

Sentencia C-519/16

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018-Cesión de permisos de uso del espacio radioeléctrico desconoce los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible/ESPACIO RADIO ELECTRICO-Por tratarse de un bien público, no es admisible constitucionalmente, la regulación por el derecho privado, ni la ausencia de una contraprestación a favor de la Nación

En lo concerniente al supuesto quebrantamiento del principio de unidad de materia, la Corte entendió que la acusación resultó de recibo, dado que verificada tanto la Ley del Plan, como su anexo, esto es, las Bases del Plan Nacional de Desarrollo, particularmente, la estrategia denominada “competitividad e infraestructura estratégicas” y las apreciaciones puntuales alusivas al espectro radioeléctrico, no encontró la Sala una conexión directa entre el artículo acusado y los contenidos referidos. Para la Corporación, esta ausencia de conexión no permite afirmar que se está frente a una medida que efectivamente contribuya a la materialización del Plan. En lo concerniente al principio de identidad flexible, se estimó que el tema regulado en el artículo 262 no guardaba relación con el Plan y, por ello, tampoco satisfacía las exigencias de dicho principio. Igual acaeció con el examen del cuestionamiento por quebrantamiento del principio de consecutividad, pues, la revisión de la Sala concluyó que el precepto en estudio no contó con el número de debates exigidos por la Carta. Con estas razones, se observó que se imponía la inexecutable del enunciado legal. Del mismo modo, la Sala examinó si el precepto acusado desconocía el contenido del artículo 75 de la Carta, encontrando que resultaba violatorio de la Constitución excluir del régimen de derecho público un acto que involucra un bien de uso público. Para la Sala, también resulta lesivo del Texto Superior un mandato que sin fundarse en una finalidad constitucional plausible, priva a la Nación de poder percibir cualquier tipo de contraprestación por un acto jurídico en el cual se cambia la titularidad del permiso de uso del espectro radioeléctrico que como se consideró, es un bien público.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Titularidad

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Calidad de apoderado no vicia la legitimidad exigible al demandante

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Concepto

COSA JUZGADA RELATIVA-Concepto

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cosa juzgada respecto de acusaciones por vicios de forma, en razón de lo decidido en Sentencia C-298 de 2016

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

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Principio de unidad de materia

LEY ORGANICA DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Reglas

Para el caso de la verificación del cumplimiento del principio de unidad de materia, en tratándose de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, la Corte ha establecido las siguientes reglas: a. La Ley del Plan no es un instrumento para llenar los vacíos e inconsistencias de leyes precedentes. Tampoco permite relevar de la potestad legislativa al Congreso más allá de los objetivos, metas y estrategias de la específica política de planeación del respectivo Gobierno. Esto es, recae sobre el legislativo el deber de respetar el contenido constitucional del Plan, en cuanto que el Plan contiene “normas de orientación” o “normas de contenido instrumental”. Una norma que no se ajusta a ninguna de estas dos categorías ha de ser excluida. b. El examen de las normas instrumentales debe evidenciar una relación de conexidad directa con los objetivos, metas y estrategias de la política del Plan. De no verificarse tal circunstancia quedará puesto de presente el quebrantamiento del principio y tendrá lugar la inexequibilidad se ha sentado que una norma instrumental que autónomamente no establezca condiciones suficientes para la materialización del objetivo al que sirve o, no es inequívocamente efectiva para la realización del programa o proyecto contenido en la parte general del Plan quebranta la unidad de materia. c. Igualmente, se ha fijado que debe existir una conexidad teleológica entre el telos del Plan y la preceptiva instrumental del mismo. d. También se ha valorado que si un mandato instrumental ha

permanecido durante todo el debate legislativo del Plan, se puede presumir que está al servicio de los programas y proyectos de la parte general.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Principios de consecutividad e identidad flexible

PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD FLEXIBLE-Jurisprudencia constitucional

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Carácter de bien público e implicaciones

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Naturaleza jurídica del permiso de uso

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Bien público inenajenable e imprescriptible de la Nación

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Intervención del Estado/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Competencia para regular uso

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Bien público inenajenable e imprescriptible que no se integra a la gestión patrimonial ni a la autonomía negocial de los particulares

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Regulación debe ser razonable

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Contraprestación económica para el uso por particulares

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Tipos de contraprestación

ESPECTRO RADIOELECTRICO-Naturaleza jurídica del permiso de uso

ESPECTRO RADIOELECTRICO-Conceptos que dan lugar a contraprestaciones

CESION DE PERMISOS DE USO DEL ESPACIO RADIOELECTRICO EN LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018-Norma no hizo parte del proyecto presentado por el Gobierno, ni fue incluida en debate adelantado por las comisiones conjuntas

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE-Alcance

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE EN LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Reglas jurisprudenciales

Referencia:

Expediente D-11185

Demandante:

Julio César Ortiz Gutiérrez actuando como ciudadano y como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB- S.A. E.S.P.

Asunto:

Acción pública de inconstitucionalidad contra el Artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el abogado Julio César Ortiz Gutiérrez, actuando como ciudadano y como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB – S.A. E.S.P., demandó el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Mediante Auto de ocho (8) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda y oficiar a los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, así como a los Secretarios de las

Comisiones Terceras Constitucionales Permanentes de dichas cámaras, para que remitieran los antecedentes legislativos de la Ley 1753 de 2015 incluyendo los debates, constancias y proposiciones llevadas a cabo, tanto en las comisiones como en las plenarias de ambas cámaras legislativas. Asimismo, ofició al Secretario de la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes para que remitiera las certificaciones correspondientes al procedimiento del informe efectuado por la Comisión Accidental de Conciliación, incluyendo la certificación de la votación nominal y pública respecto del artículo 262 de la Ley 1753 de 2015.

En la misma providencia dispuso la fijación en lista de la norma acusada, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia y ordenó comunicar la iniciación del proceso al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Departamento Nacional de Planeación, a la Agencia Nacional del Espectro, a la Contraloría General de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso, con el propósito de impugnar o defender la exequibilidad de la disposición acusada.

Además, invitó al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a Dejusticia, así como a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, Nacional, Distrital Francisco José de Caldas, Militar, Externado de Colombia, del Atlántico, Industrial de Santander, San Buenaventura, Andes, Libre, Gran Colombia, EAFIT, del Rosario, del Norte, Pontificia Javeriana, del Sinú, Pontifica Bolivariana, Santo Tomas, Sergio Arboleda, del Valle, Autónoma de Bucaramanga -UNAB- y a la Facultad de Ingeniería (programa de Maestría de Ingeniería-Telecomunicaciones), para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. EL TEXTO DEMANDADO

A continuación se transcribe el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, según su publicación en el Diario Oficial N.º 49.538 de 9 de junio de 2015.

“LEY 1753 DE 2015

Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

DECRETA:

CAPÍTULO VII.

ESTRATEGIA TERRITORIAL: EJES ARTICULADORES DEL DESARROLLO Y PRIORIDADES PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL

ARTÍCULO 262. CESIÓN DE PERMISOS DE USO DEL ESPACIO RADIOELÉCTRICO. La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico no generará contraprestación alguna a favor de la Nación. El negocio jurídico que, para este propósito, se celebre entre cedente y cesionario se sujetará al derecho privado, y a la aprobación del Ministerio de las TIC”.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el precepto objeto de censura constitucional, contenido en el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, vulnera los artículos 75, 101, 102, 133, 151, 157, 158, 160, 332 y 355 de la Constitución Política. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Respecto a la vulneración de los artículos 75, 101, 102, 332 y 335 Superiores, el accionante hace algunas precisiones sobre el concepto de “Espectro Electromagnético”, su relevancia constitucional y su incorporación al ordenamiento jurídico como un elemento del Estado de Derecho Contemporáneo Colombiano y como un elemento del territorio. Advierte que su alcance normativo se extiende al reconocimiento de derechos fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales, así como a la garantía de la democracia constitucional pluralista, a la igualdad de oportunidades, para evitar prácticas monopolísticas y a asegurar la competencia de quienes se encuentren interesados en su explotación económica o aprovechamiento público y social.

Pone de presente el contenido de los artículos 75, 101, 102, 332 y 335, tras lo cual concluye que es un componente esencial de los elementos materiales del Estado, el cual “no puede ser enajenado, es imprescriptible, su uso no puede transferirse bajo las reglas del Derecho Privado y su negociación, en todo caso, debe generar contraprestaciones a la nación”. Seguidamente, pone en consideración algunos lineamientos jurisprudenciales sentados sobre el espectro electromagnético. Explica que comprende el “espectro radioeléctrico”, al que hace alusión el artículo demandado, el cual incluye un “rango de frecuencias”, como las bandas UHF, VHF y HF, entre otras, usadas, por ejemplo, para servicios de telefonía fija, móvil, de televisión y la transmisión de emisoras radiales. En este punto recrea la definición que del espectro radioeléctrico acoge la Agencia Nacional del Espectro (ANE).

Afirma que los alcances jurídicos de este bien público se circunscriben en la “democracia constitucional, el pluralismo y la igualdad de condiciones” para su acceso y atiende a razones de soberanía y de seguridad territorial y pública. Estas suponen restricciones jurídicas en su utilización y “la imposibilidad de su disposición”, por particulares y por el Estado mismo. En virtud de ello, según afirma, está “proscrita la apropiación privada del espacio electromagnético” y “no hace parte de la capacidad patrimonial ni de la autonomía negocial de los particulares” [Sic].

El precepto demandado viola la Constitución Política, al permitirles a los particulares, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, ejercer derechos de “disposición o cesión bajo las reglas del derecho privado (...) y sin ninguna contraprestación para el Estado”. Para ello, únicamente requieren la “aprobación” del Ministerio de las TICS. Adicionalmente, otorga tal prerrogativa sin establecer las “condiciones normativas para asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso”, con lo que se incumple el requisito de concurrencia. Tampoco se determinan las facultades de intervención estatal para evitar prácticas monopolísticas. Con todo ello, las operaciones sobre los derechos de uso y explotación del espectro pueden ser cedidas bajo las reglas del derecho privado, cuando el uso de bienes como el referido supone importantes condicionamientos derivados de su sujeción al derecho público.

Adicionalmente, aduce que se excluye la posibilidad de que el Estado obtenga recursos en favor de la Nación, con la privación de los beneficios que se deben generar. Advierte que anteriormente, con la Ley 1341 de 2009, se establecía la posibilidad de ceder su uso

[artículo 11]. Sin embargo, se exigía una contraprestación a favor de la Nación, “lo que [suponía] el conocimiento público de la oferta de contraprestación, [y por ende] la [...] concurrencia pública y la competencia de los interesados”.

Por otra parte, con el artículo acusado, a su parecer, el legislador tiene como objetivo regular una de las modalidades de su manejo o utilización, a saber, las cesiones. Con lo cual, se asimila a este bien a uno de carácter privado. Advierte que si bien se pretende “generar condiciones favorables para la generación y evolución del mercado secundario”, ello se produce en detrimento del Estado colombiano y “en sacrificio del derecho ciudadano de acceder (al uso del espectro) en condiciones de igualdad (...)”. Precisa que se “consagra cesiones de naturaleza [...] privadas, en contravía del carácter público del bien” y sin contraprestación alguna. Igualmente, advierte que se contradice la norma jurídica constitucional que establece que el control y la gestión estará a cargo del Estado.

En este sentido, alega que se priva al Estado de recursos económicos, pone en consideración que en el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, se señala que por la contraprestación derivada de la utilización del espectro electrónico se debe pagar al Fondo de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones, lo cual genera “recursos económicos para el financiamiento de los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente la concurrencia universal a las TIC, que permiten la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso y garantiza el pluralismo informativo en el marco de la democracia participativa y la competencia”. Cita igualmente el artículo 34 de la misma preceptiva legal, observando que la finalidad de este es financiar planes, proyectos y programas que faciliten el acceso y el servicio universal a las TIC para todos los habitantes del territorio.

A continuación, realiza un test de proporcionalidad respecto a la libertad de configuración legislativa. Precisa que, si bien podría asumirse que el tema objeto de discusión es de carácter económico, lo cierto es que están comprometidos asuntos que afectan la soberanía y la seguridad del Estado, así como los principios de pluralidad en la información, democracia participativa y la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético.

En cuanto a la finalidad, sostiene que no se logra identificar lo que se busca con la disposición acusada al establecer la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico, sin que genere contraprestación para el Estado. Alega que si bien se podría pretender estimular el mercado secundario, lo cierto es que ello no comporta una finalidad constitucional, “no está prevista dentro del estatuto superior”.

Respecto a la idoneidad, precisa que “si no se tiene clara la finalidad [...] no se puede determinar la idoneidad”. En todo caso, si el fin es la estimulación del mercado secundario del uso del espectro, la medida no es idónea para alcanzar el objetivo, debido a la ausencia de una contraprestación para el Estado. Explica que se beneficia a grupos particulares de interés, “ante un significativo ahorro económico” e impide la inversión de esos recursos en las finalidades constitucionales a las cuales está sujeto el uso del espectro.

Por último, frente a la necesidad, señala que “la medida no es necesaria y, por el contrario, es demasiado gravosa para los intereses superiores del Estado”, los cuales, a su consideración, son los fines esenciales que persigue. Manifiesta que no se ha demostrado que la regla en cuestión sea “determinante, necesaria y efectivamente útil para contribuir a la ejecución de los fines constitucionales que condicionan el uso del espectro”.

Bajo estas consideraciones, concluye que el precepto acusado no supera el test de proporcionalidad, dado que impone al Estado “costos y cargas excesivas” e implica para algunos particulares un “privilegio injustificado”, incumpliendo los fines constitucionales del Estado Colombiano.

Agrega que con la norma objeto de pronunciamiento “se establece una especie de donación, auxilio o subvención económica tanto para la persona que detenta el permiso de uso del espectro, de manera originaria, como para aquella a la cual se le cede el referido permiso”. Esta situación, en su criterio, contradice el artículo 335 Superior, según el cual, “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. Al respecto, cita la Sentencia C-324 de 2009 para advertir que se trata de una mera liberalidad en favor de un “reducido grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto”.

En cuanto a la vulneración de los artículos 157, 158 y 160 de la Constitución Política, el accionante alega, en primer lugar, frente a la consecutividad, que el artículo 262 de la Ley

1753 de 2015 no fue discutido en las comisiones que sesionaron de manera conjunta “y apareció como nuevo artículo en la plenaria de la cámara”. Ello, según informa, se declaró en el informe de conciliación del proyecto de Ley No. 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, “Todos por un Nuevo País”, publicado en la Gaceta del Congreso No. 266 del 5 de mayo de 2015.

Seguidamente, advierte que los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo se traducen en “planes concretos”. Sin embargo, el “eje temático de las tecnologías de la información y las comunicaciones” se reduce a ordenar al “Ministerio del ramo” la inclusión de “programas regionales en estas áreas”. Adicionalmente, el artículo demandado “no tiene relación de conexidad clara y específica, estrecha [ni] necesaria” con el Plan Nacional de Desarrollo, debido a que la cesión que contempla no tiene un vínculo con los Planes Regionales de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Se vulnera el “principio de identidad específica” y, por ende, de unidad de materia.

Agrega que el artículo se encuentra ubicado en el Capítulo VII, sobre la “Estrategia Territorial: Ejes articuladores del Desarrollo y Prioridades para la Gestión Territorial” a pesar de que “no tiene vínculo directo con una estrategia territorial de desarrollo, ni la constituye por sí misma”.

Destaca que si bien existen normas relacionadas con la materia contemplada en el artículo acusado (41, 42, 193 y 194), estas tampoco tienen relación con los objetivos ni planes específicos de la Ley 1753 de 2015, dado que “no se constituyen como instrumentos de los planes regionales de las TIC (...) son disposiciones de regulación con ámbitos y fines (...) nacionales”. En la varia jurisprudencia que cita, destaca la importancia del principio de coherencia cuando se trata de evaluar el respeto a la unidad de materia y, las particularidades que este examen comporta cuando se trata de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

Por otro lado, respecto a la vulneración del artículo 133, señala que, a excepción de los casos señalados en la ley, se exige que el voto del Congreso deba ser nominal y público, lo cual aplica también para las decisiones tomadas en comisiones de conciliación. Pone en consideración que, las excepciones a las que se hace referencia, reguladas en el artículo

129 y 131 de la Ley 5ª de 1992, tampoco excluyen las decisiones asumidas en la comisión de conciliación. Para estas, la única determinación particular es el artículo 161 Superior, en el cual tampoco se indica una excepción frente a su votación.

Explica que la inclusión de los artículos conciliados al Plan Nacional de Desarrollo, entre ellos, el artículo demandado, no tuvieron una votación nominal y pública, por consiguiente, se transgredió el artículo 133 Superior. Por lo cual, solicita oficiar a la Secretaría General de la Comisión Tercera de Cámara, según indica, “secretaria de la comisión accidental de conciliación del Proyecto de Ley 138 de 2015 Senado – 200 de 2015 Cámara, para que certifique si los artículos conciliados fueron votados de forma nominal y pública”.

Respecto a la vulneración del artículo 151 Superior, advierte que se genera por la vulneración del artículo 188 de la Ley 5ª de 1992, debido a la “falta de motivación del informe de conciliación”. Sostiene que en el informe de conciliación del Proyecto de Ley 138 de 2015 Senado – 200 de 2015 Cámara, publicado en la Gaceta del Congreso No. 266 del 5 de mayo de 2015, no se “expresaron las razones acerca del proyecto controvertido para adoptarse, por las corporaciones, la decisión final (...). Se limitó a proponer un texto que supera las divergencias entre las dos corporaciones y luego a transcribir la totalidad del proyecto”.

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia y Universidad de la Sabana

A través de escrito presentado el 13 de abril de 2016, el ciudadano Hernán Olano, en calidad de delegado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de profesor de la Universidad de la Sabana, solicita declarar inexecutable el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015.

Al efecto inicia resaltando, entre otros aspectos, la importancia[1], las características, la naturaleza y los principios del Plan Nacional de Desarrollo. Igualmente, pone en consideración su regulación constitucional, incorporada, entre otros, en los artículos 151, 300, numeral 2º, 313, 339 y 342 Superior y en la jurisprudencia sentada al respecto por esta Corporación en la Sentencia C-557 de 2000 y, adicionalmente, realiza una breve referencia sobre su desarrollo histórico.

Destaca que, siguiendo el artículo 339 Superior, la formulación y el trámite del Plan

Nacional de Desarrollo “debe ser canalizada exclusivamente a través del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Ello, en concordancia con el artículo 5º y 6º de la Ley 152 de 1994. A continuación, pone de presente a las “autoridades e instancias nacionales de planeación” y, posteriormente, manifiesta lo que, a su parecer, constituyen los “objetivos de desarrollo del milenio y la frustrada visión colombiana de 2019”.

Ahora bien, frente al artículo 262 de la Ley 1751 de 2015 manifiesta que vulnera los artículos 157, 158 y 160. En primer lugar, debido a que si bien el Plan Nacional de Desarrollo es de contenido multitemático, lo cierto es que tiene que ser coherente debido a “su significación especial”. La norma acusada, a su parecer, no guarda coherencia con los ejes temáticos señalados en el Plan Nacional de Desarrollo ni tiene un “vínculo directo con las estrategias territoriales de desarrollo”.

Adicionalmente, destaca que esta disposición no fue discutida “en las comisiones constitucionales cuando sesionaron de forma conjunta”, de ahí que fue presentada ante la Plenaria de la Cámara sin ese requisito. Para fundamentar su posición pone en consideración la Sentencia C-940 de 2003 y C-273 de 2011. Aunado a ello, manifiesta que su votación no fue nominal y pública como se requiere según el artículo 133 Constitucional. Agrega que “hubo falta de motivación en el informe de conciliación”, en desconocimiento del artículo 151 Superior.

Por otra parte, señala que la disposición acusada permite la disposición de los permisos de uso del espectro radioeléctrico sin que se genere una retribución a la Nación. Ello, bajo fórmulas de libre negociación, con la aprobación del Ministerio de las TIC y desconociendo su naturaleza de bien público.

2. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

El apoderado judicial de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, a través de escrito presentado el 20 de abril de 2016, manifiesta que, a su consideración, la disposición demandada debe declararse exequible.

Para fundamentar su posición señala, respecto a la alegada falta de retribución para el Estado, que “el cargo de la demanda confunde dos realidades jurídicas”. Por un lado,

señala, está el beneficio económico y, por otro, el control. La decisión de realizar un cobro por el uso del espectro no guarda nexo causal con el control, puesto que el cobro no puede afectar el deber del Estado de “garantizar el acceso equitativo, democrático y pluralista del espectro”.

Precisa frente al “control” del Estado que, con la norma demandada, el legislador determinó que la cesión no genera un ingreso pero, para realizarla, se requiere contar con la aprobación del Ministerio de las TIC y, en todo caso, el Estado continúa conservando el control. La aprobación de esta cartera ministerial garantiza, desde esta perspectiva, el pleno cumplimiento de las garantías constitucionales, entre ellas, las señaladas en el artículo 75 Superior y en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009. Afirma que el control sobre el uso del espectro es independiente del cobro económico por la cesión de permisos, todo con el propósito de “evitar prácticas monopolísticas”.

Frente al no cobro por la cesión del permiso para el uso del espectro, asevera que no es una determinación que vulnere la Constitución, al contrario, lo considera justificado en la medida en que “la cesión del permiso es un acto jurídico distinto al otorgamiento o renovación”. Manifiesta que el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, establece como un derecho del Estado el “recibir contraprestación económica por el otorgamiento o renovación del permiso de uso del espacio radioeléctrico”. Sin embargo, con la norma se está regulando simplemente “un cambio en el titular” y, por ende, no existe razón para que el Estado acceda a nuevos ingresos. Concluye que lo contrario implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

Precisa que los cargos del accionante relacionados con la vulneración de los artículos 13 y 34 de la Ley 1341 de 2009, son de orden legal y no constitucional. Por ende, se “acusa la violación de una norma de igual jerarquía que la demandada”.

Por otro lado, después de señalar la especial naturaleza que tiene el principio de unidad de materia en el Plan Nacional de Desarrollo, sostiene que la norma acusada se ajusta a las estrategias sentadas en las bases del Plan, consistentes en “agilizar los mecanismos de asignación y la evaluación de los plazos y la renovación de los permisos para el uso del mismo”. Arguye que la norma acusada agiliza el proceso de la cesión de permisos al someterla a los mecanismos de negociación privada e, incluso, al no exigir una

contraprestación. Así, permite dinamizar el mercado de los permisos y acelera la movilidad de los medios de comunicación.

Frente al cargo relacionado con la votación en la comisión de conciliación y a la falta de motivación del informe de conciliación, se limita a señalar que se sujetan a los mismos argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad D-10935, en la que se afirmó, en conjunto con el Departamento Nacional de Planeación, que el trámite se surtió conforme con el marco constitucional.

3. Agencia Nacional del Espectro

La Directora General de la Agencia Nacional del Espectro, por medio de escrito presentado el 21 de abril de 2016, manifiesta que la disposición acusada debe ser declarada exequible.

En su escrito manifiesta, en lo atinente a la cesión de los permisos de uso de espectro radioeléctrico, que ello se encuentra regulado en el artículo 11[2], parágrafo 2º de la Ley 1341 de 2009. Frente a esta disposición, la norma acusada no ofrece ninguna novedad puesto que en las dos se permite la autorización de la cesión tras la aprobación del Ministerio de las TIC. Precisa que si bien en la disposición demandada no se indica que la autorización debe ser previa, lo cierto es que se interpreta de esa manera, pues lo contrario implicaría que “un negocio ya celebrado podría no ser autorizado”.

Siguiendo el mencionado artículo 11, el Ministerio debe autorizar la cesión bajo los términos que este mismo señale y con sujeción a los requisitos de calidad, así como las garantías de “uso, acceso y beneficio común del espectro”. Lo cual no fue objeto de modificación por medio de la disposición acusada.

Respecto a la alegada vulneración del patrimonio público por la no exigencia de contraprestación, se pronuncia en el mismo sentido, puesto que esa exigencia tampoco se encontraba regulada previamente. Destaca que la Ley 1349 de 2009 consagra que los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, en virtud del artículo 13, deben realizar una contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico en favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y, en virtud de los artículos 10 y 36, deben pagar una contraprestación periódica por la “habilitación general, es decir, por la

prestación de redes y servicios de telecomunicaciones”. Sostiene que el artículo 37 de la Ley 1349 de 2009, por medio del cual se determinan los recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no establece “ningún recurso proveniente de la cesión de permisos de uso del espectro radioeléctrico”, en consonancia con el Decreto 1078 de 2015. Concluye que la norma acusada no realiza ninguna modificación a la Ley 1341 de 2009, por ende, a su parecer, la inexequibilidad de esta disposición no cambiaría el hecho de que el Estado no pueda percibir recursos provenientes de una cesión de permiso del uso del espectro.

Frente a los cargos formulados alegando que el negocio se sujeta al derecho privado, señala que con ello la Ley 1753 de 2015 tampoco establece una novedad. Al efecto, pone en consideración que según el Código de Comercio, artículo 1º y 2º, “los comerciantes y los asuntos mercantiles se rigen por las disposiciones de la ley comercial y, en lo no dispuesto por ellas, por analogía de sus normas o [...] por las disposiciones de la legislación civil”.

Específicamente, en cuanto al artículo 75, señala, que debe diferenciarse entre enajenación y cesión de permisos. La primera, en concordancia con el artículo 63 Superior, cataloga al espectro como un bien público inalienable, imprescriptible e inembargable. En cuanto a la segunda, señala, que permite el uso del bien y su cesión, pero no la venta ni cualquier otra acción que implique que “salga de la órbita del Estado”. Para sustentar su posición, pone en consideración diferentes casos en los cuales se demuestra que el permiso del uso del espectro puede variar de usuario e incluso de empresa, tal acontece cuando se está frente a ventas de empresas, fusión o integración empresarial, entre otras situaciones.

Sobre la acusación relacionada con someter la cesión del uso del espectro radioeléctrico a fórmulas de libre negociación, pone de presente que al otorgar el permiso inicial se cobra una contraprestación, a lo cual no puede denominarse “negociación”, por cuanto que esta es fijada unilateralmente por el Estado a través de una resolución o mediante la fijación del precio base en una subasta. El Estado sí recibe una retribución la cual “cubre el permiso desde su inicio hasta su terminación independientemente de quien ejerza el derecho”.

En este punto destaca que no es cierto que se vulnere la igualdad, el pluralismo informativo o la competencia, ni tampoco que se posibiliten prácticas monopolísticas, habida cuenta que el particular que ostenta el uso del espectro es elegido tras un proceso de selección

objetiva, en virtud del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009. Respecto al impedimento de que surjan prácticas monopolísticas, se determinó que para ello existen “otros mecanismos, como los toques de espectro que puede tener un Proveedor de Redes y Servicios De Telecomunicaciones” o el control realizado por organismos estatales para determinar si un operador es dominante, criterio con el cual se establecen las condiciones para desarrollar el proceso de selección objetiva o se autoriza la cesión respectiva.

En su explicación, la interviniente recuerda el contenido del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, cuyo parágrafo segundo establece las condiciones que hacen viable la cesión del permiso. Agrega que el Estado únicamente puede realizar cobros por el uso del espectro cuando se otorgó el permiso o cuando se realiza su renovación, así como con el pago trimestral por la habilitación, el cual se efectúa durante todo el tiempo que dure el permiso, ya sea por “quien obtuvo el permiso desde un inicio” o por el cesionario. Destaca que obtener un pago por el mismo concepto, como sería el caso de cobrar por la cesión de un permiso ya brindado, sería incurrir en un enriquecimiento sin justa causa. Ello, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009.

Bajo esta orientación determina que el artículo 262 de la Ley 1751 de 2015 no vulnera los artículos 75, 101, 102 ni 332 Constitucionales, puesto que el bien público continúa perteneciendo a la Nación, la norma recae sobre la cesión del bien, lo cual no implica la enajenación del mismo.

Precisa, en cuanto al artículo 355, que “una cesión no implica ningún tipo de auxilio o donación en favor de personas de derecho privado” ni tampoco una subvención, conceptos que, según considera, para la Corte Constitucional tienen igual significado (pone en consideración la Sentencia C-324 de 2009). Advierte que estas son “partidas de orden público que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas”, lo cual diverge del contrato de cesión, en virtud de la cual son los particulares los que deben pagar por el permiso, precio que es acordado por medio de fórmulas establecidas por el Ministerio de las TIC o mecanismos de subasta.

En cuanto a la alegada vulneración de los artículos 157, 158 y 160 Superiores señala, en cuanto al primer precepto, que el artículo acusado surtió todo el trámite que se le impone por medio de esa norma. Frente al artículo 158, destaca que la disposición acusada tiene

fundamento en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, en los cuales se estimula la promoción de las TIC “como plataforma para la equidad, educación y la competitividad”, a lo cual contribuye la mentada norma como un mecanismo para agilizar el acceso, uso y apropiación de las TIC, por la celeridad que imprime a las transacciones comerciales. Respecto del artículo 160, determina que el legislador consideró necesaria la regulación del precepto acusado debido a que las normas vigentes reguladas en igual sentido pueden ser interpretadas erróneamente.

4. Universidad Externado de Colombia

La profesora Luz Herrera, en calidad de Directora del Departamento de Derecho de las Comunicaciones, manifestó que, en su opinión, la norma demandada debe ser declarada constitucional.

En primer lugar, precisó que el espectro electromagnético pertenece a la Nación y no al Estado como lo afirma el accionante. Para fundamentar su posición trae a colación los artículos 101 y 102 Superiores y la Sentencia C-570 de 2010. Por consiguiente, al pertenecer este bien público a todos los habitantes del territorio nacional, el Estado únicamente debe ejercer sobre este su gestión y control. Igualmente, resalta que por la naturaleza del mentado bien, este es inajenable e imprescriptible, por ende, su propiedad no puede ser transferida, cedida o trasladada ni obtenerse con el paso del tiempo.

Bajo estas consideraciones, concluye que no le asiste razón al demandante al considerar que con la norma se permite ceder el espectro electromagnético.

Precisa que la norma acusada solo autoriza la cesión del permiso para el uso del bien, “es decir, la transferencia del conjunto de derechos y obligaciones derivados del título mediante el cual se otorga temporalmente y de manera precaria el uso y la asignación de una frecuencia o conjunto de frecuencias del espectro radioeléctrico”. Destaca que, por un lado, se encuentra el bien, es decir, el espectro, y, por otro lado, el título, esto es, el permiso, conceptos que son técnica, económica y jurídicamente diferentes, lo que, a su juicio, es inadvertido por el demandante y, por ende, lo hace concluir que “cuando la norma autoriza la cesión del título [...], se produce la cesión sobre el espectro”.

Precisa que los derechos reales que la Nación tiene sobre el bien son atemporales y no

decaen, en tanto los permisos son actos de carácter temporal. La titularidad exclusiva y excluyente de la Nación, por ende, está revestida de “amplias facultades para explotar todas las frecuencias que conforman el espectro, mientras que el permiso por el cual se autoriza el uso, es temporal al ser un acto de naturaleza administrativa y se restringe solo al uso de frecuencias o bandas de frecuencia específicas”.

Sostiene que al incluirse esta norma en el Plan Nacional de Desarrollo, el legislador se limitó a reiterar lo señalado en el artículo 11, párrafo 2º, de la Ley 1341 de 2009, en el cual tampoco se determinó una contraprestación por la autorización de la cesión. Destaca que esa cesión es autorizada por el Ministerio de las TIC y procede cuando “no se menoscaben los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”.

Respecto a la alegada afectación del patrimonio público, reitera que con la disposición acusada se reproduce una norma vigente; que para la cesión se debe contar con autorización del Ministerio de las TIC y que la autorización de cesiones no da lugar a contraprestaciones. Aclara que la norma no exonera al cedente ni al cesionario del pago que debe realizarse por el uso del espectro. Destaca que la “cesión implica transferencia de derechos y obligaciones, en los términos y condiciones inicialmente transferidos”.

Indica que debe distinguirse el otorgamiento del permiso de uso del espectro y la cesión que el particular realice del mismo. Con el primero se debe realizar el pago de un valor determinado por el Estado acorde con el tiempo de permiso. Con la cesión que se realice no hay lugar, por ende, a un nuevo pago del permiso. Esa contraprestación se pagó al inicio y no se modifica ni se altera con la cesión. Lo contrario implicaría realizar un cobro doble por el mismo permiso y, por consiguiente, un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

Adicionalmente, afirma que el Estado sí recibe ingresos con motivo de la cesión que se realiza en virtud, no de contraprestaciones, sino de “impuestos de renta o de ganancia ocasional”. Explica que el cedente debe declarar y pagar a “la Administradora de Impuestos Nacionales el impuesto fijado por el legislador sobre las utilidades que comporte la cesión del permiso que realice”. Por ende, a su parecer, de no realizarse la cesión incluso se verían perjudicados los ingresos del Estado puesto que no tendría acceso a los impuestos que le correspondería cobrar.

Reitera en este punto que el cesionario debe continuar pagando las correspondientes contraprestaciones por el uso del espectro, así como por “la prestación de servicios y redes de telecomunicaciones”, en virtud del artículo 13 de la Ley 1341 de 2009.

En todo caso, señala, el Estado conserva el derecho de “definir la política de uso y recuperación en cualquier momento del espectro”. Puesto que el permiso de uso del espectro se otorga mediante un acto administrativo y, por ende, en virtud del “interés común y el bienestar general”, puede recuperarse o terminar los permisos anticipadamente de manera autónoma.

Pone en consideración una recopilación histórica de las normas que han autorizado la cesión del permiso del uso del espectro radio eléctrico. Entre estas normas señala la Ley 198 de 1936, el Decreto Legislativo 3418 de 1954, el artículo 8º del Decreto 2427 de 1956, el Decreto 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983, así como el Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 46, el Decreto 2870 de 2007, artículo 17, la Resolución 083 de 2008, artículos 1º, 2º, 3º y 4º y, finalmente, la Ley 1341 de 2009, artículo 11. Concluye que con la disposición acusada el legislativo reiteró la tradición jurídica del país en la materia en examen.

Finalmente, en lo atinente a los cargos de forma, relacionados con que la norma acusada no se sometió a las cámaras de conciliación, el interviniente señala que no hará manifestación alguna por carecer de las memorias del debate correspondiente. En cuanto a la unidad de materia, advierte que el Plan Nacional de Desarrollo como norma heterogénea debe comprender “temáticas para todos los sectores económicos involucrados”, como lo es el Sector TIC, en consecuencia, considera que se cumple con el requisito de conexidad.

5. Universidad Santo Tomás

Por medio de escrito presentado en esta Corporación, el profesor Carlos Rodríguez de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, manifiesta que la norma demandada debe ser declarada inexecutable.

Aclara que el criterio sentado frente a la inconstitucionalidad de la norma se fundamenta en razones diferentes a las determinadas en la demanda. Expone, en primer lugar, lo que, a su juicio, constituye la definición del espectro electromagnético, siguiendo para ello la

definición propia de los elementos que comprenden el territorio colombiano. Señala que es un bien público inajenable y, de acuerdo con la Constitución, el órgano de control e intervención debe dar cumplimiento a los requisitos y condiciones de ley, lo que resulta necesario para la ejecución de la prestación del servicio público.

Explica que la cesión hace referencia al uso del espectro electromagnético, en específico, al uso de frecuencias radioeléctricas, lo cual no se equipara con hacer de este bien uno de carácter privado, como lo alega el demandante. Precisa que el Estado sí obtiene una contraprestación consistente en la prestación del servicio por parte de particulares bajo el control y gestión del Ministerio de las TIC. Destaca que para la realización del contrato de cesión de permisos resulta importante respetar los criterios de selección objetiva, “que se realice previa convocatoria pública”, orientándose con ello a preservar la igualdad.

Una vez sentado lo anterior, advierte que su posición respecto a la constitucionalidad de la norma radica en que el derecho colectivo de telecomunicaciones es fundamental y, por consiguiente, existía reserva de ley estatutaria, por ende, no debía regularse a través de una ley ordinaria como lo es el Plan Nacional de Desarrollo. Para fundamentar su posición refiere la Sentencia C-524 de 2003.

6. Universidad Militar

El ciudadano Walter Cadena, en calidad de Decano de la Universidad Militar, por medio de escrito presentado extemporáneamente, manifestó, en primer lugar, que el espectro electromagnético, el cual abarca el espectro radioeléctrico, entre otros, es un bien público cuya gestión y control está a cargo del Estado. Señala la especial importancia de la manera de realizar la adjudicación; “la normatividad es necesaria para lograr una protección por parte del Estado”.

Destaca la naturaleza y la importancia que actualmente tiene el espectro como un bien de uso público y el deber de garantizar la igualdad en su acceso, de tal manera que se eviten prácticas monopolísticas. En este sentido, pone en consideración extractos de su regulación normativa y, más específicamente, de la Ley 1341 de 2009.

Adicionalmente, hace referencia a las contraprestaciones, aclarando, desde el comienzo, que “la donación de bienes públicos a particulares no está permitida”. Señala que el

Ministerio de las TIC, debe determinar mecanismos de “selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes”.

Destaca que los problemas derivados por la controversia de la naturaleza “del canon” por uso del espectro radioeléctrico fue subsanada por medio de la Sentencia C-927 de 2006, en la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 7º de la Ley 72 de 1989 y el artículo 59 del Decreto Ley 1900 de 1990, en las cuales se determinaba “la obligación de pago a los privados que accedan a una licencia, autorización o concesión para servicios de telecomunicaciones”.

Manifiesta que en esa oportunidad se señaló que “la contraprestación por uso del espectro radioeléctrico [...] nace de la voluntad de las partes, porque se origina en la libre iniciativa de un particular que pretende beneficiarse o lograr un margen de utilidad”. Y, a continuación, señala, entre otros particulares, que el literal d del numeral 19 del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009 atribuye al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la potestad de expedir y administrar las contraprestaciones que le corresponden por ley. Tras lo cual, concluye su intervención señalando que “la cesión de permisos de uso del Espacio Radioeléctrico, debe generar contraprestación a favor de la Nación por parte del sector privado”.

7. Intervención Ciudadana

Los ciudadanos Gabriel Palencia, Cesar Fernández y Carlos Castillo, estudiantes de la Fundación Universitaria Cervantina, por medio de escrito presentado en esta Corporación, después del término otorgado para intervenir, solicitaron declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

Consideran que dicha norma vulnera “la soberanía que sobre el espacio electromagnético debe tener el Estado”.

Igualmente, que se infringe la Constitución Política al determinar que es posible ceder los derechos existentes sobre el espectro, únicamente, exigiendo la aprobación del Ministerio de las TIC, ello sin que el Estado pueda recibir ninguna contraprestación.

Igualmente, destacan que por medio de la norma no se determinan medidas para evitar prácticas monopolísticas, lo que implica someter a este bien de uso público a regulaciones netamente privadas, desconociendo su naturaleza jurídica. En el mismo sentido, sostienen que se vulnera el derecho a la igualdad, pues no permite a las personas acceder a él en igualdad de condiciones frente a personas con mejor posición. Agregan que con esa norma se vulnera la democracia participativa, la igualdad de oportunidades y la pluralidad de la información, desconociéndose, además, la posibilidad del Estado de recibir contraprestaciones.

Finalmente, señalan que tal precepto regula el derecho fundamental de telecomunicación y, por consiguiente, no debió incorporarse una ley ordinaria, como es el Plan Nacional de Desarrollo.

Previo a reseñar la intervención de la Procuraduría General de la Nación, resulta pertinente advertir que dada la temática del enunciado legal sometido a consideración del Pleno, el Magistrado Sustanciador formuló, a través de la Secretaría General de la Corte, invitación para la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y, el Departamento Nacional de Planeación, organismos que vencidos los términos guardaron silencio.

III. Concepto del Ministerio Público

Observa el Procurador General de la Nación que la demanda de inconstitucionalidad carece de certeza en cuanto al cargo “por violación de la pertenencia del espacio radioeléctrico a la Nación y la imposibilidad del legislador de decretar auxilios o donaciones a favor de personas de derecho privado”, toda vez que en el ordenamiento jurídico superior no se ordena que se deba pagar al Estado “alguna prestación por la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico”, así pues se está frente a una proposición jurídica inexistente.

Explica que el artículo 75 “regula el espectro electromagnético como un bien inajenable e imprescriptible, donde el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, evitando las prácticas monopolísticas para garantizar el pluralismo informativo y la competencia”; el artículo 101, a su parecer, “reafirma” que el espectro hace parte del Estado y, frente al artículo 335 señala que “ninguna de las ramas del Poder Público puede

decretar auxilios o donaciones en favor de personas de derecho privado”.

Respecto a esto último, precisa que al determinarse que con la cesión del permiso de uso del espectro no se genera una contraprestación al Estado, no se efectúa una donación ni auxilio a favor de personas del derecho privado. Agrega que, “previamente el Estado ya estableció las condiciones de contraprestación por el permiso de uso del espectro radioeléctrico que otorgó al cedente”, lo cual debe continuar cumpliendo el cesionario. Ello, en consonancia con el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

Explica que la finalidad de la norma es garantizar, a través de la aprobación que realiza el Ministerio Público, que el cesionario sea idóneo; evitar que el contrato de cesión no esté viciado de una causa ilícita, a saber, incurrir en “prácticas monopolísticas” o que se encuentre limitado al ánimo de lucro; partiendo de que el contrato es intuitu personae, se busca verificar que el cedente tiene razones válidas para proceder, como, por ejemplo, la “imposibilidad de cumplir con el contrato, licencia o autorización de uso del espectro radioeléctrico”.

Concluye en este punto que la Corte Constitucional no puede emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que la demanda adolece de ineptitud sustantiva.

Por otro lado, señala, respecto al principio de consecutividad, que este se respetó en el trámite del Proyecto de Ley 138 de 2015 Senado y 200 de 2015 Cámara, puesto que “cumplió con sus tres debates reglamentarios -primer debate conjunto en las comisiones económicas del Congreso de la República y segundo debate en plenaria en cada una de las cámaras legislativas-”.

Por otro lado, pone de presente que “(el) trabajo que hacen las comisiones de conciliación lleva implícita la votación nominal por la dinámica propia del ejercicio conciliatorio en lo que tiene que ver con la composición de tal comisión accidental y la mecánica para escoger el texto que pondrían en consideración de las plenarias de ambas cámaras”. Precisa que, en este caso, la comisión accidental del Proyecto de Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 estuvo conformada por 4 senadores y 4 representantes, los cuales conciliaron por consenso el texto que fue aprobado por las plenarias de ambas cámaras. Trae a colación la Gaceta del Congreso 264 de 2015, en la cual se señala, entre otros particulares, en el numeral 22: “artículo nuevo. Cesión de permisos de uso del espacio radioeléctrico: CÁMARA (...)”. En

consecuencia, advierte que, respecto al cargo relacionado con la falta de “votación nominal y pública, por parte de la comisión de conciliación [que] se observa que el trabajo de la comisión de conciliación [...] se ajustó a tal exigencia a partir de la naturaleza accidental y no permanente de esa comisión, su composición numérica y la mecánica de conciliación correspondiente”.

En relación con el cargo formulado con base en que en el informe de conciliación del proyecto no se motivaron los fundamentos de la conciliación y, por ende, se desconoció el artículo 188 de la Ley 5ª de 1992, considera que no puede realizar un pronunciamiento de fondo debido a que “se trata de una afirmación del actor que no se ajusta a la verdad”, puesto que la comisión accidental “sí expresó las razones acerca del proyecto controvertido para presentar el texto conciliado que fue aprobado por las plenarias de ambas cámaras legislativas”.

Frente al principio de identidad flexible, señala que no se cumple puesto que la cesión de permisos de uso del espacio radioeléctrico no fue un asunto “discutido y aprobado en primer debate conjunto de las comisiones económicas del Congreso de la República”. Al respecto, pone en consideración la Gaceta del Congreso 191 de 2015. Destaca que se trataron otros temas relacionados con el espectro radioeléctrico, entre ellos, “la remuneración del costo de oportunidad de las frecuencias de espectro radioeléctrico con las que cuenta el operador del canal nacional de operación pública- Canal UNO- [...], el plazo y la renovación de los permisos (...) y sobre las obligaciones de hacer como forma de pago por el uso de tal espectro”.

Igualmente, señala que se vulnera el principio de unidad de materia debido a que la disposición acusada fue incluida como “artículo nuevo en la plenaria de la Cámara de Representantes”, “circunstancia intempestiva” lo que permite concluir, a su juicio, que no guarda “conexidad directa, inmediata y eficaz con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Vigente, ni con sus planes, ni con sus estrategias transversales y regionales y tampoco con las estrategias y objetivos centrales establecidos en el Plan de Inversiones 2015-2018” como se desprende de una lectura simple de los elementos esenciales del Plan. Tras lo cual concluye que se quebrantaron los principios de identidad legislativa flexible y unidad de materia, siendo procedente la declaratoria de inconstitucionalidad.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5, del artículo 241, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir la demanda que en el presente caso se formula contra los artículos 65, 66, 67 y 68 de la Ley 1753 de 2015 y los 56, 100 y 112 de la Ley 1737 de 2014.

2. Cuestiones preliminares

Previo a cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto corresponde considerar algunos aspectos cuya resolución puede incidir en la decisión a adoptar. En primer lugar, cabe hacer una consideración sobre la legitimación por activa dentro de la presente acción, dado que el demandante, si bien invoca su condición de ciudadano, también manifiesta que lo hace como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB- S.A. E.S.P.. Seguidamente, se debe precisar si tiene lugar la existencia de cosa juzgada respecto de algunas de las acusaciones por vicios de forma, en razón de lo decidido por esta Corte en la Sentencia C-298 de 2016. Finalmente, se debe clarificar si tienen asidero los reparos formulados por algunos intervinientes, entre ellos, el Ministerio Público, en relación con la aptitud de ciertos de la demanda.

2.1 La legitimación por activa de los ciudadanos para presentar la acción pública de inconstitucionalidad

Julio César Ortiz Gutiérrez demandó el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015. En su escrito de cargos manifestó su condición de ciudadano y advirtió que también fungía como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB- S.A. E.S.P.. Por ello, debe observarse, desde ahora, que dicha representación de una persona jurídica no compromete la legitimación por activa dentro de la presente acción. Para la Sala, resulta claro que por virtud del numeral 6 del artículo 40 de la Carta, se les reconoce a los ciudadanos el derecho político a instaurar acciones públicas en defensa de la Constitución o de la ley. Por su parte, el numeral 4 del artículo 241 preceptúa que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las acciones presentadas por “los ciudadanos” contra las leyes, bien sea por razones de forma o de fondo. A su vez, el ordinal 1º del artículo 242 Superior, al establecer

las reglas a las que se ceñirá la ley para el ejercicio de las acciones públicas, contempladas en el artículo 241, señala “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente (...)”. Por ende, la calidad de apoderado no vicia la legitimidad exigible al demandante, pues, la calidad de ciudadano es la requerida para adelantar este tipo de actuaciones.

En otras ocasiones, aún sin haberse invocado la condición de ciudadano, pero habiéndose manifestado que se actúa como apoderado, la Sala ha mantenido el criterio según el cual “(...) un ciudadano no pierde su derecho a instaurar acciones de inexecuibilidad, cuando solo invoca su calidad de apoderado de una persona jurídica”[3].

En el caso presente, es clara la invocación que el accionante hace de su condición de ciudadano y no cabe ninguna duda de su legitimación para actuar.

2.2 Las sentencias C-298 de 2016 y la cosa Juzgada por vicios de forma en el asunto en estudio

El valor del instituto de la cosa juzgada encuentra soporte en diversas razones, entre las cuales se destacan, de un lado, la necesidad de materializar el valor de la seguridad jurídica, el cual alcanza expresión concreta en la protección de la confianza y la buena fe de quien se atiene a decisiones judiciales previamente adoptadas. De otro, en el deber de defender la autonomía judicial no dando lugar a que se reabran debates agotados por el juez competente[4].

En lo que concierne a los efectos que en materia de cosa juzgada produce una decisión proferida por la Corte Constitucional, se ha sentado:

“(...) (i) Cuando la decisión ha consistido en declarar la inconstitucionalidad de una norma, se activa la prohibición comprendida por el artículo 243 conforme a la cual ninguna autoridad puede reproducir su contenido material; (ii) en los casos en los que la Corte ha declarado exequible cierta disposición respecto de determinada norma constitucional, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que no puede suscitarse un nuevo juicio por las mismas razones, a menos que ya no se encuentren vigentes o hubieren sido modificadas las disposiciones constitutivas del parámetro de constitucionalidad (...)”[5].

A propósito de la tipología de la cosa juzgada, es oportuno recordar en este caso la que alude a la cosa juzgada absoluta y a la cosa juzgada relativa. Respecto de la primera, se ha establecido, de modo general, que tiene lugar cuando en la parte resolutive de la decisión, la Corte no precisa los efectos del pronunciamiento. En cuanto a la segunda, sucede cuando se delimita en la parte resolutive del fallo su efecto.

Puntualmente se ha advertido que la cosa juzgada relativa se configura:

“(…) si en la parte resolutive de la sentencia la Corte declara la constitucionalidad de la norma por los cargos analizados (cosa juzgada relativa explícita), o si de la parte motiva se infiere inequívocamente que el examen se limitó a los cargos o problema jurídico contruidos en la demanda (cosa juzgada relativa implícita) disposiciones constitutivas del parámetro de constitucionalidad(…)”[6].

Así por ejemplo, el juicio de constitucionalidad de un enunciado puede concluir en una cosa juzgada relativa cuando la revisión se hace desde un punto de vista formal, pero, se mantiene la posibilidad de hacer otros exámenes por razones de fondo. Igualmente, se está frente a la mencionada modalidad de cosa juzgada, cuando el mandato atacado es declarado exequible a la luz de unos específicos contenidos constitucionales, pero, cabe la posibilidad de inspeccionar nuevamente el contenido del precepto frente a una normativa Superior diferente de aquella que se usó como parámetro en oportunidad anterior.

En el caso de la Ley 1753 de 2015 han sido reiteradas las ocasiones en las cuales ha sido controvertida por vicios de fondo. Una de esas demandas fue resuelta mediante Sentencia C-298 de 2016, en la cual, se censuraron, por motivos de forma, diversos enunciados legales, entre estos, el artículo 262, objeto de examen en esta oportunidad.

En la mencionada Sentencia C-298 de 2016, la Sala advirtió que las tachas de forma manifestadas contra los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 207, 245, 248, 262, 263, 266, y 267 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 comportaban resolver los siguientes problemas jurídicos:

“(…) si al momento de llevarse a cabo la conciliación de las anteriores disposiciones

demandadas, el Legislador ordinario quebrantó: i) la publicación previa del informe de conciliación, establecida en el artículo 161 de la Constitución; ii) la presunta prohibición de sesiones simultáneas, entre la celebrada por la comisión de conciliación y la Plenaria del Senado, el día 5 de mayo de 2015 (art. 93, Ley 5ª de 1992); iii) la votación pública y nominal que debió efectuar la comisión de conciliación, presuntamente prevista en el artículo 133 Superior y; iv) las razones que debían darse en los Informes a las Plenarias de las Cámaras para adoptar el texto controvertido de una u otra Cámara Legislativa (art. 188, Ley 5ª de 1992) (negrilla fuera de texto).

En esa oportunidad, la Sala Plena se inclinó por la constitucionalidad de los imperativos censurados en los siguientes términos:

QUINTO.- Declarar EXEQUIBLES, por los vicios del procedimiento analizados, los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la Ley 1753 de 2015 (Negrillas de las minúsculas fuera de texto).

Observa la Sala que uno de los cargos examinados en aquella ocasión, consistía en que al momento de surtirse la conciliación, se desconoció la preceptiva Superior, pues “el procedimiento efectuado por la comisión de conciliación vulneró el artículo 133 de la Carta Política, en tanto la votación no fue realizada de manera nominal y pública” y en el considerando 3.8.3 de la providencia se advierte que “Los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la Ley 1753 de 2015, no violaron el artículo 133 de la Constitución Política, que hace referencia a la votación pública y nominal” (negrillas del original), para llegar a tal conclusión la Sala consideró que:

“(…) en este caso se tiene por cierto que: i) la comisión accidental de conciliación debía surgir en el trámite del Proyecto de Ley 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, en tanto los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la actual Ley 1753 de 2015, presentaban discrepancias en las Cámaras con respecto de su aprobación; ii) para el efecto, fue conformada la comisión de conciliación, integrada por 4 Senadores y 4 Representantes a la Cámara, quienes; iii) se reunieron conjuntamente el 5 de mayo de 2015 por espacio de media hora para conciliar los textos por unanimidad (Negrilla del original).

En el informe de conciliación, publicado en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, el día 5 de mayo de 2015[7], se vislumbra que en este asunto todos los integrantes de la comisión de conciliación designada estuvieron de acuerdo con el informe de conciliación, esto se puede corroborar al detallarse que en las firmas contentivas al informe conciliatorio presentado ante las Plenarias los ocho conciliadores designados para el efecto suscribieron el acta de conciliación sin reserva o constancia alguna [8].

De lo anterior, concluye la Sala que cabría entender que se está ante la excepción permitida que valida la actuación toda vez que existió unanimidad por parte de todos los conciliadores al momento de definir uno u otro texto[9] y de esta manera se cumplió con el principio de publicidad, en virtud de lo revelado por las Gacetas del Congreso del mismo 5 de mayo de 2015”.

Para la Corporación, esta acusación es la misma que el ciudadano Julio César Ortiz Gutiérrez le endilga en este juicio al artículo 262, cuando expresa “el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 viola el artículo 133 de la Constitución, en cuanto la comisión de conciliación no adoptó la disposición legal acusada mediante el voto nominal y público” (negritas del demandante), pues, en el entender del accionante “es claro que las decisiones en el Congreso de la República deben adoptarse mediante votación nominal y pública, incluyendo las que se toman en las comisiones de conciliación (...)” .

Verificado que la censura formulada en este juicio es la misma, como también lo es la disposición objeto de cuestionamiento en el proceso que se resolvió mediante la Sentencia C-298 de 2016, se hace imperativo dar aplicación al principio de la cosa juzgada y, por ende, estarse a lo resuelto en la mencionada decisión.

Igual acontece con el cargo que el accionante describe en los siguientes términos: El artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 viola el artículo 151 de la Carta, al vulnerarse el artículo 188 de la ley 5ª. de 1992, ante la falta de motivación del informe de conciliación. Explica el demandante:

“En el caso concreto, el informe de conciliación al proyecto de ley número 138 de 2015 senado, 200 de 2015 cámara, por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2014-2018 (...) publicado en la gaceta del Congreso No. 266 del 5 de mayo de 2015, no se expresaron “las razones acerca del proyecto controvertido para adoptarse, por las corporaciones la

decisión final” sino únicamente se limitó a “proponer un texto que, supera las divergencias entre las dos corporaciones” y luego a transcribir la totalidad del proyecto del plan de desarrollo planteado a las plenarias, sin emitir las razones por las cuales se debía adoptar (...)” (entrecomillas del actor).

Encuentra la Corte que en el precitado considerando 3.8.3 de la Sentencia C-298 de 2016 se expresa “ Los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la Ley 1753 de 2015, no transgredieron el deber de informar a la Plenaria las razones para adoptar el texto definitivo, en virtud del artículo 188 de la Ley 5ª de 1992” (negrillas del original), como fundamento de tal aseveración la Sala explicó en su momento:

“(…) Del informe de conciliación presentado y de las intervenciones referenciadas con anterioridad, la Sala Plena establece que la comisión accidental de conciliación logró su cometido toda vez que mediante el informe de conciliación se superaron por mayoría las discrepancias que surgieron en el debate parlamentario, adoptando el articulado más conveniente propuesto por alguna de las dos Cámaras. Adicionalmente, con respecto a este cargo, se evidencia que dentro del mismo trámite fue convalidada la formación de la ley, en tanto en el debate parlamentario los conciliadores explicaron con más detenimiento a qué temática hacía referencia cada uno de los artículos conciliados y la decisión mayoritaria de por qué acoger bien el texto de Cámara o el del Senado.

Concluye la Sala que de conformidad con el principio de instrumentalidad sobre las formas, esta decisión mayoritaria de la comisión accidental de conciliación no requería una exigente motivación (...)”.

Se verifica entonces que el cargo contra el artículo 262 es el mismo que se pretende ventilar en este juicio, con lo cual, solo cabe respecto de esta censura estarse a lo resuelto en las varias veces mencionada C-298 de 2016.

Establecida pues la existencia de la cosa juzgada frente a los dos cuestionamientos revisados, procede la Corporación, seguidamente, a estudiar la aptitud de las acusaciones de fondo.

2.3 La aptitud de los cargos

Otro asunto de relevancia jurídica a valorar preliminarmente lo constituye el cuestionamiento presentado por la Procuraduría General de la Nación a la formulación de los cargos, según los cuales, la varias veces citada norma del Plan Nacional de Desarrollo vulnera los artículos 75, 101 y 355 de la Constitución. El Ministerio Público estima que la acusación carece de certeza dado que en ninguna de las prescripciones del ordenamiento superior se establece el deber de pagarle suma alguna de dinero al Estado, cuando se presenta la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico. Señala la Vista Fiscal que se trata de una deducción personal del actor y ni siquiera cabría decir que se está frente a una donación o auxilio, pues, el uso del espectro implica una contraprestación señalada inicialmente por el Estado, condiciones que debe seguir “honrando” el cesionario.

Acorde con lo contemplado por el artículo 40, numeral 6 de la Constitución, uno de los derechos políticos en cabeza de los ciudadanos es la defensa de la Constitución, la cual, encuentra como una de sus expresiones el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Con todo, el ejercicio de dicho derecho implica algunas exigencias necesarias para el correcto trámite de la solicitud, en tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 señala una serie de requisitos mínimos que debe atender el accionante para presentar su solicitud ante la Corte Constitucional. Particularmente, la jurisprudencia ha precisado como requisitos esenciales de la demanda, la presencia del objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para asumir el conocimiento del asunto. Por lo que atañe al primero, se trata de las disposiciones legales reprochadas por el accionante. En lo concerniente al concepto de violación, la jurisprudencia ha detallado reiteradamente los requisitos que permiten determinar la idoneidad de la demanda para lograr una decisión de fondo. De modo puntual, se ha observado que las razones aducidas por el actor en su libelo acusatorio deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes; pues de no serlo, no le resulta posible al Pleno proferir la decisión que desate los problemas jurídicos propuestos por el actor.

Reiteradamente ha sentado la jurisprudencia:

La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una

exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda (...).

(...) las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan (...).

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado (...) son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.

(...) la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio

(argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (...), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante (...) la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer (...) de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-1052 de 2001).

En el asunto en estudio se profirió el auto de febrero 8 de 2016 ordenando la admisión de la demanda y la prosecución del procedimiento. Se entiende entonces que, en principio, se estimaron atendidos los requisitos establecidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Con todo, no se desprende de lo resuelto en ese momento que al dictarse la sentencia, deba la Corte decidir de fondo si advierte, en un análisis más detallado, la presencia de razones que podrían conducir a un pronunciamiento diferente, más aún, cuando los intervinientes han formulado observaciones respecto de la aptitud de algunos cargos.

Sea lo primero precisar que el actor cuestiona no solo el mandato que impide a la nación recibir contraprestación alguna cuando tiene lugar la cesión de un permiso de uso del espectro radioeléctrico, sino que, pone en tela de juicio el hecho de que tales acuerdos se rijan por las reglas del derecho privado, cuando dada la naturaleza del bien involucrado, los negocios relacionados con tales bienes se sujetan a las reglas del derecho público. De tal circunstancia, el actor deriva una serie de consecuencias y efectos cuya ocurrencia él supone. Entre tales secuelas, estima que se descuidaría el deber de evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro y la violación del deber de generar igualdad de oportunidades en el acceso al mencionado recurso.

Si bien es cierto, una de las censuras propuestas por el accionante es la apuntada por el Ministerio Público, también es cierto que no se trata de la única. Dado el alcance normativo

de la disposición atacada, el cual es puesto de presente por el demandante, resulta clara su acusación en cuanto a que debe considerarse si es respetuoso del artículo 75 de la Carta un enunciado legal que le cercena a la nación la posibilidad de recibir alguna contraprestación, cuando tiene lugar la cesión de un permiso de uso del bien público denominado espectro electromagnético y, si es admisible que, tal clase de negocios se regulen por reglas de derecho privado. Para la Sala, este asunto suscita una mínima duda respecto de la constitucionalidad del precepto demandado, razón por la cual efectuará el examen pertinente.

Acontece sí que en el ejercicio argumentativo desarrollado por el actor, se afirma que el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 establece “(...) una especie de donación, auxilio o subvención económica (...)” tanto para el titular del permiso como para aquel quien a se le cede ese derecho. Tal situación, implicaría, en opinión del accionante, una infracción del artículo 355 Superior. En su explicación de la vulneración cita in extenso la sentencia C-324 de 2009, para concluir que “la donación, auxilio o subvención que configura el artículo acusado no tiene determinada, de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances (...) así como los límites a la libertad económica”. Sin duda, se trata de otro cargo, este sí viciado por la falta de certeza, pues, no hay en el mandato legal cuestionado la consagración de una donación, subvención o auxilio en favor de persona alguna; es el entendimiento del demandante el que soporta esa aseveración. Y tal como se ha indicado al recrear la jurisprudencia sobre la calidad de las razones que se consignan en la demanda, no cabe la deducción del actor como sustituto del enunciado legal. En tales circunstancias, la Corporación se inhibirá de analizar este cargo por su carencia de aptitud para ser objeto de pronunciamiento de fondo.

Por lo que atañe a la censura por la presunta violación a los principios de identidad flexible, consecutividad y unidad temática, observa la Corporación que el actor dedica un acápite de su libelo a exponer las razones en las cuales funda sus reparos y, tales argumentos, suscitan la mínima duda exigible para que deba dirimirse la tutela.

3. Los problemas jurídicos

Decantadas las varias situaciones que requerían un examen preliminar, procede la Sala a determinar cuáles son los problemas jurídicos que demandan una decisión de fondo por

parte de la Corte Constitucional en esta oportunidad.

Como se puede colegir, son dos las censuras hechas al artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Una de ellas obedece a lo que el demandante estima como el quebrantamiento de los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia. La otra hace relación a la posible vulneración de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 75, 100 y 102 de la Carta.

Así pues, se cuestiona, de una parte, si el artículo 262 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, precepto introducido con posterioridad al debate acontecido en las comisiones conjuntas y, cuyo contenido prescribe que la cesión de permisos de uso del espacio radioeléctrico no debe comportar ninguna prestación a favor de la Nación y, además establece que el negocio entre cedente y cesionario se sujeta al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las TICs; desconoció los principios de identidad flexible y unidad de materia vulnerando los contenidos constitucionales establecidos en los artículos 157 y 158 de la Carta. Corresponde entonces a la Sala atender el siguiente interrogante:

¿Violó los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, Ley 1753 de 2015, al incluir en su artículo 262, la prescripción según la cual la cesión de los permisos de uso del espacio radioeléctrico se sujeta al derecho privado y, la aprobación del Ministerio de las TICs, no generando contraprestación alguna a favor de la Nación?

De otra parte, se censura el enunciado legal mencionado por vedar para la Nación la posibilidad de percibir contraprestaciones cuando se presente la cesión del permiso de uso del espacio radioeléctrico y ordenar que dicho negocio se rija por las reglas del derecho privado. Entonces, corresponde a la Sala atender la siguiente inquietud:

¿Vulnera los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, al establecer, de una parte, que la cesión de los permisos de uso del espacio radioeléctrico no genera ninguna contraprestación a favor de la Nación y, de otra, que tal negocio se sujeta al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las Comunicaciones?

Establecidos los problemas jurídicos procede la Corte a resolverlos, siendo pertinente, inicialmente, aludir al alcance normativo de la disposición acusada (i). Seguidamente, se procederá a recordar la jurisprudencia de esta Corporación sobre el principio de unidad de materia en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, recordando algunos aspectos generales de los principios de identidad flexible y consecutividad. (ii) Posteriormente, se recordará el régimen constitucional de los bienes públicos, haciendo énfasis en el espacio radioeléctrico (iii). Con tales supuestos se desatará el cargo concreto.

4.- El contenido del artículo 262 de la Ley 1753 de 2015

La comprensión del precepto en examen comporta una referencia a diversos mandatos contenidos en 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 de Espectro y se dictan otras disposiciones”. Entre tales contenidos legales destaca el artículo 11, cuyo inciso primero establece que el uso del espectro radioeléctrico requiere de un permiso previo conferido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Importa en este punto destacar que la concesión de tales permisos implica el respeto a la neutralidad tecnológica, siempre y cuando ello resulte compatible con las tendencias internacionales del mercado, no afecte la seguridad nacional y contribuya al desarrollo sostenible.

Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de referirse a algunos aspectos del otorgamiento de tales permisos. Así lo hizo en la Sentencia C-403 de 2010 M.P. Calle Correa, cuando al estudiar la constitucionalidad de una parte del inciso segundo del mismo artículo 11, cuyo tenor literal era “(...) El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa. (...)” la Sala resolvió declarar inexecutable las expresiones subrayadas y condicionó la exequibilidad de la expresión “cuando prime la continuidad del servicio”. El Pleno estimó que la norma presentaba vaguedad en la redacción dando lugar a diversas interpretaciones que irían en contra de contenidos constitucionales, por ello se privilegió la

selección objetiva en aras de garantizar el acceso al uso del espectro con igualdad de oportunidades y la libre concurrencia. El condicionamiento de la expresión “cuando prime la continuidad del servicio” consistió en que “la posibilidad de asignación directa de la banda sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración convo(cara) un proceso de selección objetiva”. Se advierte entonces que para una mayor protección de importantes bienes constitucionales en juego, esta Corte se inclinó por la inexequibilidad y el condicionamiento, anteponiendo tales valores a prescripciones que se orientaban a flexibilizar la concesión de los permisos de uso del espectro.

Pertinente en esta contextualización de la disposición legal atacada es el parágrafo 2º del mencionado artículo 11 de la Ley 1341 de 2009. Este contenido legal autoriza la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, advirtiendo que tal negocio jurídico, de una parte, debe hacerse en los términos en que ese órgano de la Administración determine y, de otro, sin que ese acto implique la desmejora de los “requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”. Se observa entonces que la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico cuenta con una regulación precedente que signa en mucho la actuación del Ministerio de las TICS, pues, le señala una serie de aspectos que operan como límites que no pueden ser desatendidos so pretexto de la cesión del permiso. Destaca la Sala el afán del legislador de radicar en cabeza de la Administración el papel de guardiana del espectro, en defensa de bienes de orden público como lo es el beneficio común.

El artículo 12 de la misma Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 42 de la Ley 1753 de 2015, establece los plazos de duración de los permisos de uso y contempla la posibilidad de renovación. Igualmente, indica cuáles son los criterios a atender en el caso de la renovación, incluyendo entre ellos “las razones de interés público”, además de advertir que la decisión de renovación debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado. Se aprecia nuevamente la relevancia de lo público en la regulación del acto de renovación del permiso.

Por su parte el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009 advierte que la utilización del espectro da lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo de las Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones, monto que se fija a través de un acto administrativo emanado del Ministro de las TICS, para lo cual se señalan una serie de criterios. El inciso segundo del precepto dispone que la referida contraprestación económica por el proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones en razón del otorgamiento o renovación del permiso para el uso del espectro. Se observa que la contraprestación a la que se refiere el mandato es de orden económico. El artículo 14 del mismo cuerpo legislativo enlista las inhabilidades que impiden obtener los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.

Finalmente, entre las disposiciones varias se encuentra el artículo 72 que establece las “reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados”. Este precepto ordena el aseguramiento de la transparencia en los procesos de asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, además señala que en tales procesos debe determinarse si existe un número plural de interesados, advirtiendo que en tal caso se aplicarán los procesos de selección objetiva, incluida la subasta. El inciso último de este mandato fue examinado en la precitada Sentencia C-403 de 2010, admitiéndose como única posibilidad de asignación directa del permiso de uso del espectro, la hipótesis en la cual “prime la continuidad del servicio”, pero en el entendido:

“(…) de que la posibilidad de asignación directa de la banda cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración, con pleno cumplimiento de los principios que orientan la función pública y sin dilaciones irrazonables, adelante los procesos necesarios para realizar la asignación de la banda mediante el mecanismo de selección objetiva, garantizando no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades”.

5.- El principio de unidad de materia en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y los principios de consecutividad e identidad flexible

En este apartado se considerarán los principios de unidad de materia e identidad flexible y consecutividad, advirtiendo que en relación con el primero, la jurisprudencia ha señalado una serie de especificidades cuando se trata de su examen en materia del Plan Nacional de Desarrollo.

5.1.- La unidad de materia en la Ley del Plan

El artículo 339 de la Constitución prescribe que habrá un Plan Nacional de Desarrollo, el cual, estará conformado por dos partes. La primera, se denominó por el constituyente parte general y contiene los propósitos objetivos nacionales de largo plazo (i), las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo (ii) y, las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental (iii). A su vez, el Plan Nacional de Inversiones Públicas está constituido por los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de la inversión pública nacional (i) y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución de manera que se garantice la sostenibilidad fiscal. El ordinal 3º del artículo 150 de la Carta permite, igualmente, la incorporación de “las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos”.

En el plano legal, los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 152 de 1994, Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo, contemplan, de un modo más detallado, tales exigencias. Señalan los preceptos referidos lo siguiente:

“Contenido de la parte general del plan. La parte general del plan contendrá lo siguiente:

- a) Los objetivos nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo según resulte del diagnóstico general de la economía y de sus principales sectores y grupos sociales;
- b) Las metas nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo y los procedimientos y mecanismos generales para lograrlos;
- c) Las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental que guiarán la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido;
- d) El señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación nacional con la planeación sectorial, regional, departamental, municipal, distrital y de las entidades territoriales indígenas; y de aquellas otras entidades territoriales que se constituyan en aplicación de las normas constitucionales vigentes.

ARTÍCULO 6o. CONTENIDO DEL PLAN DE INVERSIONES. El plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional incluirá principalmente:

- a) La proyección de los recursos financieros disponibles para su ejecución y su armonización

con los planes de gasto público;

b) La descripción de los principales programas y subprogramas, con indicación de sus objetivos y metas nacionales, regionales y sectoriales y los proyectos prioritarios de inversión;

c) Los presupuestos plurianuales mediante los cuales se proyectarán en los costos de los programas más importantes de inversión pública contemplados en la parte general;

d) La especificación de los mecanismos idóneos para su ejecución.

PARÁGRAFO. El Plan de Inversiones del Proyecto de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo deberá guardar consistencia con la regla fiscal contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

ARTÍCULO 7o. PRESUPUESTOS PLURIANUALES. Se entiende por presupuestos plurianuales la proyección de los costos y fuentes de financiación de los principales programas y proyectos de inversión pública, cuando éstos requieran para su ejecución más de una vigencia fiscal.

Cuando en un sector o sectores de inversión pública se hubiere iniciado la ejecución de proyectos de largo plazo, antes de iniciarse otros, se procurará que los primeros tengan garantizada la financiación hasta su culminación.”

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, se ha referido a los contenidos que integran el Plan Nacional de Desarrollo. Relevante en ese aspecto, resulta la Sentencia C- 394 de 2012 en la que los componentes del Plan se agruparon en normas que contienen los objetivos, metas, estrategias y políticas, las disposiciones de carácter presupuestal y los mecanismos de ejecución del plan, sentándose lo siguiente:

“la unidad de materia no se exige respecto de los diferentes objetivos, metas, estrategias y políticas enunciados en la parte general, sino solamente de las disposiciones de carácter presupuestal y de las disposiciones que señalan mecanismos para la ejecución de plan, las cuales siempre han de encontrar un referente en la parte general del mismo”.

Dadas las características de los contenidos del Plan, la Corte ha determinado que la valoración del principio de unidad de materia presenta singularidades por dos razones. De una parte, porque, se está frente a una ley multitemática y heterogénea; y, de otra, porque al tratarse de una ley especial dirigida a trazar los lineamientos de la realidad económica y social del país, no da lugar a destacar algún tema dominante, salvo, lo que genéricamente es la planeación. En tales condiciones se ha fijado por la Corte que frente a las normas de carácter instrumental se lleve a cabo un control más riguroso, pues de asumirse sin más la heterogeneidad de temas, se correría el riesgo de permitir la incorporación de preceptos ajenos a la finalidad establecida por el constituyente. Además, el que la Ley del Plan sea de iniciativa exclusiva del Gobierno, por disposición del artículo 341 de la Carta, de que los términos para su debate resulten más restringidos que los de otro tipo de ley, según lo dispone el mismo artículo 341, y el que las posibilidades de modificación al Plan por parte de los miembros del legislativo estén limitadas; refuerza la idea de un control con sus propias peculiaridades que no torne en inocuo el valor del principio de unidad de materia en el juicio de constitucionalidad a la Ley del Plan. Es en virtud de esas particularidades del Plan que la jurisprudencia ha reiterado:

“(…) El principio de unidad de materia debe aplicarse atendiendo dicha especificidad del Plan Nacional de Desarrollo, de manera que debe existir una relación de conexidad o vínculo temático entre la parte general y la parte específica del plan, que incluye no solo normas de carácter presupuestal, sino normas jurídicas de carácter instrumental para hacer posible la consecución de los objetivos y metas generales del Plan Nacional de Desarrollo. (iii) La Ley del Plan Nacional de Desarrollo tiene por naturaleza propia un carácter multitemático, característica que conlleva que para estas leyes el principio de unidad de materia se debe aplicar a la luz de los principios de flexibilidad y de coherencia. (iv) Lo anterior implica que si bien existe un amplio margen de conexidad temática entre los objetivos y metas generales del Plan y las disposiciones instrumentales del mismo, éstas últimas deben guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas del Plan, esto es, una relación efectiva con las estrategias y objetivos establecidos en éste, pues de no ser así, estarían desconociendo el principio de unidad de materia y el contenido constitucional propio de esa ley”[10] (Negritillas fuera de texto).

Para el caso de la verificación del cumplimiento del principio de unidad de materia, en tratándose de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, la Corte ha establecido las siguientes

reglas:

- a. La Ley del Plan no es un instrumento para llenar los vacíos e inconsistencias de leyes precedentes. Tampoco permite relevar de la potestad legislativa al Congreso más allá de los objetivos, metas y estrategias de la específica política de planeación del respectivo Gobierno. Esto es, recae sobre el legislativo el deber de respetar el contenido constitucional del Plan, en cuanto que el Plan contiene “normas de orientación” o “normas de contenido instrumental”. Una norma que no se ajusta a ninguna de estas dos categorías ha de ser excluida[11].
- b. El examen de las normas instrumentales debe evidenciar una relación de conexidad directa con los objetivos, metas y estrategias de la política del Plan. De no verificarse tal circunstancia quedará puesto de presente el quebrantamiento del principio y tendrá lugar la inexequibilidad[12] se ha sentado que una norma instrumental que autónomamente no establezca condiciones suficientes para la materialización del objetivo al que sirve o, no es inequívocamente efectiva para la realización del programa o proyecto contenido en la parte general del Plan quebranta la unidad de materia.
- c. Igualmente, se ha fijado que debe existir una conexidad teleológica entre el telos del Plan y la preceptiva instrumental del mismo.
- d. También se ha valorado que si un mandato instrumental ha permanecido durante todo el debate legislativo del Plan, se puede presumir que está al servicio de los programas y proyectos de la parte general.

Así pues, el juicio para establecer si se cumplió con el principio de unidad de materia, implica determinar la ubicación y alcance del precepto acusado, con lo cual quedará claro su rol de norma general o instrumental. Seguidamente, se determina si existen objetivos, metas, estrategias o planes a los que sirva el mandato. Se puede acudir al procedimiento legislativo como criterio que permita advertir el reconocimiento del mandato instrumental como medida para materializar el Plan.

5.2. Los principios de identidad flexible y consecutividad

El artículo 160 de la Constitución Política prescribe que las cámaras del legislativo podrán

introducir durante el segundo debate modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley. Reza el mandato constitucional:

“ARTICULO 160. Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días.

Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo.

Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente”.

Ciertamente tal facultad debe ajustarse al principio de identidad flexible, el cual “exige que el núcleo temático del proyecto se mantenga en lo fundamental durante el trámite de aprobación de las modificaciones incluidas al proyecto”[13]. Tal principio permite que las plenarias del Congreso de la República puedan modificar, suprimir o adicionar la preceptiva contenida en el proyecto cuando lo “juzguen necesario”, pero dicha facultad no es omnímoda, los ajustes que los órganos legislativos hagan al proyecto deben guardar una obligada relación con los temas precedentemente discutidos y aprobados en el primer debate de las Comisiones. Tal es el peso de este principio que los temas nuevos incluidos en el proyecto y no considerados en el trámite anterior del mismo, deberán ser devueltos para que se surta la deliberación y se vote la eventual aprobación. Al respecto, se ha precisado por el Pleno:

“De conformidad con este principio, las variaciones surgidas durante el trámite legislativo no deben devolverse al primer debate para que surtan todo el proceso, si se encuadran dentro de las temáticas del proyecto. Solamente aquellos asuntos completamente nuevos, no tratados en lo absoluto durante las etapas previas, deben devolverse para que sean aprobados o discutidos por la comisión y/o plenaria que estudió el proyecto con anterioridad”[14].

En el examen de constitucionalidad sobre el cumplimiento del principio de identidad flexible y, a propósito de la Ley del Plan, la Sala ha establecido que resulta admisible la incorporación de nuevas disposiciones, siempre y cuando se respeten dos condiciones “(...) i) que los temas incluidos en los artículos nuevos hayan sido objeto de discusión en cada uno de los debates, y ii) que dichos temas se encuentren relacionados con el tema general del Plan Nacional de Desarrollo (...)”[15]. Con miras a precisar el modo en que ha de adelantarse el juicio de constitucionalidad, para determinar si un contenido o contenidos constituyen temas nuevos, también la jurisprudencia ha fijado criterios del siguiente tenor:

“(...) no constituyen temas nuevos: i) un artículo cuyo tema haya sido previamente tratado en las Comisiones, ii) una disposición que desarrolla aspectos de un tema central del proyecto de ley previamente debatido, iii) un artículo que reafirma una decisión adoptada por las comisiones (...)” (Sentencia C- 105 de 2016 M.P. Ortiz Delgado).

Al referirse al mismo asunto, pero, a propósito de los actos legislativos, el Pleno observaba:

“(...) no es un cambio esencial al proyecto de acto legislativo (i) aquel contenido que se introduce con el fin de precisar o delimitar el alcance de las decisiones adoptadas en el primer periodo; (ii) aquel o aquéllos que reafirman las consecuencias de una decisión ya adoptada en “primera vuelta”; (iii) aquel que fija pautas concretas, cuya conveniencia no corresponde determinar a la Corte, pues, se deriva de una discusión que siempre estuvo presente desde el mismo inicio del proyecto; y (iv) aquel que guarda una relación de conexidad evidente y tenga una función instrumental necesaria, aunque sean separables los contenidos normativos respectivos(...)”[16].

Por lo que respecta al principio de consecutividad, resulta oportuno recordar el contenido del artículo 157 Superior, cuyo tenor literal dispone:

ARTICULO 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Se trata de un mandato en el cual el constituyente plasmó su voluntad de, entre otras cosas, ordenar la discusión en el seno del legislativo. La construcción de la voluntad pública con vocación de convertirse en prescripción general debe comportar un proceso que permita la deliberación, en el curso de la cual las razones en favor o en contra del respectivo proyecto han de valorarse, todo lo cual, deberá conducir a un producto legislativo mejor elaborado dada la posibilidad de contar con los lugares y espacios para un ejercicio democrático y signado en principio por la racionalidad. Es la preservación de esos valores la que impele al respeto por tales procedimientos y justifica su guarda por parte de la Corte Constitucional.

En el ámbito de la Ley se ha preservado el contenido constitucional, tal como se evidencia en el artículo 147 de la Ley 5 de 1992 que contempla lo siguiente:

ARTICULO 147. Requisitos constitucionales. Ningún proyecto será ley sin el lleno de los requisitos o condiciones siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, o en sesión conjunta de las respectivas comisiones de ambas Cámaras, según lo dispuesto en el presente Reglamento.

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno La Constitución Política y este Reglamento”

Por lo que concierne al alcance específico del principio de consecutividad la jurisprudencia

de esta Corporación reiterando consolidada jurisprudencia ha precisado:

“(…) en virtud del principio de consecutividad, tanto las comisiones como las plenarias están en la obligación de estudiar y debatir todos los temas que hayan sido puestos a su consideración y no pueden renunciar a este deber constitucional ni diferir su competencia a otra célula legislativa con el fin de que en un posterior debate sea considerado un asunto[88]. Al respecto, ha considerado la Corte, que “...En efecto, la totalidad del articulado propuesto en la ponencia presentada debe ser discutido, debatido y aprobado o improbadado por la comisión constitucional permanente o por la plenaria, según sea el caso. En cuanto a las proposiciones modificatorias o aditivas que se planteen en el curso del debate, así como las supresiones, deben igualmente ser objeto de discusión, debate y votación, salvo que el autor de la propuesta decida retirarla antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5ª de 1992. Es preciso que se adopte una decisión y no se eluda la misma respecto de un tema, so pena de que se propicie un vacío en el trámite legislativo que vulnere el principio de consecutividad (...)” (Sentencia C-208 de 2005) (negritas del original)

Ahora bien, el acatamiento de la preceptiva en la que se funda el principio de consecutividad no implica la imposibilidad absoluta de introducir ajustes al proyecto en construcción. El inciso segundo del artículo 160 de la Carta autoriza la posibilidad de adicionar, suprimir o modificar los enunciados legales que las mayorías decidan. Respecto de esta opción ha observado la Sala:

“(…) La exigencia que el ordenamiento impone es que la materia o el asunto al que se refiera la modificación o adición haya sido debatido y aprobado durante el primer debate. En ese orden de ideas, es claro que la facultad de introducir modificaciones y adiciones no es ilimitada, pues debe observar el principio de identidad, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados a lo debatido y aprobado en comisiones (...)”[17]

“i) Las Comisiones y las Plenarias deben estudiar y debatir todos los temas que ante ellas hayan sido propuestos durante el trámite legislativo, pues el acatamiento de dicha obligación garantiza el cumplimiento de la regla de los cuatro debates consagrada en el artículo 157 C.P.;

ii) Ninguna célula legislativa puede omitir el ejercicio de sus competencias y delegar el

estudio y aprobación de un texto propuesto en su seno a otra instancia del Congreso para que allí se surta el debate sobre ese determinado asunto; y,

iii) La totalidad del articulado propuesto para primer o segundo debate, al igual que las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, deben discutirse, debatirse, aprobarse o improbarse al interior de la instancia legislativa en la que son sometidas a consideración.” (Sentencia C-726 de 2015)

Así pues, serán estos los parámetros que tenga en cuenta la Sala en el presente asunto al desatar el cargo propuesto por vulneración a los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad.

6. El carácter de bien público del espectro electromagnético y sus implicaciones. La naturaleza jurídica del permiso de uso del espectro

Seguidamente se considerará la condición de bien público del espectro electromagnético y en particular del espectro radioeléctrico, destacando las consecuencias de tal circunstancia. Posteriormente, se revisará, de modo sucinto, la naturaleza jurídica del permiso de uso del espectro radioeléctrico.

6.1 El espectro electromagnético y el espectro radioeléctrico como bienes públicos.

Por virtud de lo dispuesto en el inciso último del artículo 101 de la Constitución Política, el espectro electromagnético es uno de los componentes del territorio colombiano y, de conformidad con lo contemplado en el artículo 102, pertenece a la Nación. El artículo 75 de la preceptiva constitucional consagra respecto del espectro electromagnético su carácter de bien público inenajenable e imprescriptible, prescribe que está sujeto a la gestión y control del Estado y manda que se garantice la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso acorde con lo que disponga la ley. El mismo mandato Superior ordena la intervención del Estado por vía legislativa para garantizar el pluralismo informativo y la competencia y, evitar las prácticas monopolísticas. Este, es el marco constitucional que contiene la regulación específica sobre el referido bien.

En términos físicos el espectro electromagnético es “el conjunto de ondas electromagnéticas que existen en el universo ordenadas en función de sus frecuencias o longitudes de onda, o

de la energía que transportan” del cual hace parte el espectro radioeléctrico. Este a su vez está definido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones como “Las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión y servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos.”[18] de este se ha dicho que no es un concepto estático, pues la evolución tecnológica permite aumentar o disminuir los rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones. Por su parte, el Espectro Radioeléctrico se entiende como el “(...) medio por el cual se transmiten las frecuencias de ondas de radio electromagnéticas que permiten las telecomunicaciones (radio, televisión, Internet, telefonía móvil, televisión digital terrestre, etc.), y son administradas y reguladas por los gobiernos de cada país”.

Como se puede observar, este componente del territorio está afectado por el dominio público, lo cual, implica que hace parte del “(...) conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen al Estado (...) ” el cual más específicamente es “(...) el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes en cuanto sometidos a un régimen jurídico exorbitante del civil” [19]. En el caso colombiano y, en lo que atañe al espectro radioeléctrico debe destacarse que la afectación del bien, es de carácter constitucional, por ello, es deber de la Corte por vía del control de constitucionalidad, preservar la integridad de lo que en la Carta se dispone para tal bien.

La doctrina ha indicado que el criterio del dominio público desempeña entre otras funciones, la de proporcionar cuál es el régimen jurídico aplicable al bien del cual se trate.[20] En tratándose del espectro electromagnético y su componente el espectro radioeléctrico, la normativa constitucional es suficientemente orientadora, se trata, sin duda, de bienes sujetos por principio al régimen de derecho público.

Un elemento importante que contribuye a fundar la estimación inmediatamente hecha sobre el régimen jurídico al cual están sometidos los bienes aludidos, se advierte en el precitado artículo 75 cuando se dispone que el espectro electromagnético es inenajenable e imprescriptible, mandato que debe complementarse con lo establecido por el artículo 63 Superior cuando estipula que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Observa la Corporación que los imperativos constitucionales prescriben la inenajenabilidad del espectro, entendida esta como que en tanto la Constitución lo disponga tal tipo de bien esta fuera del comercio jurídico privado. La jurisprudencia ha

radicado en la utilidad pública y la destinación de los bienes de uso público tal in comerciabilidad. Así, por ejemplo, en la sentencia C-082 de 2014 M.P. Guerrero Pérez, siguiendo una decisión de tutela se dijo:

“(…) en la Sentencia T-314 de 2012, al resolver una acción de tutela relacionada con el derecho a la vivienda digna y la ocupación de bienes pertenecientes al Estado, la Corte tuvo oportunidad de referirse de manera general a la prohibición constitucional que pesa sobre los bienes públicos, en el sentido de ser éstos “inalienables, inembargables e imprescriptibles”. En dicho fallo, esta Corporación precisó que, dado que tales bienes se destinan a cumplir fines de utilidad pública, la referida prohibición se dirige de manera especial a evitar su apropiación por parte de particulares, es decir, a impedir que los bienes de propiedad del Estado, entre los que se cuentan los bienes culturales, puedan pasar a manos privadas y perder su finalidad y destinación pública (…)”.

En la sentencia C-530 de 1996 ya se había sentado precedentemente:

“(…) es claro que por estar bajo la tutela jurídica del Estado, los bienes de uso público y los bienes fiscales son objeto de protección legal frente a eventos en los cuales los particulares pretendan apropiarse de ellos. Es por ello que para evitar estas situaciones, la misma Carta Política señala en su artículo 63, que todos los bienes de uso público del Estado ‘son inalienables, inembargables e imprescriptibles’, en razón a que están destinados a cumplir fines de utilidad pública en distintos niveles: los bienes de uso público tienen como finalidad estar a disposición de los habitantes del país de modo general y los bienes fiscales constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales(…)”.

Es en virtud de esas finalidades que deben cumplir los bienes de uso público que se requiere de la intervención estatal, para que la destinación de los mismos, cumpla los fines de utilidad pública que supone la afectación de tales bienes. La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado esa vinculación entre la afectación de un bien de uso público y sus finalidades constitucionales. En el caso del espectro electromagnético, se ha advertido que la intervención estatal se constituye en la garantía del cumplimiento de tales finalidades a través del uso del bien público. En ese sentido, la sentencia C - 298 de 1999 expuso:

“No cabe duda que según lo señalado expresamente por el artículo 76 del ordenamiento

superior, la intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, está a cargo de ese organismo de derecho público, denominado la Comisión Nacional de Televisión.

Intervención que tiene por objeto asegurar, de un lado, el carácter de bien público, inenajenable e imprescriptible que tiene el espectro electromagnético, y de otro, las finalidades inherentes a este servicio público, su prestación eficiente, establecer requisitos y restricciones que garanticen un manejo más adecuado de dicho servicio, evitar las prácticas monopolísticas y procurar el desarrollo y ejecución de los planes y programas del Estado en el servicio de televisión, sin menoscabo de las libertades reconocidas por la Constitución.

Debe destacarse que desde una perspectiva dinámica, la función interventora a que alude el artículo 76 superior, implica de suyo una función de control, vigilancia e inspección de las actividades que realicen los operadores del servicio público de televisión o frente a las actividades relativas a la utilización del espectro electromagnético para los servicios de televisión. No se entiende cómo se puede intervenir sin actuar de manera directa en la vigilancia y control de los concesionarios y operarios de ese servicio público. Intervenir significa inspeccionar, fiscalizar, revisar, vigilar, examinar, todo esto, en orden a alcanzar las finalidades enunciadas en el párrafo anterior. (negrillas fuera de texto).

Excluir la intervención estatal de la regulación de los asuntos vinculados directamente al bien público, compromete, sin duda, no solo las garantías de in comerciabilidad que rodean ese bien, sino también las finalidades para las cuales está concebido, con lo cual, se afecta el interés público al cual sirve el servicio público que se presta a través del espectro electromagnético.

Tal es el rigor que dichas finalidades representan en la gestión del espectro electromagnético que la Corte ha advertido que dicho telos supone también un compromiso para los actores privados que pretenden beneficiarse del uso de ese bien público. En ese sentido la sentencia C- 445 de 1997, señaló:

“La Constitución Política, en el inciso 2o. del artículo 75, señala como objetivos de la intervención estatal en el espectro electromagnético los de garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, evitar prácticas monopolísticas en su utilización y

proteger el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a su uso, en los términos que indique la ley. Así pues, es claro que los mencionados objetivos y finalidades se predicen de todos, es decir tanto del Estado como de los particulares ; por lo tanto, como garantía del ejercicio de los derechos que se concretan en el uso de ese espectro, particularmente, el de fundar medios masivos de comunicación (C.P., art. 20), la Carta consagró para el caso de la televisión la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso, el pluralismo y la libre competencia (art. 75)” (Negrillas fuera de texto).

De lo dicho se colige que el manejo, gestión y regulación del espectro radioeléctrico, no puede estar sin más, en las manos de los particulares. Para la Sala, los actos que involucran el espectro radioeléctrico no pueden evadirse de modo absoluto de las reglas del derecho público dado los riesgos que ello comporta. Así se entiende que la Corporación, mediante la sentencia C- 151 de 2004, haya sentado:

“(…) el espectro electromagnético, como bien público inenajenable e imprescriptible, no se integra a la gestión patrimonial ni a la autonomía negocial de los particulares. Tampoco los particulares pueden adquirir su dominio mediante prescripción, pues así lo determinó el constituyente” (Negrillas fuera de texto).

También resulta claro que la intervención estatal en la regulación del espectro electromagnético debe ser razonable, pues, es factible que aspectos no reglamentados por el derecho público encuentren solución en las disposiciones del derecho privado, pero, siempre advirtiéndole que el principio de reglamentación del bien público en referencia, es el derecho público. Por ello, no es de recibo la declinación de las reglas de derecho público en los asuntos atinentes al uso del espectro radioeléctrico. En suma, no se trata de la proscripción del derecho privado como regulador de algunos aspectos del espectro radioeléctrico, sino de advertir que no se acompasa con los mandatos superiores la exclusión absoluta del derecho público cuando se reglamenta un acto jurídico que implica el uso de un bien público.

La importancia de la órbita de regulación del espectro, ha sido puesta de presente por la Corporación cuando ha encontrado que incluso contenidos constitucionales como la libertad económica no son razones suficientes para dejar de establecer las condiciones o limitaciones que el uso del bien requiera. Clara en este sentido es la consideración vertida

en la sentencia C- 815 de 2001:

(...)

la potestad de configuración del legislador se encuentra determinada por la naturaleza propia del espectro electromagnético, por la condición de servicio público que la ley atribuye a las telecomunicaciones y por el ámbito de regulación propio de la contratación estatal.”

Entre los varios aspectos que supone el uso del bien público, está el de la titularidad de tal derecho. Esto es, quien por merced del Estado puede hacer uso del espectro radioeléctrico. Dicha titularidad es un asunto importante. Para el Estado son diversos los aspectos a evaluar en quien adquiere esa prerrogativa de uso. Así por ejemplo, se evalúan entre otras cosas, su solvencia, su capacidad de cumplimiento, su capacidad contractual, su idoneidad moral. Ello significa que el cambio de titular es un asunto que no se le puede deferir sin ninguna clase de límites al derecho privado.

Por otra parte es entendible que dado el carácter de bien público escaso del espectro electromagnético y su componente el radioeléctrico, su uso suponga una erogación para quien accede a él y se beneficia o lucra con el mismo. Tal erogación, es generalmente el precio que el Estado le fija al interesado cuando este pretende el logro de una concesión o permiso para obtener el uso del bien. Es esa la razón por la cual la Corte cuando ha sido del caso ha defendido la esfera patrimonial del Estado frente a circunstancias que en el marco del uso del espectro radioeléctrico han implicado un detrimento para el peculio público. En ese sentido la sentencia C- 555 de 2014 juzgando un enunciado legislativo que daba lugar a que operadores privados del espectro radioeléctrico, retuvieran unos bienes que inicialmente por virtud de la cláusula de reversión, debían entregar al final de la concesión al Estado; optó por evitar ese detrimento y ordenó el cumplimiento de la reversión inicialmente pactada. En esa oportunidad, la Sala privilegió el interés general y lo concretó en el patrimonio público. En tal providencia, se preguntaba ¿Qué aceptación constitucional puede tener un conjunto de mandatos del legislador en el ámbito de la contratación administrativa, si los preceptos que configuran ese cuerpo legislativo, comportan un detrimento del interés general? Al momento de la decisión la Corporación excluyó las lecturas del ordenamiento que afectaban el patrimonio público. Las consideraciones

precedentes evidencian la relevancia que para personas de derecho público como la nación tiene el contenido patrimonial de las contraprestaciones originadas en los negocios en los cuales está involucrado el espectro radioeléctrico.

Dado el peso que el componente patrimonial tiene en este asunto, entiende la Sala que el legislador no puede eliminarlo, salvo que militen a favor de tal supresión razones de orden constitucional. Así por ejemplo, el cumplimiento de una finalidad social y la aplicación del principio de solidaridad operarían como buenas razones que justificarían la exclusión de cualquier contraprestación por el uso del bien público. La mera liberalidad del legislador no alcanza a cumplir tales condiciones y, deja sin soporte constitucional, una eventual medida en la que un acto en el cual esté involucrado el espectro radioeléctrico este privado de cualquier tipo de contraprestación.

No sobra agregar en este considerando que las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico, no son exclusivamente monetarias. También están concebidas para estos casos un tipo de contraprestaciones, denominadas contraprestaciones de hacer, es por ello que se ha expedido el Decreto 054 de 2016, el cual establece como obligación del MINTIC la elaboración de Planes que permitan la ejecución de las obligaciones de hacer, reza el mandato:

“Artículo 2.2.15.3. Oferta oficiosa de obligaciones de hacer. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá disponer de planes, programas y proyectos para que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones adelanten la ejecución de obligaciones de hacer, como forma de pago de la contraprestación económica por el otorgamiento o renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico. Para el efecto, este Ministerio reglamentará lo correspondiente.”

Esta precisión resulta importante, pues la discusión en las intervenciones se ha contraído a hablar de contraprestaciones económicas, cuando la normativa involucra un abanico mayor de posibilidades. Eliminar la contraprestación implica entonces suprimir la posibilidad para la Nación de recibir tanto sumas de dinero, como realización de actividades u obras con motivo de actos que implican el uso del espectro radioeléctrico; lo cual, salvo buenas razones de orden constitucional, quebranta la Carta misma.

Así pues, se concluye en este apartado que en la regulación de asuntos de los bienes de uso

público, no es constitucionalmente admisible la entrega plena de aquella al derecho privado, sin que ello tampoco signifique la exclusión absoluta del derecho privado de tal ámbito. Igualmente, se colige en este apartado

6.2 La naturaleza jurídica del permiso de uso del espectro radioeléctrico

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.1.1.4 del Decreto 1078 de 2015 Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se tiene que:

“2. PERMISO: Acto administrativo que faculta a una persona natural o jurídica, pública o privada, para usar, explotar y/o gestionar total o parcialmente una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico, por un término definido” (Negrillas fuera de texto).

Se trata entonces de un acto unilateral de la administración, mediante el cual se concede a una persona pública o privada la prerrogativa de usar una parte del espectro radioeléctrico. Observa la Sala que no se trata de un acuerdo entre las partes y por ello, no se puede hablar de un contrato. Esta distinción fue claramente formulada por el Consejo de Estado mediante una sentencia expedida por la Sección Primera, el 9 de julio de 2009 (M.P. Rojas Lasso). En esa medida, está suficientemente claro que los actos que recaigan sobre el permiso, no son actos en los cuales se dispone de un acuerdo de voluntades, sino, se trata de negocios sobre una potestad conferida por la administración.

Es igualmente importante en el marco de esta providencia, advertir que el permiso de uso del espectro radioeléctrico comporta una contraprestación, así se desprende de lo dispuesto en el artículo 2.2.7.1.2, cuyo tenor literal reza:

“ARTÍCULO 2.2.7.1.2. Conceptos que dan lugar a contraprestaciones. Salvo las excepciones que contiene este decreto o normas de igual o superior jerarquía, toda concesión, autorización, permiso o registro que se confiera o se realice en materia de radiodifusión sonora dará lugar al pago de las contraprestaciones señaladas en este título o en las normas que lo subroguen, modifiquen, aclaren o desarrollen, conforme a los términos y trámites fijados para el efecto en el presente título.”

Ciertamente, el precepto transcrito advierte que pueden haber excepciones a la obligación

de cumplir con contraprestaciones por el uso del espectro, pero ello ha de entenderse en el marco de la Constitución.

Sin duda, la contraprestación que significa el uso del espectro pertenece al ámbito del patrimonio público, es por ello que, el legislador por virtud del artículo 34 de la Ley 1341 de 2009, destinó los recursos obtenidos por esa vía y a través del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a “financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal, y del servicio universal cuando haya lugar a ello, de todos los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como apoyar las actividades del Ministerio y la Agencia Nacional Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones” (negrillas fuera de texto).

Vedar la posibilidad de recibir cualquier tipo de contraprestación, por un acto en el cual esté involucrado el permiso de uso del espectro radioeléctrico, va en contravía de los derechos de todos los habitantes del territorio nacional a contar con mejores planes, programas y proyectos que faciliten el acceso universal a las TICS. No desconoce la Sala que algunos actos puedan no suponer una contraprestación a favor de la Nación sin embargo, no cabe proscribir la posibilidad de establecer o recibir alguna contraprestación sin que para ello hayan buenas razones de orden constitucional.

7.- El caso concreto

Sentados los presupuestos de resolución del caso y, acorde con la metodología propuesta, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados en el apartado correspondiente. Dado que se trata de dos censuras se considerarán por separado.

7.1.- Primer cargo

La primera censura se encamina a esclarecer si la inclusión del artículo 262, el cual prescribe que la cesión de los permisos de uso del espacio radioeléctrico se sujeta al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las TICS, no generándose por ello contraprestación alguna a favor de la Nación, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Todos por un nuevo país”, Ley 1753 de 2015, quebranta los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad contenidos en los artículos 157 y 158

Superiores.

Por lo que respecta al análisis de respeto o desconocimiento del principio de unidad de materia, se establecerá cuál es la ubicación del mandato.

Posteriormente, se deberá verificar si el enunciado legal sometido a examen guarda una conexión directa con algunos de los objetivos, metas, estrategias o planes del Plan Nacional de Desarrollo.

Por lo que concierne al lugar o papel que desempeña el precepto en el texto legal, se tiene que se encuentra en el capítulo séptimo “Estrategia territorial: ejes articuladores del desarrollo y prioridades para la gestión territorial” Movilidad social” del título III que se denomina “Mecanismos para la ejecución del Plan”. Así pues, queda fuera de toda duda que se está frente a una disposición instrumental y procede sobre ella el control constitucional respecto del cumplimiento de la exigencia de unidad de materia.

Seguidamente, se determina si existen objetivos, metas, estrategias o planes a los que sirva el mandato, advirtiéndose desde ahora que acorde con lo normado en el artículo 2 de la Ley 1753 de 2015 “El documento denominado “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país”, elaborado por el Gobierno nacional con la participación del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo Nacional de Planeación, con las modificaciones realizadas en el trámite legislativo, es parte integral del Plan Nacional de Desarrollo y se incorpora a la presente ley como un anexo” (Negrillas fuera de texto). Atendiendo que el mandato inspeccionado se incorpora en el título “Estrategia territorial: ejes articuladores del desarrollo y prioridades para la gestión territorial”, resulta oportuno transcribir el artículo 4 de la Ley del Plan, el cual señala cuáles son las estrategias transversales y regionales para lograr la consolidación de los pilares del Plan, cuales son, paz, equidad y educación. Reza el precepto:

ARTÍCULO 4o. ESTRATEGIAS TRANSVERSALES Y REGIONALES. Para la consolidación de los tres Pilares descritos en el artículo anterior y la transformación hacia un nuevo país, en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se incorporarán estrategias transversales:

1. Competitividad e infraestructura estratégicas

2. Movilidad social

3. Transformación del campo

4. Seguridad, justicia y democracia para la construcción de paz

5. Buen gobierno

6. Crecimiento verde

De igual manera se incorporarán las siguientes estrategias regionales, para establecer las prioridades para la gestión territorial y promover su desarrollo:

— Caribe: Próspero, equitativo y sin pobreza extrema.

— Eje Cafetero y Antioquia: Capital humano innovador en territorios incluyentes.

— Centro Oriente y Distrito Capital de Bogotá: Conectividad para la integración y desarrollo productivo sostenible de la región.

— Pacífico: Desarrollo socioeconómico con equidad, integración y sostenibilidad ambiental.

— Llanos Orientales: Medio ambiente, agroindustria y desarrollo humano: para el crecimiento y bienestar.

— Centro Sur Amazonía: Tierra de oportunidades y paz: desarrollo del campo y conservación ambiental.

Las estrategias transversales que se puedan aplicar acorde con la normatividad vigente cobijarán a los colombianos residentes en el exterior.

De la norma transcrita y acorde con lo hasta ahora expuesto, se advierte que el precepto demandado correspondería a una de las estrategias regionales orientadas a la gestión del territorio y la promoción de su desarrollo. Ahora bien, atendiendo que el artículo cuestionado alude a la cesión del espectro radioeléctrico y, observadas las varias estrategias territoriales, no se advierte conexión directa con ninguna. A lo sumo y, con la

única que podría establecerse alguna conexión eventual, es con la estrategia pensada para Centro Oriente y Distrito Capital “Conectividad para la integración” pero para nada se advierte, que negar al Estado la posibilidad de obtener alguna contraprestación por la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico y someter tal negocio a las reglas del derecho privado; implique un incremento, ampliación, mejora o beneficio efectivo con miras al desarrollo de la conectividad en la región referida. La revisión de este aspecto es importante, puesto que como lo ha valorado esta Corte en la jurisprudencia citada en el apartado 5 de la parte considerativa de este proveído, la normativa de carácter instrumental debe guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas del plan, una relación efectiva con las estrategias y objetivos establecidos en ese cuerpo legislativo. No observa la Sala cómo la regla cuestionada conduciría a hacer efectiva la estrategia fijada por el artículo 4. No sobra destacar en este punto que ninguna de las intervenciones orientadas a la defensa del artículo atacado, se refiere a esta estrategia, ni al asunto de los ejes articuladores del desarrollo territorial o a las prioridades de la gestión territorial. Los únicos entes gubernamentales que acudieron para pugnar por la exequibilidad del artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y la Agencia Nacional del Espectro, llamaron sobre este aspecto y solo la primera intentó explicar el nexo entre el mandato demandado y las prescripciones incluidas en las Bases del plan Nacional de Desarrollo.

Para la Corte Constitucional resulta importante advertir que la norma acusada no hizo parte del proyecto presentado por el Gobierno, ni fue incluida en el debate sobre el Plan de Desarrollo adelantado por las Comisiones Conjuntas. Solo la plenaria de la Cámara de Representantes la incorporó como un artículo nuevo, pero, no se observa en el debate legislativo que incluyó una consideración que permita advertir la razón de tal inserción en el Plan y proporcione claridad sobre los objetivos, metas, estrategias o planes al servicio de los cuales estaría el que finalmente sería el artículo 262. En ese sentido, es esclarecedora la Gaceta del Congreso No. 498 de 2015, la cual recogió el Acta de Plenaria 59 de la Sesión Ordinaria de la Cámara representantes del día miércoles 29 de abril 2015, leyéndose en lo pertinente lo siguiente:

“Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

(...) resta solo el artículo de vigencias y los artículos nuevos, además de las solicitudes de reapertura, si están radicadas.

Vamos a votar los bloques de artículos nuevos, señora Coordinadora ponente, señor Ministro y señor Director de Planeación.

(...)

Bloque de artículos nuevos, quién presenta los bloques de los artículos avalados y el bloque de artículos no avalados.

Doctora Olga Lucía, vamos a leer el bloque de artículos no avalados.

El título está publicado.

Intervención de la honorable Representante Olga Lucía Velásquez Nieto:

Presidente, del total de proposiciones que se radicaron en esta última etapa de la discusión, fueron 360 proposiciones, de ellas 98 fueron para artículos nuevos y 262 de artículos que venían en la ponencia, de esas 98 proposiciones de artículos nuevos, 8 artículos tienen proposición avaladas, son 8 artículos nuevos, con ese ya la Secretaría se dispondrá a leer, doctora Lina, los artículos avalados, que son 8.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Vamos entonces a considerar los artículos avalados y luego se votarían los no avalados por el Sí o por el No, igual toca, si aprueban los avalados, por sustracción, consideramos los no avalados, en un solo bloque, en consideración, doctora Olga Lucía, vamos a anunciar cuáles son los artículos avalados, por la subcomisión y los sometemos a consideración en bloque, en bloques.

Intervención de la honorable Representante Olga Lucía Velásquez Nieto:

Los artículos que se discutieron en la subcomisión y tienen aval, es el artículo de giro directo del Régimen Contributivo de la doctora Margarita María Restrepo, el segundo artículo es el de Bicentenario de la Independencia Nacional, de la doctora Sandra Ortiz, Pedrito Pereira y Martha Curi, el tercero es la Política Pública de Inclusión Social y Productiva

de la Representante Martha Curi, John Jairo Roldán y otros, el cuarto artículo es la depuración contable del Representante Carlos Bonilla, el quinto la transferencia de Zonas Francas de frontera a entidades territoriales del Representante Édward Rodríguez, el sexto la sección (sic) de permiso de uso de espectro radioeléctrico del Representante León Darío Ramírez y Lucía Contento y otros, el séptimo fortalecimiento en seguridad de carreteras de Cristian Moreno y Sara Elena Piedrahíta y un artículo, el octavo, transparencia de la democracia de Wílmer Carrillo, Eduardo Tous, Béner Zambrano y otros, este último artículo, no tiene aval pero se va a incluir dentro de los artículos nuevos.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Van a darle lectura a las proposiciones que enlistaron, como avaladas.

Termina la Representante de presentarlo y hacemos la moción.

Intervención de la honorable Representante Olga Lucía Velásquez Nieto:

(...)

Esa es la proposición de transparencia de la democracia, esos son los 8 artículos nuevos, que sugerimos, se voten en bloque, Presidente.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Gracias Representante, en consideración los 8 artículos nuevos que fueron presentados por la coordinadora ponente, que están avalados por la subcomisión y que quieren sean considerados en bloques. Anuncio que se abre la discusión. Antes de usted doctora Martha el Representante Alirio Uribe me había pedido la palabra.

Intervención del honorable Representante Alirio Uribe Muñoz:

Gracias Presidente, mire, yo entiendo que llevamos tres días y se ha hecho un gran esfuerzo, por la Presidencia, por la Mesa Directiva, por los ponentes y por el Gobierno nacional y por todos los compañeros de las diferentes bancadas para que de manera muy democrática y participativa, votar todo el articulado del Plan, pero a mí me parece que aquí en el remate y entiendo el cansancio de todos y demás, pero me parece que lo estamos

haciendo más Presidente como vamos a votar en bloque artículos nuevos, que no tienen unidad de materia, unos que han sido avalados y otros que no tienen el aval del Gobierno, si son de diferente naturaleza los artículos, yo creo que deberíamos votarlos artículo por artículo y darle el debate que amerita. Desde mi punto de vista se está coartando la posibilidad de que si hay 8 artículos yo pueda decirle sí a uno, no al otro y obviamente, eso pueda hacer que esta última fase del Plan, devenga inconstitucional, yo dejo esa constancia como bancada del Polo y lo pongo a consideración de la Mesa Directiva y de todos los compañeros de la Cámara. Gracias.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Representante, pero sí, realmente si esa fuere la intención todos los bloques anteriormente votados, que usted reconoce se han adelantado con buen juicio y con tiempo de debate, tuvieran la misma situación o el mismo inconveniente, cuando algunos no tenían unidad de materia, es organización legislativa al respecto y seguimos en discusión del bloque de artículos, Representante Óscar Darío Pérez.

Intervención del honorable Representante Óscar Darío Pérez Pineda:

Presidente, estos artículos, como todas las proposiciones, fueron objeto de un profundo minucioso análisis por parte de la subcomisión que su señoría nominó desde el día de antes de ayer, no son artículos aprobados, ni a la carrera, ni apostando carrera, ni galopando, son artículos que la verdad introducen al Plan, teniendo en cuenta sanos criterios de consecutividad, de conveniencia, de juridicidad y donde cada Ministro, cada área que corresponda al artículo tuvo que explicarlo con profundidad, o sea que no es digamos lo que al final se va a cesar o acceder en el juicioso estudio que las Comisiones Primeras, Económicas, después las Plenarias o la Plenaria de Cámara han hecho el proyecto.

Yo teniendo discrepancia en muchos artículos, eso se ha reflejado en las votaciones, teniendo visiones distintas sí quiero dejar fe de eso señor Presidente, a mí me parece que bien cabe la aprobación en bloque porque no son artículos extraños, ni materias extrañas y fueron profundamente debatidos, no olvidemos nosotros tenemos hasta el 7 de mayo para aprobar el Plan o la Ley del Plan y el Senado de la República no ha comenzado su discusión, muchas gracias señor Presidente.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Gracias Representante, continuamos en discusión para cerrar la misma y someter a votación. Doctora Martha Villalba y termina Regina Zuluaga.

(...)

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Terminamos la discusión del bloque de artículos nuevos con aval de la subcomisión y del Gobierno; Representante Regina Zuluaga del Centro Democrático.

Intervención de la honorable Representante María Regina Zuluaga Henao:

Gracias señor Presidente, en el mismo sentido yo pienso que aquí no debemos dejar mantos de duda frente a estas proposiciones, que se han presentado toda vez que como lo ha expresado el doctor Óscar Darío y quienes somos testigos de excepción, se han hecho los estudios de las mismas, la subcomisión asumió con entereza el estudio, los Ministros han estado dando las explicaciones y hoy no le podemos enviar un mensaje errado al país, respetando los diferentes puntos de opinión pero haciéndose el estudio de manera seria y responsable a fin de que podamos sacar estos temas adelante y haya la suficiente ilustración del mismo. Muchas gracias señor Presidente.

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Gracias Representante, anuncio que se cierra la discusión, queda cerrada la discusión. Señores auxiliares de registro, vamos a abrir el registro, votando Sí, se aprueba el bloque de 8 artículos, como artículos nuevos que fueron avalados, que fueron presentados, que fueron discutidos ante la Plenaria, votando No, se negarían los mismos. Se abre el registro avalado por la subcomisión avalada por la Plenaria, si desea así votar a través de registro.

Secretario General, Jorge Humberto Mantilla Serrano:

Se abre el registro señores de cabina (...)

Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:

Necesitamos, los votos, como hemos venido comprometiéndonos con las mayorías de 84 por el sí o por el no.

Señores Representantes, respetuoso llamado para votar, anuncio que se va a cerrar la votación, se cierra la votación y se anuncia el resultado.

Secretario General, Jorge Humberto Mantilla Serrano:

Por favor se cierra la votación, la votación es de la siguiente manera, por el Sí 85 votos electrónicos y 2 votos manuales para un total por el Sí de 87 votos, por el No 6 votos electrónicos, ninguno manual, para un total por el No de 6 votos. Señor Presidente, han sido aprobados los artículos nuevos ya reseñados y explicados y debatidos.”

La votación en bloque, sin deliberación específica en el seno de la Cámara sobre los diversos contenidos nuevos, entre ellos el precepto en examen, impele a la Sala a revisar las Bases del Plan Nacional de Desarrollo citadas en la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, pues, lo estudiado hasta ahora no da cuenta de la conexidad que exige el respeto a la unidad de materia en la Ley del Plan. Recuérdese que por virtud del artículo 2 de la Ley 1753 de 2015, tales bases son parte integral del Plan y constituyen un anexo de la Ley.

Al revisar los tres objetivos generales del plan se incluyó en segundo lugar el siguiente: “Integrar el territorio y sus comunidades, para contribuir al cierre de brechas poblacionales y sociales, potenciando la conectividad para la inclusión productiva y el acceso a bienes públicos, servicios sociales e información”[21]. A propósito de dicho objetivo se propuso un “Aumento en la conectividad física y digital para el cierre de brechas y la inclusión productiva”[22] . Respecto de este propósito específico, se dijo en el documento citado:

“(…) la conectividad digital resultará indispensable para avanzar en el cierre de brechas poblacionales y territoriales para el acceso a bienes, a servicios e información, aprovechando las posibilidades que la tecnología ofrece para innovar, reducir costos, educar y compartir información; y el inmenso potencial que ha adquirido el Estado en los últimos años para el desarrollo de políticas de innovación social. Además, la conectividad es esencial para llevar la presencia del Estado a las zonas más apartadas, por lo cual es un elemento fundamental en el proceso de construcción de la paz con enfoque territorial [23].

Como se puede observar, no hay ninguna alusión al espectro radioeléctrico. No se plantean en relación con el asunto necesidades que permitan colegir la necesidad de regular la cesión de los permisos, la proscripción de contraprestaciones en favor del Estado por este concepto y el sometimiento de las reglas del derecho privado de tal tipo de actos jurídicos. Así pues, a este punto no se advierte la conexidad requerida entre el mandato censurado y la Ley del Plan, con lo cual, no se observa el cumplimiento de principio de unidad de materia.

Más adelante, al revisar la estrategia regional y transversal denominada “competitividad e infraestructura estratégicas” se advierte que entre los objetivos a alcanzar por esta vía aparecen:

“(…) 1) el incremento de la productividad a través de la sofisticación y diversificación del aparato productivo; 2) la modernización de la infraestructura y los servicios de logística y transporte; y, 3) la continuidad en el dinamismo del sector minero- energético. En el primer aspecto de sofisticación y diversificación, es necesario incluir los objetivos conexos de promoción de la ciencia, la tecnología y la innovación (CTI) y de desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Aunque, estos dos objetivos conexos son fundamentales para la competitividad empresarial, se debe destacar que sus beneficios van más allá de eso, e irrigan a toda la sociedad. En resumen, en este capítulo se plantean, pues, objetivos en cinco grandes áreas: 1) desarrollo productivo, 2) CTI, 3) TIC, 4) infraestructura y servicios de logística y transporte, y, 5) sector minero-energético”[24]

(Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, al considerar las formas de impactar positivamente la competitividad, se destaca el papel de las TICS en el aumento de la productividad y, para ello, se advierte la importancia en el uso que de aquellas hagan las empresas y las personas en “el día a día”. Igualmente, se resalta que ello conduciría también a un Estado más eficiente y accesible “para lo cual las TIC se convierten en el mejor aliado para su interacción con los ciudadanos y la consecución de las metas sociales del Gobierno nacional”. Del mismo modo, se destaca el peso que en la provisión de información tienen las TICS, agregando que “(…) Será a través de las TIC como se llegue, a un menor costo, a la población vulnerable o a territorios

apartados que históricamente no han contado con una presencia estatal fuerte”[25]. Para la Sala, si bien es cierto que la estrategia transversal de competitividad e infraestructura requiere del componente de las TICS, también es cierto que no cabe derivar de tal necesidad la imperiosa producción de un precepto como el que aquí interesa para alcanzar los objetivos deseados. Clara ha sido la jurisprudencia al advertir que no basta con que la norma guarde una relación con el Plan de Desarrollo.

“Servicios: consolidar la calidad y cobertura de los servicios TIC, incluidos los terminales que permitan a los estudiantes y docentes avanzar en el propósito de mejorar la educación en Colombia, así como un marco institucional que proteja al usuario y fomente la inversión”.

Dicha estrategia incluye como componentes la calidad y velocidad de Internet (i), la actualización del marco regulatorio (ii), masificación de terminales y servicios (iii), promoción a la demanda de ancho de banda (iv) y, TIC para la educación (v).

Importante en este punto y, con miras a materializar la línea estratégica, es el componente de la actualización del marco regulatorio, el cual se justifica en las Bases del Plan para fortalecer la Comisión de Regulación de Comunicaciones (i), crear una comisión intersectorial del sector TIC que prepare el ingreso a la OCDE (ii), elaborar un informe sobre el efecto de la internet en la economía colombiana que incluya recomendaciones de normatividad, (iii) identificar problemas de competencia y fallas de mercado en regiones específicas, (iv) formular políticas orientadas a armonizar y simplificar trámites administrativos que agilicen el despliegue de infraestructura en los entes territoriales, estableciendo procedimientos expeditos (v), actualizar la regulación en materia de televisión regulación para reconocer la realidad tecnológica convergente y el entorno multipantalla (vi), implementar las acciones para contrarrestar la piratería en la prestación el servicio de televisión paga (vii), establecer los mecanismos técnicos, jurídicos y administrativos para adjudicar nuevos canales de televisión (viii) y, puntualmente, respecto del espectro se dijo “En cuanto a la gestión y planeación del espectro radioeléctrico, insumo primordial de las TIC, se adelantarán medidas para agilizar los mecanismos de asignación y la evaluación de los plazos y la renovación de los permisos para el uso del mismo” (ix). Esta última finalidad es la que se invoca en la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para desvirtuar la transgresión del principio de

unidad de materia.

Así pues, cabe entonces verificar si la necesidad de actualizar el marco regulatorio, con miras a cumplir el objetivo de promover las TICS como plataforma para la competitividad, requería de una disposición como la contenida en el artículo 262 de la Ley del Plan. Corresponde a la Sala determinar si consagrar que la cesión de los permisos de uso del espectro no genera ninguna contraprestación para la Nación y que tal negocio se debe regir por las reglas del derecho privado, con la aprobación del Mintic; es una medida que agiliza los mecanismos de asignación y la evaluación de los plazos y la renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico.

Una primera observación de la Corte respecto de la consonancia de la disposición acusada con los objetivos relativos al espectro radioeléctrico, tiene que ver con aquello que buscan impactar las medidas planeadas. Se trata de dos aspectos muy puntuales. De un lado, “los mecanismos de asignación” y, de otro, la renovación de los permisos.

Para la Sala, la cesión del permiso no constituye un mecanismo de asignación del espectro. Si se revisa el “Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico. Permisos para el uso del espectro y procedimientos para la asignación de frecuencias”[27], elaborado por la Agencia Nacional del Espectro, en su título III se advierte que son mecanismos de asignación del espectro la prioridad por orden de solicitud (i), el concurso público (ii), la licitación pública (iii), la aplicación aleatoria, lotería o sorteo (iv) y la subasta (v). Ciertamente, no se trata de un listado taxativo, pero, suficientemente orientador en la medida en que se advierte en estos mecanismos que es el Estado, a través de diferentes vías, el que decide a quién corresponde el uso del espectro. En tanto que la cesión es un contrato, en el cual, una parte que ya cuenta con el permiso de uso dado que le ha sido asignado, transfiere a otra los derechos que comporta esa autorización. El papel del Estado en este caso parece definido en el parágrafo 2 de la Ley 1341 de 2009, cuyo tenor literal reza “PARÁGRAFO 2o. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”.

Una segunda observación hace relación a que al construirse las Bases del Plan se estimó

que no todos los actos relacionados con el uso del espectro podían regularse por la Ley del Plan, así se entiende que solo las formas de asignación y la renovación de los permisos hayan sido tenidas como el objeto de actualización del marco regulatorio. Extender a todos los actos jurídicos relacionados con el permiso de uso del espectro radioeléctrico, la calidad de asuntos a reglamentar en la Ley del Plan, supone una inaceptable expansión de la materia del Plan por vía interpretativa y, diluye la especial exigencia de conexión directa que el respeto por el principio de unidad de materia ha sido fijada por la Corte Constitucional. La amplitud de la materia del Plan, no puede ser un pretexto para socavar el imperativo constitucional de acatamiento a la unidad de materia. Bien se ha dicho que la Ley del Plan no es un instrumento para llenar los vacíos del ordenamiento legal, la preceptiva que conforma el Plan se ata a sus objetivos, estrategias, planes y metas, lo que esté fuera de ello es una expresión de vulneración del principio de unidad de materia. Si se trata de agilizar los mecanismos de asignación del uso del espectro radioeléctrico, no es el contrato de cesión del permiso de uso el objeto de reglamentación.

Una tercera consideración más general, apunta a estimar si la medida contenida en el artículo 262 de la ley del Plan Nacional de Desarrollo resulta efectiva para el logro del objetivo al cual sirve, cual es, “Promover las TIC como plataforma para la equidad, la educación y la competitividad”.

Para la Corte, no resulta de recibo que, privar a la nación de recibir contraprestaciones por la cesión la permiso de uso del espectro radioeléctrico sea una medida efectiva para el logro de la promoción de las TIC como plataforma para la competitividad. No se desconocen las eventuales relaciones, pero, ello no implica la satisfacción de la relación directa exigida por la jurisprudencia para dar por cumplido el mandato de unidad de materia. Similar es la apreciación que cabe hacer en relación con el contenido que somete a las reglas del derecho privado el contrato de cesión del permiso de uso del espectro. No está claro cómo esta medida contribuye efectivamente a la consecución del objetivo planteado. Podría considerarse que tal prescripción redundaría en la agilización del contrato entre quien tiene el permiso de uso y quien lo pretende, pero ello no significa una agilización de un mecanismo de asignación del espectro, ni la promoción de las TICS como plataforma para la competitividad.

Otro aspecto advertido por la Corporación en la revisión de las Bases del Plan, es la

ausencia de referencias a estudios o diagnósticos en los cuales alguna presunta dificultad en la cesión de los permisos de uso del espectro, afectara el desarrollo o la promoción de las TICS comprometiendo la competitividad, lo cual, se suma al conjunto de razones que permiten a la Sala estimar el artículo 262 acusado, como ajeno a la materia de la Ley del Plan.

Se concluye en este punto que, revisada en la Ley del Plan la ubicación del artículo 262, no se evidencia la conexión directa del mismo con la “Estrategia territorial: ejes articuladores del desarrollo y prioridades para la gestión territorial” en la cual fue incluido. Buscando establecer la finalidad, estrategia o plan al cual servía el precepto legal y cuál es su relación con estas, la Sala revisó lo manifestado al momento de la inclusión del artículo en el Plan, verificando que no hacía parte del proyecto presentado por el Gobierno, ni fue incluido en el debate en las comisiones conjuntas. Solo hasta que tuvo lugar la plenaria de la Cámara se introdujo el precepto, sin que haya quedado consignado en la respectiva acta la información pretendida en este juicio de constitucionalidad. Por ello se procedió a revisar las Bases del Plan Nacional de desarrollo, encontrándose que en la estrategia denominada “competitividad e infraestructura estratégicas” se incorporó el objetivo de promoción de “las TIC como plataforma para la equidad, la educación y la competitividad”. Dado el carácter general de tales propósitos y, la imposibilidad de establecer la conexión directa de aquellos con el artículo 262, se procedió a revisar el contenido específico que alude al espectro radioeléctrico, advirtiéndose que el negocio jurídico que se pretende regular, esto es, la cesión el permiso de uso del espectro, no guarda relación directa, ni se constituye en medida efectiva que logre “(...) agilizar los mecanismos de asignación y la evaluación de los plazos y la renovación de los permisos para el uso del mismo (...)”. En tales circunstancias, encuentra la Corporación que el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, desconoce el principio de unidad de materia y debe ser declarado inexecutable.

Por lo que hace al principio de identidad flexible, recuerda la Sala que tal como se dijo en el apartado 5.2 uno de los requisitos a cumplir por el mandato examinado, cuando se evalúa si se ajusta o vulnera dicho principio, consiste en que “ (los) temas se encuentren relacionados con el tema general del Plan Nacional de Desarrollo. Para la Corte, las razones expuestas demuestran que el artículo 262 de la Ley del Plan no satisface tal exigencia, evidenciándose otro motivo para retirarlo de la Ley del Plan. En lo que concierne al principio de consecutividad igualmente se evidencia un quebrantamiento, pues tal como se anotó al

transcribir lo pertinente en el Acta de Plenaria 59 de la Sesión Ordinaria de la Cámara representantes del 29 de abril 2015, el precepto solo fue incluido en ese momento y no se encuentra que el asunto regulado por el mismo haya sido objeto de discusión en el debate precedente en las Comisiones Conjuntas. Ninguna de las intervenciones que pugnan por la conservación del enunciado legal en el ordenamiento jurídico dan cuenta de un ejercicio deliberativo sobre el contenido en estudio y la revisión adelantada por la Sala Plena ha arrojado lo señalado, con lo cual, no se advierte que el citado artículo 262 haya surtido los debates exigidos por la Carta y el Reglamento del Congreso, todo ello en detrimento del principio de consecutividad. En reciente pronunciamiento del Pleno en un asunto que guarda importantes similitudes con el caso sub examine en el cual también se concluía la infracción del principio de consecutividad, se razonaba del siguiente modo:

“(…) las normas censuradas en sede de control de constitucionalidad fueron introducidas en la Plenaria del Senado, esto es, después de haberse surtido el primer debate en las comisiones conjuntas constitucionales permanentes de asuntos económicos de Cámara y de Senado. Durante el trámite del primer debate, según el informe de ponencia para segundo debate en la plenaria del Senado, fue presentada una proposición que contenía la creación de la contribución parafiscal reseñada, pero no existe prueba alguna que acredite que este tema haya sido debatido y aprobado o negado en el primer debate. Ninguno de los intervinientes que solicitaron la exequibilidad de la norma, lograron demostrar que en el trámite legislativo surtido en el primer debate, se deliberó sobre este especial tema.”

Así las cosas, las normas demandadas desconocieron el principio de identidad flexible y en consecuencia, al tratarse de un nuevo tributo que no guardaba relación con el tema esencial del proyecto de ley, ni fue debatido en primer debate, vulneró además el principio de consecutividad, pues debió cumplir con la regla de los 4 debates. (...)” (negrillas fuera de texto) (Sentencia C-726 de 2015)

Acreditado pues el desconocimiento de los principio de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible, se impone para la Corporación la correspondiente declaración de inexequibilidad.

Acorde con la propuesta metodológica formulada al momento de establecer los problemas

jurídicos, corresponde ahora determinar si resultan vulnerados los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política y el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, al establecer, de una parte, que la cesión de los permisos de uso del espacio radioeléctrico no genera ninguna contraprestación a favor de la Nación y, de otra, que tal negocio se sujeta al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las Comunicaciones.

Para atender esta inquietud la Sala tendrá en cuenta, primordialmente, lo expuesto en el apartado 6 de esta providencia. Un primer asunto de orden general es la exclusión del acto de cesión del permiso de uso del espectro radioeléctrico del régimen de derecho público. Tal como se indicó en el considerando 6, la regla, en términos de sujeción jurídica de los bienes de uso público, es el régimen de derecho público sin que ello implique la proscripción absoluta de las disposiciones del derecho privado.

Para la Sala, resulta inaceptable que una prerrogativa conferida por un acto administrativo y cuyo objeto es la destinación de un bien de dominio público, quede excluida del ámbito del derecho público y se rija en su integridad por el derecho privado.

Sabido es que este último centra su interés en la voluntad de quienes realizan un negocio, en tanto que aquel propugna por el interés de todo el colectivo social. Mientras el régimen privado protege intereses individuales y vela por la ganancia de quienes celebran los pactos, el derecho público está concebido para salvaguardar intereses sociales. En el caso del Estado Social de Derecho, esta premisa de lo público cobra mayor vigor, pues se radica en cabeza del Estado la defensa del interés general. La Carta se hace eco de ello cuando en el artículo 2º manda “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general”.

Para la Sala, las razones aducidas por la Secretaría Jurídica de la Presidencia y la Agencia Nacional del Espectro, en el sentido de que la intervención que la norma acusada le concede al Ministerio de Comunicaciones, quien podrá aprobar el negocio de cesión del permiso, cumple con la intervención estatal; no es de recibo.

Encuentra la Corte que, si bien es cierto, el MINTIC tiene la potestad de aprobar el negocio, tal presencia no es una garantía suficiente, puesto que la misma norma acusada fija como parámetro regulatorio de la cesión las disposiciones del derecho privado. En esa medida, el actuar del órgano de la Administración se ve restringido, pues, es el mismo enunciado legal

cuestionado el que excluye el vigor del derecho público del acto referido. Bien podría acontecer que el negocio resultase jurídicamente admisible a la luz del régimen privado, pero inaceptable si la reglamentación aplicable es la del derecho público, lo cual, puede hacer nugatoria la labor de intervención estatal a través del mecanismo de aprobación con que cuenta el MINTIC. Cabe decir que lo mandado por el artículo 262 en este punto, no apunta a proteger el interés general, cuando lo que está en juego es el uso de un bien público protegido constitucionalmente. En esa medida, el enunciado legal, desconoce tanto el citado artículo 2º Superior como el artículo 75 de la misma preceptiva.

Tampoco se aviene con los imperativos constitucionales la regla que priva a la Nación de obtener cualquier tipo de contraprestación en su favor, cuando tiene lugar la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico.

Entiende la Sala que los permisos pueden ser conferidos sin que se condicione su cesión a una contraprestación. Lo que no es de recibo es que el legislador le impida a la Administración establecer algún tipo de contraprestación por ese acto jurídico que supone un cambio en el titular del permiso y, por ende, un cambio en el usuario del espectro.

Es factible que el nuevo titular suponga peculiaridades que en el sentir de la Administración den lugar a ajustar alguna contraprestación. No se pierda de vista que tal como se dijo en esta providencia, el asunto de las contraprestaciones excede el marco de lo meramente dinerario. Privar a la Administración de requerir una contraprestación va en contravía de los intereses generales, cuando como en el caso concreto, no aparece ninguna finalidad plausible que justifique la veda referida.

No encuentra la Corte la razón de la medida cuestionada. Revisada las únicas intervenciones gubernamentales que acudieron en defensa del artículo 262, se advierte que apuntan a decir de algún modo que, la disposición cuestionada no agregaría mucho a la realidad existente, dado que otras disposiciones legales, citadas por este Pleno en el acápite 4 de los considerandos suponen hoy similares consecuencias a las que establece el mandato censurado. Hubiese sido importante hallar una finalidad constitucional que justificase la medida, pero, no hubo tal. Más bien, pareciera decirse entre líneas que el precepto es inane, pues, otras disposiciones existentes se encaminan a que, en mucho, la cesión del permiso se de en los términos del artículo 262.

La Sala recuerda que la norma solo fue introducida en la Plenaria de la Cámara de Representantes y, tal como se observó al resolver el cargo anterior, la votación en bloque no permitió identificar la finalidad de este nuevo precepto legal. Y, si bien es cierto, fue aprobada finalmente, no ignora la Corte Constitucional que cuando el texto acusado, el cual no era idéntico dada la presencia de un párrafo, hizo por primera vez tránsito en el Senado fue votada negativamente y recibió observaciones que lo descalificaron. En aras de la claridad se cita la Gaceta del Congreso No. 1022 de 2015, contentiva del acta de Plenaria del Senado No. 55 del mayo 5 de 2015 en lo pertinente:

“(…) hace uso de la palabra el honorable Senador Luis Fernando Duque García:

Presidenta, sí, este fue un artículo que por solicitud del Senador Álvaro Uribe, lo sacamos para discutirlo aparte y es un artículo nuevo que viene de Cámara, pero que tiene un párrafo adicional que ha sido aprobado también, o tiene el visto bueno del señor Ministro, para que quede mucho más blindado el artículo. Señor Secretario por favor.

La Presidencia indica a la Secretaria dar lectura al artículo nuevo al Proyecto de ley número 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara.

Por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo del Proyecto de ley número 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, presentado y aprobado en la Cámara de Representantes.

El artículo aprobado en Cámara dice: Artículo nuevo. Cesión. Cesión de permisos de uso del espectro radioeléctrico. La cesión de los permisos de usos del espectro radioeléctrico, no generará contraprestación alguna, a favor de la Nación. El negocio jurídico que, para este propósito se celebre entre cedente y cesionario, se sujetará al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las TICS.

Y el párrafo: En caso de presentarse un excedente financiero, en la cesión del excedente del espectro radioeléctrico, entre el cedente y el cesionario por encima del valor monetario pagado por el cedente, al Ministro de las TICS, inicialmente al otorgamiento de la concesión, este valor deberá ser reintegrado en su totalidad, al Ministerio de las TICS y tiene firma de Honorables Senadores.

(…)

La Presidencia concede el uso de la palabra a la honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella.

Palabras de la honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella.

Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra la honorable la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella:

Gracias Presidente, yo sí les pido, este artículo la primera parte del artículo no hay ningún problema; porque está contenido en la Ley 1341 de 2009, que permite la cesión del espectro, me preocupa la segunda parte y es que en esa negociación entre privados, se rija por el derecho privado cuando se trata de un bien público de rango constitucional, el que es inembargable, inalienable, o sea que a mí me parece que esa parte no es procedente, porque una cosa es la negociación entre privados y otra cosa es que puedan ellos meter dentro de un contrato, un bien que es del Estado que es público como el espectro radioeléctrico.

Aquí está la Viceministra yo sí creo que esta segunda parte no es conveniente Viceministra, y lo que ponen al final, me parece que puede enredar cuando lo que le toca al Ministerio de las TICS, es reglamentar el artículo de la Ley 1341, que no lo han reglamentado hace 6 años, y que evitaría tener ese artículo en el Plan de Desarrollo.

(...)

Quiero llamar la atención de este Senado en este instante, para pedirles un momento de reflexión frente a este artículo. En primer lugar este es un tema no novedoso, hace 2 años y medio, cuando adelantamos sendos debates en el momento en que Colombia iba hacer la apertura de un proceso de adjudicación del nuevo espectro, advertimos que a pesar de que había una empresa hoy en alianza y en unidad que es Une y Tigo, no tenían la necesidad de ese espectro, le fue adjudicado.

Resulta Senadoras y Senadores que el espectro es un bien inajenable, es imprescriptible, es un recurso escaso, no podemos con ello entonces entregárselo a un operador privado, para que ahora haga en uso del derecho privado, una cesión que le significa una venta y un dinero muy importante. En el mundo actual por cada Megahertz, hay una valorización

aproximada de 3 a 4 millones de dólares, si en este momento en la alianza que hubo entre Une y Tigo, que sabían que se iban a fusionar para la época en que se discutió el espectro, lo hicieron sobrepasándose en 50 Megahertz que deben devolvérselo al Estado, porque ese recurso es del Estado en consecuencia estaríamos de aprobar el artículo como viene, regalándole 200 millones de dólares mínimo, creando por su puesto un daño y un detrimento patrimonial.

Si además de ello se consideraría que hay un párrafo que le da un poco de aligeramiento a la carga pesada que tiene el artículo. Me genera aun todavía muchas dudas, por cuanto no siempre estas ventas cuando obedecen además a unos jugadores mundiales en este caso una empresa privada, con mucha estructura que se llama Miricon, podría hacerse a través de la compra de unas acciones cruzadas y nunca el Estado reportaría realmente el valor real de la venta.

Por eso yo pido señor Presidente, que este artículo señores Senadores y Senadoras, este artículo no puede ir, o en subsidio que se nombre una Comisión que lo revise de manera tal que no le causemos ese prejuicio al Estado, ese detrimento patrimonial, pero, además de eso, lo normal es que ese espectro se devuelva al Estado, porque pertenece al Estado y es por supuesto repito, constitucionalmente consagrado como un recurso escaso y como un recurso que además de eso es impermisible. Gracias señor Presidente.

La Presidencia manifiesta:

Un momento señor ponente, el Senador ha pedido votarlo negativo, o sacarlo para una subcomisión, pero hoy no hay subcomisión, no hay mañana, así que o lo votamos negativo o positivo, abra el registro para votar el artículo nuevo de la cesión del espectro señor secretario.

El Secretario informa:

El coordinador ponente pide que lo acompañen con el voto positivo

Recobra el uso de la palabra el honorable Sanador Luis Fernando Duque García:

Sí, votar positivo porque ya con el párrafo quedó blindado de que si se genera algún excedente en la negociación, se le entregue al Ministerios de las TICS, de manera que no

habría ninguna otra ganancia adicional sino que se le devuelve lo que pagó, por la utilización del espectro.

La Presidencia manifiesta:

Aquí no está ni siquiera el señor Ministro de Comunicaciones para defender este artículo señor ponente, las Viceministras no habla aquí, dónde está el Ministro.

La Presidencia somete a consideración de la Plenaria el artículo nuevo sobre el espectro radioeléctrico al Proyecto de ley número 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la Plenaria el artículo propuesto? abre la votación e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal.

La Presidencia cierra la votación e indica a la Secretaría cerrar el registro electrónico e informar el resultado de la votación.

Por Secretaría se informa el siguiente resultado:

Por el SÍ: 18

Por el NO: 61

(...)

Así pues, se evidencia la ausencia de una finalidad constitucional que sirva de soporte al texto legal, el cual, por demás acorde con las consideraciones de forma y de fondo hechas en esta providencia, será declarado inexecutable por el Pleno.

VI. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Examinados los cargos formulados contra el artículo 262 la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, Ley1753 de 2015, por infracción de los principios de identidad flexible y unidad de materia, la Sala encontró lo siguiente:

En lo concerniente al supuesto quebrantamiento del principio de unidad de materia, la Corte entendió que la acusación resultó de recibo, dado que verificada tanto la Ley del Plan, como su anexo, esto es, las Bases del Plan Nacional de Desarrollo, particularmente, la

estrategia denominada “competitividad e infraestructura estratégicas” y las apreciaciones puntuales alusivas al espectro radioeléctrico, no encontró la Sala una conexión directa entre el artículo acusado y los contenidos referidos.

Para la Corporación, esta ausencia de conexión no permite afirmar que se está frente a una medida que efectivamente contribuya a la materialización del Plan.

En lo concerniente al principio de identidad flexible, se estimó que el tema regulado en el artículo 262 no guardaba relación con el Plan y, por ello, tampoco satisfacía las exigencias de dicho principio. Igual acaeció con el examen del cuestionamiento por quebrantamiento del principio de consecutividad, pues, la revisión de la Sala concluyó que el precepto en estudio no contó con el número de debates exigidos por la Carta. Con estas razones, se observó que se imponía la inexequibilidad del enunciado legal.

Del mismo modo, la Sala examinó si el precepto acusado desconocía el contenido del artículo 75 de la Carta, encontrando que resultaba violatorio de la Constitución excluir del régimen de derecho público un acto que involucra un bien de uso público.

Para la Sala, también resulta lesivo del Texto Superior un mandato que sin fundarse en una finalidad constitucional plausible, priva a la Nación de poder percibir cualquier tipo de contraprestación por un acto jurídico en el cual se cambia la titularidad del permiso de uso del espectro radioeléctrico que como se consideró, es un bien público.

VII. 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 INEXEQUIBLE el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto-

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Ausente

Con impedimento

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-519/16

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018-La sentencia debió limitarse a constatar la inconstitucionalidad del artículo 262 por desconocer los principios de identidad flexible, conectividad y unidad de materia (Salvamento parcial de voto)

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018-Cargos por desconocimiento de los artículos 75, 101 y 102 de la Carta: falta de certeza y especificidad (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-11185

Demandante: Julio César Ortiz Gutiérrez actuando como ciudadano y como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB- S.A. E.S.P.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me condujeron a salvar parcialmente mi voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 21 de septiembre de 2016.

2. En esta sentencia se declaró inexecutable el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país” (Ley del Plan), que regula la cesión de permisos de uso del espacio radioeléctrico. La mayoría de la Sala Plena consideró que la norma acusada desconoció:

(i) los principios de: (a) unidad de materia, porque al observar la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, los anexos sobre sus fundamentos[28] y las apreciaciones puntuales alusivas al espectro radioeléctrico, no se encontró una conexión directa entre el artículo acusado y los contenidos referidos, es decir, la norma no estaba orientada a la materialización del Plan; (b) consecutividad, ya que no contó con el número de debates exigidos por la Constitución para este tipo de regulación; y (c) identidad flexible, debido a que el tema regulado no guardaba relación con el Plan.

(ii) los artículos 2º y 75 de la Constitución al: (a) excluir del régimen del derecho público la disposición del espacio radioeléctrico, para que se rigiera por el derecho privado, con lo cual se excluía la protección del interés general, para privilegiar intereses particulares sobre un bien público; y, con ello, (b) privar a la Nación de la posibilidad de percibir una contraprestación en negocios jurídicos en los cuales se cambia la titularidad del permiso de uso de este bien.

El pronunciamiento debió limitarse a constar la inconstitucionalidad del artículo 262 por desconocer los principios de identidad flexible, consecutividad y unidad de materia.

4. Tal como y la jurisprudencia lo ha sostenido, el estudio de los principios de identidad flexible[29], unidad de materia[30] y de consecutividad[31] está dirigido a determinar la existencia de vicios en el procedimiento en la formación de las leyes[32]. La calificación de vicio de procedimiento hace que una vez verificada su configuración haya lugar a declarar la inexecutable de la norma, sin necesidad de entrar a examinar los cargos por violación de la Constitución en relación con el contenido del precepto demandado en caso de existir[33].

5. En consecuencia, en el presente asunto la Sala Plena tras constatar que la disposición demandada no cumplía con los presupuestos de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad, conclusión que comparto plenamente, debió declarar su inconstitucionalidad sin entrar a analizar si se configuraban los cargos por la supuesta

trasgresión de los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución. Como lo he dicho en otras oportunidades y reitero ahora[34], en mi opinión no es técnico desde el punto de vista procesal y dogmático que, después de la constatación de la inexecutable de la norma por los motivos señalados, la mayoría haya decidido entrar a estudiar el segundo cargo. Además, porque ese análisis se dio con fundamento en un cargo inepto.

6. El curso argumentativo desarrollado por la sentencia no tiene justificación desde el derecho procesal constitucional y lleva a conclusiones absurdas. En efecto, si la Corte encuentra que una norma es inconstitucional y no hay lugar a un fallo integrador como en este caso, simplemente debe limitarse a declarar su inexecutable, esto es su retiro del ordenamiento jurídico (Art. 241 C.P.). De acuerdo con ello, no sería posible, ni necesario, analizar cargos adicionales para llegar a la misma conclusión. De hecho, la conducta que se impone para el Tribunal constitucional, según sus competencias, es que declare que la norma ya no pertenece al sistema jurídico. Si encontró que la norma es inconstitucional, ya no habría fundamento alguno para analizar si existe otra razón por la que se confirme su desconocimiento de la Constitución, pues ya concluyó que la misma debe salir del ordenamiento jurídico. Este proceder es un contrasentido, pues la inexecutable no es una cuestión de grado, no requiere buscar nuevos cargos prósperos para ser fortalecida, simplemente implica que una disposición ya no ha de pertenecer al ordenamiento jurídico por contradecir la norma suprema (art. 4 Superior) y no habilita a que prosigan otros análisis sobre su inconstitucionalidad.

Sin embargo, los razonamientos de la ponencia describen un curso de acción diferente: si la Corte debe analizar la executable de una norma, aunque encuentre que esta es inconstitucional por alguno de los reproches presentados, debe agotar el estudio de todos los cargos aptos planteados por la demanda a pesar de haber encontrado la norma inconstitucional. Es decir, cuando esta Corporación encuentre que una norma es contraria a la Constitución, debe (¿o puede?) continuar con el estudio de cargos adicionales. El fundamento para esta metodología no fue descrito en la sentencia.

Con base en esta línea, que ni siquiera es justificada mínimamente, sólo se obtienen consecuencias inadmisibles, tanto por razones pragmáticas como teóricas. En casos de control constitucional previo, por ejemplo, la Corte deberá hacer el cotejo de cada norma con toda la Carta Política aunque haya encontrado que la disposición es contraria a alguna

de las previsiones superiores. Esta conclusión es absurda –pues su ejecución no es práctica- e inaceptable, ya que desborda las competencias y deberes de la Corporación al tratar la inexequibilidad como una cuestión de grado y no como una categoría que impone una consecuencia absoluta.

7. Adicionalmente, los cargos estudiados por la mayoría de la Sala son ineptos por carecer de certeza y especificidad, en tal sentido, la Corte, al analizar el cuestionamiento adoptó un entendimiento de los artículos 75, 101 y 102 constitucionales que no se desprende de tales normas, como paso a explicar en detalle.

Cargos por desconocimiento de los artículos 75, 101 y 102 de la Carta: falta de certeza y especificidad

8. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, establece los requisitos mínimos razonables[35] que deben contener las demandas de inconstitucionalidad para su admisión y exige que el ciudadano: (i) señale las normas acusadas como inconstitucionales, con la transcripción de su texto por cualquier medio o aportando un ejemplar de su publicación oficial; (ii) indique las disposiciones de la Constitución Política que en su criterio resultan violadas; (iii) consigne las razones por las cuales estima que lo impugnado desconoce el ordenamiento constitucional; (iv) cuando fuere el caso, invoque el trámite impuesto por la Carta Política para la expedición de la norma y de qué manera se produjo el alegado quebrantamiento; y (v) explique la razón por la cual la Corte es competente para pronunciarse sobre la demanda.

9. Tal como lo ha indicado de manera reiterada esta Corporación[36], los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar

alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

10. El demandante señaló que el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 desconocía los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución al asimilar el espacio radioeléctrico a un bien privado y consagrar cesiones sin contraprestación regidas por normas de derecho privado, lo cual, en su criterio, obvia su naturaleza pública y produce un detrimento patrimonial del Estado Colombiano[37].

La providencia consideró respecto a la aptitud del cargo por violación del artículo 75, lo siguiente:

“Si bien es cierto, una de las censuras propuestas por el accionante es la apuntada por el Ministerio Público, también es cierto que no se trata de la única. Dado el alcance normativo de la disposición atacada, el cual es puesto de presente por el demandante, resulta clara su acusación en cuanto a que debe considerarse si es respetuoso del artículo 75 de la Carta un enunciado legal que le cercena a la nación la posibilidad de recibir alguna contraprestación, cuando tiene lugar la cesión de un permiso de uso del bien público denominado espectro electromagnético y, si es admisible que, tal clase de negocios se regulen por reglas de derecho privado. Para la Sala, este asunto suscita una mínima duda respecto de la constitucionalidad del precepto demandado, razón por la cual efectuará el examen pertinente”.

11. En mi concepto, el cargo es inepto, luego además de las razones presentadas, tampoco debió ser considerado, por adolecer de certeza y especificidad. En primer lugar, el demandante estableció su reproche a partir de la suposición de que la cesión del espacio electromagnético, al regirse por el derecho civil y comercial, muta su naturaleza de bien público a privado. Así, la sentencia entendió que el demandante sostiene que “el legislador tiene como objetivo regular una de las modalidades de su manejo o utilización, a saber, las cesiones. Con lo cual, se asimila a este bien a uno de carácter privado” y precisa que “se consagra cesiones de naturaleza [...] privadas, en contravía del carácter público del bien” y sin contraprestación alguna”.

Tales aseveraciones carecen de certeza, pues la disposición no determina que el espacio radioeléctrico deje de ser un bien público, sino que los actos de cesión se rigen por normas del derecho privado, de lo cual no se puede derivar un cambio de naturaleza, ni

necesariamente una asimilación con los bienes privados.

En este sentido, cabe aclarar que la cesión de uso es una figura que regula un tipo de contrato que permite el cambio de la posición que usa un bien en otro negocio jurídico, pero no es traslativa del dominio. Luego, la cesión de uso de un bien, al no generar derechos reales de propiedad, no puede equipararse a la figura según la cual el bien pasa de ser inenajenable a enajenable, lo cual sí tendría implicaciones respecto del cambio de su naturaleza pública hacia una de carácter privado. El artículo 273 del Código Civil establece que los modos de adquirir el dominio son “la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”. Sin embargo, no contempla la cesión de uso como uno de ellos. De esta manera, la cesión no es una enajenación, y la sujeción de tal negocio jurídico a normas de derecho privado no puede equipararse a un cambio en la naturaleza pública del espacio electromagnético.

12. En segundo lugar, la demanda carece de especificidad ya que parte de suposiciones sobre el contenido del artículo 75 de la Constitución, al señalar que de éste se deriva una prohibición de que el espacio radioeléctrico se rija por normas de derecho privado. Este precepto constitucional en conjunto con los artículos 101 y 102 Superiores establecen que tal bien es público, “inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado” y hace parte del territorio colombiano, pero en ningún momento alguna de esas disposiciones Superiores indica que exista la prohibición señalada, ni de esos contenidos se puede derivar esa conclusión.

13. En tercer lugar, la Vista Fiscal sostuvo que la demanda “carece de certeza en cuanto al cargo “por violación de la pertenencia del espacio radioeléctrico a la Nación y la imposibilidad del legislador de decretar auxilios o donaciones a favor de personas de derecho privado”, toda vez que en el ordenamiento jurídico superior no se ordena que se deba pagar al Estado “alguna prestación por la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico”, así pues se está frente a una proposición jurídica inexistente”. En este punto coincido con la Procuraduría General de la Nación, pues la referencia al contenido de los artículos 75, 101 y 102 es errónea ya que esas disposiciones no indican que exista un deber de contraprestación por la cesión del uso del espectro electromagnético, como lo señala la demanda. En tal medida, se trata de una proposición jurídica inexistente, que no logra plantear un problema que concrete un cargo de inconstitucionalidad, ya que tales artículos

no señalan lo que éste asevera que disponen.

14. Por las anteriores razones, considero que la Corte no podía pronunciarse sobre cargos ineptos, pero más allá de esa falta de técnica constitucional, el problema central que trae el análisis de estos argumentos es que la Corte avaló la interpretación de las normas equivocada planteada en la demanda.

15. El estudio del segundo cargo partió de que el problema jurídico que la Corte debía resolver era “si resultan vulnerados los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política y el artículo 262 de la Ley 1753 de 2015, al establecer, de una parte, que la cesión de los permisos de uso del espacio radioeléctrico no genera ninguna contraprestación a favor de la Nación y, de otra, que tal negocio se sujeta al derecho privado y a la aprobación del Ministerio de las Comunicaciones”.

En primer lugar, la Corte entendió que la exclusión del derecho público de la disposición del espectro electromagnético violaba los artículos 2º y 75 de la Constitución, pues la norma no velaba por el interés general. Así, aunque reconoció que la sujeción de los bienes de uso público al derecho público era una regla general “sin que ello implique la proscripción absoluta de las disposiciones del derecho privado”, consideró “inaceptable que una prerrogativa conferida por un acto administrativo y cuyo objeto es la destinación de un bien de dominio público, quede excluida del ámbito del derecho público y se rija en su integridad por el derecho privado”.

Las normas constitucionales referidas no prevén un mandato de prohibición para que la disposición del espacio radioeléctrico se rija por el derecho privado ni tampoco implican que la vigencia del derecho privado en un acto jurídico necesariamente contraría el interés público. El alcance de los artículos 75, 101 y 102 se limita a establecer que este bien se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado, lo cual es diferente. Por ejemplo, un servicio público como el agua o la energía eléctrica, aun con la intervención de particulares en su prestación siguen sujetos al control estatal. En la misma medida, existe la posibilidad de que recursos públicos sean administrados mediante el uso de fiducias mercantiles que se rigen bajo el derecho privado, sin que lo anterior signifique que el Estado ha perdido el control de esos recursos o que cambie su naturaleza. Luego, no puede afirmarse que es un deber constitucional que la disposición de un bien público deba regirse exclusivamente por

el derecho público ni que el control público (vigilancia administrativa, control fiscal y disciplinario) solo se pueda lograr mediante el régimen público, como se desprende de la decisión.

Así pues, la premisa sobre la cual la posición mayoritaria pareciera sostener la declaratoria de inexecutable del artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 es que los artículos 75, 101 y 102 Superiores, al fijar la naturaleza pública del espectro electromagnético disponen que éste solo puede regirse por normas de derecho público, pues de lo contrario se viola el interés general. No obstante, como se dijo, el alcance de tales normas se refiere a que como bien de naturaleza pública debe estar sujeto a la gestión y control estatal. Entonces, al no existir una prohibición en las normas constitucionales de que esos bienes estén sujetos a las normas del derecho privado, no podía afirmarse la conclusión a la que llegó el fallo.

16. En segundo lugar, la Corte adoptó la lectura del artículo 262 de la Ley 1753 de 2015 propuesta por el demandante, que como expliqué carece de certeza. El demandante fundamentó su lectura en que “se excluye la posibilidad de que el Estado obtenga recursos en favor de la Nación, con la privación de los beneficios que se deben generar” cuando se dispone que de la cesión “no se puede generar contraprestación en favor de la Nación”. No obstante, éste equiparó el contrato de cesión con las condiciones del uso del espectro electromagnético, el cual, como lo dijo la Vista Fiscal, sí generaba una contraprestación, “en consonancia con el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009”.

En la resolución del mencionado problema jurídico este Tribunal afirmó que “tampoco se aviene con los imperativos constitucionales la regla que priva a la Nación de obtener cualquier tipo de contraprestación en su favor, cuando tiene lugar la cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico”. Por lo tanto, la providencia adoptó la lectura de la norma propuesta por el accionante, al determinar que de la disposición legal acusada se desprendía que el uso del espacio radioeléctrico no generaba contraprestación para la Nación, lo cual es exigido por los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución, específicamente en relación con los contratos de cesión sobre el mismo.

La posición mayoritaria, aunque aclaró que entendía que “los permisos pueden ser conferidos sin que se condicione su cesión a una contraprestación”, sostuvo que no era de

recibo que “el legislador le impida a la Administración establecer algún tipo de contraprestación por ese acto jurídico que supone un cambio en el titular del permiso y, por ende, un cambio en el usuario del espectro”. Por ende, la determinación resulta contradictoria, pues de una parte se dice que es posible efectuar cesiones sin contraprestación y, de otra, que no lo es.

17. De conformidad con lo anterior, en mi concepto los cargos planteados de fondo por el demandante no cumplían con los requisitos de certeza y especificidad, pero más grave aún, la posición mayoritaria adoptó una lectura incierta de la norma acusada y acogió el contenido que el demandante le dio a los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución, lo cual no comparto, en los términos explicados.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales me aparto de manera parcial de la decisión mayoritaria.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 Al efecto, cita la Gaceta Constitucional No. 113 del 5 de julio de 1991.

[2] Ley 1341 de 2009, artículo 11, parágrafo 2º: “Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”.

[3] Sentencia C-866 de 2014 M.P. Calle Correa. Ver también sentencia C-841 de 2010

[4] Ver Sentencias C-600 de 2010 y C-744 de 2001

[5] Ver Sentencias C-960 de 2014 y C-462 de 2013

[6] Ver sentencias C-931 de 2008 y C-744 de 2015

[7] Ver Gacetas del Congreso 264 y 266 del 5 de mayo de 2015.

[8] A folio 68, Gacetas del Congreso No. 264 y 266 de 2015, se verifica que los Senadores Germán Hoyos, Efraín Cepeda, Luis Fernando Duque y Juan Carlos Restrepo, así como los Representantes a la Cámara Olga Lucía Velásquez, Luis Horacio Gallón, Jhon Jairo Cárdenas y Sandra Ortiz, suscriben por unanimidad el informe de conciliación.

[9] En las Gacetas del Congreso 264 y 266 de 2015, se lee que se somete a consideración de las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, “el texto conciliado del proyecto de ley de la referencia, dirimiendo de esta manera las diferencias existentes entre los textos aprobados por las respectivas plenarias de las cámaras”.

[10] Sentencia C-362 de 2012 M.P. Vargas Silva

[11] Ver sentencia C- 394 de 2012

[12] ver sentencia C- 539 de 2008, ver también sentencia

[13] Sentencia C-105 de 2016 M.P. Ortiz Delgado

[14] Sentencia C-894 de 2012 M.P. Vargas Silva

[15] sentencia C- 105 de 2016 M.P. Ortiz Delgado

[16] Sentencia C-1052 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

[17] Ver sentencias C-008 de 1995, C-809 de 2001 y C-762 de 2015.

[18] información obtenida de la página web del MINTIC

[19] Garrido Falla F., y otros, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, Ed. Tecnos, 12ª Ed, Madrid, 2006, pp. 489 – 490.

[20] Garrido Falla F., (...) p. 494

[21] Bases del Plan Nacional de Desarrollo. Al respecto, ver la Gaceta del Congreso No. 116 de 17 de marzo de 2015, p. 187.

[22] Ibídem, p. 188.

[23] *Ibíd.*

[24] *Ibíd.*, p.199.

[26] *Ibíd.*, p. 212.

[27] Se puede consultar en www.ane.gov.co

[28] En especial, en la estrategia “competitividad e infraestructura estratégicas”.

[29] Este principio exige que “el núcleo temático del proyecto se mantenga en lo fundamental durante el trámite de aprobación de las modificaciones incluidas al proyecto” (Sentencia C-105 de 2016, M.P. Ortiz Delgado).

[30] En sentencia C-147 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, “el principio de unidad de materia opera como un límite expreso al ejercicio del poder de configuración normativa de que es titular el Congreso de la República” y, por lo tanto, su observancia le impone al legislador “el cumplimiento de dos condiciones básicas”: (i) definir con precisión desde el mismo título del proyecto cuáles serán las materias centrales que se van a desarrollar a lo largo del articulado, y (ii) mantener una estricta relación interna entre las normas que harán parte del texto de la ley, de manera que exista coherencia temática entre ellas y una clara correspondencia con la materia general de misma”.

[31] En la sentencia C-208 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se indicó que “(...) en virtud del principio de consecutividad, tanto las comisiones como las plenarias están en la obligación de estudiar y debatir todos los temas que hayan sido puestos a su consideración y no pueden renunciar a este deber constitucional ni diferir su competencia a otra célula legislativa con el fin de que en un posterior debate sea considerado un asunto”.

[32] Ver, entre muchas otras, sentencia C-105 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] Ver la sentencia C- 453 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta decisión se indicó que “[t]eniendo en cuenta que los cargos por vicios de procedimiento presentados por el demandante en contra del artículo transitorio 20 de la Ley 974 de 2005 son de recibo, y que en consecuencia, esta disposición se declarará inexecutable, la Sala

Plena de la Corte Constitucional se abstiene de entrar a analizar el cargo de inconstitucionalidad contra la misma fundado en razones de fondo, por desconocer el artículo 58 de la Carta Política”.

[34] Ver por ejemplo, Aclaración de voto a la Sentencia C-486 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa de la cual tomó los argumentos centrales presentados en esa oportunidad.

[35] Cfr. C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[36] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[37] En la providencia se indica acerca de la demanda: “El precepto demandado viola la Constitución Política, al permitirles a los particulares, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, ejercer derechos de “disposición o cesión bajo las reglas del derecho privado (...) y sin ninguna contraprestación para el Estado”. Para ello, únicamente requieren la “aprobación” del Ministerio de las TICs. Adicionalmente, otorga tal prerrogativa sin establecer las “condiciones normativas para asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso”, con lo que se incumple el requisito de concurrencia. Tampoco se determinan las facultades de intervención estatal para evitar prácticas monopolísticas. Con todo ello, las operaciones sobre los derechos de uso y explotación del espectro pueden ser cedidas bajo las reglas del derecho privado, cuando el uso de bienes como el referido supone importantes condicionamientos derivados de su sujeción al derecho público.

Adicionalmente, aduce que se excluye la posibilidad de que el Estado obtenga recursos en favor de la Nación, con la privación de los beneficios que se deben generar. Advierte que anteriormente, con la Ley 1341 de 2009, se establecía la posibilidad de ceder su uso [artículo 11]. Sin embargo, se exigía una contraprestación a favor de la Nación, “lo que [suponía] el conocimiento público de la oferta de contraprestación, [y por ende] la [...] concurrencia pública y la competencia de los interesados”.

Por otra parte, con el artículo acusado, a su parecer, el legislador tiene como objetivo regular una de las modalidades de su manejo o utilización, a saber, las cesiones. Con lo cual, se asimila a este bien a uno de carácter privado. Advierte que si bien se pretende

“generar condiciones favorables para la generación y evolución del mercado secundario”, ello se produce en detrimento del Estado colombiano y “en sacrificio del derecho ciudadano de acceder (al uso del espectro) en condiciones de igualdad (...)”. Precisa que se “consagra cesiones de naturaleza [...] privadas, en contravía del carácter público del bien” y sin contraprestación alguna. Igualmente, advierte que se contradice la norma jurídica constitucional que establece que el control y la gestión estará a cargo del Estado.

En este sentido, alega que se priva al Estado de recursos económicos, pone en consideración que en el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, se señala que por la contraprestación derivada de la utilización del espectro electrónico se debe pagar al Fondo de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones, lo cual genera “recursos económicos para el financiamiento de los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente la concurrencia universal a las TIC, que permiten la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso y garantiza el pluralismo informativo en el marco de la democracia participativa y la competencia”. Cita igualmente el artículo 34 de la misma preceptiva legal, observando que la finalidad de este es financiar planes, proyectos y programas que faciliten el acceso y el servicio universal a las TIC para todos los habitantes del territorio.

A continuación, realiza un test de proporcionalidad respecto a la libertad de configuración legislativa. Precisa que, si bien podría asumirse que el tema objeto de discusión es de carácter económico, lo cierto es que están comprometidos asuntos que afectan la soberanía y la seguridad del Estado, así como los principios de pluralidad en la información, democracia participativa y la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético”.