



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 4° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2022

Expediente: 11001 – 33 – 34 – 004 – 2018 – 00285 - 00
Demandante: FLASH SEGURIDAD LTDA
Demandada: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA

Escuchadas las partes, cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control, sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 43 de la Ley 2080 de 2021¹, profiere en derecho la siguiente sentencia anticipada.

I. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES PROCESALES SURTIDAS

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En la subsanación de la demanda solicita la parte demandante lo siguiente:

“Primero petición: Se declare la nulidad de la Actuación Administrativa identificada con el número de registro 1116783 con fecha del 11 de diciembre de 2017, en el cual se niega la excepción de pérdida de ejecutoriedad, por ser contraria a las disposiciones legales superiores.

Segundo Pretensión: Se declare la nulidad por pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 2567 de 2013 expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Tercera Pretensión: Como consecuencia de las declaraciones una y/o dos se ordenen al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a restablecer el derecho de mi prohijado, cese las actuaciones administrativas de cobro coactivo con las que pretenden dar ejecución a la resolución 2567 de 2013 y se le excluya de la lista o archivos de deudores.

Cuarta Pretensión: Como consecuencia de las declaraciones de nulidad se repare el daño moral a la firma FLASH SEGURIDAD LTDA por la suma de 35 salarios mínimos legales mensuales para el año 2018, o en el máximo que para la época del fallo fije la jurisprudencia.

Quinta pretensión: Se condene en costas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.” (Sic, negrillas de texto original)²

En este punto conviene recordar que, en auto admisorio de la demanda de 1° de noviembre de 2018³, se rechazó la pretensión tercera por cuanto se acumuló indebidamente y no se individualizó correctamente, ni se acreditó el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

Por su parte, a través de auto de 10 de junio de 2021⁴, el Despacho

¹ Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

² Págs. 18 a 19, archivo “03Folio32A161”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

³ Págs. 19 a 24, archivo “05Folio62A191”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

⁴ Archivo “09AutoCorreTrasladoAlegatos”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

adoptó una medida de saneamiento en el sentido de rechazar la pretensión segunda relacionada con declarar la nulidad por pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 2567 de 2013, por encontrarse afectada por el fenómeno jurídico de caducidad.

Frente a dichas decisiones las partes no interpusieron recursos, razón por la cual el Despacho se pronunciará de fondo únicamente sobre las pretensiones primera, cuarta y quinta.

1.2. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandante señaló que el oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017 se expidió de manera extemporánea, ya que la solicitud de declaración de pérdida de ejecutoriedad fue interpuesta el 14 de noviembre de 2017.

Adujo que el acto demandado se expidió en contraposición de lo previsto en el numeral 4 del artículo 91 del C.P.A.C.A., dado que estaba demostrado que la Resolución No. 2657 de 2013 perdió su ejecutoriedad, como quiera que se cumplieron las condiciones resolutorias contenida en ella.

Manifestó que en la Resolución No. 2567 de 25 de julio de 2013 se obligaba a la entidad demandante a constituir una garantía de cumplimiento dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria, de conformidad con lo establecido en la Resolución 2118 de 2011. Sin embargo, el último acto en mención prohíbe el uso del espectro sin la previa aprobación por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de dicha garantía.

Adujo que la anterior obligación se convirtió en una condición de ejecutoriedad del permiso otorgado por la Resolución No. 2567 de 2013, por lo que al no constituirse esa garantía el titular no podía usar las frecuencias que le fueron asignadas.

Sostuvo que según el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, requiere del pago de una contraprestación para el uso del espectro radioeléctrico, lo cual no había sido efectuado por Flash Seguridad Ltda., por lo que se configuró otra condición resolutoria de la Resolución No. 2567 de 2013.

Añadió que la entidad demandada reprocha que la entidad accionada no emitió el acto correspondiente de cancelación del permiso cuando estaba probado que se había incurrido en un incumplimiento que daba lugar al mismo lo cual, a su juicio, excedió la facultad potestativa o discrecional con la que cuenta.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES⁵

⁵ Págs. 41 a 48, archivo "05Folio62Al91", carpeta "01CuadernoPrincipal".

El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones estando dentro del término se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Para el efecto, manifestó que no es procedente la pérdida de ejecutoria de la Resolución No. 2567 de 25 de julio de 2013, por cuanto el hecho de no constituir la garantía a la cual se encuentra obligado el beneficiario del permiso, no implica de forma automática la existencia de dicha figura, toda vez que para dar por terminado el permiso se requiere de un acto positivo por parte de la administración en tal sentido, situación que no se presentó.

Señaló que, en consonancia con lo anterior, el numeral 15.4 del artículo 15 de la Resolución 2118 de 2011 y el artículo 8 del Decreto 1161 de 2010, establecen que las decisiones de terminar el permiso y de imponer la sanción por el no pago de la contraprestación es potestativa.

Sostuvo que la mera situación de ser titular del permiso del uso del espectro radioeléctrico configura el nacimiento de la obligación del pago de la contraprestación monetaria, la cual no cesa hasta la terminación del permiso.

Afirmó que la sociedad accionante no puede pretender sacar provecho del incumplimiento continuado de sus obligaciones de la constitución de garantía y el pago de la contraprestación.

Adujo que tampoco opera una suerte de condición resolutoria, toda vez que el hecho de que la parte actora no haya cumplido las obligaciones de constituir la garantía y de pagar la contraprestación no implica que el permiso haya dejado de existir para el mundo jurídico.

Agregó que, con la actuación desplegada por el ente ministerial no se vulneró ningún derecho extrapatrimonial del demandante como la reputación, el buen nombre o la probidad, razón por la cual la pretensión de resarcimiento del presunto daño moral sufrido no tiene asidero y, en todo caso, la parte actora no lo probó.

Finalmente, propuso la excepción que denominó “genérica”.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante⁶

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que el oficio No. 1116783 del 11 de diciembre de 2017, es contraria a las disposiciones legales superiores, puesto que invocó para negar la excepción de pérdida de ejecutoria, disposiciones legales de materia sancionatoria, que no venían al caso aplicar, pues esto último ya había sido resultado mediante la Resolución No. 1936 del 25 de julio de 2017, lo cual atenta contra la estabilidad jurídica de los actos administrativos y la seguridad jurídica de los asociados.

⁶ Archivo “12AlegatosConclusionDemandante”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

3.2. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁷

Reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

3.3. Ministerio público

Guardó silencio en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. HECHOS PROBADOS

Con los documentos que forman el plenario se lograron demostrar las siguientes premisas fácticas que interesan al debate:

1.1. Mediante Resolución No. 2567 de 25 de julio de 2013 se le otorgó permiso para el uso del espectro radioeléctrico a la empresa FLASH SEGURIDAD LTDA, hasta el 31 de diciembre de 2022.⁸

1.2. El 14 de febrero de 2014 se expidió constancia de firmeza del anterior acto administrativo, indicando que dicha circunstancia acaeció el 23 de diciembre de 2013.⁹

1.3. Por medio de Resolución No. 2930 de 26 de noviembre de 2015¹⁰, confirmada a través de la Resolución No. 570 de 31 de marzo de 2016¹¹, la entidad demandada declaró deudora a la sociedad Flash Seguridad Ltda. de la cantidad de \$12.896.000 por concepto de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico de las vigencias 2013 (fracción), 2014 y 2015.

1.4. FLASH SEGURIDAD LTDA. no constituyó la póliza de garantía prevista en el artículo 3 de la Resolución No. 2567 de 2013.¹²

1.5. Mediante auto 673 de 27 de julio de 2016, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones inició investigación administrativa y elevó pliego de cargos en contra de Flash Seguridad Ltda., por la presunta comisión de la infracción descrita en el numeral 4 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, del artículo 6 del Decreto 4392 de 2010, el artículo 15 de la Resolución No. 2118 de 2011 y el artículo 3 de la Resolución 2567 de 2013, esto es, por no constituir la garantía de cumplimiento.¹³

1.6. A través de Resolución No. 608 de 28 de marzo de 2017¹⁴ la entidad accionada declaró deudor a Flash Seguridad Ltda. de la suma de \$7.010.000, por concepto de la contraprestación de la vigencia 2016.

1.7. A través de Resolución No. 1936 de 25 de julio de 2017, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones decidió no sancionar

⁷ Archivo "11AlegatosConclusionMintic", carpeta "01CuadernoPrincipal".

⁸ Págs. 27 a 30, archivo "02Folio1A30", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

⁹ Pág. 35, archivo "02Folio1A30", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹⁰ Págs. 53 a 55, archivo "02Folio1A30", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹¹ Págs. 5 a 7, archivo "03Folio31A60", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹² Así se declaró probado en la fijación del litigio.

¹³ Págs. 18 a 22, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹⁴ Págs. 39 a 41, archivo "03Folio31A60", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

a Flash Seguridad Ltda. por los cargos endilgados por no constituir la garantía, con fundamento en que había perdido la competencia temporal para el efecto.¹⁵

1.8. A través de Resolución No. 2440 de 5 de septiembre de 2017¹⁶, confirmada a través de la Resolución No. 326 de 12 de enero de 2018¹⁷ se declaró deudor a FLASH SEGURIDAD LTDA. por concepto de las contraprestaciones por el uso del espectro por la anualidad de 2017.

1.9. El 14 de noviembre de 2017, Flash Seguridad Ltda. solicitó, entre otras cosas, la declaración de pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 2567 de 2013, de conformidad con el artículo 92 del C.P.A.C.A.¹⁸

1.10. A través de oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017, notificado el 13 de diciembre de 2017¹⁹ la entidad demandada resolvió negativamente la anterior solicitud.²⁰

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en auto de 10 de junio de 2021²¹, la controversia se centra en resolver la siguiente pregunta:

- ¿El oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017 está viciado de nulidad, porque presuntamente el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (i) resolvió extemporáneamente la solicitud de pérdida de ejecutoria; y, (ii) actuó en contraposición de lo previsto en el numeral 4 del artículo 91 del C.P.A.C.A. y excediendo sus facultades discrecionales, dado que estaba demostrado que la Resolución No. 2657 de 2013 perdió su ejecutoriedad, como quiera que se cumplieron las condiciones resolutorias contenida en ella?

3. DE LA PÉRDIDA DE EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según la Corte Constitucional²², la ejecutoriedad hace referencia a que un acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos, se presume expedido con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado.

Por obligatoriedad se entiende la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia de este. Abarca tanto a los terceros como al propio ente público y a los demás. Esta obligatoriedad, de manera alguna se restringe en cuanto a su aplicación

¹⁵ Págs. 23 a 25, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹⁶ Págs. 59 a 60, archivo "03Folio31A60", y 1, archivo "04Folio61A90", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹⁷ Págs. 19 a 24, archivo "04Folio61A90", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

¹⁸ Págs. 31 a 34, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "01CuadernoPrincipal".

¹⁹ Pág. 11, archivo "05Folio62A191", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²⁰ Págs. 35 a 36, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²¹ Archivo "09AutoCorreTrasladoAlegatos", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²² Sentencia T-355 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

a los administrados, por el contrario, tal exigencia se extiende a la administración.

Según el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, los actos en firme²³ serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

De conformidad con el artículo 92 del C.P.A.C.A., el interesado puede proponer la excepción de pérdida de ejecutoriedad para oponerse a la ejecución de un acto administrativo, caso en el cual quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de 15 días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional.

De llegarse a verificar alguno de los eventos previstos en el artículo 91 del C.P.A.C.A., se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto administrativo y desaparecen al mismo tiempo tanto la potestad que tiene la administración para forzar su acatamiento, como el derecho del administrado de exigir su ejecución.

4. CASO CONCRETO

4.1. ¿ El oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017 está viciado de nulidad, porque presuntamente el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (i) resolvió extemporáneamente la solicitud de pérdida de ejecutoria; y, (ii) actuó en contraposición de lo previsto en el numeral 4 del artículo 91 del C.P.A.C.A. y excediendo sus facultades discrecionales, dado que estaba demostrado que la Resolución No. 2657 de 2013 perdió su ejecutoriedad, como quiera que se cumplieron las condiciones resolutorias contenida en ella?

- *De la extemporaneidad de la respuesta de la excepción de ejecutoriedad*

²³ "ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo."

En el caso concreto está demostrado que el **14 de noviembre de 2017** Flash Seguridad Ltda. solicitó, entre otras cosas, la declaración de pérdida de ejecutoriedad de la Resolución No. 2567 de 2013, de conformidad con el artículo 92 del C.P.A.C.A.²⁴

Dicha petición fue resuelta negativamente por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través de oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017²⁵, notificado el 13 de diciembre de 2017²⁶.

De acuerdo con el artículo 92 del C.P.A.C.A. la administración contaba con el término de 15 días para resolver sobre la pérdida de ejecutoriedad solicitada por la parte actora, esto es, hasta el 5 de diciembre de 2017; sin embargo, solo lo hizo hasta el 13 de diciembre siguiente, fecha en la que notificó el oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017.

Sin embargo, a juicio del Despacho tal desconocimiento del término no tiene la capacidad de viciar el acto administrativo²⁷, dado que el legislador no previó expresamente alguna consecuencia adversa para la entidad, como por ejemplo la pérdida de competencia temporal para emitir un pronunciamiento al respecto y/o la configuración de silencio administrativo positivo en favor del administrado, como sí lo ha hecho en otros asuntos como es el caso de los procedimientos administrativos sancionatorios.

Tampoco se advierte una afectación relevante de las garantías que componen el derecho fundamental al debido proceso, esto es, el núcleo esencial compuesto por juez natural, defensa o forma, como quiera que la sociedad demandante tuvo conocimiento de la decisión negativa y, aunque esta fue extemporánea, pudo oponerse a la misma en vía judicial.

- *De la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 2567 de 2013*

La parte actora afirma que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, la Resolución No. 2657 de 2013 perdió su ejecutoriedad, como quiera que se cumplieron las condiciones resolutorias contenidas en ella, consistentes en la falta de constitución de la garantía y de realizar el pago para hacer uso del espectro radioeléctrico.

²⁴ Págs. 31 a 34, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²⁵ Págs. 35 a 36, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²⁶ Pág. 11, archivo "05Folio62A191", carpeta "01CuadernoPrincipal".

²⁷ Según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, no toda irregularidad constituye causal de invalidez de los actos administrativos, sino que en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, la irregularidad debe ser grave. Ver entre otras, sentencias de 20 de septiembre de 2017, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00035-01(20890), C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E); 25 de septiembre de 2017, Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00069-01(20800), C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E); 15 de noviembre de 2017, Radicación número: 54001-23-33-000-2013-00140-01(22065), C.P. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez; y, 17 de mayo de 2018, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-03294-01(20360); C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Según el Consejo de Estado²⁸ por condición resolutoria debe entenderse, igual que en el derecho civil (art. 1536 C.C.), aquella cláusula dirigida a subordinar la eficacia jurídica al acaecimiento de un suceso futuro e incierto y por lo mismo va unida de modo estrecho con el contenido principal del acto administrativo, cuyo destino jurídico depende de la condición. En palabras de la Alta Corporación, esta figura aplicada *mutatis mutandis* al ámbito del acto administrativo "pendente conditione" entraña la extinción de pleno derecho de sus efectos jurídicos por disposición de la ley.

De conformidad con los artículos 1530 y ss. del Código Civil colombiano, la obligación condicional es la que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Esta condición puede ser positiva que consiste en acontecer una cosa, y negativa que corresponde a que una cosa no acontezca. Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado.

En el asunto bajo estudio, verificada la Resolución No. 2567 de 25 de julio de 2013, se advierte que allí se consignó lo siguiente:

*"ARTÍCULO PRIMERO – Otorgar permiso para el uso del espectro radioeléctrico a FLAS SEGURIDAD LTDA (...) hasta el 31 de diciembre de 2022 y asignar Expediente con Código No. 9700549, cuyo sistema operará de acuerdo con el área de servicio y cuadro de características técnicas de la red N° 021899 del 19 de junio de 2013, del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual forma parte integral de la presente resolución.
(...)*

*ARTÍCULO SEGUNDO – FLASH SEGURIDAD LTDA, con NIT. 900480593-9 y Expediente con Código No. 97000549 **se obliga a pagar** al Fondo de Tecnologías de la información y las Comunicaciones **como contraprestación por concepto del permiso otorgado**, la suma que resulte de la aplicación del Decreto 1161 de 2010 y las Resoluciones 290 de 2010 y 2877 de 2011, así como de las normas que los sustituyan, reglamente, modifiquen o adicionen.
(...)*

*ARTÍCULO TERCERO – El titular del permiso **se obliga a constituir y entregar el original de una garantía de cumplimiento** dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente Resolución, la cual debe estar referida al presente acto administrativo y encontrarse firmada por el garante y por el afianzado, anexando el recibo original de pago de los derechos de cobro del garante, de conformidad con los artículos 15 de la Resolución 2118 de 2011 y 9 de la Resolución 1588 y 663 de 2013.*

La garantía deberá constituirse a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...) el valor asegurado es de \$9.515.200 que cubre:

²⁸ Ver sentencias de 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; y de 12 de noviembre de 2009, Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00064-01, C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Obligaciones de pago, eventuales sanciones e infracciones.

En caso de que el permiso para el uso del espectro supere el término de un (1) año el asignatario deberá constituir garantías por plazos iguales o superiores dos (2) años sucesivos y sin solución de continuidad, ajustando anualmente su valor en el IPC a partir del segundo año.

PARÁGRAFO 1: La aprobación de la garantía se sujeta a los términos de la Resolución 2118 de 2011, no obstante, si transcurridos quince (15) días hábiles después de la presentación de la garantía, sin que se presente pronunciamiento expreso por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, esta se considera aprobada, sin perjuicio de que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pueda solicitar modificaciones, aclaraciones o adiciones, en cualquier tiempo.

*PARAGRAFO 2: El asignatario deberá descontar del valor exigido de la garantía para constituir la por un menor valor, el monto que cancele anticipadamente y que corresponda con las obligaciones de pago derivadas de las contraprestaciones económicas de que trata el literal a, subnumeral 3, contenido en el numeral 9.1.3 de la Resolución 663 de 2013. En todo caso estará obligado a garantizar el pago de las eventuales sanciones e infracciones a que se refieren los literales b. y c. del numeral 9.1.3 de la misma Resolución.
(...)” (Negrillas del Despacho)*

De lo citado es posible concluir que el contenido principal del acto administrativo en cuestión fue el **otorgamiento** del permiso para el uso del espectro radioeléctrico. Según el literal b) del artículo 4 del Decreto 1161 de 2010, el permiso es el acto administrativo que faculta a una persona natural o jurídica, pública o privada, para usar, explotar y/o gestionar total o parcialmente una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico, por un término definido. Por tanto, debe diferenciarse esta situación de la **materialización** propiamente dicha del referido permiso, esto es, de su utilización, la cual no fue regulada en dicha oportunidad.

En ese orden de ideas, la Resolución No. 2567 de 25 de julio de 2013 no estipuló condición resolutoria frente a la existencia y/o la extinción del permiso, derivadas del cumplimiento o no (i) del pago de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico; o, (ii) de la constitución de la póliza. Por el contrario, se advierte que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones únicamente constituyó obligaciones a cargo de Flash Seguridad Ltda. como consecuencia del permiso, pero no subordinó la existencia de este al cumplimiento de dichas obligaciones.

Sin embargo, el Despacho no pasa por alto que la parte actora alegó que la existencia de las condiciones resolutorias se desprendía de las normas que regulaban la materia, las mismas que fueron tenidas en cuenta como fundamento jurídico en la Resolución 2567 de 2013.

Al respecto, el Despacho advierte que la Ley 1341 de 2009²⁹ previó lo siguiente sobre la contraprestación:

“ARTÍCULO 13. La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del precio que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

La contraprestación económica de que trata este artículo deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico.” (Negrillas del Despacho)

En similares términos, la Resolución 2118 de 15 de septiembre de 2011³⁰ estableció:

*ARTÍCULO 16°.- CONTRAPRESTACIONES POR EL DERECHO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. **El otorgamiento del permiso para utilizar el espectro radioeléctrico da lugar al pago**, a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a cargo del titular del permiso **de una contraprestación** de conformidad con el Régimen Unificado de Contraprestaciones vigente al momento de la expedición del correspondiente acto administrativo de carácter administrativo por el cual se le otorga o modifica el permiso para uso del espectro asignado y aquellas normas que lo modifiquen, aclaren, reglamenten o deroguen. (...)”* (Negrillas del Despacho)

De las normas en cita es claro que, **la expedición del permiso para el uso del espectro radioeléctrico da lugar al pago de la contraprestación** y no al revés, esto es, que al sufragarse dicha contraprestación surja a la vida jurídica el permiso; por lo tanto, no es posible afirmar que el hecho que no se haya cumplido con la contraprestación tenga como consecuencia la inexistencia del permiso.

En igual sentido, ni de la Ley 1341 de 2009 ni del Decreto 1161 de 2010³¹ y la Resolución 290 de 2010³², modificada por la Resolución 2877 de 2011³³, se desprende que, de no pagarse la contraprestación, se extinga el permiso. Por el contrario, las normas en mención se limitan a señalar que

²⁹ Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

³⁰ Por la cual se establecen las condiciones, los requisitos y se determina el trámite para otorgar permisos para el uso del espectro radioeléctrico por el procedimiento de selección objetiva. Págs. 39 a 48, archivo “02DemandaYAnexos”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

³¹ Por el cual se dictan algunas disposiciones relacionadas con el régimen de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones y se derogan los Decretos 1972 y 2805 de 2008. Disponible en la página web <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39324>.

³² Por la cual se fija el monto de las contraprestaciones establecidas en los artículos 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones. Disponible en la página web https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion_mintic_0290_2010.htm.

³³ Por la cual se modifican y derogan algunos artículos de la Resolución 290 del 26 de marzo de 2010 y se dictan otras disposiciones. Disponible en la página web https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion_mintic_2877_2011.htm.

tal conducta omisiva dará lugar a la imposición de las respectivas sanciones por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y que también podrá ocasionar que dicha entidad cancele el permiso mediante acto motivado.

En ese orden, el permiso nace a la vida jurídica con la expedición del acto administrativo que lo concede, independientemente de si el beneficiario cumple o no con su obligación de pagar la respectiva contraprestación, y subsiste hasta tanto no se expida una decisión que determine su cancelación, por lo que solo hasta ese momento dejará de generar efectos jurídicos.

Ahora, en relación con la constitución de la garantía, la Resolución 2118 de 15 de septiembre de 2011³⁴, modificada por la Resolución 1588 de 16 de julio de 2012³⁵, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 15º - GARANTÍAS. De conformidad con el artículo 5 del Decreto 4392 de 2010, la Entidad podrá solicitar la constitución de una garantía de cumplimiento al asignatario del recurso cuando así se defina en el acto de apertura de cada procedimiento de selección objetiva específico de cada banda y/o frecuencia para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y aquellas que se generen como consecuencia del uso del permiso (...)

15.9. Prohibición para dar inicio al uso del espectro. Antes del inicio de uso del espectro el asignatario deberá constituir, entregar y recibir la aprobación de la garantía por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

(...)

15.14. Causal de terminación del permiso: **En caso de que el asignatario incumpla con alguna de las disposiciones establecidas en el presente artículo, en especial la obligación de constituir, mantener o prorrogar la garantía, según el caso, la Entidad podrá dar por terminado el permiso otorgado, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionatorio, la exigencia de las contraprestaciones y la exigibilidad del pago de la garantía, si a ello hubiere lugar.** (Negritas fuera de texto original)

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 4392 de 2010³⁶ establece:

*“Artículo 5º. Garantías de cumplimiento. Con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, **una vez otorgado el permiso, la entidad podrá solicitar al titular del mismo la constitución de garantías** cuya clase, valor y vigencia serán establecidos en el acto administrativo que ordene la apertura del procedimiento.” (Resaltos del Despacho).*

Conforme a lo anterior, es claro que, si bien el asignatario del permiso no puede hacer uso de este hasta tanto no constituya la garantía y la misma sea aprobada por la entidad demandada, lo cierto es que la falta de

³⁴ Págs. 39 a 48, archivo “02DemandaYAnexos”, carpeta “01CuadernoPrincipal”.

³⁵ Disponible en la página web https://mintic.gov.co/images/documentos/espectro_radioelectrico/seleccion_objetiva_espectro/resolucion_1588_de_16jul2012_seleccion_objetiva_mod_res_2118_de_2011.pdf.

³⁶ Por el cual se reglamenta la selección objetiva y la asignación directa por continuidad del servicio de que tratan los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009. Disponible en la página web <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1545597>.

constitución de la garantía dentro del término otorgado o en ningún tiempo, no implica *per se* la inexistencia del permiso, ni su extinción de pleno de derecho.

Tampoco se advierte que la última consecuencia se genere si el beneficiario del permiso hace uso de aquel sin constituir la garantía o sin que esta haya sido aprobada, sino que en estos casos y en el supuesto mencionado en el párrafo inmediatamente anterior, tales conductas pueden ser consideradas como causal de terminación de este, lo cual puede ser declarado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Entonces, al igual que ocurre con el pago de la contraprestación, la existencia y eficacia del permiso se derivan del acto administrativo que lo concede y no por la observancia o incumplimiento de las obligaciones impuestas en cabeza del beneficiario respecto a la constitución de la póliza.

En suma, es claro que **el permiso** para el uso del espectro radioeléctrico otorgada por el ente ministerial accionado mediante Resolución No. 2567 de 2013 a Flash Seguridad Ltda, no se encontraba subordinado al acaecimiento de un hecho futuro e incierto ni positivo ni negativo en relación con el pago de la contraprestación y/o la constitución de la garantía.

Por consiguiente, ante la inexistencia de condición resolutoria de la Resolución 2567 de 2013, no se configuró la causal de pérdida de ejecutoriedad de la misma prevista en el numeral 4 del artículo 91 del C.P.A.C.A. En ese orden, la parte actora no probó que el oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017 haya sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse o con falsa motivación.

- *Del exceso en el ejercicio la facultad discrecional*

En el presente caso la parte actora reprocha que la entidad accionada no haya emitido el acto de cancelación del permiso cuando estaba probado que se había incurrido en un incumplimiento que daba lugar al mismo, lo cual, a su juicio, excede la facultad discrecional con la que cuenta.

Según la Corte Constitucional³⁷ la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.

³⁷ Sentencia C-734 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Verificado el oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017, se advierte que la entidad demandada señaló que la cancelación del permiso es un poder potestativo del cual no se ha hecho uso, razón por la cual dicho permiso sigue existiendo.

En efecto, en el Decreto 1161 de 2010³⁸ y la Resolución 2118 de 15 de septiembre de 2011³⁹ se consagraron expresiones que le otorgan al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones un amplio margen de acción para decidir sobre la cancelación o no del permiso que concede. Así, las normas en mención hablan de que el ente ministerial “podrá” cancelar el permiso en caso de que se constate la falta del pago de la contraprestación o de la constitución de la garantía.

Sin embargo, a juicio del Despacho en este caso no se trata de una facultad discrecional ilimitada, dado que según el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 la sanción de cancelación del permiso no es la única que debe imponerse, sino que también puede castigarse con amonestación, multas, suspensión de la operación al público o caducidad del contrato. Para ello, el artículo 66 ibidem prevé los criterios deben tenerse en consideración para escoger entre una u otra sanción.

Siguiendo esa línea, de acuerdo con las Resoluciones 260 de 2010⁴⁰ y 2118 de 2011, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones también puede exigir el pago de las contraprestaciones determinando el valor adeudado mediante acto administrativo.

Es decir, en estos casos, el legislador estableció los parámetros conforme a los cuales debe determinarse la procedencia de dicha sanción o de alguna menos gravosa.

Ahora, el Despacho no pasa por alto que al parecer la entidad demandada no hizo uso de su facultad sancionatoria en el caso de la contraprestación, sino que optó por medidas menos drásticas como lo es

³⁸ “Artículo 8°. Sanción por no autoliquidar. El incumplimiento de la obligación de presentar autoliquidaciones, esto es no presentarlas dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento del plazo establecido para el efecto, será objeto de una multa equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de las contraprestaciones no autoliquidadas. En todo caso, el valor de la multa no podrá ser inferior al equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
(...)”

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **podrá imponer la sanción de cancelación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico cuando el titular del mismo no cumpla con el pago de las contraprestaciones** a su cargo dentro de los 180 días siguientes al vencimiento del plazo estipulado para el pago.”

³⁹ “ARTÍCULO 15° - GARANTÍAS. De conformidad con el artículo 5 del Decreto 4392 de 2010, la Entidad podrá solicitar la constitución de una garantía de cumplimiento al asignatario del recurso
(...)”

15.14. Causal de terminación del permiso: **En caso de que el asignatario incumpla con alguna de las disposiciones establecidas en el presente artículo, en especial la obligación de constituir, mantener o prorrogar la garantía, según el caso, la Entidad podrá dar por terminado el permiso otorgado, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionatorio, la exigencia de las contraprestaciones y la exigibilidad del pago de la garantía, si a ello hubiere lugar.**” (Negritas fuera de texto original)

⁴⁰ “ARTÍCULO 11. VERIFICACIÓN DE LAS AUTOLIQUIDACIONES. <Artículo modificado por el artículo 5 del Resolución 2877 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>
(...)”

PARÁGRAFO. Si transcurridos tres (3) meses a partir del vencimiento del plazo para presentar las autoliquidaciones, el proveedor y/o titular no lo ha hecho, **el Ministerio determinará el valor de la contraprestación mediante acto administrativo, incluyendo las sanciones e intereses moratorios a que haya lugar, calculados hasta la fecha efectiva del pago.**”

el cobro forzado de las obligaciones monetarias; así mismo, que superó el término con que contaba para ejercer la facultad sancionatoria por la falta de constitución de la garantía⁴¹.

Sin embargo, tales circunstancias no inciden en la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución No. 2567 de 2013, sino que únicamente generan consecuencias adversas que eventualmente debe soportar el ente ministerial, por ejemplo, la pérdida de la competencia temporal para sancionar.

Por tanto, se reitera, conforme a la normatividad estudiada que, en ningún caso puede entenderse que la cancelación del permiso acaeció de pleno derecho ante el silencio de la entidad demandada, habida cuenta que ni el pago de la contraprestación ni la constitución de la garantía eran condiciones resolutorias del permiso y, para la extinción de este se requería de la manifestación expresa de la cartera ministerial a través de acto administrativo motivado lo cual no ocurrió.

En suma, la parte actora no acreditó que el oficio No. 1116783 de 11 de diciembre de 2017 esté viciado de nulidad, de tal suerte que fuerza negar las pretensiones de la demanda.

5. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, frente a lo cual este Despacho entiende, que la obligación que se impone por parte de la norma únicamente está dada a que se lleve a cabo un análisis para establecer si procede o no una condena en tal sentido.

Así las cosas, acogiendo el criterio planteado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴², se tiene que el artículo 103 del C.P.A.C.A. dispone que uno de los fines de los procesos que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico, motivo por el cual, para que proceda una condena en costas, no es posible tener únicamente el criterio de ser parte vencida en el proceso, sino que además deberán consultarse criterios que permitan evidenciar que en todo caso, se acudió a la jurisdicción sin motivos suficientes para ello, lo cual no se acredita en este caso.

Sumado a esto, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso⁴³, en el expediente no

⁴¹ Mediante auto 673 de 27 de julio de 2016, inició investigación administrativa y elevó pliego de cargos en contra de Flash Seguridad Ltda., por la presunta comisión de la infracción descrita en el numeral 4 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, del artículo 6 del Decreto 4392 de 2010, el artículo 15 de la Resolución No. 2118 de 2011 y el artículo 3 de la Resolución 2567 de 2013. Págs. 18 a 22, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

Sin embargo, a través de Resolución No. 1936 de 25 de julio de 2017, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones decidió no sancionar a Flash Seguridad Ltda. con fundamento en que había perdido la competencia temporal para el efecto. Págs. 23 a 25, archivo "02DemandaYAnexos", carpeta "02AnexoAntecedentesAdministrativos".

⁴² Consultar sentencia de 30 de enero de 2019 proferida dentro del proceso No. 11001333603620150001502. M.P. María Cristina Quintero Facundo.

⁴³ Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: ... 8. Solo habrá

aparecieron causados y probados los gastos en que pudo incurrir la parte demandada con ocasión de su defensa⁴⁴.

6. OTRAS DETERMINACIONES

Se encuentra que el abogado Luis Alejandro Neira Sánchez, presentó renuncia al poder que le fue otorgado para representar judicialmente al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴⁵. Al respecto, el inciso 4° del artículo 76 del C.G.P. señala que “la renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”, requisito que no fue acreditado por el profesional del derecho, razón por la cual no se le aceptará la renuncia al mandato.

Si bien el profesional del derecho en mención manifestó que la renuncia se presentaba en virtud a que el 31 de diciembre de 2021 terminó el vínculo contractual que tenía con la entidad, lo cierto es que tampoco acreditó tal circunstancia.

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

TERCERO: NO ACEPTAR la renuncia al mandato presentada por el abogado Luis Alejandro Neira Sánchez, conforme a lo expuesto.

CUARTO: DEVOLVER a la parte demandante el remanente que hubiese a su favor, previa liquidación por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

QUINTO: Ejecutoriada la Sentencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

⁴⁴ Al respecto, véanse las siguientes sentencias del Consejo de Estado: **1.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00022-01 (22160), Actor: Drummond Ltda., Demandado: Municipio de Becerril del Campo – Cesar, **2.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., cinco (05) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01278-00(REV.), Actor: Margélica de Jesús Vda. de Parra, Demandado: Municipio de Quibdó – Chocó y **3.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sala 27 especial de decisión, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), Recurrente: Carlos Ossa Escobar (Q.E.P.D.), Accionado: La Nación – Contraloría General de la República.

⁴⁵ Archivo “14RenunciaPoderMinTic”.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021, deberán enviar un ejemplar de sus actuaciones a los correos electrónicos de los demás sujetos procesales e intervinientes en el proceso, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P.

PARÁGRAFO: Los memoriales dirigidos al presente proceso, deberán ser remitidos en medio digital, **ÚNICAMENTE** al correo electrónico de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos **correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co**, para su registro en el sistema informático Siglo XXI, **sin que sea necesaria** la radicación física de los documentos ni el envío al correo electrónico de este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN
Juez

LGBA

Firmado Por:

Lalo Enrique Olarte Rincon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9e3e92415088f4f214202eef7c9451b6cd1d85a5cdfb39273cdf16b24ffc0c7a**

Documento generado en 31/03/2022 09:00:41 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>