Sentencia C-186/11

RESTRICCION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA RESPECTO DE ACUERDOS SUSCRITOS ENTRE PARTICULARES PARA ACUDIR A LA JUSTICIA ARBITRAL-Es constitucionalmente legítima

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL-Evolución jurisprudencial

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Manifestaciones

Según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Justificación constitucional

LIBERTAD ECONOMICA EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance

En lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, “adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional”. Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control.

LIBERTAD ECONOMICA-Alcance según la jurisprudencia

Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es

expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas.

LIBERTAD ECONOMICA-Condiciones para su limitación

En materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato. De lo anterior se concluye, entonces, que los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.

COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES CRC-Naturaleza jurídica /INTERVENCION ESTATAL EN LA ECONOMIA Y RESERVA DE LEY EN MATERIA DE RESTRICCION DE PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES-Desarrollo jurisprudencial/SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Competencia para determinar el régimen jurídico

CONSTITUCION POLITICA-Extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos/RESERVA DE LEY EN EL AMBITO DE SERVICIOS PUBLICOS COMO EXPRESION DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO-Finalidad

Esta Corporación ha sostenido que en materia de servicios públicos existe un principio de reserva de ley, en tal sentido ha señalado que: La Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios. Así mismo el Presidente de la República también participa en la configuración de algunos aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos. Sobre el particular, cabe advertir que, además de ejercer la potestad reglamentaria sobre las leyes que en materia de servicios públicos expida el

legislador (C.P. art. 189-11), el Presidente de la República tiene a su cargo las funciones específicas de “Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” (C.P. art. 189-22 y 370), y de “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios…” (C.P. art. 370). Como se advierte por la propia Constitución, estas funciones presidenciales se encuentran sujetas a la observancia de los mandatos constitucionales en esta materia y a las disposiciones normativas que establezca el legislador. De igual manera, la función de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, debe ser ejercida conforme a los parámetros generales que establezca el legislador.

REGIMEN JURIDICO DE SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por legislador/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios/FUNCION DE REGULACION ESTATAL-La ley puede prever la creación de órganos especializados para ejercer dicha función/COMISION DE REGULACION-Función estatal de regulación de servicios públicos atribuido por la ley

Es el legislador la autoridad pública encargada de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, facultad que debe ejercer dentro de los precisos y estrictos términos establecidos en la Carta Política y con sujeción al marco constitucional anteriormente señalado. Por su parte, teniendo en cuenta el régimen legal, al Presidente de la República le corresponde ejercer la inspección, la vigilancia y el control de la prestación de estos servicios y fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior no quiere decir que la posibilidad de configuración normativa en la materia se reserve al Legislador y al Presidente de la República, pues como ha reconocido esta Corporación “la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo”, de manera tal que la ley puede prever la creación de órganos especializados para ejercer dicha función estatal, papel que distintos cuerpos normativos, entre los que se cuenta la Ley 1341 de 2009, han atribuido a las comisiones de regulación.

FUNCION JURISDICCIONAL POR PARTICULARES-Se ejerce cuando actúan como conciliadores o árbitros habilitados por las partes/ARBITRAMENTO-Definición/ARBITRAMENTO-Características básicas/ARBITRAMENTO-Regulación legislativa

De conformidad con el artículo 116 constitucional “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (…) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. El arbitramento constituye un mecanismo jurídico “en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sus características centrales son las siguientes: (i) Se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la Constitución (art.116 CP), por medio del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la

función de administrar justicia. (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación (art.116 CP), lo cual supone que “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. De esta manera, “la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros”. No obstante, la jurisprudencia ha advertido que “si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse ´en los términos que determine la ley´ (C.P. art. 116)”. (iii) Es un mecanismo de carácter temporal (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art. 113)”. (iv) Es excepcional, pues así lo establece expresamente el artículo 116 de la Carta. Sin embargo, más allá del argumento normativo, esta característica se explica si se tiene en cuenta que “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”. (v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”. Por otra parte el Constituyente otorgó al Legislador un amplio margen de configuración en materia de arbitraje, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia “en los términos que determine la ley”. Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha advertido que “la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia”. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha concebido el arbitramento como una modalidad por medio de la cual se ejerce función jurisdiccional, lo que visto desde otra perspectiva significa que se trata un mecanismo que permite la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Fundamento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento del arbitramento, pues “si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”. Sobre este particular concluyó la Corte en la sentencia SU-174de 2007: El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a

ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.

ARBITRABILIDAD OBJETIVA-Límites

No todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento. Como ha señalado esta Corporación "[e]n términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad". En distintas providencias se han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. Luego, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes "en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres", al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. Por otra parte con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 precisó el alcance del arbitramento en esta materia. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado.

ACTO ADMINISTRATIVO-Control de legalidad

RESERVA LEGAL EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados/COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES CRC-Funciones /REGULACION DE CARACTER IMPERATIVO-Alcance

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE JUSTICIA ARBITRAL-Limitaciones no tienen que ser establecidas mediante ley estatutaria

Referencia: expediente D-8226

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 22 (parcial) de la Ley 1341 de 2009. "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del espectro y se dictan otras disposiciones".

Actor:

Henry Tapiero Jiménez

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., marzo dieciséis (16) de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública, consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Henry Tapiero Jiménez solicita la declaratoria de inexequibilidad de algunos apartes contenidos en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1321 de 2009.

Mediante auto de septiembre dos (02) de dos mil diez (2010) el Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada, en la misma providencia ordenó su fijación en lista en la Secretaría General de esta Corporación y decidió comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado. En la misma providencia invitó al Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, a la Universidad del Rosario y a la Universidad Javeriana para que, de estimarlo conveniente, intervinieran en el proceso. Por último, ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto correspondiente.

Dentro del término de fijación en lista fueron allegados al expediente los escritos de intervención presentados por (i) el ciudadano Juan Manuel Charry Urueña, en representación del Misterio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; ii) la ciudadana Zoila Consuelo Vargas Mesa, apoderada especial de la Comisión de Regulación de Comunicaciones; (iii) la ciudadana Martha Cediel de Peña; (iv) el ciudadano Edgar González López; (v) el ciudadano Hernando Herrera Mercado; y (vi) el ciudadano Fabián Andrés Hernández Ramírez. Vencido el término de fijación en lista presentaron sendos escritos de intervención los ciudadanos Andrés Téllez Ramírez y Luisa Fernanda García. El seis (06) de octubre de dos mil diez (2010) fue radicado en la Secretaria General de esta Corporación el concepto emitido por el Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

2. La disposición acusada

A continuación se trascribe, subrayado, el enunciado normativo demandado:

LEY 1341 DE 2009

(julio 30)

Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 22. FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

(…)

9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.

3. La demanda

A juicio del actor, el enunciado normativo demandado resulta contrario a lo señalado por los artículos 2, 4, 6, 13, 16, 58, 83, 95, 116, 150, 152, 229 y 333 constitucionales.

Como punto de partida expone que la Ley 142 de 1994 atribuía a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones competencia para resolver conflictos entre las empresas de servicios públicos, competencia que la Ley 1341 de 2009 asigna a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC). Entiende que se trata de una competencia de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, en consecuencia considera que los actos que se expidan en razón de su ejercicio son de carácter administrativo, susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Indica que el enunciado acusado tiene una redacción vaga pues, en primer lugar, no aclara si los acuerdos entre los proveedores que afecten la facultad de intervención de la CRC son nulos, ineficaces, inoponibles o inexistentes. Agrega que “en la medida en que no se establecen para la CRC, especificaciones ni condicionamientos para el ejercicio de esta facultad, la misma resultará aplicable sin que para el ente regulador sea indispensable realizar un juicio de procedencia de la aplicación de tal facultad en el caso concreto, con base

en un marco legal predefinido".

Sostiene, así mismo, que la indeterminación del enunciado demandado da lugar a diversas hipótesis de aplicación, por ejemplo, cuando al CRC emite normatividad de carácter general o particular con posterioridad a la celebración de un acuerdo válido entre operadores "normatividad que así resultará aplicable de manera automática, por encima del acuerdo particular (…) Así, resultaría posible, por ejemplo, que la regulación expedida por la CRC tenga efectos retroactivos sobre los acuerdos válidamente celebrados por particulares (…)".

El primer cargo que formula el actor consiste en que la expresión acusada restringe de manera indebida la autonomía de la voluntad privada de los particulares, que se desprende de una interpretación armónica de los artículos 2, 6, 16, 58 y 333 de la Constitución. Señala que este principio solo puede ser limitado por el Legislador, mediante la expedición de un marco jurídico preciso, pero que la disposición demandada confía tal labor a un ente de carácter administrativo: la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Entiende, entonces, que el precepto acusado es inconstitucional por dos razones, en primer lugar porque la ley debió fijar de manera precisa las condiciones de intervención de la CRC en materia de la autonomía privada y, adicionalmente, porque el Legislador deslegalizó la materia al confiar a una entidad administrativa la posibilidad de intervenir en el ejercicio de una prerrogativa constitucional.

Expresa que los acuerdos suscritos entre los proveedores corresponden al legítimo ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y por lo tanto no pueden ser dejados sin efectos en virtud de la competencia reguladora de la Comisión, pues considera que tales límites debió fijarlos el legislador directamente. Añade que la Ley 1341 de 2009 tampoco fija un régimen de los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y se limita a atribuir una potestad genérica al ente administrativo que puede afectar los derechos y libertades de éstos últimos.

Añade que debido a la vaga redacción del texto acusado puede entenderse que la Comisión mediante la expedición de regulaciones generales o especiales puede dejar sin efectos los acuerdos entre proveedores, sin necesidad de un procedimiento especial, lo que atenta contra el principio de confianza legítima, los derechos adquiridos y puede afectar también la propiedad privada, pues dichos convenios son una materialización de tales derechos. Al respecto consigna: "en la medida en que como los acuerdos privados de los proveedores pueden quedar limitados en su validez y efectos por la regulación de la CRC, los derechos adquiridos con arreglo a la ley del derecho privado, podrían verse desconocidos sin fórmula de juicio alguno, pues la regulación podría entrar a anular o dejar sin efectos dichos acuerdos".

Considera que el precepto acusado también vulnera el principio de legalidad, pues corresponde al legislador establecer los límites al ejercicio de la libertad económica, según el tenor del artículo 333 constitucional. Argumenta que los acuerdos entre proveedores corresponde al legítimo ejercicio de la libertad contractual, comprendida dentro del ámbito protegido por la libertad económica, razón por la cual no puede ser limitada en virtud de disposiciones de carácter administrativo expedidas por la Comisión de Regulación de

Comunicaciones.

Alude al numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, precepto que atribuye a la CRC la función de resolver las controversias que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, y entiende que se trata de una función de índole eminentemente administrativa y no jurisdiccional. A partir de esta primera inferencia concluye que la disposición acusada, al prever que los acuerdos entre particulares no pueden menoscabar la facultad de resolución de controversias en cabeza de la CRC, cercena la autonomía de los particulares de acudir para solucionar sus conflictos a mecanismos tales como el arbitraje, razón por la cual limita el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, restricción que además se realiza mediante una ley ordinaria desconociendo la reserva de ley estatutaria en la materia.

Sostiene que el precepto demandado "frente a la garantía reconocida a favor de los particulares de acordar libremente el arbitramento, puede tener dos entendimientos, ambos igual de inconstitucionales, a saber: (i) que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento, la CRC continúa teniendo competencia para la resolución de controversias, por lo que, esta de oficio y discrecionalmente, o incluso cualquiera de las partes del acuerdo puede acudir a la CRC proponiendo la resolución del conflicto y de esta forma desconocer lo pactado con su contraparte, no solo antes de convocarse el arbitramento, sino aun después de conformado este y (ii) Que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento en cualquiera de sus modalidades, tal acuerdo no surte efecto alguno y todas las controversias existentes entre proveedores de redes y servicios son de competencia exclusiva y excluyente de la CRC. En ambos casos la norma privilegia la justicia administrativa de la CRC, frente a la competencia de los árbitros para resolver los conflictos por la vía jurisdiccional".

Más adelante agrega: "Cuando la norma acusada elimina o, en el mejor de los casos, restringe el derecho constitucional de los particulares a solucionar sus diferencias a través de la figura del arbitramento acordado voluntariamente, no solo se excede en el ejercicio de una competencia legislativa, sino que simultáneamente está regulando el ejercicio de un derecho fundamental de los particulares, como es el acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución, a través de una norma ordinaria y no estatutaria como lo ordena la propia Constitución".

4. Intervenciones

4.1. Intervención del ciudadano Juan Manuel Charry Urueña

El ciudadano Juan Manuel Charry Urueña, quien actúa en nombre propio y en representación del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, solicita la declaratoria de exequibilidad del enunciado demandado. Expone inicialmente el marco general de la Ley 1341 de 2009 y afirma que este cuerpo normativo tiene fundamento en distintos preceptos constitucionales, entre los cuales cita los artículo 365, que establece como deber estatal la eficiente prestación de los servicios públicos, como son las telecomunicaciones, el artículo 75 que hace referencia al espectro electromagnético como bien público inajenable e imprescriptible y el artículo 333 que hace referencia a la posibilidad de limitar la libertad económica y la iniciativa privada, en eras de la protección del interés

general.

Como punto de partida afirma que la demanda parte de un entendimiento errado de la disposición acusada, pues según el actor limita la autonomía de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acudir a la justicia arbitral, mientras que a su juicio "[d]ichas interpretaciones son erróneas en cuanto, los proveedores de redes y servicios pueden celebrar libremente acuerdos y acudir a la justicia arbitral, siempre y cuando se respete la facultad de intervención de la Comisión en materia de intervención regulatoria y resolución de conflictos, es decir, un proveedor puede acudir libremente a la justicia arbitral en cuanto no se trate de una materia de competencia de la Comisión de Regulación". Propone que este cargo sea desechado porque se funda en una interpretación subjetiva del demandante, ajena al contenido normativo del enunciado demandado.

Afirma que el Legislador tiene una amplia potestad de intervención en materia de prestación de servicios públicos y que por lo tanto "tiene la libertad de delegar en las Comisiones de Regulación, la adopción de medidas administrativas a fin de proteger la libre competencia e impedir el abuso de las posiciones dominantes en el mercado, y de esta manera permitir la prestación eficiente de los servicios públicos, realizando de esta manera los intereses públicos consagrados en la Constitución", lo anterior lo lleva a concluir que el enunciado demandado "tiene fundamento en la facultad de intervención del Estado que en materia de servicios públicos es desarrollada por el Legislador, quien a su vez goza de amplia libertad para definir las funciones de las Comisiones de Regulación, sin que ello implique una delegación de su potestad legislativa, por lo que la norma resulta constitucional".

Considera el interviniente que la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y los derechos adquiridos "encuentran sus límites en la Constitución, las leyes, el interés general, el respeto de los derechos fundamentales y el orden público, por lo que las partes contratantes no pueden aducir que se les vulneran sus derechos adquiridos cuando los mismos no han sido adquiridos válidamente// Ahora bien, en el caso bajo estudio teniendo en cuenta que el Legislador puede expedir leyes de intervención económica y sobre el régimen de los servicios públicos (…) es deber de los proveedores someterse a dichas leyes, por lo que la norma deviene constitucional".

Respecto del cargo de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia por impedir que los proveedores de redes y servicios puedan acudir a la justicia arbitral señala el interviniente la disposición acusada no les impide acudir a ella, siempre y cuando se trate de materias susceptibles de transacción, es decir, de carácter económico y porque los árbitros no tiene facultades para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos por la CRC, en virtud de las facultades regulatorias de carácter administrativo.

4.2. Intervención de la ciudadana Zoila Consuelo Vargas Mesa.

En calidad de apoderada especial de la Comisión de Regulación de Comunicaciones intervino la ciudadana Vargas Mesa. Explica que las funciones que desarrolla la CRC son una manifestación de la intervención estatal en la economía mediante la expedición de regulación, que puede ser tanto de carácter imperativo como de carácter no obligatorio para los agentes del sector. Aclara "que las regulaciones imperativas pueden versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de

telecomunicaciones, las cuales tienen como objeto disciplinar el desarrollo de las actividades propias de un mercado determinado, cuando en el mismo se identifican fallas que requieran de la intervención regulatoria con el ánimo de promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o incluso prevenir el abuso de la posición dominante de un agente del mercado".

La interviniente agrupa las regulaciones emitidas por la CRC en las siguientes categorías:

1. Regulaciones que no inciden en las condiciones definidas de mutuo acuerdo por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y que tiene un efecto supletorio respecto de los contratos

2. Regulaciones que ordenan actuar, ofrecer, permitir el acceso a determinada infraestructura en desarrollo de los principios legales superiores

3. Regulaciones que cambian el marco regulatorio dentro del cual se celebraron determinados acuerdos de interconexión

4. Regulaciones que modifican las condiciones de prestación de los servicios por un operador

5. Regulaciones que protegen los derechos de los usuarios

Indica que la regulación imperativa "resulta indispensable para proteger a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones frente a diferentes tipos de acuerdos que pacten libremente los proveedores y sin tener en consideración las reglas regulatorias mínimas previstas incluso en la ley".

Hace luego referencia a la función de solución de controversias en cabeza de la CRC y precisa que se trata de una manifestación de la intervención estatal en la economía de carácter administrativo y no judicial. Precisa el alcance de la disposición acusada en el siguiente sentido "[e]l artículo trascrito busca que la CRC, en el marco de sus competencias, dirima las controversias que se presenten entre los distintos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, es decir, que en caso de presentarse una divergencia asociada a un tema regulatorio de carácter imperativo, sea conocida en la vía administrativa por la autoridad regulatoria, que en ejercicio de sus funciones de intervención en la economía pueda adoptar decisiones vinculantes y con efectos respecto de los diferentes operadores sometidos a su regulación, con el único propósito de que la promoción de la competencia como razón de ser del ente reguladores se haga efectiva, en beneficio último de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones".

Concibe esta atribución de la CRC como un mecanismo idóneo para evitar que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, mediante acuerdos privados, se sustraigan de la normatividad regulatoria de carácter imperativo expedida por la entidad administrativa, cuya finalidad es la protección de los usuarios y la promoción de la competencia. Considera por lo tanto que el precepto demandado fija una limitación legítima de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual de los proveedores.

Recalca que la intervención regulatoria contemplada en la disposición demandada tiene efectos y alcances diferentes a la justicia arbitral y finaliza este acápite de su intervención con las siguientes afirmaciones:

* El enunciado demandado tiene como finalidad destacar el carácter vinculante y obligatorio de la regulación imperativa expedida por la CRC

* Este carácter esta ligado directamente a la intervención del Estado en la economía

* Hay señaladas diferencias entre la solución administrativa de controversias que ejerce la CRC y la justicia arbitral

A continuación aborda el examen de los cargos formulados en la demanda, respecto de la primera acusación sostiene que la autonomía de la voluntad privada no es absoluta y que el enunciado demandado "es una limitación legítima al principio de autonomía de la voluntad privada en la medida en que dicha norma lo que hace es reconocer el carácter imperativo de la regulación emitida por la CRC". Diferencia entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuya titularidad corresponde a las personas naturales y la libertad de empresa, la cual si es atribuible a las personas jurídicas, dentro de cuyos contenidos se encuentra la libertad contractual o la autonomía negocial. En todo caso, considera que este derecho puede ser limitado en virtud de lo señalado por el artículo 333 constitucional.

Reitera los argumentos previamente expuestos en cuanto al carácter imperativo de cierta regulación expedida por la CRC y en consecuencia de la imposibilidad que los particulares se sustraigan de esta normativa mediante acuerdos de carácter privado. Señala que el precepto demandado es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración del Legislador en materia de intervención estatal en la economía y que no guarda relación con la justicia arbitral.

4.3. Intervención de la ciudadana Martha Cediel de Peña

Esgrime los siguientes argumentos en defensa de la constitucionalidad de la disposición demandada:

* La argumentación del demandante es contradictoria pues si bien reconoce la fuerza vinculante de la regulación expedida por la CRC considera inconstitucional que afecte los convenios celebrados entre los proveedores.

* La competencia de solución de conflictos que la disposición demandada atribuye a la CRC es una función administrativa en el marco de su labor de intervención económica, la cual es objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, las eventuales consecuencias patrimoniales que acarree el ejercicio de esta competencia, si recaen sobre derechos susceptibles de transacción, pueden ser dirimidas por la jurisdicción competente o por la justicia arbitral. Para ilustrar su postura hace una extensa referencia al derecho comparado, y cita las legislaciones de diversos países en los cuales se encomienda una competencia similar al órgano regulador en materia de telecomunicaciones.

* Las disposiciones demandadas no confieren facultades de carácter legislativo a la CRC por lo tanto no se trata de una delegación ni de una deslegalización respecto de materias que tienen reserva de ley.

4.4. Intervención del ciudadano Edgar González

Sostiene el interviniente que el cargo relacionado con la supuesta atribución de competencias de carácter legislativo a la CRC no tiene fundamento en la disposición acusada porque ésta no atribuye funciones específicas a la entidad administrativa. Agrega que el marco para el ejercicio de las competencias previstas en el precepto demandado está fijado por el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, disposición que no fue atacada por el demandante. Consigna textualmente "[s]e puede concluir que la norma demandada no refleja lo señalado por el actor, por tanto los argumentos esgrimidos no concuerdan con el tenor literal de la norma ni con el espíritu de la misma (…) De otra parte, tampoco es cierto que (…) restrinja la libre autonomía de la voluntad de los particulares, empresas proveedoras de redes y servicios de telecomunicaciones frente a las facultades de la CRC sin un marco legal, por cuanto la Ley 1341 de 2009 si estableció un marco legal para el ejercicio de de las funciones a cargo de la CRC".

Más adelante agrega: "[a]sí las cosas, la facultad para resolver controversias establecida por la Ley 1341 de 2009 en el marco de sus competencias, no limita el derecho de las partes para que en ejercicio de su autonomía de la voluntad puedan pactar quien será el juez del contrato (…)" por lo tanto considera que la disposición acusada no interfiere de manera inconstitucional en la posibilidad de acceso a la justicia arbitral.

4.5. Intervención del ciudadano Hernando Herrera Mercado

Hace un exhaustivo recuento de la jurisprudencia constitucional en materia de arbitramento y concluye que la Corte ha sostenido que el legislador puede establecer límites al acceso a la justicia arbitral y, por lo tanto, aunque considera incorrecta la interpretación que realiza el demandante del precepto cuestionado, afirma que este cargo no está llamado a prosperar. Igualmente señala que la jurisprudencia constitucional tampoco ha establecido que este tipo de limitaciones haya de establecerse mediante leyes de carácter estatutario.

4.6. Intervención del ciudadano Fabián Andrés Hernández Ramírez

Acude en defensa de la disposición demandada. Señala que los artículos 2 y 4 de la Ley 1341 de 2009 fijan el marco normativo dentro del cual han de ejercerse las competencias previstas por el enunciado demandado. Entiende que tales finalidades son la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la competencia, la garantía de interconexión, la interoperabilidad y el acceso a las redes de telecomunicaciones, entre otras. Sostiene que el legislador definió un régimen para los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios "pues además de haber señalado que (…) se rigen por las normas de derecho privado (…), también les señaló la obligación de permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales para asegurar unos objetivos específicos de trato no discriminatorio, precios a costos más utilidad razonable, promoción de la competencia y evitar abusos de la posición dominante (…)".

Estima que “ningún acuerdo entre particulares debería poder menoscabar las facultades otorgadas a la Comisión para cumplir los fines de intervención a que se refiere la ley y mucho menos para impedir el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los proveedores de redes y servicios, siendo una de estas la interconexión”.

Para defender la postura que la facultad de resolución de conflictos, que la disposición demandada encomienda a la CRC, corresponde a una función de regulación de naturaleza administrativa que no vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, cita la sentencia C-1120 de 2005. Entiende que “los jueces siguen guardando competencia de manera general, lo anterior porque cuando la norma hace referencia a que la CRC puede resolver conflictos dentro del marco de sus competencias, quiere decir que el conflicto debe guardar una relación directa con las funciones generales y especiales de las comisiones. El acto administrativo mediante el cual la CRC dirime el conflicto es una forma de intervención estatal en la economía, y es un instrumento que permite a la CRC cumplir con los fines generales encomendados”.

De manera extemporánea intervinieron los ciudadanos Carlos Andrés Téllez Ramírez y Luisa Fernanda García, quienes esgrimieron argumentos en defensa del enunciado demandado similares a los expuestos por los otros intervinientes.

5. Concepto del Procurador General de la Nación

Mediante Concepto No.5032, radicado en la Secretaría General de esta Corporación el seis (06) de octubre de 2010 el Procurador General de la Nación rindió concepto en el proceso de la referencia y solicitó la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado.

Antes de abordar el problema jurídico planteado por el actor, el Ministerio Público consigna distintas consideraciones en relación con el uso del espectro electromagnético, la naturaleza de la actividad de las comunicaciones y las circunstancias propias de su regulación, y la protección de los usuarios de las comunicaciones.

Sobre este tópico señala que el espacio electromagnético es un bien público, indica que su propiedad es de la Nación, tiene el carácter de inembargable, y su uso está regulado y limitado por el Estado, bajo los parámetros contenidos en la Carta, en los Tratados y Convenios aplicables y en la ley. Así mismo, precisa que las comunicaciones, y en especial las que se sirven del uso del espectro electromagnético, en razón de su naturaleza, finalidad e importancia respecto de la libertad de expresión, se consideran en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia como un servicio público y recuerda que el artículo 365 constitucional permite que los servicios públicos sean prestados por particulares, bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.

Hace referencia a que las comunicaciones, en tanto servicio público, en sus diversas modalidades, se rigen por el principio de primacía del interés general sobre el particular y que corresponde al Estado regular dicha prestación. Refiere que la Corte Constitucional en la Sentencia C-272 de 1998 sostuvo que el Presidente de la República sí puede delegar facultades de regulación en estas materias, y que la ley al crear Comisiones de Regulación en materia de servicios públicos y atribuirles funciones específicas desarrolla una atribución de rango constitucional, establecida para el adecuado reparto de competencias, para proteger a

los usuarios el servicio y velar por la eficiente y la adecuada administración del mismo por sus prestadores, sean personas naturales o jurídicas.

Posteriormente se refiere a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las libertades económicas. Sobre este particular consigna que la Constitución, en su artículo 333, tutela el derecho a la libre competencia e impone al Estado la obligación de impedir que se restrinja la libertad económica, se evite y controle el abuso que las personas o empresas puedan hacer de su posición dominante en el mercado, y prohíbe exigir permisos o requisitos no autorizados en la ley. Esta norma concede un amplio margen de discrecionalidad en el ámbito particular, para disponer contractualmente de los intereses propios.

No obstante, acota que la libertad económica y la autonomía contractual, no son absolutas, sino que deben atemperarse, como lo reconoce la Corte en la Sentencia C-398 de 1995, con "...la prevalencia del interés colectivo (art. 1°), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado".

Afirma que los particulares están sometidos al imperio de la ley, de cuyo mandato no pueden sustraerse por el mero ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad. Añade que el demandante se equivoca cuando equipara los actos administrativos emanados de la CRC con la ley, pues unos y otra producen efectos jurídicos distintos y son objeto de controles en instancias diferentes.

En cuanto al cargo que formula el actor sobre la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia afirma el Procurador que el actor parece considerar que todo tipo de conflictos entre proveedores deben ser decididos por la CRC, sea cual sea su naturaleza y características, apreciación que juzga confusa e injustificada, pues no atiende ni a la naturaleza de las funciones de la Comisión ni a los parámetros fijados en la sentencia C-1120 de 2005.

Defiende el Ministerio Público que la expresión acusada no impide a los particulares pactar cláusulas compromisorias, como mecanismo para la resolución judicial de sus conflictos, siempre que no se afecten las competencias administrativas de la CRC y en consecuencia no vulnera el acceso a la administración de justicia a través el mecanismo arbitral, por cuanto en el mismo no se consagra precepto alguno relacionado con los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Por esta razón concluye que tampoco se desconoce el principio de reserva de ley estatutaria, establecida en el literal b del artículo 152 Superior.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión

El actor cuestiona la constitucionalidad del siguiente enunciado normativo: "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención

regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones", contenido en el numeral noveno del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009. Acusa a este precepto de vulnerar los artículos 2, 4, 6, 13, 16, 58, 83, 95, 116, 150, 152, 229 y 333 constitucionales por los cargos que a continuación se resumen:

* Sostiene que se vulnera la reserva de ley en materia de limitación de principios y derechos constitucionales porque se deslegaliza la materia, al confiar a una entidad administrativa, la CRC, la posibilidad de intervenir en el ejercicio de prerrogativas constitucionales como son la autonomía de la voluntad privada y el ejercicio de las libertades económicas. Añade que tampoco se fijan de manera precisa las condiciones para el ejercicio de dicha intervención.

* Considera que debido a la vaga redacción del texto acusado puede entenderse que la Comisión mediante la expedición de regulaciones generales o especiales puede dejar sin efectos los acuerdos entre proveedores, sin necesidad de un procedimiento especial, lo que atenta contra el principio de confianza legítima, los derechos adquiridos y puede afectar también la propiedad privada, pues dichos convenios son una materialización de tales derechos.

* Considera que el precepto acusado también vulnera el principio de legalidad, pues corresponde al legislador establecer los límites al ejercicio de la libertad económica, según el tenor del artículo 333 constitucional.

* Además considera que la disposición acusada, al prever que los acuerdos entre particulares no pueden menoscabar la facultad de resolución de controversias en cabeza de la CRC, cercena la autonomía de los particulares de acudir para solucionar sus conflictos a mecanismos tales como el arbitraje, razón por la cual limita el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, restricción que además se realiza mediante una ley ordinaria desconociendo la reserva de ley estatutaria en la materia.

Todos los intervinientes y el Procurador General de la Nación defienden la constitucionalidad del precepto demandado con sustento en los siguientes argumentos:

* El demandante funda su acusación en una interpretación parcial y subjetiva de la disposición acusada pues esta no limita el acceso de los particulares a la justicia arbitral, por lo tanto piden que se deseche este cargo.

* La libertad económica y la autonomía de la voluntad privada pueden ser limitadas por el legislador en procura de intereses legítimos tales como la protección de la libertad de competencia o la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, máxime cuando se trata de una materia en la cual existen poderes reforzados de intervención estatal.

* Otras disposiciones contenidas en la Ley 1341 de 2009 fijan el marco de intervención de la CRC en ejercicio de la potestad de regulación sobre la libertad económica y la autonomía de la voluntad privada de los proveedores, por lo tanto carecen de fundamento los cargos

formulados por el actor en relación con la vulneración de la reserva legal.

* Es incorrecta la apreciación del demandante, en el sentido que el enunciado demandado deslegaliza lo relacionado con la intervención estatal en materia de prerrogativas constitucionales, tales como las libertades económicas y la autonomía de la voluntad privada, porque la facultad de intervención regulatoria de la CRC, a la que hace alusión el precepto acusado, está determinada por la ley.

Planteado en estos términos el debate de constitucionalidad corresponde a esta Corporación determinar si el precepto demandado vulnera la Constitución, para lo cual seguirá el siguiente orden expositivo: (i) en primer lugar se pronunciara sobre la aptitud de la demanda pues algunos intervinientes plantean que los cargos formulados no son ciertos en lo que hace referencia a la posible vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia; (ii) luego precisará los contenidos normativos demandados y los cargos que serán objeto de examen; (iii) abordará lo relacionado con la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual según la jurisprudencia constitucional; (iv) se referirá al principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas en materia de servicios públicos; (v) reseñará la evolución jurisprudencial en torno a las comisiones de regulación, la intervención estatal en la economía y la reserva de ley en materia de restricción de principios y derechos constitucionales; (vi) expondrá algunas consideraciones sobre la autonomía de la voluntad, el derecho de acceso a la administración de justicia y la justicia arbitral y, finalmente, (vii) abordara el examen de la constitucionalidad del precepto acusado.

3. La aptitud de la demanda presentada

Si bien cuando estudia una demanda para considerar su admisión el Magistrado Sustanciador verifica si ésta reúne los requisitos necesarios para que se pueda entablar un verdadero debate constitucional -entre los que se cuentan las condiciones mínimas en torno a la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de los cargos propuestos por el demandante-, el haber sorteado con éxito ese primer examen no conduce ineludiblemente a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, porque al momento de proferir sentencia esta Corporación puede percatarse que el libelo acusatorio adolece de defectos que impiden proferir una decisión definitiva sobre la exequibilidad de la disposición demandada.

Respecto de la demanda que dio lugar al presente proceso algunos de los intervinientes señalan que uno de los cargos formulados por el actor –relacionado con la supuesta vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia bajo la modalidad de justicia arbitral- es inepto porque consideran que el actor realiza una interpretación del enunciado normativo demandado totalmente subjetiva y carente de respaldo en los cánones hermenéuticos, a partir de la cual estructura las acusaciones de inconstitucionalidad. En esa medida, al estar formulada la acusación respecto de un contenido deducido arbitrariamente por el demandante, no se reunirían las condiciones mínimas para que la Corte Constitucional se pronunciara.

Carecería entonces la demanda presentada respecto del cargo en cuestión del elemento de certeza1, el cual exige que la demanda presentada recaiga sobre una proposición jurídica

real y existente y no simplemente deducida por el actor o implícita, y en consecuencia la Corte debería declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la disposición acusada.

Se plantea así una cuestión previa que debe ser resuelta por esta Corporación, a saber si la demanda versa sobre una interpretación real de la disposición acusada o si de trata de un contenido normativo deducido artificialmente por el actor sin asidero en criterios hermenéuticos válidos que por lo tanto imposibilita un pronunciamiento de fondo.

Ahora bien, resulta claro que no corresponde a esta Corporación realizar juicios sobre el uso de criterios interpretativos por parte de los demandantes pues su misión es fungir como tribunal constitucional y no como interprete oficioso de la totalidad del ordenamiento jurídico, sin embargo, eventualmente debe abordar esta labor cuando dicho análisis resulta necesario para resolver si procede un estudio de fondo sobre la disposición acusada o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda, tal como sucede en el presente caso, razón por la cual se detendrá sobre este extremo.

Del examen de la demanda presentada se constata que según el actor el enunciado normativo: Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad (…) de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia porque es susceptible de dos interpretaciones contrarias a la Constitución: "(i) que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento, la CRC continúa teniendo competencia para la resolución de controversias, por lo que, ésta de oficio y discrecionalmente, o incluso cualquiera de las partes del acuerdo puede acudir a la CRC proponiendo la resolución del conflicto y de esta forma desconocer lo pactado con su contraparte, no solo antes de convocarse el arbitramento, sino aun después de conformado este y (ii) Que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento en cualquiera de sus modalidades, tal acuerdo no surte efecto alguno y todas las controversias existentes entre proveedores de redes y servicios son de competencia exclusiva y excluyente de la CRC. En ambos casos la norma privilegia la justicia administrativa de la CRC, frente a la competencia de los árbitros para resolver los conflictos por la vía jurisdiccional".

Si bien el actor realiza algunas inferencias que no aparecen plasmadas textualmente en el enunciado, tales como que los acuerdos entre proveedores se refieren a cláusulas compromisorias o a compromisos dirigidos a someter diferencias contractuales ante la justicia arbitral, tal inferencia no es enteramente subjetiva pues, debido a la indeterminación del precepto acusado, cabe tal entendimiento.

4. El contenido normativo del enunciado demandado

El numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 es un enunciado complejo porque de él derivan diversas normas no sólo como resultado de las posibilidades interpretativas que permite sino también de la diversidad de situaciones jurídicas que regula, amén de indeterminación normativa de la que adolece.

Entonces, para una mejor comprensión de los distintos postulados interpretativos que

pueden derivarse de este precepto, a continuación se trascribe nuevamente:

Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

Una vez reformulado deónticamente es claro que el anterior enunciado contiene dos prohibiciones, la primer dirigida a impedir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de intervención regulatoria de la CRC y la segunda dirigida a prohibir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de solución de controversias de la CRC.

A partir de dicho entendimiento el actor formula distintos cargos. En primer lugar, acusa a la prohibición de los acuerdos entre proveedores que limiten, afecten o menoscaben la facultad regulatoria de la CRC, de vulnerar la autonomía de la voluntad privada, la libertad económica, los derechos adquiridos y el principio de reserva de ley en materia de restricción de derechos constitucionales. En segundo lugar, alega que la prohibición de acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de solucionar controversias de la CRC lesiona el derecho de acceso a la administración de justicia bajo la modalidad de justicia arbitral y la reserva de ley estatutaria para establecer este tipo de limitaciones.

Para resolver estos cargos a continuación se sintetizaran los desarrollos jurisprudenciales en torno a la autonomía de la voluntad privada, la libertad económica, la reserva de ley en materia de restricción de derechos fundamentales, las comisiones de regulación y la intervención estatal en la economía y el derecho de acceso a la administración de justicia en lo que hace relación a la justicia arbitral.

5. La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual según la jurisprudencia constitucional

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre la autonomía la voluntad privada. A continuación se hará una breve síntesis de los principales pronunciamientos sobre la materia.

En primer lugar la jurisprudencia se ha referido al origen de la figura y ha señalado se trata de un postulado formulado por la doctrina civilista francesa a mediados de los Siglos XVIII y XIX, que ha sido definido como “[El] poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los limites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses”2. Igualmente ha indicado que esta institución tiene claros fundamentos filosóficos pues se trata de una expresión del pensamiento liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX3, cuyo punto de partida era la teoría de los derechos naturales del individuo, es decir, la idea de unas libertades previas a la existencia del Estado. Desde la perspectiva liberal se consideró que la autonomía de la voluntad privada era el mejor medio para establecer relaciones útiles y justas entre los individuos. En efecto se consideraba que los individuos libres e iguales están en plena capacidad de velar por sus propios intereses, en consecuencia las reglas consentidas por ellos serían las mejores para asegurar su propio bienestar.

El principio de autonomía de la voluntad así formulado sería rápidamente reconocido por los ordenamientos jurídicos, especialmente por el Code Civil francés y tendría consecuencias inmediatas en materia contractual: las condiciones de fondo y de forma de los contratos, se edifican sobre la expresión del consentimiento, igualmente la fuerza obligatoria de los convenios privados se explica por el respeto de las voluntades individuales. Las intervenciones externas ajenas a la voluntad de las partes, tales como políticas legislativas o la revisión judicial se veían como una amenaza al equilibrio inherente de los intereses privados presentes en los acuerdos privados. Finalmente, todo contrato libremente consentido se consideraba por definición conforme a la justicia y al interés general, porque "Qui dit contractuel dit juste"4.

Como ha señalado esta Corporación esta concepción racionalista de la autonomía de la voluntad privada, edificada alrededor de los postulados del Estado liberal, se manifestaba en las siguientes características: (i) El reconocimiento de una plena libertad para contratar o no, en principio en virtud del solo consentimiento; (ii) la libertad de los individuos de determinar el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; (iii) la actividad negocial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual; (iv) en caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos5.

Desde esta perspectiva el rol estatal se limitaba a: (i) la consagración de una cláusula general que permitiera a los particulares ejercer su libertad contractual; (ii) la interpretación de la voluntad de los agentes en caso de duda o ambigüedad en los acuerdos de voluntades celebrados por los particulares y; (iii) la sanción coercitiva en caso de su incumplimiento.

Empero desde la segunda mitad del siglo XIX, con la paulatina evolución del modelo de Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, y el reconocimiento de un creciente poder de intervención estatal en la economía para proteger el interés general y los derechos de los sectores más necesitados de la población, se ha ido limitando de manera creciente el principio de autonomía de la voluntad y de contera la libertad contractual de los particulares. Por tanto, según ha dicho la Corte Constitucional "se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones."6

Surge entonces lo que se ha denominado la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada7, que supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que "lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado."8

Así, según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a

especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales9, se trata de servicios públicos10, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes11.

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a esta evolución, inicialmente la autonomía de la voluntad privada no aparecía reconocida en las constituciones del siglo XIX, no obstante se entendía que se derivaba del conjunto de libertades reconocidas en dichos cuerpos normativos. Así por ejemplo, la Constitución de 1886 en su texto original reconocía en el artículo 31 "los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles", el artículo 37 establecía que no habría en el territorio nacional "bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles" y el artículo 44 consagraba la libertad de ocupación u oficio pero otorgaba a las autoridades la facultad de inspección en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

El reconocimiento más claro de la autonomía de la voluntad, al menos en su manifestación como libertad contractual, aparece en el artículo 1602 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", el mismo ordenamiento señala límites para su ejercicio pues su artículo 16 indica que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

Sin embargo, a partir del Acto Legislativo 01 de 1918 se inicia un creciente reconocimiento de intervención estatal en la economía12, proceso que recibiría un renovado impulso a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (Art. 10)13 y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares (Art. 11)14 y que luego sería completado por la reforma constitucional de 1968 que, por una parte, reconoce expresamente la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, dentro de los límites del bien común (Art. 6 del Acto Legislativo 01 de 1968), pero simultáneamente reserva al Estado la dirección general de la economía y lo autoriza a intervenir en todas las actividades económicas con el propósito de lograr el desarrollo integral.

Según ha manifestado esta Corporación la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional de 1991. En efecto, este principio se deriva de la interpretación sistemática del texto constitucional, a partir de distintos derechos reconocidos en la Carta Política, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16)15, el derecho a la propiedad privada (Art. 58), la libertad de asociación (Arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (Art. 333), los cuales les confieren a los asociados "la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas"16.

Así ha sostenido esta Corporación que "[d]icha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex – ante todas las necesidades de las personas"17.

Ahora bien, bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, "sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado"18 de manera tal que debe entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334).

Sobre este tópico la Corte Constitucional en la sentencia SU-157 de 1999 sostuvo que:

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y limites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (…)

Por lo tanto en el ordenamiento jurídico colombiano la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

6. El principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas en materia de servicios públicos

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha puesto de relieve que la adopción del principio de Estado Social de Derecho por la Constitución de 1991 no supuso la instauración de "un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias"19, empero lo anterior no significa que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o de los poderes públicos. Por el contrario "el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los limites del quehacer estatal"20.

De suerte que la Constitución dota al Estado "de una serie de instrumentos de intervención

en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento" e igualmente dota "a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública"21.

Bajo la anterior perspectiva la intervención estatal en la economía se justifica no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico, pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en la Carta Política. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 Superior, precepto que radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para "conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano", entre otros propósitos.

La intervención estatal en la economía está a cargo de distintos poderes públicos y se materializa por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos, al igual que en la definición de las políticas públicas sobre la materia. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.

Al respecto en la sentencia C-150 de 2003 se manifestó que la intervención estatal en el ámbito económico puede obedecer al cumplimiento de distintas funciones tales como la redistribución del ingreso y de la propiedad, la estabilización económica, la regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados por la Constitución. De igual manera, la Corte ha estimado que según su contenido, los actos de intervención pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración; a un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un régimen de interdicción que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley22. Así las cosas, el Estado puede establecer diversas y complementarias formas de intervenir en la economía, sin que ello signifique que, en dicha labor, los poderes públicos no tengan límites señalados constitucionalmente.

De igual manera, en lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, "adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional".23 Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, "la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control24" (negrillas agregadas).

Precisamente en aras de satisfacer el interés general y los derechos fundamentales involucrados en la prestación de los servicios públicos resulta con frecuencia necesario sacrificar el alcance de las libertades económicas de los particulares que participan en estas actividades.

Aunado a lo anterior, la Corte ha señalado que "expresos mandatos constitucionales limitan la libertad económica en determinadas áreas, esto ha llevado al intérprete constitucional a afirmar que "la protección general a la libertad económica (…) no puede ser aducida cuando otras normas constitucionales limitan la iniciativa económica en otras esferas" 32. Por tal razón además de las posibilidades ordinarias del legislador de limitar el derecho en estudio –amplias como antes quedó consignado- existen unas potestades de restricción reforzadas en determinadas materias, principalmente aquéllas en las cuales el constituyente consagró mandatos específicos de intervención del Estado en la economía, como por ejemplo en el ámbito de los servicios públicos33, o de la medicina prepagada34, la televisión35, o de la actividad financiera, bursátil y aseguradora36" (negrillas agregadas)37.

Ahora bien, en materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

De lo anterior se concluye, entonces, que los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.

8. Las comisiones de regulación, la intervención estatal en la economía y la reserva de ley en materia de restricción de principios y derechos constitucionales

En diferentes oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la potestad normativa atribuida por el Legislador a las comisiones de regulación con el propósito de determinar cual

es la naturaleza jurídica de los actos normativos expedidos por estos organismos de naturaleza administrativa.

Con ocasión del examen de constitucionalidad de diversos enunciados normativos de la Ley 142 de 199438, que conferían a las comisiones de regulación la potestad de regular los servicios públicos domiciliarios, esta Corporación expresó:

Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área (…)

En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.39

De la extensa cita trascrita anteriormente se desprende que esta Corporación ha entendido que la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar

la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios. Así mismo, ha utilizado una perspectiva jerárquica para determinar su lugar dentro del sistema normativo y ha sostenido que se trata de una competencia normativa de naturaleza administrativa sujeta a la ley y los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la república. Desde este punto de vista las comisiones de regulación, a diferencia de órganos autónomos de origen constitucional tales como por ejemplo el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, carecen de potestades normativas autónomas y su actividad reguladora ha de ceñirse a lo establecido por la ley y los decretos reglamentarios sobre la materia.

Esta perspectiva se ajusta también a lo señalado por otros preceptos constitucionales en materia del régimen normativo de los servicios públicos, tal como ha reconocido esta Corporación40. En primer lugar, por mandato expreso del artículo 150, numeral 23 de la Constitución, el Congreso de la República tiene a su cargo la función de expedir las normas que regirán la prestación de los servicios públicos. Este precepto concuerda con el artículo 365 constitucional que le atribuye al legislador la tarea específica de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos. Entonces, como ha sostenido esta Corporación "no queda duda que en Colombia, a quien se le atribuye la competencia para definir el régimen jurídico de los servicios públicos, dentro de los cuales se encuentran los llamados servicios públicos domiciliarios, es a la Rama Legislativa del Poder Público, es decir, al Congreso de la República" (subrayas originales)41.

De acuerdo con dicha interpretación, esta Corporación ha sostenido que en materia de servicios públicos existe entonces un principio de reserva de ley, en tal sentido ha señalado que:

La Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios.42 (negrillas añadidas)

Así mismo el Presidente de la República también participa en la configuración de algunos aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos. Sobre el particular, cabe advertir que, además de ejercer la potestad reglamentaria sobre las leyes que en materia de servicios públicos expida el legislador (C.P. art. 189-11), el Presidente de la República tiene a su cargo las funciones específicas de "Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos" (C.P. art. 189-22 y 370), y de "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios…" (C.P. art. 370).

Como se advierte por la propia Constitución, estas funciones presidenciales se encuentran sujetas a la observancia de los mandatos constitucionales en esta materia y a las disposiciones normativas que establezca el legislador.43

De igual manera, la función de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, debe ser ejercida conforme a los parámetros generales que establezca el legislador44.

Lo anterior no quiere decir que la posibilidad de configuración normativa en la materia se reserve al Legislador y al Presidente de la República, pues como ha reconocido esta Corporación "la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo", de manera tal que la ley puede prever la creación de órganos especializados para ejercer dicha función estatal, papel que distintos cuerpos normativos, entre los que se cuenta la Ley 1341 de 2009, han atribuido a las comisiones de regulación.

Por otra parte la atribución de potestades normativas a estos órganos tiene fundamento en el entendimiento que la regulación es una actividad continua "que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo"45.

Ahora bien, la función de regulación dependen del sector de actividad socio–económica regulado, y por lo tanto puede cobijar distintas facultades e instrumentos. A este respecto la sentencia C-150 de 2003 indica:

En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

Adicionalmente, por expresas previsiones de la Constitución de 1991 la función estatal de regulación en materia de servicios públicos cumple otras finalidades a las que ya se ha hecho alusión, tales como la protección de los derechos de los usuarios, y la consecución de fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C. P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C. P.).

Entonces, de lo anteriormente reseñado resulta que la reserva legal en materia de servicios públicos domiciliarios no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, tales como las comisiones de regulación, que no se agotan en la expedición de actos normativos ni tampoco se circunscriben a una modalidad específica de los mismos. Sin embargo, el ejercicio de estas competencias en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador.

La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.

Por otra parte, en distintas decisiones de esta Corporación se ha señalado que cierta corriente del constitucionalismo liberal clásico ha ligado el concepto material de ley a la materia regulada, de manera tal que sólo tenían tal carácter las reglas cuyo objeto era la determinación de la condición jurídica de los ciudadanos, es decir, aquellas que se referían a su estatuto personal, o a sus derechos patrimoniales, o a sus libertades individuales, o a los derechos que respecto de ellos tengan los órganos y agentes del Estado, por lo tanto la expedición de este tipo de disposiciones estaba reservada al Parlamento como órgano representativo46.

Este principio de reserva de ley en la regulación de los derechos y libertades ha sido recogido por la jurisprudencia de esta Corporación en algunas oportunidades47. Así, por ejemplo, en la sentencia C-790 de 2002 sostuvo esta Corporación:

Sobre este particular la Corte cree conveniente precisar que en el Estado Social de Derecho es lógico que la regulación de los derechos y las libertades públicas esté en cabeza del Congreso de la República, puesto que su protección supone que los actos estatales que los afecten estén rodeados de un conjunto de garantías mínimas, entre ellas la relacionada con la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el poder legislativo como expresión de la voluntad popular. Es claro, que este procedimiento le imprime seguridad, publicidad y trasparencia a las decisiones adoptadas en esta materia por el legislador, las que en todo caso no están exentas de los controles establecidos en la Constitución a fin de proteger los derechos humanos.

Como corolario de lo anterior concluye la misma sentencia:

En consecuencia, serían inconstitucionales las leyes que deleguen en los órganos administrativos el poder legislativo de policía entendido como la competencia para limitar los derechos individuales.

No obstante, lo anterior no significa que todo acto de intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas tenga que hacerse directamente por medio de la ley, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado intervendrá "por mandato de la ley (…) en los servicios públicos y privados", en esa medida corresponde a la ley definir las finalidades, los instrumentos y las facultades de la intervención del órgano regulador.

Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.848, 73.949 y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de "[r]esolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio", esta Corporación concluyó que se trataba de una función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.

Textualmente sostuvo esta Corporación:

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

Igualmente en la misma providencia precisó que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

9. La autonomía de la voluntad, el derecho de acceso a la administración de justicia y la justicia arbitral

De conformidad con el artículo 116 constitucional "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (…) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". El arbitramento constituye un mecanismo jurídico "en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte"50. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sus características centrales son las siguientes51:

(i) Se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la

Constitución (art.116 CP), por medio del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia.

(ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación (art.116 CP), lo cual supone que "tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar"52. De esta manera, "la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros"53. No obstante, la jurisprudencia ha advertido que "si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse ´en los términos que determine la ley´ (C.P. art. 116)"54.

(iii) Es un mecanismo de carácter temporal (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, "no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art. 113)"55.

(iv) Es excepcional, pues así lo establece expresamente el artículo 116 de la Carta. Sin embargo, más allá del argumento normativo, esta característica se explica si se tiene en cuenta que "existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas"56.

(v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento "garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros"57.

Por otra parte el Constituyente otorgó al Legislador un amplio margen de configuración en materia de arbitraje, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia "en los términos que determine la ley". Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación58. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha advertido que "la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia"59.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha concebido el arbitramento como una modalidad por medio de la cual se ejerce función jurisdiccional, lo que visto desde otra perspectiva significa que se trata un mecanismo que permite la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia.

Así, en la sentencia C-014 de 2010 se indica que "es recurrente encontrar en las sentencias de la Corte afirmaciones en el sentido de que "el arbitraje es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia"60 ; que el arbitramento es un instituto "fundamental dentro de la administración de justicia"61 y "supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares"62 . Los árbitros "una vez integrado o constituido el Tribunal,…quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia"63 Como

consecuencia de ello, el laudo arbitral se equipara a un acto jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, 64 “es eminentemente jurisdiccional”65 y la única diferencia con la justicia administrada por los tribunales y jueces de la república es que en el caso de los árbitros, “tienen que estar habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. 66

Por lo tanto el arbitramento es una forma constitucionalmente legítima de ejercer jurisdicción, cuando así lo ha previsto la ley, por lo tanto “el arbitramento es administración de justicia y una norma que disponga la posibilidad de acudir a él, más que restringir el derecho de acceso a la administración de justicia, lo realiza”67.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento del arbitramento, pues “si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”68. Sobre este particular concluyó la Corte en la sentencia SU-174de 2007:

El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.

En la Sentencia SU-174 de 2007 se hizo un detallado recuento de todos los casos en los que la Corte ha declarado inexequibles normas legales que imponían la obligación de acudir a la justicia arbitral sin que ello dependiera de la voluntad de las partes involucradas. Así lo hizo en casos relativos a las empresas de servicios públicos69, a los contratos para créditos de vivienda con entidades financieras70, y a las relaciones entre los concesionarios de televisión y las empresas de servicios públicos para el uso de infraestructura pública71. También fueron declaradas inexequibles normas que atribuían funciones propiamente jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje dentro de la etapa pre-arbitral, porque la Corte consideró que tal atribución de funciones no emanaba directa o tácitamente de la voluntad de las partes en conflicto72.

Por otra, parte no todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento. Como ha señalado esta Corporación “[e]n términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad”73. En distintas providencias se han identificado

algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas74. Luego, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes "en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres", al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer75. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores76.

Por otra parte con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos77, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 precisó el alcance del arbitramento en esta materia. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles78. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado79.

A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, la que goza de la autonomía e independencia requeridos para desvirtuar la presunción de legalidad que los cobija. Sostuvo esta Corporación que el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, que no puede ser derogada por los particulares por medio de un pacto arbitral; por lo tanto los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo. Esta postura, afirmó la Corte, ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado80.

Se tiene entonces que del mismo modo que la autonomía de la voluntad puede ser limitada en aras de proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales, los acuerdos que celebren las personas para acudir al arbitramento como mecanismo de solución de controversias jurídicas están sometidos igualmente a tales restricciones. Las cuales no han de ser impuestas mediante ley estatutaria porque en la mayoría de los casos previamente mencionados la jurisprudencia constitucional avaló la constitucionalidad de las restricciones a la autonomía de la voluntad, en materia de suscribir acuerdos dirigidos a someter conflictos entre particulares a la justicia arbitral, establecidas mediante leyes ordinarias.

10. El examen de los cargos formulados

Como se refirió previamente, el actor demanda el 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009con el siguiente tenor: "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión

de Regulación de Comunicaciones”.

Una vez reformulado de este enunciado se desprenden dos prohibiciones, la primer dirigida a impedir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de intervención regulatoria de la CRC y la segunda dirigida a prohibir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de solución de controversias de la CRC.

A partir de dicho entendimiento el actor formula distintos cargos. En primer lugar, acusa a la prohibición de los acuerdos entre proveedores que limiten, afecten o menoscaben la facultad regulatoria de la CRC, de vulnerar la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica, y el principio de reserva de ley en materia de restricción de derechos constitucionales. En segundo lugar, alega que la prohibición de acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de solucionar controversias de la CRC lesiona el derecho de acceso a la administración de justicia bajo la modalidad de justicia arbitral.

Con fundamento en las reflexiones previamente consignadas pasarán a resolverse estos cargos. Respecto del primer cargo, como fue ampliamente expuesto en los acápites 6, 7 y 8 de esta providencia baste recordar que:

* Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.

* En materia de definición del régimen jurídico de los servicios públicos en virtud del artículo 365 constitucional existe reserva de ley, por lo tanto el legislador es la autoridad pública encargada de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, facultad que debe ejercer dentro de los precisos y estrictos términos establecidos en la Carta Política y con sujeción al marco constitucional anteriormente señalado. Por su parte, teniendo en cuenta el régimen legal, al Presidente de la República le corresponde ejercer la inspección, la vigilancia y el control de la prestación de estos servicios y fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

* La reserva legal en materia de servicios públicos domiciliarios no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, tales como las comisiones de regulación, que no se agotan en la expedición de actos normativos ni tampoco se circunscriben a una modalidad específica de los mismos. Sin embargo, el ejercicio de estas competencias en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador.

* La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.

* La intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas no tiene que hacerse directamente por medio de la ley, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado intervendrá “por mandato de la ley (…) en los servicios públicos y privados”, en esa medida corresponde a la ley definir las finalidades, los instrumentos y las facultades de la intervención del órgano regulador.

Ahora bien, como señalan los intervinientes y la Vista Fiscal la facultad de la CRC de expedir regulaciones es una facultad de intervención estatal en la economía, y las regulaciones expedidas son a su vez un instrumento de intervención estatal. La misma Ley 1341 de 2009 señala cuales son las finalidades que debe perseguir tal regulación, en primer lugar aquellas relacionadas con las funciones encargadas a la CRC: promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad (inciso primero del artículo 19 de la Ley 1341 de 2009), y en segundo lugar procurar la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley (inciso segundo de la misma disposición). Adicionalmente los artículos 281 y 482 del mismo cuerpo normativo definen los principios orientadores de la ley y los fines de la intervención estatal en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación. E igualmente distintos numerales del artículo 2283 demandado hacen referencia a la materia sobre la cual versa la regulación expedida por la CRC.

Se tiene entonces que la disposición acusada caracteriza una modalidad específica de regulación: aquella de carácter imperativo (de ahí precisamente que los proveedores estén obligados a cumplirla). Esta regulación de carácter imperativo puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el marco normativo fijado por la misma ley, al que previamente se ha hecho alusión, y persigue los fines señalados por la ley tales como promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante, los cuales son fines constitucionalmente legítimos, e igualmente en términos generales la regulación es una medida adecuada para conseguir tales fines.

Ahora bien, la regulación de carácter imperativo en ciertos casos restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios, lo que según el demandante resulta inconstitucional. No obstante, de conformidad con lo antes expuesto se trata de un instrumento de intervención estatal en la economía autorizado por el artículo 334 constitucional y, a diferencia de lo que señala el actor, la ley (en este caso la Ley 1341 de 2009 entendida como cuerpo normativo en su conjunto y no exclusivamente como el enunciado normativo demandado) si establece tanto la finalidad de la intervención, al igual que el instrumento mediante el cual se ejerce, así como los fines que persigue y las materias sobre las cuales recae. Es decir, en abstracto la medida contemplada en el precepto acusado resulta proporcional frente a los derechos y libertades constitucionales en juego.

De la anterior presentación se concluye a su vez que no le asiste razón al demandante respecto de (i) la supuesta vulneración de la reserva de ley en relación con la limitación de principios y derechos constitucionales tales como la confianza legítima, la propiedad privada,

la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad privada, por una parte, y sobre (ii) la supuesta vulneración de la reserva de ley en materia de servicios públicos establecida por el artículo 365 constitucional. Pues como antes se explicó la reserva legal en materia de servicios públicos domiciliarios no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, que es precisamente la competencia que la disposición demandada le atribuye a la CRC, cuyo ejercicio en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador. La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.

En efecto, la Ley 1341 de 2009 define los elementos constitutivos de la intervención de la CRC en las actividades económicas relacionadas con las tecnologías de la información y las comunicaciones, es decir, establece los rasgos esenciales del régimen jurídico de esta modalidad de intervención de manera tal que se trata de una competencia reglada y configurada por la ley.

Por las razones previamente expuestas no prosperan los cargos formulados respecto del enunciado "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria (…) de la Comisión de Regulación de Comunicaciones".

Respecto de los cargos que formula el demandante relacionados con el segundo contenido normativo sometido a examen, si bien el actor acusa a este enunciado de vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia en la modalidad de justicia arbitral, realmente su acusación va dirigida nuevamente a plantear la vulneración del principio de autonomía de la voluntad privada de los particulares, pues el reproche formulado consiste en "(i) que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento, la CRC continúa teniendo competencia para la resolución de controversias, por lo que, esta de oficio y discrecionalmente, o incluso cualquiera de las partes del acuerdo puede acudir a la CRC proponiendo la resolución del conflicto y de esta forma desconocer lo pactado con su contraparte, no solo antes de convocarse el arbitramento, sino aun después de conformado este y (ii) Que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento en cualquiera de sus modalidades, tal acuerdo no surte efecto alguno y todas las controversias existentes entre proveedores de redes y servicios son de competencia exclusiva y excluyente de la CRC. En ambos casos la norma privilegia la justicia administrativa de la CRC, frente a la competencia de los árbitros para resolver los conflictos por la vía jurisdiccional".

Ahora bien, como antes se precisó la ley también puede establecer límites a la autonomía de la voluntad privada para acceder a mecanismos de solución de conflictos tales como el arbitramento, y en este caso concreto lo que habría que indagar es si la limitación establecida en el precepto acusado se ajusta a la Constitución.

Cabe recordar que en la sentencia C-1120 de 2005 se indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional.

Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de "resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones", se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión.

De lo anterior se concluye que la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares (proveedores de redes y servicios) para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima porque persigue salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asigna a la CRC, pues de otro modo los particulares podrían obstaculizar el cumplimiento de las competencias y por ende la consecución de los propósitos de intervención que la ley le asigna al órgano regulador, de manera que esta restricción resulta también necesaria para el cumplimiento de las competencias atribuidas a la CRC, y no vacía de contenido la autonomía de la voluntad, porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en las cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo.

Por otra parte, como se concluyó en el acápite previo de esta providencia las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia de justicia arbitral no tienen que ser establecidas mediante ley estatutaria, razón por la cual este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En esa medida los cargos formulados contra el enunciado "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de (…) solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones" tampoco tiene vocación de prosperar.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en la presente decisión, la expresión "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones", contenida en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Presidente

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Ver sentencia C-1052 de 2001.

2 Luigi Ferri. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957. Pág. 8. (Cita de la sentencia T-668 de 2003 f. j. 12.).

3 El tratado de La théorie des obligations de Jean Pineau atribuye completamente esta teoría a Kant, mientras que el Tratado en derecho de las obligaciones de Jean-Louis Baudouin ve en los enciclopedistas, específicamente en Diderot y Rousseau, sus creadores, a los cuales posteriormente agregaría Hobbes, Voltaire y Grocio. Veronique Ranouil (L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept, Paris, Presses Universitaires de France, 1980 p. 13), hace remontar la aparición de este concepto al siglo XVI con Suárez y su desarrollo a al siglo XVII con Grocio, Hobbes, Pufendorf, Locke y Thomassius.

4 "Quien dijo contractual, dijo justo", expresión atribuida al filósofo francés Alfred Fouillée, al respecto puede consultarse a Louise Rolan, «Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) … en

trois petits bonds, à reculons, en Mc Gill Law Journal V.51, 2006.

5 Cfr. Sentencias C-341 de 2006 f. j. 14 y T-668 de 2003 f. j. 14.

6 Ibidem.

7 Sentencia T-668 de 2003.

8 Ibidem.

9 Existe una reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la restricción de la autonomía de la voluntad privada en contratos de medicina prepagada, al respecto cabe menciona la sentencia C-1158 de 2008.

10 Ver sentencias T-668 de 2003 y C-341 y C-993 de 2006.

11 Ver la sentencia T-668 de 2003.

12 Esta reforma constitucional señala que “la ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas de las empresas públicas de transporte y conducciones”.

13 “La propiedad es una función social que implica obligaciones”

14 Cuyo tenor era el siguiente: “El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas publicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”.

15 Ver la sentencia C-738 de 2002.

16 Sentencia T-668 de 2003 f. j. 14.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 Sentencia C-074 de 1993.

20 Sentencia C-1041 de 2007.

21 Ibidem.

22 Sentencia C-150 de 2003.

23 Sentencia C- 615 de 2002.

24 Sentencia C- 615 de 2002.

25 Entre muchas otras, sentencias C- 524 de 1995; C- 815 de 2001; C- 870 de 2003 y C- 992 de 2006.

26 Sentencia C- 616 de 2001.

27 Sentencia C- 815 de 2001.

28 Sentencia C- 616 de 2001.

29 Sentencia C- 870 de 2003.

30 Sentencia T- 021 de 2005.

31 Sentencia C- 392 de 2007.

32 Sentencia C-176 de 1996.

33 Que tiene fundamento en el artículo 365 de la C. P. Ver entre otras la sentencia C-579/99.

34 Cuya justificación es el artículo 49 de la Carta, ver por ejemplo la sentencia C-176/96.

35 Con base en el artículo 77 de la Carta. Ver la sentencia C-333/99.

36 Que tiene por fundamento el artículo 335 de la Carta, en este sentido la C-332/00.

37 Sentencia C-392 de 2007 reiterada en la sentencia C-1041 de 2007.

38 El artículo 14, Num. 14.18, y el parágrafo del Art. 69 de la Ley 142 de 1994. El primero establece: "Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (…) 14.18. Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos". Por su parte, el parágrafo del Art. 69 de la misma ley consigna: "Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo."

39 Sentencia C- 1162 de 2000.

41 Ibidem.

42 Sentencia C-150 de 2003.

43 En relación con la función de inspección, vigilancia y control, la Corte Constitucional ha señalado:

"Ahora bien, como se infiere de distintos mandatos constitucionales, las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República, deben ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde definir el fundamento jurídico de su ejercicio. En efecto, según lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 150 Superior, al Congreso le compete 'Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución.' En el caso específico de los servicios públicos, también el numeral 23

de la norma antes citada, le asigna al legislador la función de ‘Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos’, al tiempo que el inciso segundo del articulo 365 ibidem señala que éstos ‘estarán sometidos al régimen jurídico que fije le ley’.

Bajo estas condiciones, ha de considerarse que el Congreso es el organismo encargado de fijar las directrices que gobiernan las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, y que el Presidente es la autoridad llamada a desarrollarlas y ejecutarlas. Sobre esto último, en cuanto el ejercicio de tales funciones es ante todo de carácter administrativo, puede sostenerse que el Presidente de la República obra y actúa como suprema autoridad administrativa, circunstancia que a su vez habilita al Congreso para disponer la desconcentración y prever la delegación de tales actividades, mediante la creación de instituciones especializadas que, bajo la dirección y orientación del Gobierno, ejecuten las labores de vigilancia y control.” (negrillas añadidas) Sentencia C-199 de 2001.

44 Sentencia C-242 de 1997.

45 Sentencia C-150 de 2003.

46 Ver Carre de Malberg, Teoría General del Estado, Trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1998., p. 287.

47 Ver también la sentencia C-474 de 2005.

48 Cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

(…)

73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

49 El cual señala:

ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes

funciones y facultades especiales:

(…)

73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997.

51 Se siguen aquí los criterios trazadas por la Corte Constitucional en las Sentencias C-330 de 2000, C-1038 de 2002 y C-713 de 2008 entre otras.

52 Corte Constitucional Sentencia C-294 de 1995.

54 Corte Constitucional Sentencia C-163 de 1999. Posición reiterada, entre otras, en las Sentencias C-1038 de 2002 y C-961 de 2006.

55 Corte Constitucional Sentencia T-057 de 1995.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2001.

57 Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000.

58 Cfr. Sentencias C-242 de 1997, C-098 de 2001, entre otras.

59 Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001.

60 C-330/00 (Cita sentencia C-014 de 2010).

61 C-098/01(Cita sentencia C-014 de 2010).

62 C-378/08(Cita sentencia C-014 de 2010).

63 C-431/95(Cita sentencia C-014 de 2010).

64 C-1436/00(Cita sentencia C-014 de 2010).

65 C-242/97(Cita sentencia C-014 de 2010).

66 C-294/05(Cita sentencia C-014 de 2010).

67 Sentencia C-014 de 2010.

68 Ibidem.

69 Sentencia C-242 de 1997

70 Sentencia C-1140 de 2000.

71 Sentencia C-060 de 2001.

72 Sentencia C-1038 de 2002.

73 Sentencia SU-174 de 2007.

74 Se dijo en esta oportunidad: “De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización”.

75 Explicó la Corte: “Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por “las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil. // Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1o. del decreto 2279 de 1989, establece: “Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico”. Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2o. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”. Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”. // En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer”.

76 Se dijo en esta providencia: “El arbitramento es excepcional. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. // Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer””.

77 El texto de dichos artículos es el siguiente:

“Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. // El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. // La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. // Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. // En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación. // En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.”

La decisión adoptada por la Corte en esta oportunidad fue: “Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

78 Dijo la Corte: “El arbitramento, así concebido, está definido hoy como ‘ un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral’ (Ley 446 de 1998, artículo 111). // De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación ‘no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, …’ (sentencia C-247 de 1994)”.

79 En términos de la sentencia: “Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través

de sus distintos órganos”.

80 Explicó esta Corporación: “La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que “es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal”. Y en relación con la procedencia de la conciliación contenciosa administrativa, frente a la legalidad de los acto, expresó: “Bajo la óptica de la institución de la conciliación administrativa prevista en las normas sub-judice (ley 23 de 1991) y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entrañan posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional.” // En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó: “… a diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1991 (según el cual se podía conciliar sobre los aspectos individuales y patrimoniales que pudiesen ventilarse ante la jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento; reparación directa (…) el artículo 6 de éste (decreto 2651 de 1991) sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias contencioso administrativas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual del Estado) para excluir de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción”.

81 Entre los cuales el artículo 2 menciona:

1. Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

2. Libre competencia

3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos

4. Protección de los derechos de los usuarios

6. Neutralidad Tecnológica

7. El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC

8. Masificación del Gobierno en Línea

82 El artículo 4 hace regencia entre otros a los siguientes fines:

1. Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios.

2. Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal.

3. Promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea.

4. Promover la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red.

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. Garantizar el uso adecuado del espectro radioeléctrico, 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.

10. Imponer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones obligaciones de provisión de los servicios y uso de su infraestructura, por razones de defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública.

11. Promover la seguridad informática y de redes para desarrollar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

12. Incentivar y promover el desarrollo de la industria de tecnologías de la información y las comunicaciones para contribuir al crecimiento económico, la competitividad, la generación de empleo y las exportaciones.

13. Propender por la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras de las tecnologías de la información y las comunicaciones por la protección del medio ambiente y la salud pública.

83 El artículo 22 consigna entre otras las siguientes funciones de regulación a cargo de la CRC:

1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.

2. Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.

3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y

soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.

4. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible, aparte tachado INEXEQUIBLE> Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión radiodifundida y radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados (sentencia C-403 de 2010)