

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Providencia: Junio 14 de 2022, Referencia: Rad. 11001-03-06-000-2022-00075-00 (2477)

“La Sala debe resolver si resulta viable que el Ministerio de las TIC otorgue permisos temporales directos de uso de espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas para la explotación comercial de este recurso en relación con las frecuencias superiores a 3 GHz, dada la disponibilidad del espectro en esta categoría, así como los potenciales beneficios que se derivarían de su uso.

Asimismo, si deben ser considerados, o no, dentro de los topes máximos de espectro establecidos para los

Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones por banda.

Para dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: 1. Consideraciones generales de la Ley 1341 de 2009: la regulación de las TIC, de los servicios de telecomunicaciones y del ERE; 2. La regla general de selección objetiva prevista por la ley para la asignación

del ERE; 3. La excepción a la regla de selección objetiva prevista en la Ley 1341 de 2009 para la asignación del ERE. La jurisprudencia de la Corte Constitucional; desarrollo reglamentario y resoluciones del MinTIC. 4. Los topes máximos para la asignación del ERE y la fórmula para su contabilización.

1. Consideraciones generales de la Ley 1341 de 2009: la regulación de las TIC, de los servicios de telecomunicaciones y del ERE

1.1. Ámbito de aplicación de la Ley 1341 de 2009

La Ley 1341 de 2009 introduce las bases para adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a la convergencia tecnológica que caracteriza actualmente el mundo de las comunicaciones⁷, la cual está impulsada por la conectividad global que ofrece el mundo de internet.

Antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009, las telecomunicaciones, como servicio público, tenían un régimen jurídico propio enmarcado en el Decreto Ley 1900 de 1990⁸, y en las Leyes 37 de 1993⁹, 142 de 1994¹⁰ y 555 de 2000¹¹. Por su parte, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), no tenían un régimen jurídico autónomo y por ende, correspondían en general a una actividad económica regida por las leyes del mercado y de la competencia¹².

En este contexto, la nueva normativa pasó de un régimen jurídico de las telecomunicaciones, a un régimen que regula el marco general para el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no solo desde la perspectiva de los servicios (entre ellos los de telecomunicaciones), sino como instrumento necesario para garantizar el acceso a la Sociedad de la Información y del Conocimiento, como objetivo buscado por el legislador para expedir el régimen convergente de las TIC y las telecomunicaciones contemplado en la Ley 1341 de 2009.

Así, el artículo 1° de la ley dispuso lo siguiente:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y

vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información. [...].

Artículo 3°. Sociedad de la información y del conocimiento. El Estado reconoce que el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento.

Por su parte, la ley incorporó la siguiente definición de TIC:

Artículo 6°. Definición de TIC. Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

Así, de acuerdo con la Ley 1341 de 2009, las TIC involucran bienes que permiten diferentes servicios, los que a su vez incorporan las actividades de compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información. En este caso, la información puede corresponder a voz, texto, video e imágenes.

Toda vez que la definición de TIC incluye la actividad de transmisión de la información, en este concepto están comprendidos los servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, la Resolución 202 de 2010, mediante la cual el MinTIC introdujo el glosario de definiciones del sector TIC, en cumplimiento del mandato establecido por el art. 6° de la Ley 1341 de 2009¹³, definió las telecomunicaciones y los servicios de telecomunicaciones de la siguiente manera:

Artículo 1°: Para efectos de la interpretación de las normas del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se adoptan las siguientes definiciones, acordes con los postulados de la UIT: [...]

Telecomunicación: Toda emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

[...] Servicios de telecomunicaciones: Servicios ofrecidos por los proveedores de redes y servicios para satisfacer una necesidad específica de telecomunicaciones de los usuarios.

Proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones: Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia, todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición.

Así, las TIC corresponden al concepto genérico, y dentro de esta categoría están comprendidos, entre otros, los servicios de telecomunicaciones y los bienes necesarios para su prestación.

Bajo este presupuesto, es importante señalar que, aunque la Ley 1341 de 2009 reguló en términos generales las TIC, realmente incorporó dos modelos regulatorios distintos:

a. Un conjunto de principios dirigidos a promover y garantizar el desarrollo y acceso a los bienes o recursos de las TIC y a los servicios de TIC en general (art. 2°), gobernados por un régimen de libre competencia con la intervención del Estado para lograr los fines de la ley (art. 4°). Por lo tanto, se trata de actividades económicas que se desarrollan en un régimen de mercado, en el cual la intervención estatal debe analizarse a la luz de los arts. 33314 y 33415 de la Carta.

b. Un régimen de los servicios de telecomunicaciones, que atendiendo su calificación de servicio público implica una mayor intervención del Estado y unas obligaciones especiales

para los proveedores de tales servicios y, asimismo, un régimen particular de los bienes necesarios para su prestación, en especial, los bienes escasos como el espectro radio- eléctrico (en adelante ERE) 16.

1.2 El régimen de los servicios de telecomunicaciones y de los bienes necesarios para su prestación en la Ley 1341 de 2009.

Para los efectos de la presente consulta, la Sala considera importante destacar que la Ley 1341 de 2009 distinguió el régimen general de los servicios de telecomunicaciones, del régimen de los bienes necesarios para su prestación.

Régimen de los servicios de telecomunicaciones

Se resaltan las siguientes características de este régimen:

Aunque no introdujo una definición de los servicios de telecomunicaciones, tarea que definió al reglamento 17, la ley calificó la provisión de estos servicios como un servicio público bajo la titularidad del Estado (Art. 10).

Esta calificación comporta una diferencia sustancial del régimen de las telecomunicaciones con los demás servicios y bienes vinculados a las TIC, pues implica una intervención especial del Estado en la prestación de estos servicios, en los términos de los artículos 365 y 370 C.P.

Art. 365 C.P: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. 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. [...].

Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Como se observa, estas normas consagran el rol del Estado regulador, en virtud del cual el Estado tiene la titularidad de estos servicios, aunque, por regla general, los presta de manera indirecta, a través de terceros. En esta medida, al Estado le corresponde, fundamentalmente, mantener la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos y garantizar su finalidad social, sin perjuicio de que pueda prestarlos directamente.

Ahora bien, la Ley 1341 de 2009 no estableció una clasificación legal expresa de los servicios de telecomunicaciones¹⁸ (como la concebida por el régimen enmarcado en el Decreto Ley 1900 de 1990), y como regla general eliminó el título de concesión por contrato o licencia que existía para cada tipo de servicio, como una barrera de entrada al mercado, y el pago por su otorgamiento de diferentes contraprestaciones para cada uno de estos, eliminando la asimetría regulatoria existente hasta entonces en esta materia.

En su lugar, el nuevo régimen jurídico consagró:

Una habilitación general para prestar los servicios de telecomunicaciones (Art. 1019) y, por ende, un modelo de gestión de competencia sustentada en un marco regulatorio y una actuación administrativa que preserve el principio de igualdad de oportunidades.

La obligación de todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de inscribirse en el Registro de TIC, incluidos los titulares de permisos para el uso de recursos escasos (Art. 1520) y,

El pago de una contraprestación periódica a favor del Fondo de las TIC, por los ingresos brutos recibidos por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (Art. 1021 y 3622)²³.

En este sentido, en el Decreto 542 de 2014, compilado por el Decreto 1078 de 2015, Único Reglamentario del que configuran la contraprestación periódica que deben pagar los proveedores de redes y de servicios de telecomunicaciones”, señaló:

Artículo 2°. Hechos que generan la contraprestación periódica. La contraprestación periódica de que tratan los artículos 10 y

36 de la Ley 1341 de 2009 se causa por la provisión de redes de telecomunicaciones, la provisión de servicios de telecomunicaciones o la provisión de unas y otros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

[...] Se entiende por provisión de servicios de telecomunicaciones la responsabilidad de suministrar a terceros la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones, sean estas propias o de terceros [...].

Así las cosas, la Ley 1341 de 2009 atribuye al Estado la titularidad de los servicios de telecomunicaciones y, al mismo tiempo, establece una habilitación general para la prestación de estos servicios. La doctrina no ha sido pacífica sobre una eventual contradicción en este sentido²⁴.

En todo caso, la calificación de servicio público de los servicios de telecomunicaciones se materializa en obligaciones impuestas a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (en adelante PRST), como expresión de la intervención del Estado en esta actividad.

En concordancia con lo anterior, la ley señaló una serie de funciones de la CRC, a la cual le corresponde el rol más importante en la intervención del Estado²⁵, esto es, regular los servicios de telecomunicaciones, con la finalidad de promover la competencia y maximizar el bienestar de los usuarios. Para ello, la ley le atribuye las funciones de reglamentar la interconexión de redes y acceso entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y sus instalaciones esenciales; resolver, en el marco de sus competencias, las controversias que se susciten entre los PRST, facultad que no puede ser limitada o afectada por acuerdos entre estos proveedores (Art. 22, numerales 2, 3 y 9 respectivamente) ²⁶, y expedir un régimen de protección de los usuarios de telecomunicaciones (Art. 53).

De igual manera, la ley incorporó un régimen jurídico mínimo de protección al usuario exclusivamente en lo que se refiere a servicios de comunicaciones (Arts. 53 - 54).

Régimen de los bienes necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones

En forma similar a lo que sucede entre los servicios de TIC y los servicios de telecomunicaciones, el concepto de redes involucra el ERE. Sin embargo, por la importancia y la caracterización del ERE como recurso escaso, la ley le atribuyó un régimen especial.

En efecto, el artículo 1° de la Resolución 202 de 2010, del MinTIC, define la red de telecomunicaciones de la siguiente manera:

Artículo 1°. Para efectos de la interpretación de las normas del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se adoptan las siguientes definiciones, acordes con los postulados de la UIT:

[...] Red de telecomunicaciones: Conjunto de nodos y enlaces alámbricos, radioeléctricos, ópticos u otros sistemas electromagnéticos, incluidos todos sus componentes físicos y lógicos necesarios, que proveen conexiones entre dos (2) o más puntos, fijos o móviles, terrestres o

espaciales, para cursar telecomunicaciones. Para su conexión a la red, los terminales deberán ser homologados y no forman parte de la misma.

Conforme se deduce de esta disposición, el ERE hace parte del concepto de red de telecomunicaciones, porque se trata de un bien que permite cursar y transmitir las señales de telecomunicaciones.

En cuanto al régimen general de las redes de telecomunicaciones, en forma similar a lo sucedido con los servicios de telecomunicaciones, la Ley 1341 estableció su habilitación general, con la respectiva obligación del proveedor de realizar el registro de TIC²⁷ y el cumplimiento de unos requisitos mínimos técnicos que permitan su futura interconexión con características de red abierta.

Por el contrario, el ERE, calificado por la ley como recurso escaso, requiere una asignación por parte del Min-TIC, previo proceso de selección objetiva, en los términos de los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

En síntesis, el régimen de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se encuentra regulado por la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.

2. La selección objetiva prevista por la Ley 1341 de 2009 para la asignación del ERE

Es importante precisar que, de conformidad con el régimen legal actual, le corresponde al MinTIC la asignación, gestión, planeación y administración del ERE, y a la Agencia Nacional del Espectro (ANE), su gestión técnica, la asesoría al MinTIC para el diseño y formulación de políticas y planes, el estudio y propuesta de los parámetros para la valoración por el derecho al uso de este bien, la estructura de contraprestaciones, y su vigilancia y control, de conformidad con lo previsto en los artículos 17 y 26 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.

2.1. Las garantías de igualdad de acceso y prevención de prácticas monopolísticas en la asignación del ERE previstas en la Constitución Política

El espectro ERE²⁸ es una parte del espectro electromagnético²⁹, que constituye el elemento esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones³⁰, como los servicios de telefonía móvil, de radiodifusión sonora y televisión abierta radiodifundida, y que según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) va desde una frecuencia de 3 KHz hasta 3.000 GHz, divididas en nueve bandas de frecuencia, de acuerdo con el tipo de servicio.

En esta medida, es importante recordar que el espectro electromagnético es definido por el artículo 75 de la C.P., así:

El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

En relación con las garantías de igualdad de oportunidades para acceso al uso del espectro y de intervención del Estado para evitar prácticas monopolísticas, consagradas en este artículo, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

Existen dos elementos adicionales que justifican una mayor intervención Estatal en el acceso al espectro electromagnético: su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo de actividades informativas. Una de las bases del Estado Social de Derecho, más allá de la importancia que sobre el particular adquiere la defensa de la igualdad material y de la libre competencia, es la consagración de valores democráticos que encuentran pleno asidero en la regulación de la información y su acceso.

En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de reglamentación o la asignación arbitraria de los recursos que sirven de insumo en la actividad informativa, no sólo deplora la igualdad en la prestación del servicio, sino también los más íntimos valores democráticos de una determinada comunidad.

Si bien el recurso del que trata el artículo 75 de la Carta puede ser aprovechado por particulares, -en ejercicio de las libertades económicas que la misma Carta garantiza-, dicha facultad no está desprovista de límite. De hecho, se consagra la obligación de las autoridades públicas de evitar prácticas monopolísticas que minen valores fundamentales como el pluralismo informativo y la libertad de competencia -supuesto que también garantiza la Constitución en el artículo 333. Es así como se entiende que la disposición precitada no sólo protege la utilización del espectro electromagnético, sino que introduce en la ecuación constitucional el elemento de la igualdad y de la libre competencia, las cuales deberán ser tuteladas por el Estado mediante acciones positivas, tales como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en la utilización del espectro electromagnético por parte de uno o algunos particulares o las prácticas monopolísticas.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-711 de 199633, precisó que, de acuerdo con las garantías previstas en el art. 75 C.P., la libertad de configuración del legislador en la determinación de los mecanismos que le permiten a los operadores acceder al uso del ERE no puede promover prácticas monopolísticas. En específico, la Corte afirmó lo siguiente:

(L)e corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiriera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto. .

Asimismo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-815 de 2001, al estudiar la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, “por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”, estableció lo siguiente:

Por virtud del derecho fundamental a la igualdad que se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política, todos los ciudadanos tienen la posibilidad (libertad) de acceder, en igualdad de condiciones a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado.

De manera específica, en el artículo 75 de la Constitución Política, se dispone que “se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso” al uso del espectro electromagnético en los términos que fije la ley. En razón de ese mandato, cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurren particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar.

Conclusiones

Es claro que la garantía constitucional de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del ERE contenida en el artículo 75 de la Carta Política, ha sido materia de especial desarrollo por la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, de la cual se pueden extraer las siguientes conclusiones que resultan pertinentes para la materia objeto de la consulta:

i. La igualdad y la libre competencia en la asignación del ERE deben ser tuteladas por el Estado mediante acciones positivas, como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en su utilización por parte de uno o algunos PRST.

ii. Las libertades de empresa y libre iniciativa privada son protegidas en la Constitución Política y no admiten exclusión por el hecho de que el particular preste un servicio público, siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio.

iii. Las garantías constitucionales de igualdad en el acceso al uso del ERE y la intervención del Estado para prevenir prácticas monopolísticas en su asignación y, por lo tanto, promover la libre competencia, implican que todos los posibles interesados, que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera requerida, puedan participar en el proceso de selección para la asignación del espectro mediante permiso, en condiciones de igualdad, no discriminación y libre competencia.

Esto es, sin que se establezcan condiciones o privilegios entre los competidores y se evite un acaparamiento o concentración del espectro por algunos de estos, y por ende, para que la prestación de servicios de telecomunicaciones que requieren este recurso se cumpla bajo un modelo de gestión de competencia.

2.2. Contenido y finalidad de la regla de selección objetiva prevista en la Ley 1341 de 2009 para asignar el ERE

El artículo 1° de la Ley 1341 de 2009 estableció como objeto de la ley, entre otros, el uso eficiente de las redes y del ERE, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de estos recursos.

Por su parte, el artículo 2° ibidem estableció entre los principios orientadores de la ley, la promoción por parte del Estado de la libre competencia en el sector de las TIC y, simultáneamente, la exigencia de hacer un uso eficiente de los recursos escasos para su efectivo aprovechamiento, con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios:

Artículo 2°. Principios orientadores. [...]

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

Son principios orientadores de la presente ley:

[...] 2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y

eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

[...]

4. Protección de los derechos de los usuarios. El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones.

[...]

Asimismo, el texto original del artículo 7° de la Ley 1341 de 2009 establecía lo siguiente:

Artículo 7°. Esta ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Posteriormente, con la modificación introducida por el artículo 6° de la Ley 1978 de 2019, la disposición quedó así:

Artículo 7°. Esta Ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la protección de los usuarios, la garantía y promoción de la libre y leal competencia y la promoción de la inversión.

La Sala debe resaltar que la promoción de la inversión es fundamental en un sector que demanda alta tecnología y recursos y que se caracteriza por su convergencia. Sin embargo, en lo que compete al servicio público de telecomunicaciones y los demás servicios TIC, sometidos a un régimen especial de intervención del Estado, deben prevalecer los principios vinculados directamente con el interés general, como son los atinentes a la protección del usuario y al modelo de gestión de libre competencia.

Esta interpretación de los artículos 2° y 7° de la Ley 1341 de 2009, resulta ser la más adecuada y conforme a los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política, en la medida en que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.

Por su parte, el artículo 4° de la ley previó la intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones, para garantizar el cumplimiento de diferentes fines, entre ellos:

[...] 5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.

6. Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a poblaciones vulnerables.

7. Numeral modificado por el artículo 4° de la Ley 1978 de 2019. Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán jurídica y económicamente por los daños causados a las infraestructuras.

8. Promover la ampliación de la cobertura del servicio. [...].

Asimismo, el numeral 6 del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009, actualmente modificado por el artículo 14 de la Ley 1978 de 2019, estableció que es función del Ministerio:

Asignar el espectro radioeléctrico con fundamento en estudios técnicos y económicos, con el fin de fomentar la competencia, la inversión, la maximización del bienestar social, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas.

Ahora bien, en consonancia con estos principios y reglas, que ordenan promover el adecuado y eficiente aprovechamiento de los recursos escasos y la obligación del Estado de garantizar la oportunidad en su acceso, la promoción de la libre competencia y la prevención de las prácticas monopolísticas, el Título II de la Ley 1341 de 2009 calificó el ERE como un recurso escaso³⁴ y, en tal virtud, el artículo 11 ibidem estableció que el acceso a su uso debía ser autorizado por el MinTIC, a través de un permiso otorgado como resultado de un proceso de selección objetiva, que debe realizarse previa convocatoria pública y con las garantías exigidas por la ley.

Lo anterior, en consonancia con lo previsto en el artículo 72 de la misma normativa, y salvo los casos excepcionales previstos en los textos originales de las citadas normas, las cuales fueron declaradas parcialmente inexequibles por la Corte Constitucional³⁵.

Por la importancia que las referidas normas legales y sus modificaciones tienen para el desarrollo del presente concepto, se transcriben a continuación, así: primero, las normas originales de la Ley 1341 de 2009 y, con posterioridad, las normas actuales, según las modificaciones introducidas por la Ley 1978 de 2019.

Textos originales de la Ley 1341 de 2009 sobre la asignación del ERE

En cuanto a la obligación de la selección objetiva y sus excepciones para asignar el ERE por parte del MinTIC, el artículo 11 señalaba:

Art. 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes.

En aquellos casos en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la

cobertura³⁶, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa. [...].

Por su parte, el texto original del artículo 72 *ibidem* confirmó la regla de selección objetiva para la asignación del ERE con pluralidad de interesados, así:

Artículo 72. Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

Cuando prime el interés general, la continuidad del servicio, o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa³⁷. [...]

Sobre las excepciones previstas en esta disposición, salvo la que atañe a la continuidad del servicio, las demás fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010. Sobre este punto, regresará la Sala más adelante.

Textos actuales de las normas de la Ley 1341 de 2009 sobre asignación del ERE, según las modificaciones introducidas por la Ley 1978 de 2019

Ahora bien, es importante destacar que con las modificaciones introducidas a la Ley 1341 de 2009, por la Ley 1978 de 2019³⁸, el objetivo de maximización de recursos para el Estado en la asignación del ERE fue sustituido por el de fomento de inversión en infraestructura y maximización del bienestar social, en los siguientes términos:

Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. Modificado por el artículo 8° de la Ley 1978 de 2019. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, que fomenten la inversión en infraestructura y maximicen el bienestar social, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en que prime la continuidad del servicio, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa, únicamente por el término estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva. [...].

[...] Parágrafo 3°. Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo

con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa.

[...]

Art. 72. Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados. Modificado por el artículo 29 de la Ley

1978 de 2019. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización

del bienestar social, la cual incluye recursos para promover la inclusión digital, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico deberán someterse a las siguientes reglas: [...].

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar el bienestar social, la cual incluye recursos para promover la inclusión digital, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta, que atiendan a criterios como la masificación del acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios. [...].

De acuerdo con las disposiciones transcritas, la Sala estima importante realizar las siguientes consideraciones:

i. El artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 estableció el acceso al ERE a través de un acto administrativo del MinTIC mediante el cual se otorga el permiso para el uso de este recurso. Por lo tanto, el proceso de selección objetiva no conduce a la celebración de un contrato estatal, sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni a los procesos de selección de contratistas que este regula. Estos últimos, caracterizados por su naturaleza reglada, con etapas y requisitos estrictos que debe seguir la Administración a efectos de escoger a sus contratistas.

ii. Por su parte, la asignación del ERE debe adelantarse, por regla general, mediante un mecanismo de selección objetiva, previa una convocatoria pública, conforme a unos requisitos mínimos previstos en la ley, que deben ser dispuestos por la Administración con cierto margen de discrecionalidad a la hora de regular los procedimientos de asignación del espectro. Lo anterior, en el marco constitucional de las reglas de igualdad de oportunidades en su uso y de evitar su concentración y prácticas monopolísticas.

iii. En efecto, la Ley 1341 de 2009 y sus respectivas modificaciones solo se ocupan: por una parte, de algunas reglas mínimas que debe cumplir la Administración para realizar la selección objetiva del contratista, tales como la exigencia de realizar una convocatoria pública y la enunciación de la subasta como una tipología de los procesos de selección a los que puede recurrir la Administración.

iv. En todo caso, dichos procesos deben encontrarse en consonancia con los principios y garantías previstos en la Constitución Política (artículo 75) y con la Ley 1341 de 2009 y sus modificaciones, en relación con el uso y la asignación del espectro, lo cual conforma el marco que debe tener en cuenta el Gobierno nacional y la actuación concreta de la Administración al momento adelantar los procesos para la asignación del ERE.

Así, de acuerdo con lo establecido por la Ley 1341 de 2009, los referidos procesos deben garantizar y propender por los siguientes principios y objetivos:

Igualdad de acceso al uso del ERE (art. 2° de la Ley 1341 de 2009); Prevención de prácticas monopolísticas (art. 2° de la Ley 1341 de 2009);

Promoción del pluralismo informativo y la libre competencia (art. 2° de la Ley 1341 de 2009);

Uso eficiente de este bien escaso (artículo 2° de la Ley 1341 de 2009);

Maximización del bienestar social en la asignación del ERE (artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, modificados por la Ley 1978 de 2019).

Todo lo anterior, en garantía del interés general, representado en la satisfacción y protección de los usuarios.

De manera adicional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 29 de la Ley 1978 de 2019, es claro que la selección objetiva a que se refiere dicha norma tiene como finalidad garantizar la transparencia en la asignación del espectro radioeléctrico a todos los PRST.

v. Cabe resaltar que, si bien el otorgamiento de permisos para el uso del ERE no comporta la celebración de un contrato estatal y, por tanto, no está sujeto a los estrictos procedimientos regulados por la ley para la selección objetiva de los contratistas del Estado⁴⁰, es claro que en ambos casos se debe garantizar el respeto a los tres principios básicos que deben orientar el proceso de selección adelantado por la Administración: igualdad de oportunidades de todos los interesados, libre concurrencia y transparencia, en los términos fijados por la ley.

En efecto, la selección objetiva ha tenido un amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aunque referida a un objeto distinto al de la asignación de permisos para el uso del ERE, como son los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993.

Esta corporación ha señalado que la selección objetiva del contratista se traduce en un fin, “pues, apunta a un resultado, cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación⁴¹”.

En esta medida, también ha indicado que la selección objetiva se encuentra estrechamente vinculada con los principios de igualdad de oportunidades y libre concurrencia, pues estos se constituyen en presupuestos para que sea escogida la mejor propuesta, en protección del interés general⁴². En consecuencia, se exigen reglas claras y públicas para la escogencia del contratista, que no atenten contra el principio de igualdad y no discriminación, ni restrinjan injustificadamente la concurrencia de los interesados.

Asimismo, ha establecido que la selección objetiva del contratista materializa y encuentra justificación en otros principios orientadores de la actividad contractual, en especial, el de transparencia, así:

La aplicación de dicho principio [se refiere a la transparencia] implica que dicha escogencia se efectúa siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. [...]

Así pues, las entidades estatales honrarán el principio de selección objetiva siempre que cumplan el deber legal de aplicar rigurosamente los criterios de selección y su respectiva ponderación, los cuales, a su vez, deben haber sido establecidos en forma clara, precisa y detallada en el pliego de condiciones. [...].

vi. Ahora bien, en relación con la convocatoria pública que exige el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, para realizar la selección objetiva a través de la cual la Administración asigna el ERE, resulta oportuno tener en cuenta las características que se han atribuido a esta figura, a propósito de su distinción con el concurso público.

Al respecto, aunque en un ámbito jurídico distinto, como lo es el laboral, pero predicable en su contenido conceptual de convocatoria pública, esta Sala señaló lo siguiente en anterior oportunidad⁴⁴:

El concepto de convocatoria pública: comparte en lo sustancial los elementos propios del concurso público de méritos, salvo por el hecho de que no existe un orden de elegibilidad dentro de la lista de seleccionados.

[...] Pues bien, según la Ley 909 de 2004 (régimen general del empleo público), el concurso público de méritos es un procedimiento de selección de servidores públicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito: como quiera que su objetivo es la búsqueda de las personas más capacitadas e idóneas para el ejercicio del cargo ofrecido, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público, es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente, no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público (artículo 125 C.P.).

De acuerdo con la misma Ley 909 de 2004 y de otras leyes especiales que regulan concursos de méritos para la provisión de diversos empleos públicos los concursos siguen en esencia unas etapas básicas de convocatoria y reclutamiento, evaluación de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformación de listas de elegibles. Además, como ha reiterado la jurisprudencia, es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo:

“La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias’.

[...]

Ahora bien, en el caso consultado los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 2 de 2015 al utilizar la expresión “convocatoria pública” optó por un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio de mérito), se diferencia de estos en que al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados. Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección.

Como se observa, la convocatoria pública se traduce en una garantía de los principios de libre concurrencia, publicidad, transparencia, objetividad, eficiencia y eficacia, pero en esencia, no comporta la elección de quien ocupe el primer lugar, luego de la respectiva evaluación.

Para el entendimiento y aplicación de este concepto en el marco del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, se debe tener en cuenta que dicha convocatoria tiene como objetivo lograr una selección objetiva para la asignación del ERE. Con todo, hace notar la Sala que, dada su importancia y la calificación de recurso escaso del ERE, el proceso de selección objetiva y la convocatoria pública deben tener como finalidad evitar la concentración y las prácticas monopolísticas en el uso de este bien.

Por esta razón, a diferencia de lo que sucede con la selección objetiva del contrato estatal, en estos procesos el Estado no estará orientado a escoger a un solo contratista o colaborador de la Administración (para la realización de una obra o la prestación de un servicio), sino a garantizar el acceso al uso del ERE por parte de todos aquellos interesados que reúnan las condiciones y calidades exigidos, en un plano de competencia y sin que exista acaparamiento de este recurso por parte de uno o varios operadores. Justamente, para esto último se prevén los toques máximos para la asignación del ERE, sobre los cuales regresará la Sala más adelante.

vii. Resulta importante resaltar que el artículo 72 de esta Ley establece las reglas que deben aplicarse en el proceso de selección objetiva, entre ellas, determinar en forma previa que exista un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente, lo cual no fue objeto de reproche constitucional en la Sentencia C-403 de 2010.

Por ende, y como bien lo anota parte de la doctrina⁴⁵, adelantar el proceso de convocatoria pública para la selección objetiva presupone la existencia de una demanda de diferentes interesados en las porciones de espectro de las bandas correspondientes.

Al fin y al cabo, según el artículo 75 C.P. se pretende como finalidad el aprovechamiento racional, eficaz y económico del recurso y asegurar que todos los interesados tengan igualdad de oportunidades para su acceso.

viii. Como se infiere de lo expuesto, el MinTIC puede establecer diversas formas o modalidades de convocatoria pública en los términos que considere procedentes para ensayar nuevas tecnologías como en el caso de las 5G, con el margen de discrecionalidad que permite esta convocatoria y siempre y cuando se salvaguarden los principios de igualdad de oportunidades en cuanto a su acceso, libertad de concurrencia y transparencia, que no se afecte el derecho a la competencia y se eviten prácticas monopolísticas y de concentración del ERE.

ix. Finalmente, de acuerdo con los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 y su inexequibilidad parcial declarada por la Corte Constitucional, es posible asignar directamente el ERE, pero solo excepcionalmente, en aquellos casos en que prime la continuidad del servicio y por el término necesario para realizar la selección objetiva.

Conclusiones

En definitiva, se puede concluir que el proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, previsto por la Ley 1341 de 2009 y sus modificaciones para la asignación del ERE tiene como fin garantizar el acceso a este bien escaso requerido para la prestación de algunos servicios de telecomunicaciones, como los servicios móviles, a un número plural de interesados, a través de reglas claras y transparentes, que no están estrictamente regladas por el legislador, pero que deben respetar determinados principios y garantías legales propios del derecho a la competencia, como la igualdad de oportunidades de los operadores, la publicidad del proceso, la libertad de concurrencia y, además, la prevención del acaparamiento en el acceso al uso de este bien.

2.3. La reglamentación de la selección objetiva para asignar el ERE, en el Decreto 4392 de 2010, compilado en el Decreto 1078 de 2015 El Gobierno nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria y, en específico, de lo dispuesto en el artículo 75 C.P. y 4° de la Ley

1341 de 2009, estableció los pasos y tiempos que debe acatar la Administración para cumplir con el proceso de selección objetiva de la que hablan los artículos 11 y 72 ibidem.

Mediante Decreto 1078 de 2015, el Gobierno nacional dispuso las etapas y reglas mínimas aplicables a los procesos de selección para el otorgamiento de los permisos para el uso del ERE.

Por tratarse de una reglamentación de especial relevancia para la consulta planteada, se transcribe el texto de las respectivas normas:

Artículo 2.2.2.1.1.1. Etapa Previa: Determinación de Pluralidad de Interesados. Previamente al inicio del proceso de selección objetiva para otorgar permisos para el uso del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará si existe pluralidad de oferentes. (sic)

Para el efecto, publicará durante tres (3) días hábiles en su página web, la intención de otorgar espectro, identificando el objeto del mismo, la(s) frecuencia(s) y/o banda(s) de frecuencias en las que se otorgarán los permisos, su localización geográfica, los usos o aplicaciones permitidas en ellas, así como las manifestaciones de interés que se hubiesen recibido.

Los interesados deberán informar su intención, a través de escrito dirigido al Ministerio de TIC, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al término de la publicación.

(Decreto 4392 de 2010, art.1°)

Artículo 2.2.2.1.1.2. Apertura del Procedimiento de Selección Objetiva. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar el inicio del procedimiento de selección objetiva mediante acto administrativo motivado, que debe publicarse en su página web, el cual señalará el objeto de la selección objetiva, las frecuencia(s) y/o banda(s) de frecuencias en las que se otorgarán los permisos, su localización geográfica, los usos o aplicaciones permitidas en ellas, las contraprestaciones a que haya lugar, el contenido de la solicitud, el estudio técnico que lo soporte, los requisitos específicos requeridos para cada banda y/o frecuencia, los criterios de selección y el cronograma respectivo.

Cuando el procedimiento se inicie a solicitud de parte se informará directamente al peticionario sobre su apertura.

(Decreto 4392 de 2010, art.2°)

Artículo 2.2.2.1.1.3. Contenido de las solicitudes. Las solicitudes recibidas en desarrollo del procedimiento de selección objetiva deberán estar acompañadas del correspondiente estudio técnico en el que se indicarán, en cuanto apliquen los siguientes aspectos: [...]

(Decreto 4392 de 2010, art.3°)

Artículo 2.2.2.1.1.4. Evaluación y otorgamiento de espectro. Una vez evaluadas la o las solicitudes, y verificado el cumplimiento de requisitos, mediante acto administrativo motivado, se otorgará el permiso a la mejor oferta o se negará, si a ello hubiere lugar.

(Decreto 4392 de 2010, art.4°)

Artículo 2.2.2.1.1.5. Garantías de cumplimiento. [...]

(Decreto 4392 de 2010, art.5°)

Artículo 2.2.2.1.1.6. De las contraprestaciones. Las contraprestaciones a cargo del titular del permiso serán aquellas establecidas en la reglamentación derivada de la Ley 1341 de 2009.

(Decreto 4392 de 2010, art.6°)

Artículo 2.2.2.1.1.7. De las notificaciones y recursos. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico se notificarán de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y contra la resolución procederá el recurso de reposición atendiendo los requisitos y oportunidad previstos en dicho Código.

(Decreto 4392 de 2010, art. 7°)

Artículo 2.2.2.1.1.8. Sanciones. El incumplimiento de las obligaciones previstas en las resoluciones mediante las cuales se otorguen los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, dará lugar a las sanciones previstas en la Ley 1341 de 2009.

(Decreto 4392 de 2010, art. 8°)

Conclusiones

i. Como se observa de las normas transcritas, incorporadas en el Decreto 1078 de 2015 (artículos 2.2.2.1.1.1 a 2.2.2.1.1.8), el Gobierno reglamentó de manera general las etapas que debe agotar la Administración para cumplir con el proceso de selección objetiva, haciendo énfasis en los siguientes aspectos:

- la publicidad del proceso de selección,
- la convocatoria pública para garantizar la participación de todos los interesados en el ERE,
- la delimitación por parte de la Administración del objeto de la convocatoria y de los requisitos para participación en esta, la oportunidad de participación de todos los interesados,
- la evaluación de todas las solicitudes presentadas,
- la selección de la mejor oferta y,
- la posibilidad de controvertir la decisión de la Administración, por parte de los participantes.

En relación con la selección de la mejor oferta, reitera la Sala que, el proceso de selección objetiva que se debe adelantar para la asignación del ERE y, en especial, la convocatoria pública, deben evitar la concentración y las prácticas monopolísticas en el uso de este bien. Por esta razón, a diferencia de lo que sucede con la selección objetiva del contrato estatal en la que el Estado debe escoger a un solo contratista para la realización de una obra o la prestación de un servicio, en estos procesos la Administración debe garantizar el acceso al uso del ERE por parte de todos aquellos interesados que reúnan las condiciones y calidades exigidos, en un plano de competencia y sin que exista acaparamiento de este recurso por parte de uno o varios operadores.

En consecuencia, a juicio de la Sala, la referencia a la mejor oferta no debe ser entendida como la existencia de un solo oferente favorecido con la adjudicación según la banda ofrecida, sino como la escogencia de los mejores oferentes, de conformidad con las reglas del proceso previstas por la Administración, la disponibilidad del ERE y dentro de los toques máximos previstos para la asignación de tal recurso.

Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de convocatoria pública que utilice en cada caso la Administración, entre ellos la subasta, y de los bloques que considere pertinente organizar, siempre y tanto, tales reglas desarrollen y tengan como objetivo garantizar la democratización del ERE y evitar su concentración.

Por tal razón, la Sala se permite sugerir la revisión de este aparte de la norma sobre la selección de la mejor oferta, para efectos de aclararla en el sentido de que, acorde con el artículo 75 C.P., el proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, debe buscar, además de los principios de libertad de concurrencia y transparencia, la igualdad de oportunidades no solo para presentarse a la convocatoria pública, sino para el acceso al uso del ERE. Se trata finalmente de evitar su concentración y monopolio en su utilización en

detri- mento del derecho a la competencia de los diferentes prestadores del servicio que requieran de este recurso escaso.

3. La excepción a la regla de selección objetiva prevista en la ley para la asignación del ERE y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

3.1. Las excepciones originales previstas en la Ley 1341 de 2009 y la Sentencia C-403 de 2010 de la Corte Constitucional

Como ya se ha mencionado en este concepto, los artículos originales 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 estable- cieron varias excepciones al proceso de selección objetiva que deben seguirse por regla general para la asigna- ción del ERE.

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-403 de 2010 declaró la inexequibilidad de las citadas excepciones, salvo la referida a la continuidad del servicio, sobre la cual precisamente recae la presente consulta.

Por lo tanto, el análisis realizado en la referida sentencia para cada una de las excepciones concebidas por el legislador resulta relevante a efectos de definir el alcance que, de acuerdo con la Corte, tiene la causal de con- tinuidad del servicio, y en consecuencia, evaluar si los motivos expuestos por el Ministerio corresponden a la misma para efectos de la asignación directa y temporal del ERE.

Se debe aclarar, que los permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y de homologación de que trata el artículo 2.2.2.1.2.4 del Decreto 1078 de 2015 no corresponden por su naturaleza y finalidad a la causal de continuidad del servicio, antes referida, y por lo tanto, no es pertinente referirse a estos.

Por esta razón, la Sala considera oportuno transcribir los apartes más destacados del estudio realizado por la

Corte Constitucional en dicha decisión.

3.1.1. En primer lugar, el máximo tribunal examinó las excepciones relativas a la asignación directa de la banda, cuando prime la continuidad del servicio, así:

4.2. Primera excepción: La asignación directa de la banda, cuando prime la continuidad del servicio, e s inconstitucional cuando se prolonga en el tiempo indefinidamente.

4.2.1. De conformidad con lo que establecen los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, el otorgamiento de permisos de uso del espectro electromagnético se podrá hacer de manera directa “cuando prime la continuidad del servicio”.

De lo anterior surge que el objeto perseguido por la norma es justamente evitar que pueda presentarse una situación en la cual esté en riesgo la prestación continuada de un servicio, en este caso, el de las telecomunicaciones. Desde el punto de vista constitucional, la intención de la norma se acompasa con la obligación que tiene el Estado de prestar los servicios públicos, ya sea directamente o indirectamente -a través de particulares- no sólo de manera eficiente sino también continuada.

[...]

4.2.2. Hasta aquí la excepción prevista en la norma cumple un fin constitucionalmente legítimo, toda vez que frente a la obligación del Estado en la prestación eficaz de los servicios públicos, las dos disposiciones acusadas establecen una fórmula para evitar la suspensión del servicio de telecomunicaciones allá donde, por motivos ajenos a la voluntad de la administración, esté en peligro la continuidad del mismo -lo que inevitablemente constituiría un perjuicio para los usuarios.

Frente a este fin, el legislador definió un medio alternativo para superar tal riesgo de la suspensión del servicio de tele- comunicaciones, mediante la asignación directa de la banda. No obstante, la norma no precisa cuándo puede entenderse que está en peligro la continuidad

del servicio de telecomunicaciones. En la práctica el peligro para la continuidad del servicio hace referencia a la posibilidad de que frente a una situación extrema o excepcional, una determinada prestación pueda dejar de ser cumplida por parte del Estado, ya sea directamente o a través de particulares encomendados para tal objeto, o esté en riesgo de no poder satisfacerla en condiciones de eficiencia.

Es en ese escenario excepcional donde el legislador, mediante la disposición impugnada, pretende hacer frente a situaciones extremas en las cuales la prestación de un servicio público esté en riesgo y cuando acudir al modelo de selección objetiva no garantice la prestación del mismo afectando a la comunidad. Sin embargo, para que tal regla sea realmente excepcional, la solución prevista en la norma debe tener un carácter temporal. La necesidad de una solución inmediata y temporal para evitar la paralización del servicio es un elemento esencial para justificar la tipificación de la excepción.

El asignar directamente una licencia o permiso para acceder al espectro radioeléctrico, sin agotar previamente un procedimiento de selección objetiva que involucre a todas las personas interesadas en obtenerlo, resulta adecuado para alcanzar

el fin previsto por el legislador de asegurar la continuidad del servicio, sólo en casos realmente excepcionales, pues tal posibilidad también limita el acceso al uso del espectro radioeléctrico de quienes no son contratados, y puede generar beneficios desproporcionados a favor del adjudicatario y facilitar la concentración de los medios o prácticas monopolísticas, si los beneficios de la asignación directa se perpetúan en el tiempo, a pesar de que ya no esté en riesgo la continuidad del servicio y sea posible acudir al mecanismo de selección objetiva. En esa medida, el remedio planteado resultaría desproporcionado para quienes sean marginados de la posibilidad de acceder a la banda, y por lo mismo contrario a los fines constitucionales previstos en el artículo 75 Superior.

[...]

4.2.4. Si bien es cierto que mediante los procesos selectivos abiertos puede encontrarse un oferente que de manera eficiente supla las necesidades sobrevinientes que se pretenden mitigar, también es cierto que en la práctica contractual los procesos de selección mediante licitación pública son más demorados y dispendiosos, lo cual, en condiciones de urgencia y necesidad, podría representar un impacto negativo para la comunidad que se beneficia del servicio público. Es por ello que, en determinadas situaciones, se requiere la intervención inmediata de las autoridades, y la utilización de un mecanismo de selección o asignación directa de los contratistas o concesionarios que resuelva de manera eficiente las coyunturas que acarrearán el riesgo de paralización en la prestación del servicio.

Lo que no se deriva de la norma, bajo ningún supuesto constitucional, es la consolidación de una situación jurídica de manera permanente -como la adjudicación de una banda radioeléctrica- utilizando como excusa la prestación continuada del servicio, salvo las excepciones mencionadas en el número (v) de la sección 4.1.2.1. de esta sentencia. En otras palabras, la contratación directa se presenta como la respuesta más eficaz frente a una hipotética situación de riesgo en la prestación de un servicio, pero no por ello se dejan de menear derechos constitucionales fundamentales como la igualdad y la libre competencia -dispuestas en el artículo 75 Superior. Ello implica que las medidas excepcionales, deberán ser proporcionadas también en relación al riesgo mismo, y hacerse extensibles únicamente por el término estrictamente necesario, sin perjuicio de que la administración convoque un proceso público para garantizar no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades, una vez resuelto el problema que generó las condiciones que requirieron la intervención directa del Estado.

Por lo anterior, la expresión “cuando prime la continuidad del servicio” contenida en el inciso segundo del artículo 11 y el inciso final del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, será declarada exequible, en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración, con pleno cumplimiento de los principios que orientan la función pública y sin dilaciones irrazonables, adelante los procesos necesarios para realizar la asignación de la banda mediante el mecanismo de selección objetiva, garantizando no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades.

Para absolver los interrogantes objeto de la consulta, es de especial importancia resaltar las condiciones pre- vistas en esta sentencia de exequibilidad que definen los límites y el marco de acción para asignar de forma directa el espectro, cuando prime la continuidad del servicio.

Puede observarse que esta excepción, de interpretación restringida, está dirigida a garantizar la continuidad de la prestación del servicio a los usuarios, diferente a lo que sucede con la causal de ampliación de cobertura que puedan requerir los PRST, y que fue objeto de otras consideraciones por parte de la Corte Constitucional en la sentencia estudiada.

En la providencia, la Corte desarrolla las dos condiciones previstas en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 para que proceda la asignación directa del espectro: i) una material, relativa a los presupuestos o requisitos que se deben cumplir para que existan razones de continuidad del servicio y ii) una temporal, referida al tiempo por el cual se puede otorgar el permiso.

i. Condición material

De acuerdo con lo manifestado por la Corte, para que existan razones de continuidad del servicio que justifi- quen la asignación directa del espectro se requiere:

Que se trate de una situación en la cual esté en riesgo la prestación continua del servicio de telecomunicaciones.

Que por motivos ajenos a la voluntad de la Administración se encuentra en peligro la continuidad del servicio, en per- juicio de los usuarios.

Que el uso de la excepción tenga como objetivo superar el riesgo de la suspensión del servicio de telecomunicaciones. Que el peligro de continuidad del servicio se traduzca en una situación extrema o excepcional que impida cumplir con

la prestación del servicio o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia.

Condición temporal

En cuanto a la condición temporal para la asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio, señaló:

Para que se considere excepcional, la medida debe tener un carácter temporal y necesario para dar una solución inmediata a efectos de evitar la paralización del servicio.

Su exequibilidad condicionada solo procede cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, por lo cual solo puede extenderse por el término estrictamente necesario para que se adelante el proceso de selección objetiva, sin dilaciones irrazonables.

Finalmente, el tribunal supremo constitucional, bajo el juicio de proporcionalidad, considera que la asignación directa del ERE debe ser una medida excepcional para limitar el acceso a su uso, en los términos señalados. De lo contrario, se generarían beneficios desproporcionados al adjudicatario y facilitaría la concentración de los medios y prácticas monopolísticas, si la asignación directa se perpetúa en el tiempo.

Como se puede observar, de acuerdo con las condiciones desarrolladas por la Corte Constitucional, para que proceda la asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio resulta necesario:

i. Que se haya surtido un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para asignar el ERE.

ii. Que en virtud de dicho proceso y de la respectiva asignación del ERE se esté prestando de manera real y efectiva un servicio de telecomunicaciones.

iii. Que la continuidad en la prestación de ese servicio esté en riesgo de suspensión o parálisis, o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia, por un hecho extremo o excepcional (condición material descrita por la Corte Constitucional).

Lo anterior presupone la existencia efectiva y real de prestación del servicio para que pueda encontrarse en una situación excepcional y extrema de parálisis o suspensión, a que alude la Corte en la sentencia analizada.

iv. Que esté pendiente la realización de un nuevo proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para atender, de forma permanente, la continuidad del servicio que está en peligro de suspenderse o paralizarse. Además, que la asignación directa se realice por el tiempo estrictamente necesario para la realización de dicho proceso de selección objetiva (condición temporal descrita por la Corte Constitucional).

En relación con la segunda excepción prevista originalmente en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, la Sentencia C-403 de 2010 señaló lo siguiente:

4.3. Segunda excepción: La asignación directa de la banda “cuando prime (...) la ampliación de la cobertura”, desconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y la libre competencia.

[...]

En reiterada jurisprudencia se ha señalado que haciendo uso de la libertad de configuración normativa, el legislador dispuso como regla general el procedimiento de licitación pública para seleccionar a los contratistas del Estado. Es así como en sentencia C-949 de 2001, la Corte sostuvo lo siguiente:

“Haciendo uso de su libertad de configuración en esta materia, el legislador estableció como procedimiento básico de selección del contratista la licitación o concurso público, que consiste, esencialmente, en la invitación abierta que hace la administración a los interesados para que sujetándose a las bases fijadas en un pliego de condiciones, y cumplido el procedimiento correspondiente, se proceda a suscribir el contrato estatal con quien haya formulado la propuesta más favorable. Dada esta naturaleza, la licitación supone la observancia de dos principios medulares: la libre concurrencia, entendida como la posibilidad de oposición entre todos los oferentes; y la igualdad entre los proponentes, a quienes la administración debe garantizarles, desde el comienzo del procedimiento licitatorio hasta la formalización del contrato, las mismas facilidades para que hagan uso de sus ofertas sobre bases idénticas.”

La igualdad de oportunidades junto con la libre concurrencia, entonces, son dos elementos medulares de los procesos de selección objetiva. La contratación directa, a pesar de los controles que sobre la misma pueda ejercer el Estado, enturbia de manera latente los principios invocados. Si bien no se puede dudar a priori de la capacidad para garantizar la prestación de un servicio cuando éste haya sido concedido directamente, por fuera de los mecanismos de participación abierta. No obstante, en el caso de la asignación de bandas del espectro radioeléctrico, la necesidad de que el proceso de asignación emplee el mecanismo que mejor garantice la igualdad de oportunidades y prevenga la concentración de los medios

de comunicación en unos pocos, así como las prácticas monopolísticas, privilegia los métodos de selección objetiva, frente a aquellas prácticas que faciliten la concentración o el monopolio. Es por ello que la posibilidad de acudir a la contratación directa sólo puede operar de manera excepcional para la asignación de bandas, pues siempre que la finalidad buscada (la ampliación de la cobertura) se pueda alcanzar en igualdad o mejores condiciones cuando se utiliza el proceso de selección objetiva, éste es el procedimiento que se debe emplear, especialmente si no existe una situación anómala que obligue al Estado a tomar medidas urgentes y prontas y que impidan la utilización del mecanismo de selección objetiva.

4.3.3. De lo anterior se puede concluir que la selección directa de los concesionarios de las bandas, aun cuando prime la ampliación de la cobertura, no deja de ser una medida que afecta de manera desproporcionada e injustificada otros valores fundamentales como la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la libre concurrencia. La amplitud y vaguedad de la expresión empleada permitiría la aplicación generalizada de este mecanismo, y aumentaría los riesgos de prácticas monopolísticas y la concentración de los medios de comunicación.

Por lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “o la ampliación de la cobertura” empleada en el inciso segundo del artículo 11 y en el inciso final del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

De lo expuesto, se extrae claramente que, para la Corte Constitucional, la simple exigencia de ampliación de la cobertura de un servicio no es causa suficiente para desconocer el principio de selección objetiva para la asignación del espectro, pues esta no se constituye en una situación extraordinaria o excepcional que ponga en peligro la prestación del servicio de telecomunicaciones y, por ende, justifique una asignación temporal del ERE.

La finalidad buscada de ampliación de cobertura se puede alcanzar en iguales o mejores condiciones mediante el proceso de selección objetiva, salvo una situación excepcional y anómala que obligue al Estado a tomar medidas urgentes y prontas.

Para la Sala, es importante destacar el énfasis realizado por la Corte Constitucional en la necesidad de observar los dos principios medulares de la selección objetiva, relacionados con la libre concurrencia y la igualdad, y la necesidad de evitar de esta forma prácticas que faciliten la concentración o el monopolio en el uso del ERE. Por estas razones, se declara la inconstitucionalidad de la asignación directa del uso del ERE por ampliación

de cobertura del servicio.

3.1.2. En el análisis de la tercera excepción prevista originalmente en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la Sentencia C- 403 de 2010 señaló lo siguiente:

4.4. Tercera excepción: La vaguedad de la expresión “cuando prime el interés general” pone en peligro de manera desproporcionada los principios constitucionales de la igualdad de oportunidades y la libre competencia

[...] Uno de los supuestos de los derechos a la igualdad y a la libertad de competencia en ejercicio de una función pública adelantada por particulares, es justamente el apego que éstos deben tener a las disposiciones constitucionales y legales. Cuando el Estado procede a delegar una función que le es propia, o a permitir el acceso a un bien inalienable para la prestación de un servicio -como el de las telecomunicaciones- los procesos de selección objetiva, sirven para escoger a la persona que en mejores condiciones, y en irrestricto cumplimiento de las normas, logre satisfacer las necesidades y obligaciones para las cuales fue delegado. Incluso, no sólo se establecen parámetros para que su actividad sea respetuosa del interés general, sino que éste se ve satisfecho por el hecho mismo de garantizar en condiciones de igualdad de oportunidades que cualquier persona pueda participar en el desarrollo de la función pública. Si bien el mecanismo excepcional de la asignación directa de bandas también puede garantizar ese interés general, la ambigüedad de la expresión

permite la utilización de este criterio ante cualquier circunstancia, así no se esté ante una condición anómala que ponga en riesgo evidente e inminente la prestación misma del servicio, transformando esta excepción en la regla general, aumentando de esta manera el riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos particulares o la ocurrencia de prácticas monopolísticas que el mismo artículo 75 de la Carta ordena evitar.

En vista de lo expuesto, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión “el interés general” contenida en el último inciso del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Con este análisis, la Corte Constitucional reafirma que la asignación directa del espectro radioeléctrico solo se justifica frente a una condición anómala, que ponga en riesgo evidente e inminente de paralización de un servicio.

Por consiguiente, se infiere que la aplicación excepcional de la asignación directa no procede por exigencias normales de mejoramiento de un servicio o ampliación de cobertura, las cuales deben ser atendidas a través de los procesos de selección objetiva, en garantía del interés general y de los principios de igualdad, libre competencia y prevención de prácticas monopolísticas, previstos a nivel constitucional y legal para la asignación del espectro, en los términos señalados por esta sentencia de constitucionalidad.

3.1.3. Finalmente, en el análisis de la cuarta excepción, prevista originalmente en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, la

Sentencia C- 403 de 2010 señaló lo siguiente:

4.5. Cuarta excepción: La asignación directa de bandas en el espectro radioeléctrico cuando el nivel de la ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, afecta de manera desproporcionada los principios constitucionales de la igualdad de oportunidades y la libre competencia

[L]as condiciones sobre nivel de ocupación de la banda y suficiencia del recurso, que se presentan como excepción en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, son en realidad condiciones necesarias para otorgar las licencias, ya sea mediante procedimientos de selección objetiva, o por asignación directa. De tal manera que en realidad no se está en presencia de una situación que autoriza la aplicación del mecanismo excepcional de asignación de bandas, sino de una regla que generalizaría la utilización del mecanismo excepcional.

Una segunda interpretación de la regla cuestionada permitiría la asignación directa de las bandas a determinadas personas cuando la disponibilidad del recurso esté desaprovechada y no exista peligro de que el recurso escasee. Esta interpretación, que es sin duda compatible con el principio de eficiencia administrativa, tampoco es ajena a reparos de naturaleza constitucional. Incluso en los casos en los que se pretenda asignar directamente el uso de las bandas cuando estén “desaprovechadas” o exista “abundancia” en el recurso, el fin último de la norma es promover el acceso a los servicios de telecomunicaciones, facilitando la entrada a todos aquellos que en las condiciones expuestas estén interesados en asumir la responsabilidad, en igualdad de condiciones.

En este escenario, el sacrificio de los principios de igualdad de oportunidades y libre competencia, es desproporcionado en términos del riesgo de afectación del pluralismo informativo y de concentración de los medios de comunicación y de prácticas monopolísticas y del hecho que en todo caso, la asignación de las bandas mediante procedimientos de selección objetiva, permite alcanzar los mismos objetivos, sin sacrificar otros valores constitucionales.

A todas luces, resulta inconstitucional y contrario a los principios de transparencia y objetividad, igualdad de oportunidades y libre competencia, delegar en la administración facultades tan amplias y subjetivas, a través de las cuales pueda acudir al mecanismo de asignación directa que aumenta el riesgo de concentración de los medios y de prácticas monopolísticas, especialmente porque la norma no define en qué condiciones se entiende que los niveles de la banda o la suficiencia del recurso lo permitan.

En este evento, el medio escogido -la asignación directa de las bandas cuando el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan - no resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso del espectro radioeléctrico, pues la alteración de la regla general, afecta desproporcionadamente valores constitucionales superiores como la igualdad de oportunidades, la libre competencia y el pluralismo informativo, e incrementa además el riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos particulares y la ocurrencia de prácticas monopolísticas, prohibidos por el artículo 75 constitucional.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión “, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como” contenida en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

De conformidad con lo expuesto, también es claro que la asignación directa del espectro no procede por razones amplias y subjetivas que aumenten el riesgo de concentración de los medios y de las prácticas monopolísticas. A juicio de la Corte, aunque existan bandas “desaprovechadas”, o exista “abundancia” en el recurso no se justifica la asignación directa, pues tales objetivos se pueden alcanzar facilitando la entrada a todos aquellos que se encuentren interesados y en igualdad de condiciones.

En consecuencia, se infiere que dicha asignación solo procede por circunstancias objetivas y concretas.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en este numeral, la Sala concluye que la interpretación de la excepción al proceso de selección objetiva para la asignación del ERE por razones de continuidad del servicio debe realizarse conforme a las condiciones materiales y temporales establecidas en la Sentencia C-403 de 2010, que declaró su exequibilidad condicionada. Como ya se analizó, dichos condicionamientos se traducen en:

i. Que se haya surtido un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para asignar el ERE.

ii. Que en virtud de dicho proceso y de la respectiva asignación del ERE se esté prestando de manera real y efectiva un servicio de telecomunicaciones.

iii. Que la continuidad en la prestación de ese servicio esté en riesgo de suspensión o parálisis, o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia, por un hecho extremo o excepcional (condición material descrita por la Corte Constitucional)

Lo anterior presupone la existencia efectiva y real de prestación del servicio para que pueda encontrarse en una situación excepcional y extrema de parálisis o suspensión, a que alude la Corte en la sentencia analizada.

iv. Que esté pendiente la realización de un nuevo proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para atender, de forma permanente, la continuidad del servicio que está en peligro de suspenderse o paralizarse. Además, que la asignación directa se realice por el tiempo estrictamente necesario para la realización de dicho proceso de selección objetiva (condición temporal descrita por la Corte Constitucional).

En forma adicional, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable las demás causales de asignación directa del ERE estableció los siguientes criterios que deben ser tenidos en cuenta por la Administración para asignar directamente el ERE por razones de continuidad del servicio:

La simple exigencia de ampliación de la cobertura de un servicio no es causa suficiente para desconocer el principio de selección objetiva para la asignación del ERE, pues esta no constituye una situación extraordinaria o excepcional que ponga en peligro la prestación del servicio de telecomunicaciones y, por ende, justifique una asignación temporal del ERE. En especial, si no existe una situación anómala que obligue al Estado a tomar medidas urgentes y prontas, según las consideraciones de la sentencia analizada.

La asignación directa del espectro no procede por razones amplias y subjetivas que aumenten el riesgo de concentración de los medios y de las prácticas monopolísticas. Aunque existan bandas “desaprovechadas”, o exista “abundancia” en el recurso, no se justifica la asignación directa, pues tales objetivos se pueden alcanzar facilitando la entrada a todos aquellos que se encuentren interesados y en igualdad de condiciones.

3.2. El desarrollo reglamentario de la asignación directa y excepcional del espectro por razones de continuidad del servicio Como se analizó previamente en este concepto, en el Decreto 1078 de 2015, el Gobierno nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, estableció el procedimiento (etapas y requisitos) que debe seguir la Administración para cumplir con el proceso de selección objetiva exigido en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009

para la asignación del espectro radioeléctrico.

De manera adicional, el referido decreto reguló el otorgamiento directo de permisos para uso temporal del ERE por razones de continuidad del servicio (única excepción declarada executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010), de la siguiente manera:

Artículo 2.2.2.1.2.1. De la continuidad del servicio. La continuidad del servicio que el Ministerio protege mediante la asignación directa de un permiso temporal para el uso de espectro radioeléctrico, es la que corresponde a la prestación regular y sin interrupciones del servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones. Esta asignación se podrá llevar a cabo, entre otros, cuando resulte necesario corregir fallas intempestivas que afecten o puedan afectar la operación y prestación de dicho servicio.

El otorgamiento directo del permiso temporal para garantizar la continuidad del servicio, debe ser decidido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante acto administrativo motivado, respetando los principios contenidos en la Ley 1341 de 2009.

Parágrafo. En ningún caso se otorgará permiso temporal en forma directa para el uso del espectro radioeléctrico, cuando la solicitud de frecuencias no guarde correspondencia con el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias o con la planeación y canalización del espectro radioeléctrico.

(Decreto 4392 de 2010, art.9°)

Artículo 2.2.2.1.2.2. Otorgamiento directo de permisos para uso temporal del espectro radioeléctrico. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar directamente permisos para el uso temporal del espectro radioeléctrico, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones términos del artículo 2.2.2.1.2.1. del presente Decreto, a personas que se encuentren inscritas en el Registro de TIC y que presenten al Ministerio la solicitud debidamente justificada.

En todo caso, la Entidad debe efectuar un análisis que le permita establecer la viabilidad de otorgar dicho permiso.

Parágrafo 1. El otorgamiento directo del permiso para uso temporal del espectro radioeléctrico no genera expectativa ni derecho alguno frente al procedimiento de selección objetiva que debe surtirse posteriormente.

Parágrafo 2. El otorgamiento directo de permisos para el uso temporal del espectro radioeléctrico genera para su titular la obligación del pago de las contraprestaciones correspondientes, las cuales se señalarán en el acto administrativo que otorgue dicho permiso.

(Decreto 4392 de 2010, art.10)

Artículo 2.2.2.1.2.3. Temporalidad. El otorgamiento directo del permiso para el uso temporal del espectro radioeléctrico se extenderá por el término estrictamente necesario para que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones efectúe el respectivo procedimiento de selección objetiva, sin perjuicio de que el titular de dicho permiso pueda solicitar su cancelación anticipada.

(Decreto 4392 de 2010, art.11)

Artículo 2.2.2.1.2.4. Asignación de espectro para defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública. Se exceptúa del procedimiento de selección objetiva el otorgamiento de permisos para el uso de frecuencias o canales radioeléctricos que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones estime necesario reservar para la operación de servicios de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones con fines estratégicos para la defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública, así como el otorgamiento de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos.

(Decreto 4392 de 2010, art.12)

Artículo 2.2.2.1.2.5. Del uso del espectro en bandas para uso común y compartido. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a solicitud de parte, asignará directamente distintivos de llamada para estaciones que hagan uso común y compartido del espectro en bandas atribuidas nacional e internacionalmente, entre otros, a las radiocomunicaciones marítimas, aeronáuticas, segmento satelital y de radioaficionados, de conformidad con las normas y trámites establecidos para el efecto. El uso de tales bandas conlleva el pago de las contraprestaciones de que trata el artículo 2.2.2.1.2.2. de este decreto.

(Decreto 4392 de 2010, artículo 13)

Del contenido de estas disposiciones, la Sala considera conducente resaltar los siguientes aspectos relevantes para la materia objeto de la consulta:

i. La primera de las disposiciones transcritas (artículo 2.2.2.1.2.1.) da alcance a “la continuidad del servicio” como causal que justifica la asignación directa del ERE como excepción a la regla de selección objetiva. Al respecto, señala que esta “[...] corresponde a la prestación regular y sin interrupciones del servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones”.

Asimismo, indica que esta excepción se podrá llevar a cabo, “[...] entre otros, cuando resulte necesario corregir fallas intempestivas que afecten o puedan afectar la operación y prestación de dichos servicios”.

ii. Acorde con lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, el artículo 2.2.2.1.2.3. del decreto exige que la asignación directa por razones de continuidad del servicio cumpla con la característica de temporalidad, en el sentido que el permiso solo sea otorgado por el tiempo necesario para adelantar el proceso de selección objetiva.

iii. Bajo el mismo título y sección, relativo a la asignación directa por continuidad del servicio, el artículo 2.2.2.1.2.4. del decreto reguló los siguientes supuestos fácticos:

a. El otorgamiento de permisos directos que se consideren necesarios para la operación de servicios de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones con fines estratégicos para la defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública.

Al respecto, cabe señalar que este supuesto parece tener fundamento y justificación en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1341 de 1994, que señala lo siguiente:

[...] En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. [...]

b. El otorgamiento de “permisos temporales” para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos.

En relación con este segundo supuesto, la Sala considera importante resaltar, la falta de correspondencia que se observa entre el título del artículo, denominado “Asignación de espectro para defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública” y la regulación que en este se hace de los permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, los cuales parecen corresponder a objetivos y finalidades distintas.

Sobre los demás aspectos de este permiso, la Sala volverá con detalle más adelante.

iv. Finalmente, bajo el mismo título y sección, relativo a la asignación directa por continuidad del servicio, el artículo 2.2.2.1.2.5., del decreto reguló la asignación directa de distintivos de llamada para estaciones que hagan uso común y compartido del espectro, en bandas atribuidas nacional e internacionalmente.

3.3. Resoluciones 467 y 468 de 2020, y 290 de 2010: que reglamentan la asignación directa del espectro para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos

La Resolución 467 de 2020, fue expedida en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 19, del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009, que establece, dentro las funciones del MinTIC, la siguiente:

Preparar y expedir de acuerdo con la ley, los reglamentos, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o explotación de los derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico y los servicios del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Por la importancia que tiene para la materia objeto de la consulta, la Sala considera importante transcribir a continuación algunos apartes de los considerandos y de la parte resolutive de dicha resolución, así:

Considerando

[...] De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 ° de la Ley 1978 de 2019, el uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC); excepcionalmente, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso de espectro de manera directa, en aquellos casos en que prime la continuidad del servicio, únicamente por el término estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva. [...].

El artículo 2.2.2.1.2.4. del Decreto 1078 de 2015 dispone que el MinTIC podrá otorgar permisos temporales para el uso del espectro radioeléctrico destinado, entre otros, a la

realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, efectos para los cuales se exceptúan del proceso de selección objetiva.

[...] En el 2019, la ANE llevó a cabo el estudio “Propuesta de esquema de acceso, uso y valoración de las contraprestaciones del espectro para pruebas técnicas y demostraciones”, en el cual valoró las prácticas de diversos países, así como las necesidades nacionales en relación con el tema. A partir de dicho estudio, el MinTIC evidenció que, hasta la fecha, las condiciones para la entrega de permisos de uso del espectro para pruebas técnicas carecen de regulación que permitan dar claridad a los usuarios en cuanto a las condiciones del uso del espectro para tales pruebas. [...].

En concordancia con lo anterior, la parte resolutive de la Resolución 467 de 2020 señaló lo siguiente:

Artículo 1°. Objeto. La presente Resolución tiene por objeto establecer las condiciones para el otorgamiento de permisos temporales de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas, en desarrollo del artículo 2.2.2.1.2.4. del Decreto 1078 de 2015.

[...] Artículo 3°. Requisitos que deben cumplir los interesados en solicitar permisos temporales de uso del espectro radio- eléctrico de pruebas técnicas:

[...]

Parágrafo 1. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará el permiso temporal de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas de acuerdo con la disponibilidad del recurso.

[...]

Artículo 5°. Condiciones para los titulares de permisos temporales de uso del espectro, para la realización de pruebas técnicas. Los titulares de permisos temporales de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas deberán cumplir las siguientes disposiciones, además de las que se establezcan en sus respectivos actos particulares:

1. Las frecuencias radioeléctricas asignadas para la realización de pruebas técnicas no podrán ser utilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas ni para explotación comercial. El permiso es particular e in- transferible.

2. El uso del espectro radioeléctrico en la realización de pruebas técnicas no podrá causar interferencia perjudicial a usuarios ya autorizados, incluyendo comunicaciones sensibles tales como radionavegación aeronáutica, radioastronomía, operaciones de búsqueda y rescate y comunicaciones móviles, entre otras. Si el asignatario del permiso temporal para pruebas causa interferencia perjudicial a una radiocomunicación autorizada a título primario o secundario deberá suspender la operación y no podrá reanudarla hasta que se haya subsanado el conflicto interferente, so pena de la imposición de las sanciones previstas en la Ley 1341 de 2009.

3. Serán responsables y se obligarán a mantener indemne al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por los perjuicios que durante el plazo del permiso pueda ocasionar a terceros, a usuarios, a otros proveedores o a la Nación misma, sin perjuicio de las sanciones a que se hiciere acreedor por la infracción de las normas que regulan el permiso que se otorgue.

Artículo 6°. Contraprestación. El titular de permiso temporal de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas deberá pagar al Fondo Único de TIC la contraprestación que señale la normativa vigente sobre la materia.

Respecto del contenido de esta resolución sobre el otorgamiento de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas, la Sala considera importante destacar lo siguiente:

i. De acuerdo con sus consideraciones (al igual que en el Decreto 1078 de 2015), esta resolución se refiere al otorgamiento de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos⁴⁶ y la relaciona, al parecer, según sus considerandos, con la causal de continuidad del servicio prevista en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

No obstante, de acuerdo con su objeto (art. 1º) y contenido, es claro que la resolución analizada desarrolla una figura distinta, en su finalidad y alcance, a la asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio, regulada por los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 y desarrollada por la Sentencia C-403 de 2010 de la Corte Constitucional.

ii. En efecto, los permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos encuentran fundamentos distintos, esto es, en la necesidad de adelantar acciones para incentivar y masificar esta tecnología en todo el país, con miras a la consecución de los beneficios que esta comporta para todos los sectores de la economía, incluidos el sector público, privado, el sector productivo, educativo y de salud. Se parte del supuesto de realizar ensayos antes de la prestación del servicio en la banda correspondiente para asegurar la forma más eficiente y futura de su prestación.

En consecuencia, dichos permisos no se pueden ubicar dentro de las razones de continuidad del servicio previstas en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, como excepción a la regla general de selección objetiva para la asignación del ERE como recurso escaso.

iii. En este sentido, cabe destacar que, desde el punto de vista material, el MinTIC otorgará el permiso temporal de uso del ERE para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos a todos los que cumplan con los requisitos establecidos por el MinTIC en la Resolución 467 de 2020, de acuerdo con la disponibilidad del recurso (Art. 3º).

Por lo tanto, estos permisos temporales para realización de pruebas técnicas no se otorgan en los casos excepcionales en los que se presenten razones de continuidad del servicio por existir razones excepcionales y anómalas que pongan en peligro su suspensión o parálisis o su prestación en condiciones de eficiencia.

iv. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 5º de la resolución analizada, es importante resaltar que las frecuencias radioeléctricas asignadas a través de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas no podrán ser utilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas ni para explotación comercial.

v. El artículo 6º de la resolución establece que el titular del permiso temporal del ERE para la realización de pruebas técnicas deberá pagar al Fondo Único de TIC la contraprestación que señale la normativa vigente sobre la materia.

En consonancia con este último aspecto, la Resolución 290 de 2010, modificada por la Resolución 468 de 2020, establece un esquema de contraprestaciones para los permisos temporales otorgados para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, sin perjuicio de la prohibición de realizar explotación económica con el ERE asignado con estos.

vi. Finalmente, desde el punto de vista temporal, el artículo 4º de la Resolución 467 de 2020 no sujeta la temporalidad de los permisos para la realización de pruebas técnicas al tiempo necesario para adelantar los procesos de selección objetiva para la asignación del espectro, tal como lo exige el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 y lo reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2020.

En su lugar, la resolución establece un plazo fijo de hasta 6 meses prorrogables por 6 meses más⁴⁷. Por su parte, en el proyecto de modificación de esta resolución, publicado el 4 de mayo del presente año, el MinTIC expone entre sus objetivos ampliar el término de los permisos temporales para uso del espectro radioeléctrico en la realización de pruebas técnicas

hasta doce (12) meses, prorrogables, por única vez, hasta por doce (12) meses más⁴⁸. Lo anterior, bajo la consideración de que se trata de:

[U]n lapso razonable y proporcional; que atiende a las dinámicas observadas en el sector en relación con los permisos otorgados en virtud de esta normativa hasta la fecha, y que permitirá el desarrollo efectivo de las pruebas técnicas correspondientes, las cuales facilitarán la implementación de nuevas tecnologías y el incentivo a las inversiones en el país.

vii. El otorgamiento de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas, aunque no implica prestación de servicios a terceros y explotación económica, de todas maneras, debe ser analizado y ponderado en forma previa por el Ministerio, de tal manera que no implique ventajas competitivas.

3.4. Resolución 000638 del 1° de abril de 2020 y Resolución 3209 de 2019 expedidas para reglamentar el proceso de otorgamiento de permisos temporales del ERE para desarrollar tecnología 5G

Teniendo en cuenta los fundamentos fácticos que dieron lugar a la consulta del MinTIC, en especial la necesidad de asignar ERE para el desarrollo de la tecnología 5G, la Sala considera relevante referirse al proceso adelantado para la asignación de permisos temporales para la realización de pruebas técnicas que usen la referida tecnología.

De acuerdo con los antecedentes que obran en los considerandos de la Resolución 000638 del 1° de abril de 2020⁵⁰, en diciembre de 2019, el MinTIC publicó en su página web el documento “Plan 5G”, así como la Resolución 3209 de 2019 “Por la cual se invita a manifestar interés en participar en el proceso para realizar pruebas piloto que usen tecnologías móviles 5G”, con el fin de realizar una consulta pública para determinar los interesados en participar en dicho proceso.

Posteriormente, el MinTIC publicó en el micrositio http://micrositios.mintic.gov.co/plan_5g/ el informe de manifestaciones de interés, donde señaló que recibió las de 76 interesados entre personas jurídicas y naturales. Finalmente, mediante la citada Resolución 000638 de 2020, se establecieron las reglas para la selección de los operadores a los que se otorgaría el permiso temporal para pruebas técnicas que utilicen tecnología 5G, previas, además de las expuestas, las siguientes consideraciones:

Mediante la Resolución 467 de 9 de marzo de 2020 “Por la cual se establece el procedimiento para el otorgamiento de permisos temporales para uso del espectro radioeléctrico destinado a la realización de pruebas técnicas” se fijaron las condiciones para el otorgamiento de permisos temporales de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas, en desarrollo del artículo 2.2.2.1.2.4. del Decreto 1078 de 2015.

Mediante la Resolución 468 de 9 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica el numeral 6.5 del artículo 6° de la Resolución 290 de 2010” se modificó la valoración de la contraprestación por la utilización del espectro radioeléctrico para uso temporal en pruebas técnicas señalada en el numeral 6.5 del artículo 6° de la Resolución 290 de 2010, modificado por el artículo 2° de la Resolución 2877 del 17 de noviembre de 2011.

En función del principio de economía administrativa, el uso eficiente del recurso escaso, una correcta formulación de la política pública, expuestos en los párrafos que preceden, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones requiere adelantar convocatoria pública para otorgar permisos que pueden aportar a la disminución de la brecha digital.

De acuerdo con lo expuesto, resulta necesario, en primer lugar, adicionar un párrafo al artículo 3° de la Resolución 467 de 2020, con el propósito de permitir que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pueda solicitar aclaraciones o la información que considere, durante un lapso razonable, a los informes con el detalle de las

pruebas y el resultado de estas que sean presentados por los beneficiarios del permiso; lo anterior, con el fin de contar con los insumos suficientes e idóneos que permitan la adopción de medidas de política pública o regulatorias que se estimen pertinentes y que contribuyan de manera efectiva en el desarrollo y fortalecimiento del sector.

De igual manera, se estima oportuna la modificación de la citada Resolución 467 de 2020, en el sentido de ampliar el término de los permisos temporales para uso del espectro radioeléctrico en la realización de pruebas técnicas que podrá ser hasta de doce (12) meses, prorrogables, por única vez, hasta por doce (12) meses más, considerando que se trata de un lapso razonable y proporcional; que atiende a las dinámicas observadas en el sector en relación con los permisos otorgados en virtud de esta normativa hasta la fecha, y que permitirá el desarrollo efectivo de las pruebas técnicas correspondientes, las cuales facilitarán la implementación de nuevas tecnologías y el incentivo a las inversiones en el país.

De otro lado, en la parte resolutive de la resolución analizada, el MinTIC establece los siguientes aspectos del proceso:

Artículo 1°. Apertura del proceso. [...]

Artículo 2°. Hora y fecha límite para entrega de solicitudes. [...]

Artículo 3°. Cronograma. El cronograma del presente proceso es el siguiente: [...]

Artículo 4°. Contenido y requisitos de las solicitudes: La presentación, condiciones y requisitos de las solicitudes de participación se efectuarán de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Resolución 467 de 2020, y aquellas disposiciones que la modifiquen, sustituyan o deroguen. [...].

Artículo 5°. Verificación del cumplimiento de requisitos generales. El Ministerio verificará cada uno de los documentos aportados con la solicitud, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3° de la Resolución 467 de 2020. Toda comunicación se efectuará a través de los correos electrónicos suministrados por el solicitante.

Artículo 6°. Aclaración de las solicitudes. [...]

Artículo 7°. Otorgamiento del permiso. Una vez concluida la etapa de estudio y asignación de frecuencias, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedirá el acto administrativo de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de acuerdo con el cronograma establecido en el artículo tercero de la presente Resolución.

Artículo 8°. Contraprestaciones. El otorgamiento del permiso para utilizar el espectro radioeléctrico da lugar al pago, a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a cargo del titular del permiso, de una contraprestación económica de conformidad con la Resolución 468 de 2020 o aquellas vigentes al momento de la expedición del correspondiente acto administrativo de carácter particular por el cual se le otorga o modifica el permiso temporal de uso del espectro radioeléctrico y aquellas que lo modifiquen, aclaren, reglamenten o deroguen. [...].

Hace notar la Sala que, si bien el proceso de otorgamiento de permisos temporales para la realización de pruebas piloto de tecnología 5G se hizo con fundamento en la Resolución 467 de 2020, este fue realizado previa convocatoria pública, dirigida a todos aquellos PRST interesados en solicitar el permiso y que cumplieran con los requisitos señalados en las Resoluciones 467 y 468 de 2020 y la Resolución 000638 de 2020.

De acuerdo con los argumentos expuestos por el ministerio en los considerandos de la resolución, esto obedeció a la exigencia de atender el principio de economía administrativa, el uso eficiente del ERE como recurso escaso, y a una correcta formulación de la política pública en el desarrollo de la tecnología 5G.

3.5. Resolución 964 de 2019

Mediante esta resolución, el MinTIC expidió disposiciones relativas a la gestión del espectro radioeléctrico, en concordancia con el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CNABF).

De estas normas vale la pena destacar las siguientes, referidas a los permisos de uso del espectro radioeléctrico con fines de socorro y seguridad nacional:

Artículo 35. Otorgamiento. Los permisos para uso del espectro radioeléctrico en los servicios terrestres fijos y móviles con fines de socorro y seguridad se otorgarán a las entidades públicas u organismos humanitarios debidamente acreditados cuyo objetivo sea la seguridad de la vida humana, la seguridad del Estado, o razones de interés humanitario, de ayuda a la meteorología y a la navegación aérea y marítima.

Parágrafo 1°. El titular del permiso con fines de socorro y seguridad no podrá usar el espectro radioeléctrico asignado para fines diferentes a los que se reglamentan en el presente capítulo.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las normas para los servicios móviles marítimo, aeronáutico y la radionavegación aeronáutica, el permiso de uso del espectro radioeléctrico con fines de socorro y seguridad se otorgará por el Ministerio de

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a solicitud de parte, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente título, el Cuadro Nacional de Bandas de Frecuencias (CNABF) y demás normas aplicables.

[...]

Artículo 37. Duración y prórroga del permiso. Los permisos de uso del espectro radioeléctrico con fines de socorro y seguridad se otorgarán hasta por un término de diez (10) años, y podrán renovarse de acuerdo con lo establecido en el artículo

12 de la Ley 1341 de 2009, o en las normas que la modifiquen, deroguen o subroguen.

[...]

Artículo 40. Contenido de las solicitudes. Las solicitudes para el otorgamiento de permisos de uso del espectro radioeléctrico con fines de socorro y seguridad, así como para el establecimiento y/o modificación de las redes correspondientes, deberán estar acompañadas de los siguientes documentos:

40.1. Carta suscrita por el representante legal o apoderado de la entidad pública o del organismo de socorro.

40.2. Certificación de existencia y representación legal del organismo de socorro en el que conste que su objeto es la seguridad de la vida humana o razones de interés humanitario.

40.3. Documento que acredite que dentro de los objetivos de la correspondiente entidad estatal se encuentran la seguridad del Estado, la seguridad de la vida humana, o que cumple fines de interés humanitario.

40.4. Descripción de las características técnicas esenciales de la red junto con la presentación del proyecto técnico.

Los titulares de permisos para uso del espectro radioeléctrico con fines de socorro y seguridad que utilicen redes, sistemas o servicios radioeléctricos fijos o móviles tales como: Sistemas de radio convencional fija o móvil, o sistemas radioeléctricos troncalizados, entre otros, deberán cumplir con los planes y requisitos técnicos establecidos para dichas redes, sistemas y servicios.

[...]

Respecto del análisis de la normativa expuesta, atinente a la asignación del ERE para la defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública, incluida la de socorro y seguridad nacional, y a los permisos temporales para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, la Sala desea resaltar que dicha asignación no tiene como objetivo la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros y, por ende, no pueden tener explotación económica.

Por esta razón se infiere que, como regla general, no afectan el principio del derecho a la competencia y la garantía de prevención de prácticas monopolísticas, que son las razones que inspiran fundamentalmente la regla general de selección objetiva y la convocatoria pública regulada por el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009. De todas maneras, le corresponde al MinTIC asegurar que el otorgamiento de estos permisos sea proporcional y adecuado al fin buscado con estos, y no se desvirtúen las reglas de igualdad de acceso y el modelo de gestión de competencia a los que están sometidos los servicios de telecomunicaciones y el uso del bien escaso utilizado para su prestación.

Caso concreto

Ahora bien, de las razones expuestas por el Ministerio en la consulta, así como en la audiencia realizada para determinar los supuestos fácticos que la originaron, la Sala observa que, en términos generales, el interrogante planteado por la entidad en relación con la asignación directa del espectro que se ubica en las bandas superiores a 3GHz, se refiere a la asignación del ERE por razones de continuidad del servicio, a la que hace referencia el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 y del artículo 2.2.2.1.1.1. al 2.2.2.1.1.8. del Decreto 1078 de 2015.

Por lo tanto, alude a una asignación del espectro que implica la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros y, en consecuencia, la explotación económica del ERE, razón por la cual no está referida a los supuestos analizados en los numerales 3.3 y siguientes de este dictamen.

En ese orden, las inquietudes planteadas por el Ministerio no están referidas a los permisos temporales que se otorgan para la realización de pruebas técnicas y de homologación, de que trata el artículo 2.2.2.1.2.4. del Decreto 1078 de 2015, pues este tipo de permisos, como se ha expuesto, no se ubican dentro de los que se deben otorgar por razones de continuidad del servicio, en los términos del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

Por otra parte, en el escrito de la consulta el MinTIC hace referencia a la asignación del ERE que se encuentra en las bandas de 3 a 6GHz, que ofrece gran capacidad para desarrollar tecnologías 5G. Asimismo, en la audiencia antes citada precisó que el primer interrogante de la consulta está referido al espectro radioeléctrico que se ubica en las bandas superiores a 3GHz, las cuales pueden ser utilizadas para desarrollar tecnología 5G, pero no exclusivamente, pues pueden ser utilizadas para la prestación de otras tecnologías.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio reiteró que la necesidad identificada de realizar la asignación directa del espectro que se ubica en las bandas superiores a 3GHz obedece, fundamentalmente, a la exigencia de desarrollar la tecnología 5G. Lo anterior, debido a la importancia que el desarrollo de esta tecnología tiene en la ampliación de la cobertura de servicios como el internet y otros servicios que van a ser determinantes para el desarrollo tecnológico del país.

En este escenario, la Sala recuerda los dos condicionamientos previstos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, para que proceda la excepción de asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio:

iii. Condición material

De acuerdo con lo manifestado por la Corte, para que existan razones de continuidad del servicio que justifi- quen la asignación directa del espectro se requiere:

Que se trate de una situación en la cual esté en riesgo la prestación continua del servicio de telecomunicaciones.

Que por motivos ajenos a la voluntad de la Administración se encuentra en peligro la continuidad del servicio, en perjuicio de los usuarios.

Que el uso de la excepción tenga como objetivo superar el riesgo de la suspensión del servicio de telecomunicaciones. Que el peligro de continuidad del servicio se traduzca en una situación extrema o excepcional que impida cumplir con

la prestación del servicio o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia.

iv. Condición temporal

En cuanto a la condición temporal para la asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio, señaló:

Para que se considere excepcional, la medida debe tener un carácter temporal y necesario para dar una solución inmediata a efectos de evitar la paralización del servicio.

Su exequibilidad condicionada solo procede cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, por lo cual solo puede extenderse por el término estrictamente necesario para que se adelante el proceso de selección objetiva, sin dilaciones irrazonables.

Comparados estos condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional, con los supuestos fácticos y jurídicos puestos a consideración de la Sala por el MinTIC, como razones que justificarían la asignación directa del ERE ubicado en las bandas superiores a 3GHz, la Sala encuentra que no se adecúan a las condiciones ex- cepcionales exigidas en la sentencia de constitucionalidad analizada. En efecto:

i. Según lo expuesto por el MinTIC, el ERE ubicado en las bandas superiores a 3GHz, en especial aquellas con capacidad para desarrollar tecnología 5 G, a la fecha no ha sido sometido a proceso alguno de selección objetiva, a efectos de que estas sean utilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, con la respectiva explotación económica.

ii. Tampoco se evidencia la existencia de un servicio de telecomunicaciones que esté en riesgo de suspensión o parálisis, o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia, por un hecho extremo o excepcional. Según los antecedentes, se trata de la asignación de bandas de frecuencias de 3 a 6GHz, el cual, se reitera, aún no ha sido asignado a los PRST para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros.

En especial, en lo relativo a la necesidad de asignación del ERE que se encuentra en estas bandas frecuencias para im- pulsar el desarrollo de la tecnología 5G, observa la Sala que, de acuerdo con lo señalado por el MinTIC, dicha necesidad estaría determinada, fundamentalmente, por:

[L]os potenciales beneficios que se derivan de su aprovechamiento para el beneficio de los usuarios, la prestación de un servicio de calidad y continuo y para la gestión eficiente del espectro a la ampliación de la cobertura de servicios como el internet y a la prestación de nuevos servicios.

iii. Finalmente, teniendo en cuenta que a la fecha no ha sido sometido a proceso alguno de selección objetiva la asignación del ERE ubicado en las bandas superiores a 3GHz, no se puede considerar tipificada la condición temporal en el sentido de que se pueden asignar en forma directa por el término estrictamente necesario para adelantar este proceso en estas bandas de frecuencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la asignación directa del ERE en las frecuencias superiores a 3GHz por razones relativas a la continuidad del servicio podría darse cuando se cumplan los condicionamientos materiales y temporales establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

En consecuencia, frente a futuras solicitudes, le corresponderá al MinTIC verificar, en cada caso concreto, los supuestos fácticos específicos en los que se encuentre el operador y determinar desde el punto de vista fáctico, técnico (conforme al análisis que realice la Agencia Nacional del Espectro) y jurídico, si se cumplen los condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional para que proceda la excepción de asignación directa por continuidad del servicio.

4. Topes máximos para la asignación del ERE y la fórmula para su contabilización

De conformidad con el carácter limitado o escaso del ERE, los Estados han utilizado, desde la década de los años noventa, la fijación de topes de espectro como una herramienta que busca incentivar su uso eficiente, evitar su acaparamiento y, por tanto, promover la libre competencia en su acceso y evitar prácticas monopolísticas.

Con miras a lograr estos objetivos, las administraciones establecen de manera discrecional, pero sujetas al marco jurídico y a los estudios técnicos, económicos y jurídicos correspondientes, la máxima cantidad del espectro al cual pueden acceder los operadores de servicios de telecomunicaciones a través de los permisos o concesiones otorgados por el Estado.

En el caso colombiano, esta función ha sido ejercida por el MinTIC, en desarrollo de su función de asignar el

ERE, en el marco de las garantías y principios constitucionales y legales analizados en este concepto.

Asimismo, en relación específica con la garantía de promoción la libre competencia en la asignación del ERE, la regulación expedida por el MinTIC está sujeta al concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la función de abogacía de la competencia⁵¹, consagrada en el artículo 7 de la Ley 1341 de 2009. No obstante, es importante precisar que dicho concepto no es obligatorio para la entidad.

Ahora bien, como lo advierte el propio MinTIC⁵², de una revisión reciente del estado de la materia, y de un estudio técnico realizado por la ANE para la expedición del Decreto 984 del 13 de junio de 2022, mediante el cual se modificaron los topes máximos para la asignación del espectro, actualmente prevalecen seis (6) tipos de topes de espectro a nivel internacional, así:

TIPO	FORMA DE APLICACIÓN
Absoluto	Para todas las bandas posibles.
Tipo Loose	Solo para un operador específico.
Tipo Tight	Establecer topes bajos para permitir la entrada de mayor
A una banda	Solo para una banda específica.
Acumulativo	Por grupo de bandas.
Por evento	Aplicable en un proceso de subasta.

Asimismo, destaca que de la revisión internacional se pudo establecer que la tendencia prevalente es la fijación de topes por evento, por ejemplo, para una subasta, y la fijación de topes acumulativos e independientes de los procesos de asignación, tal como se muestra a continuación.

Países que establecen tope durante un proceso de selección objetiva	Países que establecen tope de forma permanente o in- dependiente del proceso
Alemania	Argentina
Australia	Bélgica
Austria	Brasil
Costa Rica	Canadá
Dinamarca	Chile
Eslovaquia	Colombia
Eslovenia	Ecuador
Finlandia	España
Hungría	Francia
Irlanda	Perú
Italia	Rumania
México	Suiza
Nueva Zelanda	

En efecto, como se verá a continuación, en el caso colombiano, la fijación de los topes máximos para la asignación del ERE está determinada para diferentes grupos de bandas (con la reciente modificación del Decreto 984 de 2022, actualmente son bajas, medias y medias altas) y su cálculo debe ser determinado para cada operador de redes y servicios de telefonía móvil, por bandas de frecuencia y con independencia de los diferentes procesos de selección que hayan sido adelantados para su asignación.

4.1. Decreto 4234 de 200453.

Bajo el régimen jurídico anterior a la Ley 1341 de 2009, en el cual la habilitación para la prestación de los servicios de telecomunicaciones móviles se otorgaba a través de un contrato de concesión, previa licitación pública, la cual, a su vez, comportaba el permiso para el uso del espectro radioeléctrico requerido por cada operador para la prestación del servicio⁵⁴, el Gobierno nacional expidió el Decreto 4234 de 2004, previos los siguientes considerandos:

Que los operadores de TMC se han pronunciado sobre la necesidad de espectro adicional con el fin de continuar prestando servicios bajo los requerimientos técnicos y de calidad exigidos en la concesión y las exigencias del mercado frente a la ampliación de cobertura del servicio [...].

Que el Ministerio de Comunicaciones publicó en el mes de octubre de 2004 en su página electrónica, para conocimiento del sector, el documento “Propuesta para el otorgamiento de espectro adicional a los operadores de Telefonía Móvil Ce- lular en Colombia”, teniendo en

cuenta las necesidades de los operadores de TMC en relación con el espectro adicional. En este documento se concluyó que, con el fin de lograr una mayor penetración de los servicios móviles, con adecuados niveles de calidad, así como un mayor dinamismo y desarrollo del mercado móvil, que redunde en empresas más competitivas y un mayor bienestar de los usuarios, se recomienda asignar espectro adicional a los operadores celulares bajo las condiciones que fije el Ministerio.

[...].

Que para permitir la migración de las tecnologías antiguas y actuales a nuevas tecnologías móviles inalámbricas; la armonización y operación del espectro radioeléctrico en las diferentes tecnologías AMPS, CDMA/GSM y TDMA; el cubrimiento radioeléctrico adecuado de zonas geográficas dentro del territorio nacional, se requiere la asignación de espectro adicional para los operadores de TMC. [...]

En concordancia con lo expuesto, el Decreto dispuso lo siguiente:

Artículo 1°. Objeto y campo de aplicación. El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones para otorgar espectro radioeléctrico adicional al inicialmente otorgado a los operadores de servicios de telefonía móvil prestados a través de gestión directa o indirecta.

Parágrafo. El espectro radioeléctrico máximo que se asigne para la prestación de servicios móviles será de 40

Mhz por operador. Se entiende por espectro radioeléctrico máximo el asignado inicialmente en las respectivas

concesiones o título habilitante, más sus adiciones.

Hace notar la Sala que, en este decreto, el tope máximo para la asignación del espectro se fijó en 40 Mhz por operador, sin distinguir entre bandas de frecuencias y con una fórmula de cálculo que incluía: la sumatoria del espectro inicialmente asignado a cada operador de telefonía móvil, en virtud del respectivo contrato de concesión o título habilitante, y el otorgado de manera “adicional”, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en el mismo decreto.

4.2. Decreto 4722 de 200955

En vigencia de la Ley 1341 de 2009, que estableció la habilitación general para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y la asignación del espectro a través de un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, el Gobierno nacional reglamentó los topes máximos para la asignación del espectro por cada operador para la prestación de servicios móviles terrestres, así:

Artículo 1°. Tope de espectro por proveedor de redes y servicios. El tope máximo de espectro radioeléctrico asignado por operador para la prestación de servicios móviles terrestres será de 55 MHz.

Para efectos de este Decreto, el tope máximo incluye tanto el espectro asignado inicialmente en las respectivas concesiones o títulos habilitantes, así como sus adiciones mediante permisos de espectro otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Como se observa, la última parte de la disposición establece la fórmula de contabilización de los topes máximos de asignación del ERE por operador de servicios móviles terrestres.

Para determinar el alcance de esta norma es importante tener en cuenta lo siguiente:

Si bien la Ley 1341 de 2009 estableció una habilitación general para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones y, adicionalmente, un régimen especial de asignación del ERE necesario para la prestación de estos servicios, la ley también previó que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en

vigencia de dicha ley, podían mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, así:

Artículo 68. De las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.

[...] A los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de la expedición de la presente ley, que se acojan o les aplique el régimen de autorización general previsto en esta ley, se les renovarán los permisos para el uso de los recursos escasos de acuerdo con los términos de su título habilitante, permisos y autorizaciones respectivos. Vencido el anterior término deberán acogerse a lo estipulado en el artículo 12 de esta ley. [...]

En ese orden de ideas, tiene justificación que el Decreto 4722 de 2009 hiciera referencia al ERE asignado mediante los respectivos contratos de concesión o títulos habilitantes y sus respectivas adiciones.

ii. Aunque la norma analizada no se refiere expresamente al ERE asignado bajo el régimen de la Ley 1341 de 2009, es claro que también hace referencia a este, pues el Decreto 4722 de 2009 hace mención a los permisos otorgados por el “Ministerio de Tecnologías de la Información las Comunicaciones”, denominación que recibió este ministerio a partir de la Ley 1341 de 2009.

Asimismo, porque los considerandos del decreto se refieren en forma expresa a los procesos de asignación del ERE de conformidad con la Ley 1341 de 2009, esto es: los otorgados mediante un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública y los otorgados en forma directa por razones de continuidad del servicio, según la Sentencia C-403 de 2010.

iii. Ahora bien, desde el punto de vista teleológico, la contabilización del ERE otorgado directamente por razones de continuidad del servicio encuentra fundamento en la exigencia de contabilizar, para efectos de aplicar los topes máximos, todas las asignaciones reales y efectivas del ERE que tengan los operadores para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, con su respectiva explotación económica. Lo anterior, con el objetivo de incentivar el uso eficiente de este recurso escaso, evitar su acaparamiento y garantizar la igualdad de acceso y la promoción de la competencia en su asignación.

Por esta razón, la contabilización de los topes máximos para la asignación del ERE no incluye el asignado para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, pues estos están dirigidos a incentivar el desarrollo de la tecnología para beneficio de todos los sectores de la economía y, por lo tanto, de todos los usuarios. Asimismo, por expresa disposición de la Resolución 467 de 2020, estos permisos excluyen la posibilidad de prestar servicios a terceros y de realizar explotación económica de este recurso. Por tanto, en principio, no inciden en la libre competencia y la consolidación de prácticas monopolísticas.

iv. Así las cosas, la Sala concluye que, a partir de una interpretación lógica, sistemática, finalista e histórica de la norma, la fórmula de contabilización del tope máximo de asignación del ERE, reglamentada por el Decreto

4722 de 2009, incluye todo el ERE asignado a un operador móvil, en el rango de bandas para el cual se fijó el respectivo tope máximo, antes o después de la Ley 1341 de 2009.

4.3. Decreto 2980 de 2011, posteriormente compilado en el Decreto 1078 de 2015 (art. 2.2.2.4.1) 56

Según lo señalado en los considerandos de este decreto, la modificación de los topes para la asignación del espectro regulado por el Decreto 2980 de 2011 tuvo como objeto desarrollar la política nacional en relación con el avance de los servicios móviles terrestres, teniendo en cuenta las bandas que permiten “aportar a las telecomunicaciones opciones de aplicaciones multimedia móviles de banda ancha y movilidad de alta calidad a un mercado de masa mundial”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1° del decreto estableció nuevos topes para la asignación del espectro, pero en esta ocasión, con una distinción por bandas de frecuencias, así:

a. 85 MHz para las bandas altas. (Entre 1710 MHz y 2690 MHz) y, b. 30 MHz para las bandas bajas (Entre 698 MHz y 960 MHz).

Asimismo, el decreto señaló que para “efectos de determinar si un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones los topes máximos a los que se refiere el artículo anterior del presente Decreto, el espectro que se contabilizará será el asignado para servicios móviles terrestres”.

4.4. Decreto 2194 de 201757

Mediante Decreto 2194 de 2017, el Gobierno nacional modificó los topes previstos en el art. 2.2.2.4.1. del Decreto 1078 de 2015. En consecuencia, el referido artículo quedó de la siguiente manera:

Tope de espectro máximo por proveedor de redes y servicios móviles terrestres, criterios para el otorgamiento de espectro radioeléctrico en la banda 1850 MHz para el servicio móvil terrestre

Artículo 2.2.2.4.1. Tope de espectro por proveedor de redes y servicios. El tope máximo de espectro radioeléctrico para uso en servicios móviles terrestres será de:

1. 90 MHz para las bandas altas. (Entre 1710 MHz y 2690 MHz).
2. 45 MHz para las bandas bajas (Entre 698 MHz y 960 MHz).

Para efectos de este capítulo, el tope máximo incluye tanto el espectro asignado inicialmente en las respectivas concesiones o títulos habilitantes, así como sus adiciones mediante permisos de espectro otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. [...].

(Decreto 4722 de 2009, art. 1°, modificado por el Decreto 2980 de 2011, art. 1°) (Artículo modificado por el Decreto 2194 de 2017, art. 1°)

Por su parte, el artículo 2.2.2.4.2. del mismo Decreto 1078 de 2015 se mantuvo de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2980 de 2011, en los siguientes términos:

Artículo 2.2.2.4.2. Cálculo del tope máximo. Para efectos de determinar si un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones cumple con los topes máximos a los que se refiere el artículo anterior del presente Decreto, el espectro que se contabilizará será el asignado para servicios móviles terrestres.

Como se observa, la nueva disposición reprodujo la fórmula de cálculo de los topes máximos de asignación del ERE inicialmente prevista por el Decreto 4722 de 2009.

En consecuencia, la Sala reitera la hermenéutica antes expuesta, en el sentido que, de acuerdo con una interpretación lógica, sistemática, finalista e histórica de la norma, debe entenderse que la fórmula de cálculo del tope máximo para la asignación del espectro para los proveedores de redes y servicios móviles terrestres incluye todo el ERE asignado a un

operador: i) en el rango de bandas para el cual se fijó el respectivo tope; ii) antes o después de la Ley 1341 de 2009, con excepción de los permisos temporales otorgados para la realización de pruebas técnicas.

Así las cosas, en el caso del ERE asignado en el marco de la Ley 1341 de 2009, la contabilización del tope máximo debe tener en cuenta tanto el asignado a través de un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, como el otorgado a través de una asignación directa por razones de continuidad del servicio, en los términos establecidos por el artículo 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 y desarrollados por la Sentencia C-403 de 201058.

4.5. El Decreto 984 del 13 de junio de 202259 modificó los topes máximos previstos en el Decreto 1078 de 2015

El Decreto 984 del 13 de junio de 2022: i) actualizó los topes de asignación del ERE, en el artículo 2.2.2.4.1. del Decreto 1078 de 2015 y, ii) autorizó la asignación de espectro nuevo para el desarrollo de tecnología 5G. El artículo 1° de la normativa indica:

Artículo 1°. Modificación del Artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015. Modificar el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 2.2.2.4.1. Tope de espectro por proveedor de redes y servicios. El tope máximo de espectro radioeléctrico por Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones para uso en servicios móviles terrestres (IMT) será de:

- *50 MHz para las Bandas Bajas (menores a 1 GHz).

- *100 MHz para las Banda Medias (entre 1 GHz y menor a 3 GHz).

- *100 MHz para las Bandas Medias Altas (entre 3 GHz y 6 GHz).

Parágrafo. Para efectos de este capítulo, el tope máximo incluye el espectro radioeléctrico asignado en las respectivas concesiones o títulos habilitantes, bien sea como espectro asignado inicialmente o en calidad de espectro adicional, vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, así como el asignado mediante permisos de uso del espectro radioeléctrico otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en virtud de la Ley 1341 de 2009.

El tope de espectro radioeléctrico de que trata el presente Artículo se contabiliza independientemente si la delimitación geográfica del permiso de uso del espectro radioeléctrico, de la concesión o títulos habilitantes es nacional o regional.

Se exceptúan para la contabilización de los topes de espectro radioeléctrico, los permisos de uso otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos previsto en el artículo 2.2.2.1.2.4 de este Decreto”.

En el documento técnico justificativo del decreto, que fue publicado por el MinTIC60, la entidad expuso los antecedentes y las razones que hicieron necesaria la modificación de los topes de espectro radioeléctrico para servicios móviles terrestres. De estos se destacan los siguientes:

En el mundo se han fijado diferentes tipos de topes que evidencian las situaciones particulares que enfrentan las administraciones para realizar un proceso de selección objetiva para la asignación de permisos de uso del espectro. Para el caso de Colombia, se han aplicado los topes de tipo acumulativo, por grupos de bandas, que a la fecha están clasificadas como bajas y altas61.

El desarrollo de nuevas tecnologías de telecomunicaciones como 5G incentivan la demanda de espectro, incidiendo en la necesidad de modificación de los topes. En este contexto, de acuerdo con la GSMA (Asociación Sistema Global para Comunicaciones Móviles por sus siglas en inglés), América Latina podría adoptar 5G hacia mediados de la

década, después de que se den mejoras significativas en las economías de escala de dispositivos e infraestructuras, esperando más de 62 millones de conexiones 5G para 2025⁶², y a nivel mundial se espera un crecimiento del mercado de infraestructura 5G del 118% compuesto anual entre 2018 y 2022, alcanzando 26 billones USD.

Dado este escenario, la fijación de topes cobra relevancia, porque puede incentivar la adecuada adopción de nuevas tecnologías y el aprovechamiento de los beneficios sociales y económicos que el uso de estas tecnologías trae a la sociedad⁶³. Adicionalmente, de acuerdo con recomendaciones de la OCDE para América Latina; “Es necesario disponer de un marco normativo estable y previsible para promover la inversión a largo plazo en infraestructuras de banda ancha. Una reglamentación sólida contribuirá a ampliar la expansión de la infraestructura al reducir el costo del despliegue⁶⁴”.

En Colombia, los topes de espectro vigentes se encuentran fijados a través del Decreto 1078 de 2015, modificado por el Decreto 2194 de 2017, que establece un tope de espectro de 90 MHz para bandas altas (entre 1710 MHz y 2690 MHz) y tope de espectro de 45 MHz para bandas bajas (entre 698 MHz y 960 MHz).

Sin embargo, estos topes ya fueron alcanzados o están cerca de ser alcanzados por algunos de los principales PRST con tenencias de espectro IMT⁶⁵. A continuación, se presentan algunas de las razones por las cuales se hace necesaria la modificación de dichos topes:

El espectro es un recurso escaso y los PRST móviles lo requieren para suplir la demanda creciente de servicios de banda ancha⁶⁶. Para asignar más espectro, el MinTIC debe establecer procesos de asignación en los cuales se oferte el recurso disponible⁶⁷ para el desarrollo de las IMT. En este sentido, se hace necesario establecer las condiciones para permitir el acceso a este recurso de acuerdo con la necesidad de suplir dicha demanda creciente, en cumplimiento de la ley y procurando la maximización del bienestar social.

La asignación de espectro IMT incentiva la conectividad, lo cual puede contribuir al crecimiento económico por el efecto de la construcción de más redes de infraestructura, con mayor productividad y el incremento del ingreso de los hogares a través de la generación de empleo⁶⁸. De acuerdo con esto, las condiciones de acceso al recurso como los topes de espectro permitirán alinear la asignación con las políticas públicas que conlleven al logro de los objetivos de crecimiento. Por lo tanto, si no se modifican los topes actuales, no se tendrá acceso a todo el espectro disponible necesario para aprovechar al máximo estos beneficios para la sociedad.

El desarrollo de nuevas tecnologías disruptivas como Big Data, IoT, inteligencia artificial, entre otras, que tienen un gran potencial de desarrollo a través de las IMT⁶⁹ permitirán el logro de las políticas planteadas en el Plan Nacional de Desarrollo para la transformación digital del país y los beneficios que conlleva, por lo cual una modificación de los topes de espectro, como condición de acceso al recurso es necesaria para tener en cuenta las características y requerimientos de estas nuevas tecnologías en cuanto a espectro.

La norma, además de actualizar los topes de espectro, definió nuevos topes de espectro para bandas de frecuencia por encima de los 3GHz y que no habían sido definidos anteriormente⁷⁰. En efecto, el artículo 1 de la normativa dividió el rango de bandas en tres, con un segmento nuevo denominado bandas medias.

Bandas bajas, aquellas inferiores a 1 GHz. Bandas medias⁷¹, aquellas entre 1 GHz y 3 GHz. Bandas medias altas, aquellas entre 3 GHz y 6 GHz.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que en el caso colombiano prevalece la fijación de topes para la asignación del espectro electromagnético a cada operador, por grupo de bandas y en forma acumulativa, esto es, con independencia de los procesos adelantados para su asignación.

Ahora bien, en relación con la fórmula para contabilización de los referidos topes es importante señalar que, el párrafo del artículo 1° del citado Decreto, indicó lo siguiente:

Parágrafo. Para efectos de este capítulo, el tope máximo incluye el espectro radioeléctrico asignado en las respectivas concesiones o títulos habilitantes, bien sea como espectro asignado inicialmente o en calidad de espectro adicional, vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, así como el asignado mediante permisos de uso del espectro radioeléctrico otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en virtud de la Ley 1341 de 2009.

De esta manera, a juicio de la Sala, el Gobierno nacional aclaró lo concluido previamente en este concepto: esto es, que en el caso colombiano los topes previstos para la asignación de este bien escaso se calculan para cada operador, por grupo de bandas y teniendo en cuenta todo el ERE asignado al operador, con independencia del tipo de proceso adelantado para el otorgamiento del permiso.

Por último, la reciente modificación, exceptuó para la contabilización de los topes de espectro radioeléctrico, los permisos de uso otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la realización de pruebas técnicas y homologación”.