapas procesales son perentorias e improrrogables¹³, la intervención de la ANDJE no permite reabrir aquellas que ya estén agotadas, lo que sumado a su posición procesal como coadyuvante implica que asume el proceso en el estado en que se encuentre al momento de su intervención*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Auto del 14 de septiembre de 2023. Exp. 53.962.

23. Por último, el Tribunal se refirió a las pretensiones subsidiarias de la demanda. Aplicando el principio *iura novit curia*, el Tribunal afirmó que éstas debían resolverse bajo el marco de la acción de reparación directa. En cuanto a la omisión de tomar medidas para evitar que los operadores de TMC desplegaran conductas restrictivas de la competencia, el Tribunal señaló que ETB tuvo conocimiento de este hecho en marzo de 2005, cuando la CRT publicó el documento “*Análisis de mercado de comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la Red Móvil*”. Respecto a la omisión de tomar medidas para impedir que operadores sin licencia prestaran servicios de TPBCLD, el Tribunal indicó que ETB fue consciente de este hecho desde el 13 de agosto de 1999, cuando firmó con otras compañías un convenio para luchar contra el fraude en materia de larga distancia. Como la demanda fue presentada en abril de 2010, el Tribunal concluyó que operó la caducidad de la acción de reparación directa.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

24. Previo a expresar los motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia, el demandante pidió que se solicitara al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, “TJCA”) la interpretación de dos normas que consideró aplicables: las Decisiones de 285 y 462⁹. En auto del 4 de abril de 2024, el Despacho conductor del proceso resolvió aplicar la doctrina del acto aclarado y, en consecuencia, utilizar la interpretación prejudicial 255-IP-2021 del 15 de diciembre de 2022 sobre el artículo 2º de la Decisión 462 de 1999 de la CAN. En este auto también se señaló que la Decisión 608 —anteriormente Decisión 285 de la CAN— no es aplicable en este caso, dado que no está en discusión la existencia de una práctica anticompetitiva transfronteriza.

25. ETB solicitó que se revoque la sentencia, aduciendo tres motivos de inconformidad:

26. En primer lugar, señaló que el Tribunal no analizó los argumentos presentados en su demanda y reiterados en los alegatos de conclusión, conforme a los cuales la controversia tenía su origen en una relación contractual. Reiteró que la existencia de una relación de esta naturaleza no depende de su denominación, sino de la concurrencia de los elementos que le dan existencia jurídica.

⁹ En el recurso de apelación, el demandante pidió que se solicitara al TJCA su interpretación prejudicial para resolver los siguientes puntos: “(i) si la Decisión 462 de la Comunidad Andina –por medio de la cual se fomenta la liberalización del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones– busca que, sin importar la figura jurídica que se utilice para otorgar un título habilitante (contrato de concesión, permiso, etc.), los actores del mercado de las telecomunicaciones estén protegidos por las disposiciones que garantizan la libre competencia y el equilibrio económico. (ii) Si las normas comunitarias que reglamentan el comercio de los servicios de telecomunicaciones, en particular la Decisión 285, 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. (iii) Si debe entenderse que el artículo 4º de la Decisión 285, que señala que los gobiernos no pueden generar “condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”, aplica indistintamente a concesiones, permisos, autorizaciones o a cualquier otra forma de título habilitante”. (Exp. digital, índice 22, p. 34, Samai Consejo de Estado).

27. En segundo lugar, afirmó que la acción de controversias contractuales es procedente, ya que, incluso si no se reconoce la existencia de un contrato, la similitud entre éste y el título habilitante otorgado a ETB justifica la escogencia de dicha acción. El demandante señaló que esta similitud se refleja en la obligación de pagar un precio público o contraprestación por el otorgamiento de la concesión. Además, argumentó que los Decretos 1492 y 2041 de 1998 reconocen el derecho de los operadores del servicio de TPBCLD a que se mantenga el equilibrio económico de la concesión, sin importar si el título habilitante es una licencia o un contrato.

28. En tercer lugar, el demandante señaló que el desequilibrio alegado en la demanda no se basa en la invalidez de los actos administrativos expedidos por el Ministerio, cuya legalidad no discute. Por lo tanto, indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no era adecuada para formular sus pretensiones.

29. Finalmente, indicó que el Tribunal cometió un error al afirmar que las pretensiones subsidiarias eran propias de una acción de reparación directa. Según el demandante, las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda no tienen fundamento en un hecho u omisión administrativa, sino en la desatención de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias a cargo de la entidad demandada, en virtud del título habilitante que se otorgó a ETB.

Trámite en segunda instancia

30. En auto del 17 de marzo de 2023 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En sus alegatos, la parte demandante y demandada insistieron en sus argumentos¹⁰.

31. La ANDJE intervino para pedir que se confirme la sentencia apelada, argumentando que la concesión fue otorgada mediante un acto administrativo y no por contrato¹¹. Además, señaló que los contratos estatales tienen carácter solemne y deben constar por escrito, requisito que no se cumplió en este caso, ya que el Ministerio expidió unilateralmente la Resolución 052 de 1998. En línea con lo anterior, el interviniente sostuvo que la acción contractual no era idónea y que a pesar de lo alegado por ETB en su recurso, la fuente del daño reclamado sí se encontraba en actos administrativos que debieron demandarse, aunque la acción ya estaría caducada.

32. La ANDJE también argumentó que, aunque se reconozcan similitudes entre la concesión por contrato y por licencia, éstas no tienen efectos procesales. Además, señaló que el Ministerio no tenía la obligación de mantener inalteradas las condiciones del mercado existentes al momento de concederse la licencia, ni la de impedir o limitar indefinidamente el ingreso de nuevos operadores al mercado de TPBCLD. Por último, afirmó que las pretensiones subsidiarias revelan el ejercicio de la acción de reparación directa. Con base en esta calificación, señaló que estas

¹⁰ Exp. digital, índices 17 y 20, Samai Consejo de Estado.

¹¹ Exp. digital, índices 15, Samai Consejo de Estado.

pretensiones deben negarse, ya que operó la caducidad de la acción y ETB no probó que el Ministerio hubiera incumplido obligaciones legales a su cargo.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

33. Conforme al recurso de apelación, la Sala debe determinar si la acción de controversias contractuales se escogió correctamente, bien sea porque (i) la concesión a ETB para utilizar el espectro electromagnético y prestar el servicio de TPBCLD se otorgó mediante un acto calificable como un contrato estatal o (ii) porque el título habilitante guarda similitudes con este último.

34. *Ab Initio*, la Sala confirmará la sentencia apelada, pues la acción de controversias contractuales no es procedente para pedir el restablecimiento de la ecuación económica de la concesión a ETB. Esta acción es improcedente porque esta concesión se otorgó mediante un acto administrativo contentivo de una licencia.

35. Dado que esta conclusión es de naturaleza procesal, pero se basa en consideraciones derecho sustancial, la Sala seguirá la siguiente ruta de análisis para justificar su decisión: (i) en primer lugar, examinará el régimen jurídico aplicable a la telefonía básica conmutada y su relación con las formas de gestión de este servicio y las técnicas legales para su concesión; (ii) luego, a la luz de estas consideraciones, analizará la técnica concesional utilizada por el Ministerio de Comunicaciones con ETB y si esta es calificable como un contrato estatal o —en un mayor nivel de abstracción— como un negocio jurídico; (iii) finalmente, con base en lo anterior, determinará la procedencia de la acción de controversias contractuales.

El régimen jurídico del servicio de telefonía y los cambios normativos que precedieron al otorgamiento de la concesión a ETB

36. El artículo 1º de la Ley 198 de 1936 definió las telecomunicaciones como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos conductores, radio u otros sistemas o procedimientos de señales eléctricas o visuales. Asimismo, estableció que *“los servicios de telecomunicaciones sólo pueden prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquél”*. Esta Ley se dictó después de la promulgación del Acto Legislativo 1 de 1936, el cual dispuso que el legislador puede *“ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos”* (art. 15) y que *“el Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas”* (art. 11).

37. La Ley 198 de 1936 se promulgó en un contexto influenciado por las doctrinas de la escuela del servicio público, que también dejaron su impronta en la reforma constitucional del mismo año. Esta corriente jurídico-política asignaba a las

autoridades públicas el deber de desarrollar actividades de prestación de servicios que garantizaran el bienestar básico de los ciudadanos, superando el enfoque limitado de meras intervenciones de policía administrativa¹².

38. En este contexto, el tratamiento legal de las telecomunicaciones partió de la concepción tradicional del servicio público, entendido como una actividad administrativa de naturaleza prestacional, reservada al Estado (*publicatio*)¹³ y sujeta a un régimen jurídico especial de derecho público, destinado a garantizar su prestación continua y regular a los administrados¹⁴. Bajo esta perspectiva, el legislador —o la Administración Pública, por autorización legislativa— determinaba la modalidad de prestación del servicio, ya fuera directa o indirecta.

39. Como lo establecía la Ley 198 de 1936 (arts. 1, 4, 7 y 10), la concesión administrativa era el modo arquetípico de prestación indirecta del servicio público: un contrato celebrado con un particular, mediante el cual se le otorgaba a este último el derecho de ejercer una actividad reservada por ley a la Administración Pública. La característica distintiva de este contrato era su naturaleza traslativa, ya que concedía al concesionario un derecho nuevo (*ex novo*), que no existía previamente en su patrimonio, para gestionar indirectamente un servicio público cuya titularidad correspondía al Estado.

40. Aunque la Ley 198 de 1936 permitía la gestión indirecta del servicio público de telecomunicaciones, la Ley 6^o de 1943 autorizó “*al Gobierno para adquirir las empresas de telecomunicaciones existentes en el país, a fin de nacionalizar estos servicios*” (art. 2). Posteriormente, la Ley 83 de 1945 creó la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones para encargarse de los servicios públicos de radiocomunicaciones y telefonía. En este contexto, el Decreto 1684 de 1947 dispuso la creación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (“TELECOM”), estableciendo en su artículo 3^o que absorbería a la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones. Como consecuencia de ello, el Decreto 1233 de 1950 determinó que los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos serían gestionados integralmente por TELECOM.

¹² “*En nuestros días, estos servicios públicos de guerra, de policía y de justicia siguen existiendo de manera necesaria; pero a su lado ha nacido todo un conjunto de nuevos servicios que tienen carácter técnico, industrial y comercial (...) los ferrocarriles, la iluminación eléctrica, los teléfonos, todos los cuales son indispensables para la vida nacional. Desde entonces, los gobiernos tienen una misión singularmente compleja y unos deberes infinitamente más numerosos. Deben asegurar sin interrupción el funcionamiento de todos estos servicios que son indispensables para la vida de su Nación. Si no tienen el poder y si no saben cumplir estas funciones, no merecen conservar su situación, su poder ya no es legítimo*” Duguit, León. Lecciones de derecho público general. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 111.

¹³ La reserva estatal del servicio de telecomunicaciones se reiteró en los artículos 11 del Decreto 1418 de 1945 y por el artículo 3^o del Decreto 3418 de 1954, que estableció que “*Las Telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente. Pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento*”.

¹⁴ El Decreto 2663 de 1950, contenido del Código Sustantivo del Trabajo, heredero de esta comprensión, definió el concepto así: “*Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas // Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades: (...) b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones (...)*”.

41. El Decreto 1184 de 1954 precisó que TELECOM “*tenía por objeto el manejo, explotación y prestación al público, dentro del país y con el Exterior, de los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos del Estado*” (art 2). Además, dispuso que “*el monopolio de los servicios de que se trata y que corresponden al Estado, será ejercido por medio de la Empresa en lo que se refiere a la prestación de ellos al público*” (art. 4). Posteriormente, el Decreto Ley 3267 de 1963 estableció que TELECOM debía “*desarrollar y ejecutar los planes y proyectos generales que adopte el Ministerio sobre el particular, y tendrá a su cargo la prestación de los servicios públicos de comunicaciones telefónicas y telegráficas, eléctricas y radioeléctricas, cuyo monopolio corresponde al Estado, de acuerdo con las leyes vigentes*” (art. 5).

42. De acuerdo con este recuento normativo, los servicios de telefonía estaban reservados al Estado y se prestaban en el entorno de un monopolio. Sin embargo, como aclaró la Corte Suprema de Justicia, esta prestación no significaba que el legislador hubiera establecido un arbitrio rentístico según el artículo 31 de la Constitución Política de 1886, sino que lo había calificado como una actividad exclusiva de la Administración Pública¹⁵. Para la prestación de este servicio, en lugar de utilizar formas de gestión indirecta, como los contratos de concesión, la Administración Pública en el nivel nacional asumió directamente la operación a través de un establecimiento público que integraba su estructura: TELECOM.

43. Antes de la sanción de la Constitución Política de 1991, que implicó un cambio de paradigma en el papel del Estado en la prestación de servicios públicos, el Congreso de la República promulgó la Ley 72 de 1989, mediante la cual se establecieron nuevos principios sobre la organización de las telecomunicaciones y el régimen de concesión de tales servicios, y se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República. La expedición de esta ley marcó el comienzo de un proceso paulatino de liberalización del mercado de telecomunicaciones, lo que eventualmente llevó a la eliminación del monopolio estatal en su prestación¹⁶.

44. Esta ley reiteró que las telecomunicaciones constituyen un servicio público, pero no incluyó ninguna mención sobre un monopolio en su prestación. Indicó, además, que este servicio podía ser gestionado directamente por el Estado o a través de concesiones otorgadas a personas naturales o jurídicas colombianas. El artículo 7º precisó que estas concesiones podrían “*otorgarse por medio de contratos o en virtud*

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 25 de abril de 1991. Exp. 2226: “*También es cierto que el legislador cuando dispuso la creación de una empresa nacional de telecomunicaciones se preocupó por nacionalizar la prestación de los servicios de larga distancia, pero esa nacionalización no se puede identificar válidamente con la creación del monopolio que autoriza, por excepción y con fines rentísticos, el artículo 31 constitucional porque, aunque las presentara de esa manera exclusiva, la ley en ningún momento le dio a las telecomunicaciones el carácter de instrumentos productos de rentas públicas, sino, como con razón lo afirma el procurador, el del servicio público, para el cual es indiferente la producción de ganancias y beneficios económicos. La centralización de las comunicaciones de larga distancia fue un criterio de eficacia técnica y económica de esa actividad, sin desconocer la posibilidad de las empresas municipales responsables de la telefonía local y otros servicios complementarios de las comunicaciones*”.

¹⁶ Cfr. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: El Sector de las Telecomunicaciones en Colombia en la década de los 90’s. Disponible en: <https://postdata.gov.co/sites/default/files/informes/LibroTelec90.pdf>

de licencias, según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción las que corresponda fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de Televisión”. De esta forma, el legislador autorizó al Gobierno Nacional a tomar la decisión sobre la técnica concesional aplicable en cada caso para la prestación del servicio de telecomunicaciones: contratos administrativos o licencias.

45. En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el legislador, el Gobierno Nacional dictó los Decretos Ley 1900 y 1901 de 1990. Este último decreto dispuso que el Ministerio de Comunicaciones sería la autoridad competente para otorgar concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones (art. 3.14). Por otra parte, el Decreto Ley 1900 estableció el criterio que debía orientar el otorgamiento de las concesiones: *“Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente Decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan 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”*. El título III de este Decreto clasificó los servicios de telecomunicaciones en diferentes categorías y, con base en esta clasificación, definió las técnicas aplicables para su concesión.

46. Los artículos 27 a 33 del Decreto Ley 1900 de 1991 clasificaron los servicios de telecomunicaciones en cuatro categorías: (i) servicios básicos, (ii) servicios de difusión, (iii) servicios telemáticos y de valor agregado, y (iv) servicios especiales. En cuanto a los servicios básicos, el Decreto estableció que estos incluyen los servicios portadores y los teleservicios, los cuales ofrecen la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, como los servicios de telefonía fija, móvil y celular.

47. Respecto de las formas de gestión de los servicios de telecomunicaciones, el artículo 35 estableció que su prestación entre diferentes localidades del territorio nacional podría *“hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones”*. Asimismo, indicó que podría prestarse *“en la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta”*.

48. El artículo 40 del Decreto 1900 de 1990 estableció lo siguiente sobre las técnicas aplicables para su concesión: (i) los servicios de difusión podían ser otorgados mediante contratación directa; (ii) los servicios telemáticos y de valor agregado se otorgarían *“mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional”*; y (iii) para los servicios especiales, la concesión se otorgaría también mediante licencia. Por su parte, el artículo 41 dispuso que los contratos de concesión que se celebraran para la operación y explotación de servicios básicos y de difusión bajo la modalidad de gestión indirecta se considerarían contratos administrativos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983.

49. La Sala repara en que, conforme a la Ley 72 de 1989 y al Decreto Ley 1900 de 1990, en el marco de la gestión indirecta del servicio público de telecomunicaciones, coexistían dos técnicas concesionales: el contrato administrativo y la licencia. Para ciertos servicios, como la radiodifusión sonora, el Decreto 1900 preveía expresamente que la concesión debía otorgarse a través de un contrato administrativo celebrado de manera directa. En contraste, para otros servicios, como los de valor agregado, se dispuso que la concesión se otorgaría mediante licencia y bajo un régimen de libre competencia. Así, el Decreto 1794 de 1991, que reglamentó el Decreto Ley 1900, estableció que los servicios de valor agregado serían prestados *“en régimen de libre competencia y estará a cargo de entidades de derecho público, en gestión directa, y de personas naturales o jurídicas de derecho privado, en gestión indirecta”*. Asimismo, se dispuso que *“para su prestación en gestión indirecta (...) se concederán mediante licencia que constará en resolución administrativa expedida por la autoridad competente para otorgar la concesión”*.

50. A diferencia de las dos categorías de servicios previamente mencionadas, el Decreto Ley 1900 de 1990 no estableció expresamente la técnica concesional aplicable a los servicios básicos de telecomunicaciones, que incluían los de telefonía pública básica conmutada. Simplemente indicó que estos servicios *“podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituidas”* (art. 40). La Ley 80 de 1993 tampoco definió esta técnica, ya que dispuso que *“Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”* (art. 33).

51. La Ley 142 de 1994 sí definió el instrumento para concesionar este servicio de telecomunicaciones: la licencia. Esta ley calificó como un servicio público domiciliario el de telefonía pública básica conmutada (art. 14.21), definiéndolo como *“el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio”* (art. 14.26). Asimismo, definió que el servicio público de larga distancia nacional e internacional *“es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior”* (art. 14.27).

52. Al igual que la Ley 198 de 1936, promulgada después de la reforma constitucional de ese año e influenciada por las ideas jurídicas y políticas del solidarismo y el constitucionalismo social, la Ley 142 de 1994 fue expedida en el marco de un nuevo régimen constitucional instaurado por la Constitución Política de 1991. Aunque la Constitución no eliminó la categoría de servicio público, redefinió este concepto al establecer que *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”*. En coherencia con este postulado, la exposición de motivos del proyecto que dio lugar

a la Ley 142 fijó los siguientes derroteros: “*eliminación de las restricciones de los mercados, vinculación del sector privado tanto a través de recursos de inversión como a través de contratos de gestión con las empresas públicas; reordenamiento de las tarifas y los subsidios; fortalecimiento y separación de las funciones regulación, y control y vigilancia*”¹⁷.

53. Bajo el nuevo régimen constitucional, estos servicios pasaron a concebirse como inherentes a la finalidad social del Estado, el cual debe garantizar su prestación a los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, ya no constituyen un monopolio ni una actividad reservada exclusivamente a la Administración Pública. De ahí que el artículo 365 de la Constitución establezca que “*si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita*”.

54. En este nuevo contexto, el Estado conserva para sí las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos —que corresponden al ejercicio de una función pública—, mientras que la prestación del servicio, al no implicar por sí misma una función administrativa, puede ser realizada por particulares o por comunidades organizadas¹⁸. En definitiva, al Estado le corresponde asegurar su prestación eficiente, sea que para ello participe directamente o no, dado que el nuevo régimen jurídico se centra en la prestación del servicio en sí misma, sin importar la naturaleza pública o privada del prestador¹⁹.

55. La nueva concepción constitucional del servicio público motivó la expedición del Decreto 2123 de 1992, dictado en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución, que facultó al presidente para reestructurar las entidades de la rama ejecutiva con el fin de alinearlas con los mandatos de la reforma constitucional. A través de este decreto, se cambió la naturaleza jurídica de TELECOM, transformándola de un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado, que ahora debía competir en un mercado no monopólico.

56. La nueva concepción de los servicios públicos se reflejó también en los títulos jurídicos establecidos en la Ley 142 de 1994, que habilitan la prestación de servicios como la telefonía básica conmutada. Con esta ley, el contrato estatal de concesión perdió su preeminencia como título principal para la prestación de estos servicios por parte de los particulares.

57. Bajo la comprensión tradicional del servicio público, previa a la Constitución Política de 1991 y las reformas legales mencionadas, la Administración podía gestionar indirectamente el servicio mediante el contrato de concesión, conservando la dirección, control y vigilancia sobre este. Además, contaba con

¹⁷ Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Velázquez Jácome, Douglas. Manual Regulatorio de las Telecomunicaciones en Colombia (Tomo III). Bogotá D.C., CRT, 1998, p. 353.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. Consideración 5.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024. Exp. 53.962. Consideraciones 32 a 40.

prerrogativas de poder público para modificar unilateralmente las condiciones económicas y tecnológicas en caso de que la continuidad y eficiencia del servicio lo exigieran (cláusula presunta de progreso)²⁰. La exclusividad regalística y el carácter monopólico del servicio público justificaban así la garantía de equilibrio financiero del contrato. Cuando un particular enfrentaba una situación de excesiva onerosidad por circunstancias ajenas a su control, debían realizarse ajustes para preservar el equilibrio económico del contrato, no como una garantía de beneficios, sino como una medida para asegurar la continuidad del servicio bajo el monopolio estatal²¹.

58. Sin embargo, en un escenario de competencia, donde múltiples prestadores operan en el mercado para atender la demanda de los usuarios, otras formas jurídicas de habilitación adquirieron preponderancia. Por un lado, están las habilitaciones generales, que provienen directamente de la ley o del reglamento²²; por otro, las habilitaciones particulares, otorgadas a interesados que cumplan con ciertos requisitos que garanticen su idoneidad para prestar el servicio.

59. En este contexto, la licencia, como acto administrativo de carácter particular, adquirió un protagonismo creciente, tal como se observa en el Decreto 1900 de 1990, que la identificó como la técnica aplicable para otorgar los servicios de valor agregado prestados en régimen de libre competencia. Este instrumento permitió hacer efectivo el derecho "*de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos*" (Ley 142, art. 10), cumpliendo con las exigencias establecidas en las leyes y reglamentos para asegurar la adecuada prestación de estos servicios, inherentes a la finalidad social del Estado.

60. La doctrina registró este fenómeno en otras latitudes así:

*"Aún dentro de la técnica concesional, la figura de la licencia no trasunta per se una vinculación contractual, ni la idea de monopolio o exclusividad total o parcial de un servicio, ni tampoco las clásicas cláusulas de rescate que son propias de la concesión. Tiene, además, la ventaja de generar relaciones bilaterales de inmediato, haya o no reciprocidad, sin necesidad de formalizar un contrato (...) La figura de la licencia, que posee una mayor estabilidad que los llamados permisos, ha sido específicamente incorporada a nuestro Derecho positivo en el ordenamiento que rige en materia de telecomunicaciones"*²³.

"La proximidad a la concesión [contrato] existe en la medida en que se configura por parte de la Administración, en gran parte, el modo en que se prestará la actividad (...)

²⁰ Consejo de Estado, 11 de marzo de 1910, Compagnie générale française des tramways. En: Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés (21ª Ed.). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 172.

²¹ Consejo de Estado, 30 de marzo de 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. En: Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés (21ª Ed.). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 246

²² En la actualidad, en un entorno de plena liberalización, la Ley 1341 de 2009 (art. 10) sigue esta orientación: "*la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se suministren o no al público*".

²³ Juan Carlos Cassagne. El contrato administrativo (3ª Ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 161.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

Sin embargo, la opción liberalizadora es compatible con esta idea, permitiendo, eso sí, bajo el control mencionado, el acceso al mercado de todos cuantos lo deseen. En estos servicios, tradicionalmente considerados como públicos, la instauración de un régimen en el que su prestación pasa a manos de operadores privados en un mercado liberalizado no ha mermado su consideración de trascendentes socialmente. Es lógico por ello que los intereses públicos traten de salvaguardarse acudiendo a regulaciones muy próximas al modelo anterior, pues si bien la lógica económica que sustentaba la prestación de estos servicios ha variado no lo han hecho tanto ni sus implicaciones ni su consideración jurídica.

Subsiste sin embargo una diferencia, que es la que en su momento consideramos nos permitía distinguir una y otra figura y en la que la Directiva 13/97/CE hace especial hincapié: la libertad de acceso siempre y cuando se cumplan estas condiciones queda garantizada, existiendo un verdadero derecho, en consecuencia, a la prestación de estos servicios (...)

El panorama descrito pone de manifiesto de modo muy claro cómo las necesidades que dieron lugar al servicio público subsisten. La Administración, por ello, se encarga de procurar que los títulos habilitantes sirvan también de garantía sobre cómo éste será prestado, al margen de que la LGT imponga además una serie de obligaciones concretas sobre servicios que, en cualquier caso, y por medio de los mecanismos que arbitra, deberán ser suministrados. Todo lo cual no excluye que, aun existiendo esas potestades de la Administración, podamos considerar como efectivamente lograda la intención liberalizadora de la Directiva. Se percibe con claridad que la transformación más importante no se produce en el campo de la capacidad de la Administración para ordenar el servicio, que subsiste, sino en la apertura del mercado. No puede, de ninguna manera, afirmarse que, a la vista de este cuadro, las facultades públicas tengan una intensidad y extensión menor de las que pueden existir en modelos de concesiones de servicio público. Y, sin embargo, el cambio legislativo ha pretendido acabar con ese modelo de título habilitante para la prestación de estos servicios. El verdadero interés es sustituir un sistema que, dado que vincula la posibilidad de prestar el servicio a una decisión concesional de la Administración, impide la libre competencia por otro en el que existe un verdadero derecho a ejercer la actividad, por muchas que sean las facultades de control²⁴.

La técnica concesional que el legislador determinó en materia de TPBCLD

61. Como se indicó anteriormente, a diferencia del Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 142 de 1994 reguló expresamente la técnica concesional aplicable a los servicios de telefonía básica conmutada en un contexto de liberalización y competencia. Para el servicio de telefonía pública básica conmutada local, estableció una habilitación general, basada en el derecho reconocido en el artículo 10º de libre entrada al mercado de estos servicios.

62. Para el servicio de larga distancia, el artículo 74.3 exigió la concesión mediante *licencia* y otorgó a la CRT la competencia de regular su otorgamiento. Así, aunque la telefonía de larga distancia se constituyó como un mercado abierto y sin límite en el número de participantes, quienes pretendieran prestar el servicio en competencia con TELECOM debían cumplir con los parámetros normativos establecidos por la CRT para el otorgamiento de licencias²⁵.

²⁴ Andrés Boix Palop. Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público. Revista general de derecho, N. 680, 2001, págs. 3332. En el ámbito local, véase: Edgar González López. Las telecomunicaciones y el derecho administrativo. En: Lecciones en materia de telecomunicaciones. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

²⁵ Cfr. Alfonso Miranda Londoño. Telefonía de larga distancia nacional utilizando el protocolo internet en el derecho colombiano. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 64: "Otro de

63. Tras la expedición de varias resoluciones²⁶ cuya legalidad fue controvertida²⁷, y tras la emisión de órdenes por jueces de tutela para materializar la apertura del mercado de larga distancia, la CRT expidió tres actos que establecieron el marco definitivo para el otorgamiento de estas concesiones²⁸. La Resolución 086 de 1997 reglamentó el proceso de concesión de licencias para los nuevos operadores del servicio de TPBCLD; la Resolución 087 de 1997 reguló integralmente los servicios de telefonía pública básica conmutada; y, la Resolución 088 del mismo año determinó el valor inicial de la licencia que debían pagar los nuevos operadores de TPBCLD²⁹.

64. El capítulo primero de la Resolución 086 de 1997 reguló el objeto de estas concesiones, indicando que era *“el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que, según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en esta resolución para la concesión de licencia”* (art. 1). Además, se dispuso que TELECOM continuaría prestando el servicio en las mismas condiciones regulatorias aplicables a los nuevos operadores (art. 2).

65. Por otra parte, se estableció que la duración de la licencia sería de diez años, contados a partir del inicio de operaciones, con prórroga automática por el mismo período y por una sola vez. Además, se precisó que al finalizar las licencias se produciría la reversión de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994 (art. 3º). Respecto a la enajenación o cesión de los derechos concedidos con la licencia, se determinó que los operadores podrían disponer, gravar o comprometer los servicios y los derechos y obligaciones objeto de la licencia, salvo en el evento en que la CRT dictaminara que ello generaba un detrimento al interés público o prácticas restrictivas o desleales que afectarían la libre competencia (art. 4º).

66. Los capítulos II y III de la Resolución 086 establecieron las condiciones que debían cumplir los solicitantes de las licencias y los requisitos que debían contener

los aspectos señalados por la ley, es que la prestación del servicio requiere de la previa obtención del título habilitante, para lo cual la ley y la regulación han impuesto el cumplimiento de ciertos requisitos. Lo anterior quiere decir que, aunque el mercado de larga distancia internacional es un mercado abierto a la competencia y sin límite en cuanto al número de participantes, quienes quieran prestar el mencionado servicio, sí deben cumplir con los parámetros establecidos para el efecto (...) que acentúa aún más el carácter calificado de los operadores que lo atienden”.

²⁶ Resoluciones 028 de 1995, 032 de 1996, 039 de 1996 y 054 de 1996.

²⁷ Inicialmente, el Consejo de Estado sostuvo esta tesis al controlar la legalidad de los actos emitidos por la CRT: *“Para la sala estas funciones, pese a la delegación que de las mismas permite la ley 142 de 1994 en las Comisiones de Regulación (art 68), son indelegables; lo que permite, por contera, afirmar que los arts. 68 y 74.3, que importan para la definición de este proceso, son inconstitucionales y por ende, inaplicables en los términos del art 4º de la constitución”*. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Exp. 11.857. Esta tesis fue abandonada después de que la Corte Constitucional declaró exequible este enunciado en la sentencia C-444 de 1998.

²⁸ Estas órdenes judiciales que quedaron reseñadas en los considerandos de estos reglamentos.

²⁹ Las resoluciones expedidas por la CRT, que tenían alcance nacional, están publicadas en la página web del de la actual Comisión de Regulación de Comunicaciones: https://normograma.crcom.gov.co/crc/compilacion/ndstr_crt_comision_regulacion_telecomunicacion_es.html

sus solicitudes. En particular, la Resolución dispuso que solo se aceptarían las peticiones de aquellos solicitantes que, junto con sus accionistas, matrices y subsidiarias, tuvieran menos del 35% del total de las líneas telefónicas instaladas en el país al momento de solicitar la licencia, pero que contaran con 150.000 líneas instaladas y en servicio (arts. 7 y 8).

67. El capítulo IV reguló los pagos a cargo de los operadores, estableciendo que debían cancelar un valor inicial por la licencia, determinado por la CRT antes del 15 de septiembre de 1997 (art. 14). Adicionalmente, se dispuso que todos los operadores de TPBCLD debían pagar al Fondo de Comunicaciones el cinco por ciento (5%) de sus ingresos brutos (art. 15). Por otra parte, el capítulo V dispuso los requisitos que, una vez otorgada la licencia, debían cumplirse para iniciar su ejecución, incluyendo: (i) el pago del valor inicial (art. 17); (ii) la constitución de una garantía que cubriera el pago de la tarifa periódica y el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la licencia y las normas que regulaban el servicio (art. 18); y (iii) la celebración de acuerdos con un operador estratégico que hubiera cursado, durante el año anterior a la solicitud, al menos 400 millones de minutos de larga distancia internacional (art. 19). En las disposiciones finales de la Resolución 086 de 1997 se estableció que, a más tardar el 5 de septiembre de 1997, la CRT expediría la resolución que regulara integralmente el servicio de telefonía pública básica conmutada.

68. El 5 de septiembre de 1997, la CRT expidió la Resolución 087 de 1997 que reguló de manera integral los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC). Esta regulación comprendió: (i) el régimen general del servicio; (ii) el régimen de competencia; (iii) el régimen de interconexión; (iv) el régimen tarifario de los servicios de telecomunicaciones; (v) las obligaciones de los operadores de TPBC; (vi) el régimen de protección de los usuarios; (vii) la figura del ente regulador; (viii) las servidumbres de paso y uso en favor de los operadores de TPBC; (ix) el régimen de gestión empresarial; y (x) las infracciones y sanciones para los operadores.

69. Esta resolución estableció que los servicios de telefonía pública básica conmutada local, telefonía pública básica conmutada local extendida y telefonía local móvil en el sector rural no requerían el otorgamiento de licencias, ya que contaban con una habilitación general (artículo 2-5). En cambio, para los servicios de TPBCLD, dispuso que era necesario contar con una licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones.

70. La Resolución 087 de 1997 también incluyó varios anexos, entre ellos el "Formato de Licencia" (Anexo 1.A), documento que constaba de 17 artículos con la regulación de los elementos de la licencia para los nuevos operadores de TPBCLD. En esta minuta se dejaron en blanco solo tres campos: el número de la Resolución que fijaba el valor inicial de la licencia, el monto correspondiente y la razón social del solicitante.

71. La Resolución 088 del 15 de septiembre de 1997 fijó *“el valor inicial de la licencia para el establecimiento de nuevos operadores de TPBCLD en la suma de CIENTO*

CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES de los Estados Unidos de América (US\$150.000.000)" (art. 1). En los considerandos de esta Resolución, la CRT señaló que para determinar el valor se contó con la asesoría de consultores nacionales e internacionales: por la comisión, Doyle Gallegos y Françoise Verges; por el Ministerio de Comunicaciones, Israel Fainboim, Fernando Beltrán y Juan Benavides; y por el Ministerio de Hacienda, Booz Allen & Hamilton y Salomon Brothers.

72. Finalmente, mediante la Resolución 094 del 22 de diciembre de 1997, la CRT determinó que el valor inicial de la licencia que debían pagar los nuevos operadores se cancelaría en cuatro cuotas: la primera dentro de los veinte días calendario siguientes a la expedición del acto administrativo por parte del Ministerio de Comunicaciones, y la última a más tardar dentro de los veinticuatro meses posteriores al primer pago.

73. El Gobierno Nacional reprodujo las condiciones fijadas por la CRT en dos reglamentos. El 16 de octubre de 1997, expidió el Decreto 2542, que incluyó las disposiciones de las Resoluciones 086 y 088 sobre el proceso de concesión de licencias para los nuevos operadores de TPBCLD y el valor inicial que debían pagar los nuevos operadores del servicio³⁰. Posteriormente, el 23 de diciembre de 1997, expidió el Decreto 3045 que reiteró el contenido de la Resolución 094 sobre el esquema de pago de la licencia.

La naturaleza jurídica de la concesión otorgada por el Ministerio a ETB

74. En este preciso contexto, el 30 de diciembre de 1997, ETB solicitó al Ministerio de Comunicaciones la licencia para establecerse como nuevo operador del servicio de TPBCLD. El 15 de enero de 1998, el Ministerio expidió la Resolución 052 de 1998 otorgando dicha licencia. En esta resolución, la entidad estatal concedió el servicio en los mismos términos establecidos en la Resolución 086 de la CRT y el Decreto 2542 de 1997 (arts. 1 y 2). Además, determinó que ETB debía pagar el valor de la licencia y constituir una garantía de cumplimiento, conforme a lo previsto en los Decretos 2542 y 3045 de 1997 (arts. 3 y 4). Asimismo, impuso a ETB la obligación de notificar al Ministerio el inicio de las operaciones, solicitar la asignación de las frecuencias radioeléctricas requeridas y sujetarse a las normas que regulaban el servicio de TPBCLD (arts. 5, 6 y 7). Finalmente, el Ministerio ordenó notificar

³⁰ Respecto de la naturaleza jurídica de este Decreto, la Corporación señaló lo siguiente en la sentencia que resolvió una demanda de nulidad contra él: "*En cuanto a la invocación en el acto acusado del artículo 189 de la Constitución Política, la Sala considera que el numeral 11 es el que debe entenderse como fundamento de su expedición, pues éste se refiere a la facultad del Presidente de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones, etc. para la cumplida ejecución de las leyes, razón por la cual queda también sin sustento el cargo según el cual el Presidente requería de facultades extraordinarias para dictar normas como el Decreto acusado, pues, se reitera, éste se expidió con fundamento en los artículos 370 y 189, numeral 11, de la Constitución Política, y 68 y 74.3 de la Ley 142 de 1994. Concluye esta Corporación que mal puede afirmarse que el Gobierno Nacional invadió la órbita del legislador, cuando existen expresos preceptos constitucionales y legales que lo habilitan para dictar normas como las contenidas en el Decreto 2542 de 1997, razón por la cual se impone la denegatoria de las pretensiones de la demanda*". Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de septiembre de 2004. Rad. 11001-03-26-000-1997-4490-01.

personalmente esta decisión a ETB, advirtiendo que contra la misma procedía el recurso de reposición³¹.

75. La Sala advierte varios elementos en relación con la Resolución 052 de 1998:

76. En primer lugar, en este documento se manifestó una sola voluntad: la del Ministerio de Comunicaciones, que resolvió una solicitud previa de ETB para otorgarle una licencia que le permitía establecerse como nuevo operador del servicio de TPBCLD.

77. En segundo lugar, esta manifestación unilateral de voluntad se realizó en ejercicio de una competencia administrativa que el Decreto Ley 1901 de 1990 asignaba al Ministerio de Comunicaciones, y que el Decreto 2542 de 1997 y la Resolución 086 de 1997 reiteraban, a saber: la potestad de otorgar las concesiones del servicio de TPBCLD mediante licencia.

78. En tercer lugar, las Resoluciones 086, 087, 088 y 094 de 1997 de la CRT, así como los Decretos 2542 y 3045 del Gobierno Nacional, predeterminaron exhaustivamente el contenido de la concesión y de la decisión administrativa a cargo del Ministerio de Comunicaciones. A esta entidad no se le permitía otra cosa que verificar si las condiciones para el otorgamiento de la licencia las cumplía el solicitante y, entonces, conceder la licencia para permitir su establecimiento como nuevo operador del servicio de TPBCLD. El otorgamiento de este derecho no era, pues, una concesión discrecional de la Administración. Por lo tanto, en la Resolución 052 de 1998, el Ministerio de Comunicaciones ejerció una potestad administrativa reglada.

79. En cuarto lugar, la manifestación unilateral de voluntad del Ministerio de Comunicaciones, en ejercicio de una potestad administrativa reglada, produjo efectos jurídicos: concedió al solicitante el derecho a establecerse como operador del servicio de TPBCLD y acceder al uso del espectro electromagnético, además de imponer obligaciones como el pago de la licencia y el cumplimiento de las condiciones que garantizaban la calidad del servicio. La modificación de la situación jurídica del destinatario de la Resolución no ocurrió porque el Ministerio considerara conveniente u oportuno gestionar de forma indirecta el servicio de TPBCLD. Por el contrario, se produjo porque el solicitante tenía derecho a que se le otorgara la licencia, siempre que cumpliera con los requisitos predefinidos en normas jerárquicamente superiores, para acceder a un mercado sin límite en el número de participantes que, hasta ese momento, atendía de forma monopólica TELECOM.

80. En suma, la concesión a ETB se otorgó mediante un acto administrativo, entendido en su significado más elemental como una manifestación unilateral de la voluntad administrativa destinada a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas³².

³¹ Exp. físico, c. 2 p. 81.

³² Como ha señalado la Subsección, la relevancia jurídica, el contenido decisorio, la existencia de voluntad y el ejercicio de una función administrativa son los elementos que definen un acto administrativo. Esta caracterización incluye tanto aspectos subjetivos como objetivos. Para que un acto administrativo exista, se requiere de un órgano competente que lo emita, una declaración de

81. La conclusión a la que arriba la Sala se afianza al considerar las modificaciones normativas sobre el régimen de servicios públicos, que precedieron el otorgamiento de la concesión a ETB. Tal como se explicó anteriormente, la Ley 72 de 1989 inauguró un proceso progresiva liberalización del mercado en que se prestaba el servicio público de telecomunicaciones, que avanzó con la expedición de la Constitución Política de 1991, y que se consolidó con la expedición de la Ley 142 de 1994 y las Resoluciones que dictó la CRT en ejercicio de las atribuciones que esta última ley le concedió.

82. Bajo este nuevo contexto, los títulos jurídicos que habilitaban la prestación de los servicios públicos sufrieron cambios. Debido al reconocimiento del derecho “*de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos*” (Ley 142, art. 10), el contrato administrativo de concesión cedió espacio a otros títulos, como la habilitación general derivada de la Ley —caso del servicio de telefonía pública básica conmutada local— o los actos administrativos que contenían licencias particulares. Esta técnica concesional, aplicada en el caso del TPBCLD, hacía efectivo el derecho a operar empresas para la prestación del servicio público, siempre que se cumplieran las condiciones previstas en los reglamentos, sin que dicha decisión quedara sujeta a la discrecionalidad del Ministerio de Comunicaciones.

83. La conclusión a la que arriba la Sala también se basa en el designio del legislador, que tanto en la Ley 72 de 1989 como en la Ley 142 de 1994 definió dos técnicas diferentes para otorgar concesiones de los servicios públicos: el contrato y el acto administrativo unilateral que contenía la licencia. En el caso de la TPBCLD, se optó por la licencia.

84. En virtud del principio lógico de no contradicción, la conclusión a la que llegó la Sala sobre la naturaleza jurídica del acto mediante el cual se otorgó la concesión a ETB impide acoger el planteamiento del demandante sobre la existencia de un contrato estatal o, en términos más generales, de un negocio jurídico bilateral; menos aún, entonces, estar ante un conflicto de naturaleza contractual. No obstante, la Sala pasa a mostrar detalladamente por qué la licencia no tiene la naturaleza jurídica de un negocio jurídico bilateral ni de un contrato estatal.

85. Según el artículo 28 del Código Civil, cuando el legislador define expresamente términos para ciertas materias, debe darse a éstos su significado legal. La locución contrato estatal fue definida expresamente en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que también tipificó la figura del contrato de concesión:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

(...)

ese órgano, un objeto sobre el cual recae la declaración, un motivo que la justifique, la forma que debe tener y la finalidad que persigue. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021. Exp. 53.909.

4. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

86. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los contratos estatales como “actos jurídicos”, que no por lo mismo comprende los actos administrativos. El contrato estatal es un acto jurídico, pero no cualquiera; es un acuerdo de voluntades de dos o más partes —una de las cuales debe ser una entidad estatal— dirigido a producir efectos jurídicos, como la creación de obligaciones³³.

87. La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 refleja la historia fidedigna de su establecimiento y confirma que un contrato estatal debe involucrar la concurrencia de dos o más voluntades:

*“[E]l ser **una de las partes** contratantes un organismo estatal no puede ser indiferente. Por ello en tal caso siempre pueden identificarse unos elementos comunes. Ellos son en primer lugar la incuestionable relación que con el interés público apareja la celebración de un contrato bajo tales circunstancias; en segundo lugar los recursos de naturaleza pública que se comprometen con su celebración cuando participa una entidad estatal o un órgano con participación mayoritaria del Estado; y en tercer lugar la presencia de la esencia fundamental que caracteriza a todo contrato, vale decir, **el acuerdo de las partes** que lo fundamenta.*

(...)

*La creación de obligaciones se constituye en la diferencia específica del contrato respecto del género denominado acto jurídico, cuyo objeto también puede enderezarse a la modificación o extinción de efectos jurídicos. **Por naturaleza los contratos estatales son bilaterales**, onerosos y conmutativos. Es decir, que generando obligaciones para las partes contratantes reportan utilidad para ellas y con contenido y extensión que se toman como equivalentes. Claro está que pueden darse contratos gratuitos como la donación, etc.; pero por regla general poseen las características señaladas”³⁴ (Énfasis añadido).*

³³ Esta caracterización es pacífica en la jurisprudencia de la Corporación: “Es bien sabido que los contratos estatales son un medio del que se valen las entidades públicas para la obtención de bienes, obras y servicios, que se requieren para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos –art. 3, Ley 80 de 1993-, y, como todo contrato, son acuerdos de voluntades generadores de obligaciones, de los que surgen prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, tendientes a satisfacer las aspiraciones que las llevaron a celebrar el respectivo negocio jurídico: el objeto contractual, para la entidad, y el precio, para el contratista”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600.

³⁴ Gaceta del Congreso 075 del 23 de septiembre de 1992. Disponible en: <https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2075%20de%201992.pdf>

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

88. La Sala no desconoce que la voluntad de los particulares puede influir en el proceso de *formación* de un acto administrativo unilateral, aunque, al momento de su expedición, éste solo exprese una sola voluntad: la de la Administración. Tampoco desconoce que estos actos administrativos unilaterales pueden crear obligaciones y derechos tanto para quien lo expide como para su destinatario.

89. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con algunas medidas de fomento a la exportación de mercancías. Los particulares, por su propia voluntad, presentan a la Administración programas para importar temporalmente bienes al territorio colombiano para adquirir el derecho a la exención o diferimiento del pago de tributos aduaneros, asumiendo la obligación de cumplir los compromisos mínimos de exportación establecidos en el reglamento. Sin embargo, como ha señalado esta Corporación, los derechos y obligaciones no tienen su fuente en un acuerdo de voluntades, ya que están predefinidos en la ley con fundamento en la cual se expide el acto administrativo aprobatorio del programa de exportación³⁵. Algo semejante se predica de los empleados públicos. La fuente de sus derechos y obligaciones no es un contrato estatal, sino la ley y los reglamentos con fundamento en los cuales se expide el acto administrativo de nombramiento³⁶.

90. De manera que para afirmar la existencia de un contrato estatal no basta con que, por petición del particular, se inicie el procedimiento que conduce a la expedición de un acto administrativo que declara una sola voluntad —la de la Administración—, pero que tiene efectos bilaterales, en el sentido de que genera derechos y obligaciones para el emisor y su destinatario. Si así fuera, todas las actuaciones administrativas iniciadas por quienes ejercen el derecho de petición en interés particular y que culminan con la expedición de un acto que confiere derechos y obligaciones deberían calificarse como negocios jurídicos bilaterales. Por ejemplo, debería calificarse como tal la licencia ambiental que otorga a un particular el derecho a ejecutar una actividad que puede causar un deterioro grave a los recursos naturales renovables³⁷ y que también le impone la obligación de destinar al menos

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 30 de agosto de 2022. Exp. 1661: “*El artículo 172 del Decreto 444 de 1967 preveía que las personas naturales o jurídicas que tuvieran el carácter de empresas exportadoras o empresarios productores podían celebrar contratos con el gobierno para introducir, exentos de depósito previo, de licencia y derechos consulares y aduaneros, las materias primas y los demás insumos que hayan de utilizarse en la producción de artículos exclusivamente destinados a su venta en el extranjero. Pero, posteriormente, el Decreto 631 de 1985 dispuso lo siguiente: “Artículo 23. – Para todos los efectos, sustitúyanse como requisitos para los Sistemas Especiales de importación-exportación los contratos a que se refieren los artículos 172, 173 y 174 del Decreto Ley 444 de 1967, por las operaciones contempladas en este Decreto. Dichas operaciones serán autorizadas por Incomex con base en programas presentadas por el interesado, para lo cual dicho Instituto comunicará mediante oficio la decisión respectiva (...). Es decir que, conforme a la disposición transcrita, los empresarios productores o empresas exportadoras no deben celebrar contratos con el Gobierno para obtener los beneficios de los sistemas Especiales de Importación-Exportación, pues, en su lugar, deben cumplir las obligaciones señaladas en el Decreto. De consiguiente, la garantía que se constituye no está dirigida a garantizar el cumplimiento de contrato alguno, sino a amarrar el incumplimiento de las obligaciones que asuman en aplicación del programa*”. En este sentido, la doctrina plantea que “*el acuerdo de voluntades es entonces un elemento fundamental de la noción de contrato estatal, que permite diferenciarlo de otros instrumentos de creaciones de obligaciones como (...) las licencias fruto de un reglamento*”. Benavides, Jose Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 69.

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 26 de enero de 2006. Rad. 20001-23-21-000-2000-01403-01.

³⁷ Decreto 1076 de 2015, art. 2.2.2.3.1.3.

el 1% de las inversiones del proyecto en la recuperación de la cuenca que alimenta la fuente hídrica utilizada en su ejecución³⁸.

91. La Sala considera que deben considerarse varios criterios para determinar la existencia de negocio jurídico bilateral en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas: (i) el grado de determinación legal con el que se prefijan los derechos y obligaciones; (ii) la influencia de la voluntad de las partes en la definición de dicha relación; y (iii) la disposición del legislador sobre la forma de actuación administrativa.

92. La doctrina señala al respecto:

“Conviene, entonces, sentar un criterio de distinción para identificar la naturaleza de una relación y calificarla como acto administrativo o como contrato, porque de ello derivarán consecuencias tan importantes como las que hemos destacado. La doctrina jurídico-administrativa, tanto en Argentina como en España, ha vinculado la existencia de contrato al grado de participación del administrado en la etapa de formación del acuerdo, de modo que éste exprese, sin la más mínima duda, la voluntad de ambas partes (...) ‘Cuando la voluntad de las partes es un elemento esencial para la determinación del supuesto de hecho previsto en la norma, o lo que es igual, cuando la concreción de la norma exige esencialmente la voluntad de la Administración y del particular, en este caso estamos ante un contrato. En cambio, cuando el supuesto de hecho que constituye el contenido del acto está totalmente predeterminado en la norma y lo único que requiere para la aplicación singular es la mera aceptación del destinatario, estamos ante un acto o negocio de naturaleza no contractual. En el primero, la voluntad de la Administración y del particular contribuyen a la formación del contenido de negocio: ambas constituyen junto con la voluntad de la otra parte el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que llamamos contrato. En el segundo caso, la voluntad del particular se yuxtapone al acto de la Administración: no es un átomo, por así decir, del contenido del acto, que está completo y perfecto por determinación de la ley. En el primer caso —contrato— la voluntad del particular es condición de existencia y validez; en el segundo es mera condición de eficacia”³⁹.

“Garrido Falla parece incluso advertir que, hasta cierto punto, la forma jurídica es relativa: en el fondo, no hay ningún obstáculo que se oponga teóricamente a que las concesiones demaniales se utilice una técnica contractual; será el derecho positivo el que se resolverá la cuestión en uno u otro sentido (...) Con todo, lo cierto es que la resolución administrativa parece más conforme con la relación jurídica subyacentes a la concesión demanial, que no es la propia de los contratos. A este respecto hay que tomar en cuenta los dos siguientes argumentos.

1. El contrato requiere que la concurrencia de voluntades tenga carácter constitutivo de la relación. No basta, pues, con que confluyan dos voluntades, sino que ambas han de ser el elemento configurador de la relación y, por tanto, actuar como condición de validez del negocio jurídico. Pues bien, no parece que sea éste el caso de las concesiones demaniales en las que solo hay un acto unilateral de gestión del dominio de público. La voluntad del particular, manifestada ya en la solicitud de la concesión, opera más como presupuesto de eficacia que de validez de la relación.

2. En el contrato ha de existir una relación equilibrada de prestaciones, en la que cada una de ellas sea la causa de la otra. Es esencial al contrato la interdependencia de las prestaciones y su mutua exigibilidad (no son exigibles de forma independiente). No es éste tampoco el caso de las concesiones demaniales, en las que no hay prestaciones

³⁸ Ley 99 de 1993, art. 43.

³⁹ Ariño Ortiz, Gaspar. El enigma del contrato administrativo. En: Revista de Administración Pública SSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), p. 90. La cita original es de Melian Gil, José Luis. La actuación administrativa por vía de acto y de contrato, Lección Magistral. Madrid (1968).

*recíprocas: la Administración sencillamente habilita para el uso de bien. A cambio, el concesionario no siempre paga un precio público por su utilización o, cuando lo hace, éste no equivale a la contraprestación propia de un contrato*⁴⁰.

93. En el asunto que analiza la Sala, la voluntad de ETB no concurrió a la definición del contenido de la concesión que se le otorgó. El Ministerio de Comunicaciones tampoco predispuso el contenido de la concesión para que el licenciataria adhiriera a él, como si se tratara de la parte con posición de dominio en un contrato de adhesión.

94. En realidad, como se expuso, todos y cada uno los elementos de la concesión otorgada a ETB para acceder al uso del espectro electromagnético y establecerse como operador del servicio de TPBCLD estaban plenamente determinados en reglamentos de carácter general y abstracto a los que se sujetó el Ministerio de Comunicaciones para ejercer una potestad reglada: las Resoluciones 086, 087, 088 y 094 de 1997 de la CRT, así como los Decretos 2542 y 3045 del Gobierno Nacional.

95. A lo anterior, debe agregarse que el legislador de 1994 fue categórico al establecer que la técnica concesional aplicable en materia de TPBCLD era la licencia y no el contrato estatal. Este mandato fue obedecido por la CRT que, al expedir la Resolución 087 de 1997, incluyó varios anexos, entre ellos el "Formato de Licencia" (Anexo 1.A), documento que contenía la regulación de los elementos de la licencia para los nuevos operadores de TPBCLD y en el que solo quedaron en blanco tres campos: el número de la Resolución que fijaba el valor inicial, el monto correspondiente y la razón social del solicitante.

96. De manera que el contenido de la concesión no fue el fruto del concurso de las voluntades de ETB y del Ministerio. Los derechos y obligaciones del concesionario no fueron constituidos y regulados como resultado de un acuerdo entre dos partes. Como se explicó, los elementos de la concesión otorgada a ETB para acceder al uso del espectro electromagnético y establecerse como operador del servicio de TPBCLD estaban plenamente determinados en reglamentos de carácter general dictados por la CRT y el Gobierno Nacional.

97. La voluntad del Ministerio y de ETB ni siquiera jugó un papel en la definición de la principal obligación que el operador asumió en virtud del otorgamiento de la concesión: el pago del valor inicial de la licencia. En este punto, la Sala encuentra que hay una diferencia con otras concesiones de servicios de telecomunicaciones en las que la voluntad del concesionario sí jugaba un papel en la definición de sus elementos. Esta diferencia puede apreciarse en comparación con las concesiones que, a diferencia de la otorgada a ETB, se otorgaba previa licitación pública donde los oferentes pujaban ofreciendo un mayor precio al Estado⁴¹. En estos casos, la voluntad del concesionario sí era determinante de uno de los elementos principales

⁴⁰ José Carlos Laguna de Paz. La autorización administrativa (1ª Ed). Madrid: 2006, Editorial Arazandi, p. 91.

⁴¹ Por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 182 de 1995 establecía que *"las concesiones para la prestación del servicio de televisión por suscripción, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada, serán otorgadas por la Comisión Nacional de Televisión mediante procedimiento de licitación pública"*.

de la concesión y se expresaba en un acto jurídico: la oferta o propuesta presentada a la entidad estatal.

98. La anterior referencia no se hace con el fin de calificar en abstracto estas otras concesiones como contratos, ya que, como se explicó anteriormente, en esta calificación también debe considerarse como criterio la disposición del legislador sobre la forma de actuación de la Administración Pública. El análisis tiene por objeto enfatizar que la voluntad de ETB no desempeñó ningún papel en la definición del contenido de la concesión. Esta sociedad no exteriorizó su voluntad en una propuesta u oferta en la que hubiera presentado al Ministerio de Comunicaciones “*el proyecto de negocio jurídico [con] los elementos esenciales*” (Código de Comercio, art. 845). Por el contrario, presentó una solicitud o petición para que el Ministerio, en ejercicio de una potestad administrativa reglada, otorgara una concesión cuyos elementos estaban todos predefinidos en reglamentos generales.

99. Esta característica fue destacada en el documento preparado por Juan Benavides, Fernando Beltrán e Israel Fainboim como insumo para que la CRT determinara el valor de las nuevas licencias:

“En teoría, el precio de la licencia debería ser igual al máximo valor que estaría dispuesto a pagar el operador entrante (nuevo operador: N.O) sin poner en riesgo la rentabilidad normal del negocio. Este precio se puede determinar de dos formas: mediante subasta del derecho a operar el servicio, o mediante un ejercicio independiente de estimación del valor del negocio para lo posibles entrantes.

El primer método no es factible, pues la entrada el negocio es libre y las licencia no se otorgan con base en un procedimiento licitatorio. De allí que sea necesario utilizar el segundo método de fijar el precio, método que es menos conveniente que la subasta, pues está sujeto a las apreciaciones (en algunos casos muy subjetivas) de los evaluadores.

Este método implica proyectar los flujos de caja del negocio y descontarlos a una tasa de descuento apropiada para este tipo de negocios en Colombia. El valor resultante constituye una ‘estimación’ de la disposición a pagar por entrar al negocio. Este valor se dividió entre el número esperado de nuevos operadores, para encontrar el precio de la concesión para cada operador”⁴² (Énfasis añadido).

100. En síntesis, en la Resolución 052 de 1998 del Ministerio de Comunicaciones no expresa un acuerdo de voluntades sobre el objeto de la concesión y la contraprestación por ella, según lo establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En el marco de un negocio jurídico, “*el sujeto obligado participa en la producción de la norma que le obliga, y en esto consiste la esencia de la creación contractual del derecho*”⁴³. ETB no participó en la creación de la norma jurídica que determinó sus derechos y obligaciones, ya que no negoció ningún aspecto del contenido de la concesión. Como se indicó antes, en ejercicio de una potestad reglada y cumplidos los supuestos de hecho y requisitos definidos en los reglamentos, el Ministerio manifestó unilateralmente su voluntad para otorgar dicha licencia, cuyos elementos estaban completa y exhaustivamente fijados en las Resoluciones 086, 087, 088 y 094 de 1997 de la CRT, así como en los Decretos 2542 y 3045 del Gobierno

⁴² Exp. físico, c. 2 p. 220.

⁴³ Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho (4ª Ed.). México D.F: Ed. Colofón, 2000, p. 73.

Nacional⁴⁴. Por esa razón, no puede afirmarse la existencia de un negocio jurídico bilateral.

¹⁰¹. La Sala enfatiza que la conclusión sobre la inexistencia de un negocio jurídico o un contrato estatal entre el Ministerio y la ETB no se basa únicamente en la denominación del instrumento para otorgar la concesión ni en la forma de la Resolución No. 052 de 1998. Se fundamenta en el estudio de los elementos de existencia de los contratos estatales, en su contraste con los de otros actos jurídicos de la Administración y en su aplicación al caso concreto. Este es un argumento complementario y armónico con el que había expresado anteriormente la Subsección, en el sentido de que la Ley 72 de 1989 plasmó “*la intención legislativa de establecer dos caminos diferentes y autónomos para habilitar el acceso al espectro electromagnético para la prestación del servicio público de telecomunicaciones [el contrato y la licencia]*”, el cual no puede soslayarse en virtud del principio del efecto útil de las normas jurídicas⁴⁵.

¹⁰². En este punto, la Sala debe destacar que el artículo 2º de la Decisión 462 de 1999 de la Comunidad Andina de Nacionales contiene una definición del siguiente tenor: “*Título Habilitante: 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*”. Como se ve, esta disposición no establece que todo título habilitante para prestar un servicio de telecomunicaciones deba considerarse o tratarse como un contrato ni desvirtúa la distinción entre acto administrativo y contrato estatal. Ninguna otra norma del derecho comunitario establece algo semejante. Por lo tanto, la conclusión sobre la inexistencia de un contrato estatal entre el Ministerio y ETB no desconoce el derecho comunitario.

¹⁰³. La interpretación del TJCA avala esta última afirmación. Según lo expresado por este Tribunal en la interpretación prejudicial 255-IP-2021 del 15 de diciembre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5107 del 25 de enero de 2023, la legislación interna de los Estados miembro puede determinar si el título habilitante corresponde a un acto administrativo o a un contrato:

“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.

⁴⁴ “[E]l negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada”. Fernando Hinestrosa. Tratado de las Obligaciones I: De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 107.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Exp. 44.493.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

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 2º de la Decisión 462, o si recibirá la cobertura de un contrato administrativo»⁴⁶.

¹⁰⁴. Aunque la conclusión enunciada previamente es suficiente para fundamentar la decisión que se apresta a tomar la Sala, resulta necesario referirse a los argumentos que ETB expuso en los fundamentos de derecho de su demanda, ya que en el recurso de apelación se indicó que el Tribunal no se pronunció explícitamente sobre ellos.

¹⁰⁵. El primer argumento que planteó el demandante es que la existencia de una *concesión* o *permiso* no depende de la denominación que se le dé, sino de la estructura jurídica del acto que crea el respectivo derecho. Basándose en doctrina extranjera, ETB agregó que si el acto otorga un derecho a perpetuidad o por un número fijo de años, se trata de una concesión; mientras que si se concede a título precario, se trata de un simple permiso y no de una concesión. Partiendo de esta distinción, el demandante adujo que la licencia constituye una concesión para la prestación de un servicio público, ya que fue otorgada en forma exclusiva y por un número determinado de años, lo que excluye su carácter precario.

¹⁰⁶. La Sala no considera de recibo este argumento para justificar la existencia de un contrato estatal entre el Ministerio y ETB. En primer lugar, las normas vigentes al momento de expedirse la Resolución 052 de 1998 no distinguían las figuras de *concesión* y *permiso* por los atributos señalados por el demandante. La Ley 72 de 1989, que introdujo nuevos principios para la organización de las telecomunicaciones en Colombia, no utilizó el término permiso.

¹⁰⁷. El Decreto 1900 de 1990, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por esa Ley, sí utilizó el término permiso en varios artículos, pero para indicar que este era un requisito para el uso de las frecuencias radioeléctricas que forman parte del espectro electromagnético⁴⁷. En línea con ello, el artículo 1º del Decreto 2542 de 1997, en el que se fundamentó la Resolución No. 052 de 1998, dispuso que la concesión para el establecimiento de operadores de

⁴⁶ Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/Proceso%20255-IP-2021.pdf>

⁴⁷ Decreto Ley 1900 de 1990. Artículo 16: “Para los efectos previstos en el presente Decreto, los siguientes elementos no forman parte de la red de telecomunicaciones del Estado y por lo tanto su instalación y uso se consideran autorizados de modo general, sin perjuicio de las normas sobre orden público expedidas por el Gobierno Nacional, de los permisos que sean necesarios para la utilización del espectro radioeléctrico, ni de las normas de planeación urbana que establezcan las autoridades municipales (...)”. Artículo 20: “El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dar lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso, previo y expreso // El permiso para el uso de frecuencias radioeléctricas tendrá un plazo definido que no podrá exceder de veinte años, el cual podrá renovarse hasta por término igual al inicial. En los casos de los servicios de difusión y especiales, su duración será igual a la de la respectiva concesión o autorización”. Artículo 52: “Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: (...) 2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida”.

servicios de TPBCLD se otorgaría mediante *licencia* y que ésta comprendía el *permiso* para el uso del espectro electromagnético⁴⁸.

108. Adicionalmente, la distinción que hizo el demandante entre permiso y concesión no es importante en este caso, ya que el Ministerio le otorgó una *concesión* a ETB, en virtud de la cual ésta ejerció el derecho a establecerse como operador de un servicio público —el de TPBCLD⁴⁹— y acceder a la utilización de bien público —el espectro electromagnético⁵⁰—. Lo relevante en este caso es determinar cuál fue el instrumento o la técnica de derecho público utilizada para otorgar la concesión, es decir, si se originó en un acto administrativo o en un negocio jurídico bilateral. Por las razones previamente expuestas, el Ministerio no otorgó la concesión mediante un contrato.

109. El segundo argumento presentado por el demandante se basa en el artículo 3º del Decreto 2542 de 1997, que establece que, al finalizar la licencia para la prestación del servicio de TPBCLD, debía aplicarse la figura de la reversión. Según el demandante, esta figura es característica de los *contratos* de concesión de bienes del Estado.

110. La Sala tampoco considera que este argumento demuestre la existencia de un contrato estatal entre el Ministerio y la ETB. El artículo 3º del Decreto 2542 de 1997 dispuso que “*a la terminación de las licencias a que se refiere este capítulo se producirá la reversión de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994*”. Esta última disposición de la Ley 142 establecía que “*el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales*”. Además, el mismo artículo agregaba que “*la remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto*”.

111. De acuerdo con estas normas, cuando se celebraba un *contrato* para conceder el acceso al espectro electromagnético y prestar un servicio público de telecomunicaciones, la figura de la reversión debía aplicarse por estar involucrado el uso de un bien público: el espectro electromagnético. No obstante, esto no significaba que todas las concesiones debían ser otorgadas por contrato. El Decreto 2542 de 1997 dispuso que la figura de la reversión también se aplicaba cuando la

⁴⁸ Decreto 2542 de 1997: “*Artículo 1º. Objeto de la concesión de licencias. El Ministerio de Comunicaciones concederá licencias para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto para la concesión de licencia. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD, en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación*”.

⁴⁹ El artículo 5º de la Ley 72 de 1989 estableció que “*Las telecomunicaciones son 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*”.

⁵⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 75.

concesión, que involucraba el acceso al mismo bien público para la prestación del servicio de TPBCLD, se otorgaba a través de una *licencia*, como la contenida en el acto administrativo expedido por el Ministerio en este caso.

112. El tercer argumento de ETB es que la licencia contenida en la Resolución No. 052 de 1998 se asimila a un contrato estatal, ya que los Decretos 2041 de 1998 y 1972 de 2003 establecen, sin distinción entre estas dos figuras, que los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen el derecho a que se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión.

113. La Sala no considera que este argumento conduzca a revocar la sentencia impugnada. El Decreto 2041 del 8 de octubre de 1998 —derogado por el Decreto 1972 de 2003—, mediante el cual se estableció el régimen unificado de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones, no estaba vigente en la fecha en que se expidió y notificó la Resolución No. 052 de 1998. El Decreto 2547 de 1997 no dispuso expresamente —como sí lo hizo el Decreto 2041 del 8 de octubre de 1998— que los licenciarios tenían el derecho a que “*se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión, siempre y cuando cumplan oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones a que estén obligados en las condiciones, términos y cuantías aplicables*”. La Resolución 052 de 1998 expedida por el Ministerio tampoco lo enunció expresamente.

114. Independientemente de si ETB era titular del derecho a que se mantuviera inalterada la ecuación económica de la concesión, esto no demuestra la existencia de un negocio jurídico bilateral entre dicha empresa y el Ministerio de Comunicaciones. Del enunciado “*si existe un contrato mediante el cual se concedió la prestación del servicio de TPBCLD, entonces se aplica el principio de mantenimiento de la ecuación económica*”, no es posible deducir lógicamente que, si se debe aplicar dicho principio, la concesión se otorgó mediante contrato. Como se explicó anteriormente, la Ley 72 de 1989 permitía que estas concesiones también fueran otorgadas por contrato o por licencia, y la Ley 142 de 1994 estableció que, en materia de TPBCLD, el instrumento aplicable era la licencia contenida en un acto administrativo⁵¹.

115. Por último, ETB argumentó que el título habilitante contenido en la Resolución No. 052 de 1998 se asimila a un contrato estatal, ya que en un auto proferido por la Sección Tercera de esta Corporación en noviembre de 1998 (Exp. 14.490), se afirmó que la licencia en materia de telecomunicaciones corresponde a un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público. Además, mencionó la sentencia C-407 de 1994, en la que, al referirse al contrato de concesión para los

⁵¹ Decreto 1972 de 2003, art. 17: “*Ámbito de aplicación. Las concesiones que se otorguen a partir de la vigencia de este decreto para la prestación de servicios de telecomunicaciones, tanto en gestión directa como indirecta, estarán sujetas a un mismo tratamiento en cuanto a las contraprestaciones que se causen a favor de la autoridad concedente, ya sea que se confieran por medio de contratos, licencias o autorizaciones // A partir del perfeccionamiento del contrato o la expedición del acto administrativo que contenga la licencia o autorización, según sea el caso, surge para el operador la obligación de pagar la contraprestación establecida y el correlativo derecho de la autoridad concedente a exigir su pago, conforme a las disposiciones establecidas en este régimen unificado de contraprestaciones // En ningún caso será posible exigir el pago previo de la contraprestación como condición para la expedición del título habilitante*”.

servicios de correos y a las licencias para los servicios de mensajería especializada, la Corte Constitucional señaló que la Ley 80 de 1993 reguló “*dos formas de contratación administrativa*”.

116. La Sala tampoco considera atendibles estos argumentos para revocar la sentencia impugnada. Es cierto que en 1998, al decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto que admitió la demanda de nulidad simple promovida contra el Decreto 2542 de 1997, la Sección Tercera justificó su decisión asumir competencia para asumir el conocimiento de ese asunto afirmando lo siguiente:

“No obstante desprenderse del decreto 2542 de 1997 que se demanda, que los operadores de la larga distancia reciben del Estado una licencia -entendida en los términos de acto unilateral- y que uno de los impugnantes la considera como una ‘función típicamente administrativa’, es claro que aquella genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante de la misma y del Estado otorgante, por lo que puede decirse que se trata de ‘un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público’ del que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y mutuas contraprestaciones que más se parecen a una relación contractual. Con este criterio, se hizo la distribución del negocio en la sección tercera de la Corporación, competente para conocer de las controversias de esta naturaleza”⁵².

117. No obstante, esta postura no fue reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corporación.

118. En la sentencia que resolvió la acción de nulidad contra el Decreto 2542 de 1997 —que finalmente fue emitida por la Sección Primera de la Corporación— no se reiteró la tesis de que las concesiones otorgadas mediante licencia con base en este decreto se calificaran como un administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público⁵³.

119. En el 2005, al pronunciarse sobre la nulidad de las Resoluciones 028 del 14 de diciembre de 1995 y 032 del 16 de enero de 1996 expedidas por la CRT, la Sección Tercera sostuvo que la licencia de concesión para la prestación del servicio público de telefonía de larga distancia era un instrumento considerablemente distinto al contrato de concesión: “*las resoluciones acusadas regulan lo relativo a las licencias de concesión para el servicio público de larga distancia, en tanto que dicho artículo 39 refiere a los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos. Mecanismos de concesión, que como se sabe, son sustancialmente diferentes*”⁵⁴.

120. En el 2007, la Sección Primera también se pronunció sobre la naturaleza de la licencia al decidir la acción de nulidad contra el Decreto 600 del 14 de marzo de 2003, por el cual se expidieron normas sobre los servicios de valor agregado y telemáticos. En esa providencia se señaló:

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 5 de noviembre de 1998. Exp. 14.490. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Tesis reiterada en: Sección Tercera. Auto del 15 de agosto de 2002. Exp. 13.862, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de septiembre de 2004. Rad. 11001-03-26-000-1997-4490-01.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 2005. Exp. 11.855.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

“En efecto, ese cargo desconoce que el decreto acusado está reglamentando los servicios de valor agregado y que de manera expresa el artículo 40 del Decreto Ley 1900 de 1990 dispone que el mismo debe otorgarse mediante licencia, tal como se aprecia en su texto (...).

Disposición que a su vez es concordante con el artículo 7 de la Ley 72 de 1989 en cuanto éste incluye la licencia entre los posibles mecanismos jurídicos que puede disponer el Gobierno para otorgar una concesión de prestación de dicho servicio, al establecer que ‘Las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo dispone el Gobierno’.

Además, conviene recordar que la concesión es ante todo una decisión unilateral del Estado, y como tal es en principio un acto administrativo, el cual en esos casos usualmente tiene la forma de una licencia. El hecho de que pueda posteriormente instrumentarse mediante un contrato no le quita a la concesión ese carácter unilateral y, por ende, de acto administrativo particular y concreto”⁵⁵.

121. El 11 de octubre de 2021, esta Subsección también acogió la tesis sobre la inexistencia de un contrato estatal en un caso sustancialmente análogo a éste. En esa oportunidad, la Subsección estudió las pretensiones de demandante EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., basadas en la imposibilidad de obtener el retorno de la inversión en la prestación del servicio de TPBCLD, otorgado mediante licencia contenida en la Resolución 0568 del 4 de marzo 1998. En la motivación de la decisión, la Subsección reseñó las decisiones anteriormente citadas y expresó los siguientes argumentos adicionales que constituyen la *ratio decidendi* de la providencia:

“Pese a los puntos en común que pueden existir entre el contrato de concesión y la licencia como título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicaciones, lo cierto es que no por ello constituyen un mismo instituto.

Aceptar lo contrario conduciría a ignorar el principio exegético normativo del efecto útil y, con ello, la intención legislativa de establecer dos caminos diferentes y autónomos para habilitar el acceso al espectro electromagnético para la prestación del servicio público de telecomunicaciones // De otra parte, conduciría a desconocer la existencia de regímenes normativos propios que disciplinan varios aspectos comunes a ambas figuras, pero de manera muy diferente y, en algunos casos excluyentes, como ocurre en el caso de las prórogas o en el ejercicio de las prerrogativas unilaterales, por citar algunos ejemplos”⁵⁶.

122. Finalmente, en sentencia del 7 de julio de 2023, en un caso en el que el demandante le pidió a la entidad concedente el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión otorgada mediante licencia, la Sección Primera se pronunció sobre la nulidad del acto administrativo que negó esta petición y planteó las siguientes reflexiones:

“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

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2007. Rad. 11001-03-24-000-2003-00334-01.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Exp. 44.493.

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

*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 2º 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*⁵⁷.

123. En síntesis, los pronunciamientos posteriores al auto que citó el demandante no acogieron la tesis de que las concesiones de servicios de telecomunicaciones otorgadas mediante licencia debían calificarse como “negocios jurídicos de derecho público”. Independientemente de las denominaciones legislativas y reglamentarias —no siempre usadas de forma coherente y sistemática—, la Sala insiste en que el análisis de la naturaleza de la concesión que el Ministerio le otorgó a la ETB lleva a concluir no puede afirmarse que se reúnan los elementos de existencia de un contrato estatal o de un negocio jurídico bilateral.

124. La decisión que se tomó en la sentencia C-407 de 1994 tampoco sustenta la afirmación de la existencia de un contrato estatal entre el Ministerio y ETB. En primer lugar, la disanalogía entre los dos casos es evidente. En la decisión citada por el demandante, la Corte Constitucional efectuó el *control abstracto* de constitucionalidad de una disposición de la Ley 80 de 1993 relativa al régimen de concesiones y licencias de *servicios postales* por cargos relacionados con la violación de los principios de unidad de materia y libertad de empresa. Sin embargo, ese Tribunal no se ocupó de estudiar *en concreto* la naturaleza jurídica de las licencias para la prestación del servicio de TPBCLD.

125. En la sentencia C-407 de 1994, al abordar el cargo por violación del principio de unidad materia, se mencionó que las normas impugnadas regulaban “*formas de contratación administrativa, que es el tema general de la Ley 80 de 1993*”. Sin embargo, una lectura completa de la decisión revela que la Corte Constitucional no negó que las concesiones de servicios postales podían ser otorgadas tanto por contrato como por licencias. Así, en la sentencia se afirmó que “*la Ley 72 de 1989 determinó que los servicios postales están dentro del sector de las comunicaciones (art. 1º) y estableció que éstos pueden ser prestados a través de concesiones, las cuales pueden otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias (art. 7º)*”. Además, la Corte enfatizó que “*la distinción (...) lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada*”⁵⁸.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2007. Rad. 11001-03-24-000-2003-00334-01.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-407 de 1994.

Conclusión: la improcedencia de la acción de controversias contractuales

126. Bajo el Código Contencioso Administrativo (en adelante, “CCA”), estatuto que rige este proceso, la adecuada escogencia de la acción constituye un presupuesto necesario para dictar una sentencia de mérito o decisión de fondo⁵⁹. La acción procedente depende de la fuente del daño o del derecho subjetivo que se reclama en juicio. Si existe una acción especial prevista para determinado asunto, no puede utilizarse otra para tramitarlo⁶⁰.

127. De acuerdo con el artículo 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, la acción de controversias contractuales se instituyó para que “[c]ualquiera de las partes de un **contrato estatal** [pida] que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas” (Énfasis añadido). El tercero inciso de esta norma señala que “[e]l Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta”.

128. El sentido de la disposición legal es claro y, por lo tanto, según el artículo 27 del Código Civil, no puede desatenderse su tenor literal. La acción de controversias contractuales procede siempre que exista un *contrato estatal*, esto es, un negocio jurídico de dos o más partes celebrado por (al menos) una entidad estatal con un objeto inmediato, constituir, regular o extinguir una relación jurídica⁶¹, y un fin último: la consecución de los fines del Estado.

129. Esta acción procede, entonces, para que las partes del negocio jurídico soliciten declaraciones y condenas relacionadas con él, para que el Ministerio Público o un tercero con interés directo pidan su nulidad o para que un tercero impugne los actos administrativos expedidos con ocasión de dicho contrato, como el que declara ocurrido el riesgo amparado por la póliza expedida por una aseguradora⁶². Sin

⁵⁹ La demanda se presentó el 20 de abril de 2010 (Exp. físico, c. 1, p. 116), antes de que entrara en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por lo tanto, a este proceso se le aplican las reglas del Código Contencioso Administrativo.

⁶⁰ En reiterada jurisprudencia proferida en vigencia del CCA se manifestó respecto de la “*indebida escogencia de la acción*” que la fuente del daño que se afirma irrogado es la que determina la “*acción idónea o procedente*”, a efectos de lograr la consideración del asunto por parte del juez, lo que, a su vez, fija la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer. Bajo ese contexto, también consideró que, configurada la indebida escogencia de la acción, se torna improcedente emitir un pronunciamiento de fondo, dado que la adecuada escogencia constituía un presupuesto necesario de la sentencia de mérito. Cfr. Consejo de Estado: Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 2008, Exp. 15.906. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021. Exp. 53.909. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Exp. 44.493.

⁶¹ Artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

⁶² La Sección Tercera reiteró que la aseguradora tiene legitimación para ejercer la acción de controversias contractuales, incluso si no es parte del contrato estatal, ya que posee un interés directo en el acto administrativo que declara ocurrido el siniestro. Esta interpretación se basa en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que establece que los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo pueden ser impugnados mediante recurso de reposición o a través de la acción contractual, sin cualificar quién puede ejercer esta última. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. Exp. 37.002.

embargo, no procede para pedir el reconocimiento de un derecho subjetivo en el marco de otra relación jurídico-administrativa como la derivada, en este caso, del acto administrativo que otorgó la licencia a ETB. En consecuencia, la Sala concluye que las semejanzas, sean aparentes o reales, entre cualquier otro acto jurídico de la Administración y el contrato estatal no justifican la escogencia de la acción de controversias contractuales. Similitud no es identidad.

^{130.} La Decisión 462 de 1999, que reguló el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina de Naciones, no afecta la conclusión anterior. Esta norma de derecho comunitario reguló aspectos *sustantivos* para fomentar la liberalización progresiva de este mercado, como los cronogramas de apertura, el acceso y la utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, y la homologación de títulos habilitantes. Sin embargo, esta Decisión no reguló aspectos *procesales*, como las condiciones bajo las cuales procede la acción de controversias contractuales.

^{131.} Teniendo en cuenta que los motivos de inconformidad expresados por el demandante buscaban justificar la procedencia de la acción de controversias contractuales y dado que se concluyó que hubo una indebida escogencia de la acción por la inexistencia de un negocio jurídico bilateral con el Ministerio de Comunicaciones, la Sala se inhibirá de pronunciarse sobre el mérito de las pretensiones y confirmará la sentencia apelada.

^{132.} La Sala no puede soslayar que ETB afirmó en el recurso de apelación que todas las pretensiones de su demanda, incluyendo las subsidiarias, se formularon en ejercicio de la acción de controversias contractuales y no de otra acción, como la de reparación directa o la de nulidad y restablecimiento del derecho. Incluso si se obviara la reiteración del demandante sobre la acción escogida, la sentencia impugnada no podría modificarse porque el demandante no expresó ningún motivo de inconformidad sobre los argumentos que expuso el Tribunal para concluir que las pretensiones subsidiarias debían negarse por haber operado el fenómeno de la caducidad a la luz del medio de control de la reparación directa.

Costas

^{133.} En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00213-01 (69.285)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.
E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones
Referencia: Controversias contractuales

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de noviembre de 2021 proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C – Escritural.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.



VF