

Sentencia C-555/13

CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Respeto del contenido en aquellos contratos celebrados con anterioridad a la normatividad legal vigente

A juicio de la Corte, la decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar solo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en principio, persigue un fin legítimo en tanto puede incentivar la participación en los procesos licitatorios. Sin embargo, el Tribunal advierte que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio. La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia. La Corte precisa que quienes celebraron contratos de concesión antes de la entrada en vigor de la ley acusada no pueden alegar ahora que obligarlos a entregar los bienes supondría un detrimento injusto de sus intereses, porque en su momento, cuando los suscribieron, tuvieron oportunidad de incluir en sus estudios financieros la amortización de los bienes usados en la concesión, como ya lo señaló en la sentencia C-300/12. Para el Tribunal Constitucional, la liquidación de los pactos aludidos, comportaría para los concesionarios, bien la obligación de devolver las frecuencias, los bienes e infraestructura afectos a la prestación del servicio, conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990 y demás normas que regían o estaban vigentes al momento de su celebración y, las que sirvieron como base para estimar la ecuación financiera de tales contratos, o bien, en su defecto, su equivalente económico. No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, pero siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, a cuya protección el Estado no puede renunciar, lo que no ocurriría en esta oportunidad, si se dejara vigente el entendimiento cuestionado. Finalmente, se trata de preservar el equilibrio contractual, el cual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas porque, como se ha explicado, aquellos contratistas tuvieron la oportunidad de hacer los cálculos amortizatorios para recuperar la inversión de los bienes y elementos necesarios para el cumplimiento del servicio. Diferente es la situación de quienes suscribieron contratos con posterioridad a las leyes cuestionadas, porque lo hicieron con la confianza del ordenamiento existente y obran a su favor la buena fe y la seguridad jurídica. Estos contratistas no estaban en la obligación de calcular la amortización de los bienes dispuestos para el servicio, ya que por mandato legal la reversión solo operaba respecto de las frecuencias del espectro electromagnético. Por el contrario, quienes previamente tuvieron oportunidad de hacer tales cálculos, y recuperar la inversión durante la ejecución del contrato, deben regirse por las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece que las demandas que presenten los ciudadanos en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad deberán contener: (i) el señalamiento y transcripción de las normas acusadas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas y de (iii) las razones por las cuales se estiman violadas. Adicionalmente, deberá indicarse (iv) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda y, cuando la norma se impugne por vicios de forma (v) el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado. El tercero de los requisitos antes indicados, conocido como concepto de violación, requiere que el demandante despliegue una labor argumentativa que permita a la Corte fijar de manera adecuada los cargos respecto de los cuales debe pronunciarse y, de este modo, respetar el carácter rogado del control de constitucionalidad.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

Esta Corporación ha consolidado una doctrina sobre los requisitos básicos para examinar la aptitud de la demanda, expuestos de manera canónica en la sentencia C-1052 de 2001, en los siguientes términos: (i) Claridad: exige que cada uno de los cargos de la demanda tengan un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa. (ii) Certeza: Esto significa que (i) la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”; (ii) que los cargos de la demanda se dirijan efectivamente contra las normas impugnadas y no sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. (iii) Especificidad: 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”, que permita verificar una oposición objetiva entre el contenido de las normas demandadas y la Constitución. De acuerdo con este requisito, no son admisibles los argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. (iv) Pertinencia: 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. En este orden de ideas, 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. (v) Suficiencia: Se requiere la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto de la norma demandada. 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 al magistrado 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.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del principio pro actione

La Corte ha establecido que la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione, de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución de 1991. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA-Alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RELATIVA-Alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RELATIVA EXPLICITA O IMPLICITA-Configuración

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las sentencias de constitucionalidad el principio general es la cosa juzgada constitucional absoluta, que se fundamenta en la tarea encomendada a la Corte de confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos constitucionales, incluso si estos no han sido invocados por el demandante. La cosa juzgada constitucional absoluta impide reabrir la discusión sobre la constitucionalidad de las normas sobre las que ya existe pronunciamiento de la Corte, ya sea de inexecuibilidad o de exequibilidad. Sin embargo, en el caso de las declaraciones de exequibilidad, la Corte ha admitido que sus decisiones pueden tener fuerza de cosa juzgada relativa, lo que ocurre cuando la Corte restringe el análisis de constitucionalidad de la norma a la materia que fundamentó el concepto de la violación. Tal restricción deja abierta la posibilidad de interponer nuevas demandas de inconstitucionalidad, a condición de que versen sobre problemas jurídicos distintos a los que en su momento tuvo en cuenta este Tribunal. Sin embargo, dado que el principio general es la cosa juzgada absoluta, un pronunciamiento solo tendrá fuerza de cosa juzgada relativa cuando la Corte, de manera explícita o implícita, restrinja el examen de la norma demandada, exclusivamente a su confrontación con determinados preceptos constitucionales. En ese orden de ideas, según lo expuesto en la sentencia C-774 de 2001, existirá cosa juzgada relativa explícita cuando "...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro..." es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutive de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada". Entretanto, la cosa juzgada relativa tendrá carácter implícito "cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no se indique dicha limitación" caso en el cual "no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el

entendido que sólo se han analizado determinados cargos...". Igualmente, existe una cosa juzgada relativa implícita, "cuando la Corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, igualmente opera cuando la Corte evalúa un único aspecto de constitucionalidad (...), sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada..".

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Carácter instrumental

La Corte, ha expresado el carácter instrumental del contrato administrativo en el marco del Estado Social de Derecho y, la atribución de la potestad ordenadora del mismo en cabeza del Congreso, en los siguientes términos: "implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado".

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Carácter instrumental en el marco del Estado Social de Derecho/CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Libertad de configuración legislativa/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Finalidades/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Límites

INTERES PUBLICO-Concreción/INTERES GENERAL-Importancia en la contratación administrativa/INTERES GENERAL-Estricta sujeción del servidor público en materia contractual/INTERES GENERAL-Determina las actuaciones de la administración, sus servidores y contratistas/INTERES GENERAL-Defensa constituye finalidad de la contratación estatal

PROTECCION DEL PATRIMONIO PUBLICO-Contenido y alcance/PROTECCION DEL PATRIMONIO PUBLICO-Jurisprudencia constitucional

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Definición

El espectro electromagnético ha sido definido, desde el punto de vista técnico, como "una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales". Se trata de un bien de importancia estratégica, en tanto permite "la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones", debido a su aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Elemento integrante del territorio/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a gestión y control del Estado/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Igualdad de oportunidades para acceder a su

uso/PRACTICAS MONOPOLISTICAS EN EL USO DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-
Proscripción/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES-
Intervención del Estado/IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO AL ESPECTRO
ELECTROMAGNETICO-Alcance

CLAUSULA DE REVERSION EN CONTRATACION ESTATAL-Contenidos de rango
legal/CLAUSULA DE REVERSION EN CONTRATO DE CONCESION-Contexto histórico

CLAUSULA DE REVERSION EN CONTRATO DE CONCESION-Jurisprudencia constitucional

CLAUSULA DE REVERSION EN CONTRATO DE CONCESION-Jurisprudencia del Consejo de
Estado/REVERSION EN EL CONTRATO DE CONCESION-Implicaciones y vigencia normativa en
casos de cambio legislativo en la jurisprudencia del Consejo de Estado

REVERSION EN EL CONTRATO ESTATAL DE SERVICIOS PUBLICOS-Características según la
doctrina

Referencia: expediente D-9470

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra el artículo 4° de la Ley 422 de
1998 “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras
disposiciones” y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen
principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las
Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de
Espectro y se dictan otras disposiciones”.

Actor:

Jorge Arango Mejía

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Los capítulos I a V han sido transcritos con escasas modificaciones de la ponencia
inicialmente presentada.

El ciudadano Jorge Arango Mejía, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad,
presentó demanda contra el artículo 40 de la Ley 422 de 1998 “Por la cual se
modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones” y el inciso 4°
del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y
conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, a la cual le correspondió el número de radicación D-9470.

Mediante Auto del ocho de febrero de 2013, fue admitida la demanda presentada, por cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia, el despacho sustanciador dispuso fijar en lista este proceso en la Secretaría General de la Corte por el término de diez días, para efectos de permitir la intervención ciudadana y, simultáneamente, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente. Igualmente, dispuso comunicar la iniciación del presente trámite al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, a la Agencia Nacional del Espectro, al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Javeriana, del Rosario, Libre, Nacional y del Atlántico, para que, si lo consideran conveniente, intervengan en el proceso con el propósito de impugnar o defender la disposición acusada.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas:

“LEY 422 DE 1998

(enero13)

Diario Oficial No. 43.216, de 16 de enero de 1998

“Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones”

“(…)

ARTÍCULO 4°. En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

(…)”

“LEY 1341 DE 2009

(julio 30)

Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio 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.”

“(…)

ARTÍCULO 68.

(…)

En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

(…)”.

En criterio del demandante, las normas acusadas, al prever que en las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones, la cláusula de reversión pactada solo implica revertir al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas, sin incluir los elementos y bienes directamente afectados al servicio, vulneran los artículos 13, 58, 75, 334 y 355 de la Constitución Política.

El actor explica la acusación en los siguientes términos:

Considera que se viola el artículo 58 de la Constitución Política, por parte de las disposiciones acusadas, “por la ilógica y antijurídica manera de pactar la reversión”. A su juicio, las normas impugnadas han creado un conflicto entre el Estado y los particulares que aspiran a contratar la concesión de franjas o frecuencias del espectro radioeléctrico y entre estos y quienes aspiren a obtener una concesión por primera vez, originado en “la manera de pactar la reversión”, pues en virtud de esta, una vez vencido el plazo de la concesión, solo se revierten al Estado las frecuencias radioeléctricas utilizadas y no los bienes afectos a estas, menoscabando el interés general. Agrega que a la solución de dicho conflicto “solamente puede llegarse por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las normas demandadas”.

Indica que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 Superior, “el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”, razón por la cual, la reversión prevista en las preceptivas acusadas carece de sentido, pues no se puede revertir al Estado lo que nunca ha dejado de pertenecerle. Sobre el particular, señala: “¿por qué hablar de reversión de lo que es del Estado y en ningún momento deja de serlo aunque se conceda su uso a un particular para prestar un servicio público? Decir que el espacio electromagnético revierte es un imposible lógico y jurídico porque no puede volver al Estado, en virtud de una supuesta reversión, lo que jamás ha dejado de ser del mismo Estado. “Lo que sucede, es que, al terminar la concesión, el particular deja de usarlo y la franja sigue sujeta a la gestión y control del Estado, “porque nunca dejó de ser suya”. A partir de dicho planteamiento,

considera que, como el “ordinal 2° del artículo 14 de la Ley 37 de 1993” establece que en los contratos de concesión se debe incluir la cláusula de reversión, al no poderse revertir el espectro, debe entenderse que lo que se revierte son los bienes que son el resultado del ejercicio de la concesión, que en relación con la telefonía móvil serían los equipos de transmisión y de las informaciones almacenadas.

Afirma que si no se revierten al Estado los bienes que son el resultado de la concesión, “el concesionario, por el hecho de serlo o haberlo sido, quedaría por encima de cualquier posible competidor y en una manifiesta posición de ventaja frente al propio Estado”, lo que vulnera el artículo 13 Constitucional. Concluye que “la única manera de remediar esa desigualdad entre los aspirantes nuevos y el antiguo concesionario, sería la declaración de inconstitucionalidad de las normas”.

Con base en lo anterior manifiesta que “un contrato cuya finalidad sea la concesión del uso del espectro electromagnético, es inconstitucional si no establece la reversión de los bienes que son el resultado del ejercicio de la concesión (cláusula excepcional), porque no puede existir jurídicamente con las normas constitucionales citadas”, de allí que “en los contratos de concesión celebrados con los operadores de telefonía móvil celular, TMC, en 1994, se pactó la cláusula de reversión en los siguientes términos: ‘al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la Nación-Ministerio de Comunicaciones, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna’ (cláusula 23 de los contratos)”.

Indica que las normas demandadas desconocen también el artículo 334 de la Constitución Política, porque el particular que en virtud de la concesión, al término de esta, no entrega los bienes que adquirió por causa y con ocasión del servicio y afectos a este, queda en posición dominante frente a los otros particulares que aspiran a prestarlo en competencia con el, lo que implica una distribución inequitativa de oportunidades.

De igual manera, señala, se desconoce el artículo 355 del mismo ordenamiento Superior, por cuanto que, de no consagrarse la reversión de los bienes adquiridos por causa y ocasión del servicio y afectos a este, se generaría una donación o auxilio a favor de la persona natural o jurídica del concesionario, contraria a la prohibición prevista en la norma citada.

Finalmente, aclara el actor que las normas demandadas se encuentran vigentes, y que “el artículo 4o de la Ley 422 de 1998, no es contrario al inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, y por tanto no está derogado por él, ni tampoco por el inciso segundo del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC)

Mediante apoderado especial, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicitó declarar la constitucionalidad de las normas demandadas, con base en los siguientes argumentos:

Según su entender, en la Constitución Política no existe una disposición que contemple o de la que se infiera la reversión, su forzosa inclusión en algún contrato, su contenido y los bienes que se puedan afectar con ella.

En ese contexto, entiende que la naturaleza de la cláusula de reversión es la de ser un componente de los contratos de concesión de libre configuración normativa, susceptible de ser complementada por vía dispositiva. El legislador, es entonces el encargado de determinar los alcances y los bienes sobre los que se predica la reversión y de indicar los contratos en los que la misma opera, no siendo un elemento de la naturaleza del contrato de concesión, por cuanto en el ordenamiento interno, a pesar de que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 estableció la reversión en términos generales para el contrato de concesión, el numeral 4o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por medio del cual este se tipificó, no la señaló como un elemento característico del mismo. Además, no hay una norma explícita que pacte la reversión en los contratos de concesión de servicios públicos, por lo que queda supeditada a las partes contratantes.

Llama la atención sobre el hecho de que en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, que puede adelantarse por medio de concesiones (Ley 37 de 1993), se estableció expresamente el tema de la reversión solamente de las frecuencias radioeléctricas (Ley 422 de 1998, disposición que fue ratificada por el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009), cuyo uso se permitió y las cuales se deben restituir por la naturaleza de bien público y por su contemplación legal e imperativa. Destaca que no existe ninguna norma que establezca que al finalizar el contrato de concesión, se restituyan bienes diferentes a los contemplados, antes bien, pudiendo hacerlo el legislador, este limitó la reversión a las señaladas frecuencias, las cuales se pueden revertir acorde con la significación técnica jurídica, "toda vez que se pueden (y deben) revertir bienes que nunca dejaron de ser públicos y que sólo fueron usados por el concesionario".

Lo anterior no significa una afectación a la libre competencia ni una posición dominante, pues se trata de una realidad de mercado, que "podría ocurrir (...) en el caso de un concesionario antes o después de la reversión, y de manera independiente a los bienes que se entiendan relacionados con ella".

Resalta que, hacia el futuro, los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones serán menos frecuentes, por cuanto el artículo 10° de la Ley 1341 de 2009 estableció la habilitación general, esto es, que no es necesario para la prestación de los servicios de telecomunicaciones el título habilitante como lo era antes la concesión. Ahora, solo se requiere de una autorización para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, bien de uso público que es administrado por el Estado.

En relación con el cargo que sustenta la violación del artículo 58, señala el interviniente que no existe claridad en su estructuración, en cuanto hace referencia a la aplicación de una ley y no controvierte el contenido material de esta o su procedimiento de formación. Agregó que no se puede generar conflicto respecto de la concesión, por cuanto en virtud de la habilitación general, esta no será necesaria.

Respecto al cargo contra el artículo 334, reitera que no está prohibida la posición

dominante y que a la misma se puede llegar por distintas situaciones de mercado, las cuales no tienen relación con la reversión.

Finalmente, destaca que no puede considerarse vulnerado el artículo 355 de la Constitución Política, por cuanto señalar que la no inclusión de bienes propios del concesionario afectos o no al servicio supone una donación, desnaturaliza la idea de donación y de propiedad privada, pues para que aquella exista es necesario que el donante sea titular de los bienes donados.

1. Departamento Nacional de Planeación

Mediante apoderado, el Departamento Nacional de Planeación solicitó a esta Corporación que “se inhiba frente a la acusación de fondo contra las normas demandadas, por ausencia concreta de cargo”. Subsidiariamente, solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-403 de 2010.

A juicio del interviniente, el demandante no cumplió con las exigencias de precisión, suficiencia y claridad de los cargos, dado que presenta una argumentación vaga y subjetiva que no permite una real confrontación de las disposiciones acusadas con la Constitución, pues no se explica cómo y por qué ocurre la vulneración y, en concreto, en qué se oponen las normas acusadas a la Carta Política. Añade que se demandó una norma que no tiene nada que ver con la reversión de las frecuencias como lo es el artículo 4° de la Ley 442 de 1998.

Considera, igualmente, que lo que cuestiona el demandante es la existencia de una omisión legislativa absoluta, la cual estaría representada en la afirmación de que una ley que no consagra la reversión en este tipo de contratos en el fondo decreta una donación o auxilio a favor de la persona natural o jurídica del concesionario. Frente a este raciocinio, destaca el interviniente, lo máximo que podría acontecer es que se exhortara al Congreso a expedir los apartes faltantes, mas no declarar la inconstitucionalidad como lo pretende el accionante, pues no existe norma que exija que la ley orgánica se expida en un solo acto.

Finaliza señalando que la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-403 de 2010, la cual declaró exequible el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, y en la que se consideró que el legislador se limitó a respetar el acceso de los operadores establecidos bajo el régimen anterior y no introdujo tratamientos distintos para situaciones iguales que vulneren los derechos a la igualdad y a la libre competencia.

2. Comisión de Regulación de Comunicaciones

Por medio de apoderada especial, la Comisión de Regulación de Comunicaciones solicita a la Corte declararse inhibida en relación con algunos cargos, y declarar exequibles las normas demandadas en relación con otros. La interviniente explica su posición en los siguientes términos:

Afirma que, frente a la presunta vulneración del artículo 58 de la Constitución Política, la Corte debe proferir fallo inhibitorio, pues el accionante ni siquiera esbozó de qué

manera se configurarían los presupuestos fácticos y jurídicos que den cuenta de dicha trasgresión, faltándole claridad al cargo. Precisa que si se tuvieran que revertir al Estado los bienes afectos a la prestación del servicio de telefonía móvil, como la propone el actor, el Estado quedaría por encima de cualquier competidor y en ventaja frente al particular, por lo que esta consideración no modifica las condiciones monopólicas del mercado, de allí que con o sin reversión puede haber posición dominante en el mercado.

En lo que atañe a la vulneración al artículo 75, también considera la interviniente que el actor parte de premisas equivocadas, pues la ley no está otorgando concesiones perpetuas y el interés del legislador, según los antecedentes legislativos de la Ley 422 de 1998, es otorgar la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y dar un permiso temporal para el uso y explotación de las frecuencias radioeléctricas, las cuales no salen del dominio del Estado, no se desgastan y se debe devolver al Estado quien es el titular. De este modo, al no haber enajenación del espectro radioeléctrico, no se desconoce el referido artículo constitucional.

Agrega que, además, el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, citado erróneamente por el demandante como de la Ley 37 de 1993, para señalar que la reversión es una cláusula en los contratos de concesión, tiene la misma jerarquía de las normas demandadas -leyes ordinarias-, por lo cual no puede ser utilizado como referente del juicio de inconstitucionalidad en relación con disposiciones que, por lo demás, son posteriores a la Ley 80 de 1993 y tienen carácter especial frente a ella.

Aduce que las normas impugnadas no vulneran el artículo 334 de la Constitución Política, por cuanto la reversión como está en ellas definida, no genera inequidades, “pues en un mercado siempre habrán competidores más grandes que otros, independientemente si hay reversión o no”. Además, los particulares que decidan entrar al mercado de las telecomunicaciones, no necesariamente deben invertir en infraestructura de redes, por cuanto podrán hacer uso de las redes existentes de otros proveedores en los términos del Régimen de Acceso, Uso e Interconexión, previsto en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1341 de 2009 y en la Resolución CRC 3101 de 2011.

En todo caso, considera que la situación de inequidad se generaría respecto de los particulares con el propio Estado, quien sería el propietario de la infraestructura y no con respecto a otros particulares que tengan la pretensión de entrar al mercado de las telecomunicaciones.

Con respecto al cargo por vulnerar el artículo 355 de la Carta, entiende igualmente que el mismo es improcedente, ya que la infraestructura desplegada por los operadores de telecomunicaciones no es de propiedad del Estado y, por ende, no se podría configurar una donación. Además, cuando se otorga una concesión para el uso de bienes públicos como el espectro radioeléctrico, el Estado no ha pagado por los bienes afectos a la prestación del servicio público que permita el paso a su propiedad una vez ocurrida la amortización de las inversiones, por lo que si se impusiera que la infraestructura se revertera a título gratuito al Estado, se vulneraría el artículo 58 Constitucional.

4. Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -Andesco-

Quien interviene en representación de Andesco, solicita a la Corte verificar la aptitud de la demanda y, si se encuentra que hay lugar a un pronunciamiento de fondo, que declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Asimismo, solicita a la Corte que verifique si se ha cumplido con los requisitos de claridad, suficiencia, pertinencia, certeza y especificidad en los cargos que sustentan la demanda, pues, considera que en algunos casos no se logra entender cuál es el argumento que se señala para indicar que las normas riñen con los artículos constitucionales citados; no se hace referencia a argumentos específicos y se exponen ideas vagas, indeterminadas y comentarios indirectos, abstractos y globales.

Específicamente, respecto al cargo por violación del artículo 58 de la Constitución Política, señala que la demanda no es clara y que tampoco lo es la razón del conflicto entre las normas legales demandadas y el mencionado artículo constitucional.

En lo que se refiere a los asuntos de fondo, manifiesta el interviniente que el actor parte de un supuesto equivocado, cual es el de creer que las concesiones de servicios de telecomunicaciones deben tener el mismo tratamiento que las concesiones a las que se refiere la Ley 80 de 1993. Destaca que, de acuerdo con la Constitución, el legislador está facultado para establecer de manera autónoma y diferente el Estatuto General de la Contratación (inciso final del artículo 150 C.P.) y la regulación de la prestación de los servicios públicos (numeral 23 del artículo 150, 365 y 367 C.P.), por lo que no se puede deducir que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, acerca de la reversión, deba ser aplicable a toda concesión en Colombia.

El legislador tiene la potestad de regular por aparte y en forma posterior y diferente, materias que habían sido reglamentadas. De este modo, si había regulado por medio de la Ley 80 de 1993 asuntos relacionados con las telecomunicaciones, muchas de esas disposiciones han sido derogadas y modificadas posteriormente bajo la cláusula general de competencia que le permite al Congreso expedir leyes concretas e integrales en materia de servicios públicos. Así se determinó en la Sentencia C-066 de 1997, en la que se definió que, de acuerdo con la facultad que se otorga en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, el legislador, en lo relativo a los servicios públicos en general, tiene la posibilidad de desarrollar, dentro del marco legal, lo referente a los contratos de manera independiente de la Ley 80 de 1993, idea reiterada en sentencias de constitucionalidad C-741 de 2003, C-284 de 1997, C-150 y C-503 de 2003 y C-736 de 2007. De este modo, concluye que el Congreso tiene la libertad de determinar reglas especiales y diferentes sobre concesión y reversión.

Indica que, en virtud de la habilitación general prevista en la Ley 1341 de 2009, el prestador del servicio puede dedicarse a la actividad de telecomunicaciones sin más requisitos que los que dicha ley le impone, y sin tener que acceder a una concesión, salvo que se requiera usar el espectro, caso en el cual será el único bien objeto de reversión, pues ese fue precisamente el querer del legislador, quien justificó que la reversión recayera solo en el espectro y no en la infraestructura, en aras de proteger la inversión de los particulares en el sector, al igual, que la ampliación de los intervinientes en

la gestión del servicio (actas números 118 -Gaceta 423- y 119 - Gaceta 424-).

Afirma igualmente que no se vulnera el artículo 58 de la Constitución Política, al no entregar al Estado la infraestructura para prestar el servicio de telecomunicaciones y aplicar la reversión solo al espectro, en razón a que quienes incursionan en este tipo de actividades asumen la carga de realizar por su cuenta y riesgo las inversiones que la misma conlleva y agrega que no se atenta contra el interés general, por cuanto dicha propiedad que ponen a disposición los particulares, procura la satisfacción de necesidades insatisfechas colectivas como lo son los servicios públicos.

En lo que atañe a la trasgresión del artículo 75 de la Constitución Política, destaca que la Ley 1341 de 2009, en su artículo 11, al regular el uso del espacio radioeléctrico, protege el espectro dada su condición de bien público inenajenable e imprescriptible y que las normas demandadas ordenando la reversión del mismo garantizan el cumplimiento de dicho artículo constitucional.

Considera que no se vulnera el derecho a la igualdad (artículo 13 de la C.P.), por cuanto “quien obtenga una autorización para el uso del espectro electromagnético en condiciones de selección apropiadas tiene, bajo el esquema de libertad de empresa, las mismas posibilidades de implementar los bienes que le permitan usar dicho bien (espectro)”. Además, devolver los bienes a través de los cuales se explotó el espectro, inclina la balanza a favor de la persona entrante quien no va a incurrir en los gastos que asumió el que inicialmente estuvo en esa actividad.

Concluye señalando que no se vulneran los artículos 334 y 355 de la Constitución Política. El primero, por cuanto se justifica la intervención del Estado en la economía y, el segundo, en razón a que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, definió que sólo se revierte el espectro y la Constitución no señala reglas sobre la materia.

5. Colombia Móvil S.A. ESP y Santiago Jaramillo Caro

Los citados intervinientes le solicitan a la Corte que se declare inhibida para conocer de la presente demanda, o en su defecto, que declare exequibles las disposiciones acusadas. Para sustentar su solicitud presentan los siguientes argumentos:

Con respecto a la presunta violación del artículo 58 Superior, consideran que el actor no justificó sus afirmaciones con razones claras, específicas y suficientes. A su juicio, “la demanda se limita a afirmar -no a explicar o demostrar- que las disposiciones acusadas contravienen el artículo 58 de la Carta Política, por privilegiar el interés particular sobre el interés público. No obstante, estas aseveraciones no bastan para formular un cargo de inconstitucionalidad a la luz de lo previsto en el artículo 2.3 del Decreto 2067 de 1991, según el cual “[l]as demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán (...) 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados”.

En relación con lo antes expuesto, sostienen que, si bien el actor sustenta la presunta inconstitucionalidad del artículo 58 de la Carta, en la existencia de un conflicto entre los

derechos de los particulares y la necesidad reconocida en las leyes expedidas por motivos de utilidad pública e interés social, “lo cierto es que en parte alguna identifica el interés público y el interés particular que presuntamente se encuentran comprometidos”, limitándose “a mencionar que la difusión de la cultura es un interés social, sin preocuparse por explicar la relevancia de dicha circunstancia para el caso objeto de estudio”.

Afirman que, contrario a lo expuesto en la demanda, declarar la inconstitucionalidad de las normas acusadas generaría la violación al artículo 58 Superior y de obligaciones internacionales, por cuanto quedaría vigente el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que se refiere a la cláusula de reversión en los contratos de concesión de bienes del Estado; se modificaría la voluntad del legislador y los bienes pasarían a la titularidad del Estado, sin lugar a pagar compensación o indemnización alguna al concesionario, generando una expropiación sin indemnización, lo cual está prohibido en la Constitución, y el Estado se vería enfrentado al incumplimiento de sus obligaciones adquiridas por tratados que protegen la propiedad privada (artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y múltiples tratados de protección de inversiones).

En lo que hace referencia al cargo contra el artículo 75 Superior, aducen que el demandante alega una omisión legislativa relativa sin demostrar los elementos que la configuran, por cuanto: (a) no explica por qué la reversión al Estado de los bienes diferentes a las frecuencias radioeléctricas es condición indispensable para que las normas acusadas sean constitucionales; omite que el verbo revertir tiene otras acepciones entre las que está volver al estado anterior y que no implica necesariamente que salga de la propiedad de un sujeto y vuelva a su propietario anterior y que el legislador está en la libertad de darle contenido y alcance a dicho vocablo; (b) no explica si existe o no justificación para la omisión del legislador y (c) no analiza la configuración de una vulneración de derechos fundamentales, pues no evidencia la supuesta ventaja que la norma le concede a quienes han sido concesionarios de dichas frecuencias.

Sostienen que, aun cuando el término reversión se emplea en los artículos demandados sin rigor jurídico, la falta de técnica legislativa no implica la inconstitucionalidad de las normas. La reversión no es de la esencia de las concesiones de servicios públicos en general, ni de las telecomunicaciones en particular (C-068-09), y si no se pacta respecto de los bienes particulares del concesionario afectado por este a la prestación del servicio, el Estado no puede apropiarse de los bienes sin cumplir con los requisitos de la expropiación. Señalan, además, que el ordinal 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, impone pactar la cláusula de reversión en contratos que tengan por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado y no los que corresponden a la concesión de servicios públicos, entre ellos, el de las telecomunicaciones.

Frente a la violación del artículo 13 de la Carta, destacan que el actor no aborda ninguno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para concluir que se vulnera tal mandato. En todo caso, la Corte, en la Sentencia C-403 de 2010, reconoció que el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, hace parte de un régimen de transición que faculta a los proveedores a mantener sus concesiones o a someterse al régimen de habilitación

general, para lo cual concede para quienes se acojan al nuevo régimen, por una sola vez, la renovación de los permisos iniciales para el uso del espectro radioeléctrico y que los concesionarios a quienes se refiere el mencionado artículo no se encuentran en situación similar a quienes aún no han recibido concesión o habilitación para la prestación del servicio.

Adicionalmente, enfatizan que el accionante en la demanda no analiza las normas que rigen la selección de los contratistas respecto del artículo 4° de la Ley 422 de 1998, ni estudia el peso que la propiedad de los bienes que han sido utilizados para prestar servicios de telecomunicaciones podría tener en la asignación de una concesión. Además, haber realizado una inversión cuantiosa por parte de los concesionarios y contar con experiencia en la actividad, son circunstancias que generan una ventaja justificada en un procedimiento de selección objetiva y no existe mandato constitucional que obligue al legislador a determinar la reversión de los bienes y elementos de propiedad de los operadores en el régimen de las telecomunicaciones.

Tratándose de la presunta violación de la igualdad, también destacan que el numeral 5° del artículo 2° y el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 aseguran el acceso en igualdad de oportunidades, al disponer que para el uso del espectro radioeléctrico deben adelantarse procedimientos de selección objetiva mediante convocatoria pública, lo que impide el otorgamiento de privilegios. Además, no se da en concesión el espectro radioeléctrico sino la concesión de servicios públicos de telecomunicaciones (artículo 10 de la Ley 1341 de 2009). Las frecuencias radioeléctricas no son asignadas al concesionario ni se les entregan para su explotación como sucede en las concesiones de explotación de bienes, lo que se otorga es un permiso para usar bandas o frecuencias del espectro radioeléctrico.

De este modo, el mismo legislador ha impuesto reglas precisas para promover y preservar la competencia y evitar abusos de la posición dominante, lo que impide que el concesionario que no revertió los bienes quede por encima de cualquier posible competidor y en posición de ventaja frente al Estado. Además, los actuales operadores y los que aspiran a serlo “tienen acceso a la red de telecomunicaciones del Estado, de la que forman parte los elementos y bienes que tales operadores han establecido para el desarrollo de su objeto, al punto que dicha red está al servicio de todos ellos” (numeral 3 del artículo 2°, numeral 9 del artículo 4° y artículo 50 de la Ley 1341 de 2009).

Señalan que el cargo contra el artículo 334 Superior, no cumple con los requisitos de pertinencia y suficiencia, por cuanto no precisa por qué las normas acusadas generan una ventaja competitiva, por lo que se dirige a resolver un problema hipotético e inverosímil. En todo caso, de aceptarse que las normas otorgan ventaja, debía el demandante analizar si el legislador excedió el margen de configuración que le confiere la Constitución Política para la regulación de los servicios públicos, sin más condicionamiento que asegurar la libre y leal competencia, aspecto que no fue considerado en la demanda.

Finalmente, en punto al cargo contra el artículo 335 de la Constitución, subrayan que no cumple con los requisitos de claridad y suficiencia; pues ninguna de las premisas del demandante se refiere al concepto de donación y además no genera los insumos para

que la Corte analice la imputación de inconstitucional de las normas demandadas. Aclaran, en todo caso, que limitar la reversión a las frecuencias del espectro radioelétrico cuya utilización se hubiera permitido al concesionario no implica una donación, pues el Estado no puede desprenderse de bienes de los que no es titular, para transferirlos a un particular quien es su legítimo propietario.

Los intervinientes concluyen su intervención destacando el amplio margen de configuración normativa con que cuenta el legislador en materia de contratación estatal, cláusula de reversión y prestación de servicios de telecomunicaciones.

En relación con la solicitud de inhibición, la primera consideración del interviniente va dirigida a cuestionar el hecho de no haberse conformado la proposición jurídica completa, esto es, no haber identificado la demanda “de manera completa la totalidad de las disposiciones legales que dan lugar a la norma jurídica cuya exequibilidad se cuestiona”. Sostiene al respecto que, a pesar de que se demandó el artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, la cláusula de reversión para el sector de las telecomunicaciones está regulada en otras disposiciones, como son: el inciso 2 del artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994; el literal h) del artículo 58 de la Ley 182 de 1995; el último inciso del artículo 8 del Decreto 2343 de 1996; el artículo 9 del Decreto 1119 de 1997; el artículo 3° del Decreto 2542 de 1997; el artículo 12 del Decreto 556 de 1998; el artículo 4 de la Ley 422 de 1998; el artículo 19 de la Ley 555 de 2000.

Entiende también, que la demanda no cumple con el requisito de pertinencia, por cuanto no fue empleada con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución, sino para resolver litigios particulares y con la pretensión de injerir en el actual proceso de subasta de frecuencias del espectro radioelétrico para la prestación de servicios de datos con redes de cuarta generación.

Frente al cargo contra el artículo 58 Constitucional, aduce que el actor no explica por qué la cláusula de reversión es “ilógica y antijurídica”; no ofrece ningún argumento que permita enfocar el debate constitucional sobre la validez de la norma; el vicio que alega relacionado con el conflicto de intereses desconoce abiertamente las exigencias de especificidad y pertinencia; no acreditó que la ley fue expedida por motivos de utilidad pública o interés social ni que existe una colisión entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la ley. En conclusión, el actor no explica las razones por las cuales dicha norma superior es vulnerada.

Tratándose del cargo contra el artículo 75 Constitucional, resalta que el mismo no cumple con los requisitos de certeza y especificidad, el demandante no explica por qué la Constitución ha sido infringida, pues la finalidad de dicho artículo es excluir las posibilidades de comercio y de prescripción del espectro electromagnético y la norma acusada en ningún momento lo introduce al comercio como tampoco limita su naturaleza pública, inenajenable e imprescriptible. Así, la demanda se fundamenta en el particular entendimiento de las disposiciones por parte del actor y no sobre una proposición jurídica real y existente.

Las normas demandadas no transfieren la propiedad del espectro electromagnético a los

contratistas, sino que regulan el alcance de la cláusula de reversión en los contratos de concesión, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicación. Las normas demandadas disponen que sólo se revierten las frecuencias radioeléctricas. Sin embargo, esta consecuencia jurídica prevista en ambas normas es la conclusión de diferentes supuestos de hecho, pues “el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 se aplica de manera exclusiva, y ‘a partir de la fecha de su expedición’ a los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones” y “el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 se reserva al caso de quienes tuviesen vigentes ‘concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones’ y decidieran acogerse al régimen general de habilitación consagrada en dicha ley”.

Señala que, al no contener el artículo 75 Superior el sentido de la legislación que desarrolle el alcance de la cláusula de reversión, no existe ninguna oposición objetiva y verificable entre la Constitución y los artículos demandados.

En el caso del juicio de igualdad (artículo 13 C.P.), entiende el interviniente que el actor no cumplió con el requisito de especificidad, pues la situación en la que se encuentra cada sujeto mencionado por el accionante (concesionario y cualquier posible competidor) hace imposible la aplicación del test de igualdad. Además, la demanda no da una explicación acerca de las razones por las cuales el tratamiento resulta ilegítimo y tampoco justifica por qué las normas conducen a una posición de dominio de mercado. Precisa que, de aceptarse la actitud del cargo, la Corte debe estarse a lo resuelto en la Sentencia C-403 de 2010, providencia en la que bajo el cargo de afectación a la igualdad (artículo 13 C.P) y a la libre competencia (artículo 333 C.P.), se concluyó que el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 es constitucional, por cuanto no consagra tratamientos distintos para situaciones iguales, establece un régimen de transición respetuoso de las situaciones consolidadas y estimula la transición de los contratistas a la nueva normatividad por medio de estímulos.

Frente al cargo de vulneración del artículo 334 Superior, subraya que la demanda incumple con la exigencia de certeza, por cuanto la acusación no recae sobre el contenido objetivo y real de la disposición demandada, sino sobre uno inferido por el actor, pues la posición de dominio que alega el actor no se desprende de las normas demandadas. El único argumento que ofrece es la afirmación incierta de la creación de posiciones de dominio.

Con respecto al análisis de fondo, considera el interviniente que las normas son constitucionales, por cuanto la doctrina nacional y foránea ha concluido que la cláusula de reversión supone el retorno de los bienes que son de propiedad del Estado y que han sido confiados al contratista a título de tenedor para cumplir su objetivo contractual, por lo que no supone en todos los casos la transferencia de propiedad de los bienes que durante el contrato se encontraba en cabeza del contratista. Agregó que “resulta particularmente mendaz la afirmación según la cual el artículo 78 (sic) se deduzca que la cláusula de reversión ha de extenderse sobre bienes distintos a las frecuencias radioeléctricas”.

Destaca que, gracias a la convergencia tecnológica, la provisión de diferentes servicios de

telecomunicaciones se hace a través de la misma infraestructura dispuesta por los operadores y que se usa, por ejemplo, en los contratos de concesión de telefonía móvil; la regulación actual de telecomunicaciones se basa en mercados y no en servicios; no se exige a los proveedores de los servicios que sean los dueños de su propia red, así unos pueden competir en servicios de telecomunicaciones, mientras que otros en la provisión de redes de telecomunicaciones y la red de telecomunicaciones no se adhiere a unas bandas específicas del espectro radioeléctrico, ya que la misma puede usarse para otras bandas del espectro radioeléctrico que sean asignadas en un futuro.

Recuerda que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-324 de 2009, determinó supuestos de infracción del artículo 355 Superior entre los que no está el alcance de la cláusula de reversión. Las normas demandadas no autorizan una donación, sino que son producto del actuar legítimo del legislador, por lo que no se vulnera el señalado artículo constitucional.

Concluye que "en el sector de las telecomunicaciones el concesionario debe mantener la titularidad de la red de telecomunicaciones, revirtiendo únicamente las frecuencias del espectro electromagnético y/o radioeléctrico".

En punto a la solicitud de exequibilidad condicionada, sostiene que el artículo 4o de la Ley 422 de 1998 modificó, por ministerio de la ley, los contratos de concesión que estaban vigentes para la época de la aprobación de dicha ley, esto es, que dicha norma afecta los contratos de concesión que estaban vigentes al momento de su expedición, por cuanto: (a) el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil determinó que la cláusula de reversión se trata de una cláusula reglamentaria vinculada con el servicio y que al afectar el interés público, el Estado se encuentra autorizado para introducir modificaciones unilaterales en la materia (...); (b) los tribunales de arbitramento se han pronunciado en el sentido de indicar que al eliminar el Estado la reversión que originalmente era aplicable al contrato de concesión por medio del artículo 4° de la Ley 422 de 1998, el mismo Estado no puede alegar posteriormente la ruptura del equilibrio económico en contra de la Nación y (c) de manera unívoca y reiterada se han revertido al Estado únicamente las frecuencias del espectro electromagnético y/o radioeléctrico y no los demás bienes con los cuales se proveen redes y/o servicios de telecomunicaciones, suponer lo anterior implicaría un abierto desconocimiento de la confianza legítima consagrada en el artículo 83 Superior.

Por lo anterior, solicita declarar la constitucionalidad de la norma demandada, o, en su defecto, la "exequibilidad condicionada en virtud de la cual se precise, que, en concordancia con el artículo 83 superior, el artículo 4° de la Ley 422 de 1998 introdujo un cambio en las cláusulas de reversión de los contratos que se hallaban vigentes al momento de la promulgación de dicha ley y que los contratos que fueron objeto de modificación en virtud de la Ley 422 artículo 4° no se podrían afectar."

7. El ciudadano Juan Carlos Esguerra Portocarrero, interviene en el presente juicio para impugnar la demanda y solicitarle a la Corte que sean negadas las pretensiones en ella contenidas, por cuanto "las disposiciones legales impugnadas no adolecen de inconstitucionalidad alguna".

Previo a la exposición de las razones en que funda la solicitud, el interviniente llama la atención de la Corte sobre la ausencia de una causa de inconstitucionalidad en el presente caso, derivada del hecho de considerar que el asunto propuesto por el actor “no es, propiamente hablando, un asunto relativo a la conformidad o la disconformidad de unas disposiciones legales con la Constitución Política”. Explica dicho aserto, en los siguientes términos:

“En efecto, si bien se miran las cosas, aquí la cuestión no consiste en que, al hacerse el ejercicio de pasar las anotadas normas legales por el matiz de los preceptos constitucionales, aquellas resulten contrarias a estos ‘en su contenido material’. Es decir, no consiste en que entre unas y otras haya, como se pretende, una antinomia conceptual, que surja de que mientras aquellas dicen blanco, estas, en cambio, dicen negro -o siquiera gris-, como tampoco, en que las unas nieguen lo que afirman las otros. Y por lo tanto, no puede conducir, como se solicita, a que, en aras de volver por los fueros pretendidamente vulnerados de la supremacía constitucional y de la integridad del orden jurídico, se disponga la invalidación de las primeras.

Así pues, en los términos mencionados, que por lo demás son los del artículo 241 de la Carta, la verdad es, señores Magistrados, que el ‘contenido material’ de las normas legales de marras no choca con ningún precepto constitucional, y ni siquiera plantea frente a uno cualquiera de ellos o al todo constitucional, reparo, desafío o inquietud conceptual algunos.”

Aclarado lo anterior, el interviniente reitera que el contenido material de las normas impugnadas no contradice ningún precepto constitucional. Precisa que ni el tema de las concesiones ni el de la reversión tienen rango constitucional y, por tanto, su regulación y el sentido que debe tener en materia de contratación y concesiones, es asunto que le corresponde definir a la ley (numerales 9° y 14° y el inciso final del artículo 150 y el artículo 352), lógicamente, dentro del marco de la Carta Política: Explica que, siendo así, “es evidente que las inquietudes teóricas o prácticas que, como en este caso, puedan suscitarse en torno de si determinados contratos estatales deben incluir o no una específica estipulación, y de si esa estipulación debe tener uno u otro sentido y contenido, son cosa del resorte del Congreso y de la política legislativa que, por sí solas, no trascienden a la Constitución, al debate constitucional y a la Corte Constitucional. Simple y llanamente, corresponden a un plano distinto, de nivel inferior”.

En contexto, afirma que la regulación normativa de la concesión, y dentro de ella de la reversión, es plural y diversa en función de las categorías y de las especies, y determinada por la finalidad principal que se persigue, ya sea la realización de una actividad propia del Estado o de prestación de un servicio público; la construcción de una obra pública; y la administración, operación o explotación de un bien del Estado. En esas categorías “se inscriben las varias distintas especies particulares de concesiones nominadas que, separadamente por causa de su diversidad material, la de los criterios que los gobiernan y la de las particulares características contractuales de cada una, están hoy reguladas en Colombia”.

Sostiene que el presupuesto de que parte la demanda es equivocado, pues “no es cierto

que el vocablo reversión implique forzosa e ineludiblemente un traslado de dominio sobre un bien y presuponga uno previo en sentido contrario, como si tal traslado fuera de su esencia". Si bien la aludida acepción hace parte de las previstas en el Diccionario de la Lengua Española, apareciendo como la que corresponde en derecho, los propios diccionarios jurídicos especializados se encargan de desvirtuar tal hipótesis, pues en ellos, el referido vocablo "tiene un solo y unívoco significado, cual es el de '[l]a restitución de una cosa al estado que tenía, o la devolución de ella a la persona que la poseía primero". Esto, en plena concordancia con el artículo 75 de la Carta, que define que las frecuencias radioeléctricas son un bien inenajenable.

En relación con esto último, destaca el interviniente que los artículos 5° de la Ley 72 de 1989 y 4° del Decreto Legislativo 1900 de 1990, establecen que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones. La Ley 1341 de 2009 (artículo 10 y 15) establece que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones se habilitará de manera general, a cambio de una contraprestación periódica y mediante el simple expediente de la inscripción en el registro respectivo. El permiso de uso del espectro radioeléctrico y la correspondiente asignación de la respectiva parte del espectro no involucra una transmisión de dominio sobre estas, lo que se otorga es una autorización de uso de una porción del espectro radioeléctrico, mediante la asignación de bandas o frecuencias según el caso.

Refiriéndose a la Sentencia C-250 de 1996, señala que cuando la Corte, acogiendo un criterio del Consejo de Estado, definió que la reversión es de la esencia del contrato de concesión, no se percató que la cita del Consejo de Estado hacía referencia al contrato de concesión en materia de minas y petróleos que tiene su origen en el artículo 25 de la Ley 37 de 1931, la cual hace referencia a la reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales. En materia de telecomunicaciones lo que se otorga es un permiso para el uso de un bien público, de allí que finalizado el contrato se debe devolver el espectro radioeléctrico que fue asignado para ello.

Así las cosas, entiende que en nada se desnaturaliza el contrato, o se lesionan los derechos del Estado o de terceros, con el hecho de que no se reviertan los bienes afectos a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, pues no son necesarios para la continuidad en la prestación del servicio público, más aún cuando, actualmente, está vigente la figura de la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y permisos particulares para el uso del espectro conforme con la Ley 1341 de 2009.

Concluye su intervención destacando que los cargos no corresponden a falla alguna imputable a las normas demandadas o al legislador, sino solo a un particular entendimiento del actor que distorsionó su claro propósito, sentido y alcance y que lo condujo a la errada conclusión de que eran contrarias a la Carta. Las normas responden al ejercicio de la función legislativa, por lo que atender favorablemente las pretensiones de la demanda, recortaría de manera antijurídica la competencia del Congreso y alteraría el equilibrio contractual que tienen los negocios jurídicos de concesión del servicio de telefonía móvil celular vigentes.

8. El ciudadano Antonio María Barrera Carbonell intervino en el presente juicio, para impugnar la demanda y solicitarle a la Corte que declare exequible las normas demandadas.

En relación con la demanda contra el artículo 58 de la Carta, aduce que el cargo está formulado de manera antitécnica y deficientemente argumentado, “porque aunque se alude a la generación de un presunto conflicto, entre el Estado y los particulares, en razón del pacto de reversión, que tiene que resolverse en favor del interés social, no se hace un desarrollo del problema, ya que no se indica en qué consiste el conflicto, ni se explica su naturaleza, entidad o magnitud, ni por qué resulta ilegítimo a la luz del artículo 58 constitucional el pacto de reversión”.

Sostiene que el artículo 58 Superior se refiere exclusivamente a la protección constitucional de la propiedad privada en cabeza de los particulares, que posee los atributos propios del dominio, como es el derecho a gozar y a disponer de ella, con arreglo a la función social y a la ecológica que le es inherente. Sobre esa base, afirma que, en cuanto el Estado no tiene sobre el espectro electromagnético un derecho de propiedad a título económico o patrimonial, “sino que sobre aquél lo que se ejerce es el llamado dominio eminente, que es expresión de la soberanía interna que lo faculta para adoptar decisiones sobre las personas que conforman el territorio bajo su jurisdicción -arts. 101 y 102 C.P.- con independencia del derecho de propiedad privada que ejercen los particulares e incluso el mismo Estado, el cargo no está llamado a prosperar porque el precepto acusado no se refiere en modo alguno a la propiedad privada”.

Afirma que, en parte alguna, el orden constitucional categoriza el espectro electromagnético como un bien susceptible de propiedad privada en los términos del artículo 58 Superior, dada la naturaleza de bien público inenajenable e imprescriptible perteneciente a la Nación, “razón por la cual su uso y disposición está sujeto a la gestión y control del Estado y a su intervención con fundamento en la ley que establezca las limitaciones normativas a que está sujeto”.

Sobre la presunta violación del artículo 75 Superior, señala que, de los artículos 75, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política, se deriva que el legislador goza de un amplio margen de libertad política para determinar lo concerniente con la gestión y control del Estado sobre el acceso al espectro electromagnético, garantizar la igualdad de oportunidades en su acceso y uso, el pluralismo informativo y la competencia. En ese orden, “el legislador está facultado para señalar en qué casos y con cual significado puede establecerse la reversión, al igual que prevé en qué hipótesis no aplica. Ello es así, si se repara que la Constitución en parte alguna ha regulado el tema de la reversión, omisión que es explicable por ser un asunto propio del régimen de contratación administrativa de naturaleza general o especial que expida el Congreso, según el artículo 150, inciso final, de la Constitución Política”. Así, bien puede el legislador tratar el tema de la reversión de manera diferente, como lo ha hecho, en la Ley 37 de 1931 y en la Ley 80 de 1993, en materia de contratación pública, y en la Ley 142 de 1994, Ley 182 de 1995, Ley 422 de 1998 y Ley 1341 de 2009, en materia de servicios públicos y comunicaciones.

Destaca, además, que no se puede interpretar el artículo 75 de la Constitución Política

de manera literal, pues se deben tener en cuenta variables políticas, jurídicas, económicas y sociales que exige la Constitución, por lo que la interpretación efectuada por el demandante basada en el Diccionario de la Real Academia Española y el artículo 28 del Código Civil, no es la apropiada para fijar el alcance de la referida norma Constitucional, ni un criterio para limitar al legislador. De este modo, se debe atender a la forma como el legislador reguló el contenido y alcance de la reversión en los servicios de telecomunicaciones y no entender que al no ser posible la reversión del espectro electromagnético, se deba recaer necesariamente sobre otros bienes del concesionario, pues ninguna de las normas demandadas señala algo al respecto.

Con respecto a la violación del artículo 334 de la Carta, considera igualmente, que la demanda no contiene argumentos, ni fundamentos, ni datos que permitan concluir que la no reversión de los bienes del contratista al Estado implique la generación de monopolios u oligopolios o abuso de la posición dominante. A su juicio, no puede haber oligopolios o monopolios, por cuanto en la adjudicación de concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones se utiliza la licitación, lo que asegura la libre competencia y competencia. Los contratos estatales no pueden ser inconstitucionales, como lo afirma el actor, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad por la jurisdicción contencioso administrativa.

Frente al derecho a la igualdad, aduce que el demandante no expone argumento alguno que permita considerar que el mismo se viola, pues no indica cuál es el tratamiento diferenciado carente de justificación objetiva y racional que da lugar a que se rompa la igualdad entre los aspirantes nuevos y el antiguo concesionario.

Finalmente, en cuanto al cargo contra el artículo 355 Constitucional, señala que la sustentación es precaria, pues no puede hablarse de donación o auxilio del Estado a un contratista, ya que ello implica la transferencia gratuita de bienes del Estado de contenido particular a una persona privada, lo que es extraño al hecho de que se imponga la reversión de las frecuencias radioeléctricas, la cual es viable conforme a la Constitución y a la potestad del legislador para regular el servicios de telecomunicaciones.

9. La ciudadana Elia Milena Núñez Suárez presenta escrito de intervención, en el cual le solicita a la Corte que se declare inhibida para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, debido a la ausencia de certeza y suficiencia en los cargos presentados. Subsidiariamente, le pide a esta Corporación que declare exequible las normas demandadas.

En relación con la falta de aptitud de la demanda, inicia por precisar que, de las normas demandadas, de alguna otra del ordenamiento o de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, no se deriva el contenido y el efecto que señala el demandante referente a que se transfiere la propiedad del espectro electromagnético a los particulares. El hecho de que se ordene revertir al Estado las frecuencias, es porque previamente se había concedido su uso.

Sostiene que el cargo por omisión legislativa relativa, con el que pretende el actor justificar que las normas acusadas debieron incluir bienes distintos al espectro

electromagnético, no está bien estructurado ni otorga a la Corte elementos de juicio para configurarlo, pues no señala por qué hay hipótesis que debieron ser consideradas y por qué es un deber incluirlas dentro de la cláusula de reversión. En ese sentido, el cargo es insuficiente.

Asimismo, considera que en la demanda no se señala por qué las frecuencias que son del Estado y los bienes que son del contratista son asimilables y, por ende, por qué éstos últimos debían subsumirse en el supuesto de las normas demandadas; ni por qué la exclusión no es objetiva ni suficiente; ni por qué produce desigualdad injustificada. Además, el cargo se presenta respecto de las cosas, cuando la igualdad se debe predicar respecto de las personas.

Con respecto al asunto de fondo, precisa la interviniente que las normas demandadas no vulneran la Constitución Política, pues, los contratos de concesión no tienen el efecto de transferir la propiedad sobre el espectro electromagnético, sino que permiten su uso por tiempo limitado. Declarar inconstitucional la norma impediría acceder a este bien por medio de la concesión lo que vulneraría el artículo 75 Superior que establece la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso.

En punto a la aparente vulneración del artículo 355 de la Constitución Política, entiende que la misma no se da, por cuanto los concesionarios pagan sumas de dinero al Estado por el uso del espectro, por lo que no se puede asimilar el uso oneroso del espectro a una donación o auxilio sin contraprestación. Adicionalmente, no se puede suponer que el espectro es un bien apropiable como si fuera una acepción del derecho civil, pues la apropiación del espacio electromagnético no hace parte de la capacidad patrimonial y de la autonomía negocial de los particulares.

Resalta que el artículo 58 constitucional no faculta a la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de una ley porque ésta no hace prevalecer el interés general. El demandante pretende que el interés general sea lo que él estima y, a partir de ello, busca que la Corte sustituya al legislador en la labor de definir los motivos de utilidad pública. La tensión entre el interés particular de desarrollar una actividad económica, y el interés general de mantener la propiedad sobre el espectro del Estado, es resuelta por las normas acusadas imponiendo que al Estado se le revierta lo que le pertenece a él y no a los particulares.

A juicio de la interviniente, el acceso al espectro y la tecnología para usar determinadas frecuencias es lo determinante para prestar el servicio público de telecomunicaciones, por lo que no tiene fundamento el cargo que le atribuye a la norma acusada facilitar la creación de monopolios y oligopolios o la determinación de una posición dominante. Por otra parte, la jurisprudencia no ha sostenido que la prohibición de monopolio se logre con el cambio de las cláusulas de reversión o con la apropiación del Estado de las tecnologías privadas.

Al respecto, recuerda que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-403 de 2010, determinó que la asignación directa de bandas podría generar beneficios desproporcionados, por lo cual condicionó la executable de dicha asignación a que la misma se aplicara en circunstancias estrictas y excepcionales, y declaró inexecutable la

expresión que permitía otorgar permisos de manera directa cuando primara el interés general, en razón a la ambigüedad de la expresión y al riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos (Ley 1341 de 2009). De este modo, para evitar prácticas monopolísticas, se prevé el uso consistente y correcto de mecanismos de selección objetiva para la asignación de bandas. Excepcionalmente esta regla no se aplica, siempre que exista una justificación con criterios de proporcionalidad estricta.

También destaca que ni en la Constitución ni en la jurisprudencia, existe el deber de adquirir a favor del Estado los otros bienes que pretende el demandante sean objeto de reversión. La Constitución le otorgó amplias facultades al Congreso en esta materia y, por tanto, no existe un mandato constitucional claro que así lo imponga, "por lo cual la demanda se equivoca al exigir la imposición de un solo modelo de regulación por vía de una sentencia de constitucionalidad".

Con base en los argumentos expuestos, la interviniente cuestiona la idoneidad de la demanda. Señala que de prosperar, se tendría que sostener el absurdo de que en todo proceso de licitación para un contrato del Estado, los oferentes no sólo deben tener una libertad de concurrencia sino una igualdad de recursos técnicos y financieros impuestos por el Estado. La libertad de concurrencia es una etapa precontractual, luego no tiene sentido exigir que una libertad que se asegura antes del contrato sea garantizada por medio de la ampliación de las cláusulas de reversión que se aplican al terminar el contrato como lo pretende el demandante.

Asimismo, dice que de prosperar la demanda, se desconocerían los derechos adquiridos de los actuales concesionarios a mantener las condiciones contractuales y el precedente establecido en la sentencia C- 403 de 2010 en la que la Corte declaró exequible el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 bajo la consideración según la cual la norma demandada "trata de situaciones jurídicas diferentes una consolidada bajo el Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 2870 de 2007, que debe ser protegida para garantizar los derechos y obligaciones originalmente acordados y otra que, de configurarse va a nacer bajo los efectos de la nueva ley (Ley 1341 de 2009)". Así a los operadores que han invertido antes de la Ley 1341 de 2009 no se les debe cambiar intempestivamente las condiciones bajo las cuales contrataron. De lo contrario, se trataría de una expropiación que debe cumplir con lo establecido en el artículo 58 Constitucional.

10. El ciudadano Camilo Valencia Suescún, solicita a la Corte inhibirse de emitir pronunciamiento alguno y, en subsidio, declarar exequibles las normas demandadas.

En la primera parte de su intervención, se refiere al alcance y sentido de las normas acusadas. Inicia indicando que el artículo 4° de la Ley 422 de 1998, que restringe la reversión respecto de los elementos y bienes directamente afectados a los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, es razonable y necesario para garantizar a los usuarios las recurrentes y cuantiosas inversiones requeridas para proveerles servicios con tecnología de punta.

Para sustentar su posición, señala que en los antecedentes legislativos de la citada norma, se advirtió la particular situación de las telecomunicaciones en materia de reversión, y se adoptó por el legislador que en la concesión lo que se le entrega a los

particulares son frecuencias de espectro radioeléctrico para su uso, las cuales no se desgastan y son las que se constituyen en objeto de reversión, pues lo que se da en concesión es el derecho a prestar un servicio público en forma temporal. Sostiene que no resulta aplicable el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, en el cual se incluye la reversión de los bienes, porque dicho artículo presume que el concesionario en su propuesta incluyó tanto las inversiones que debía realizar como las utilidades que esperaba percibir, lo que supone que al vencimiento del contrato había amortizado las primeras y recibido las segundas. En materia de telecomunicaciones no aplica dicha presunción, pues al caracterizarse la industria por su dinamismo y desarrollo tecnológico, las inversiones son permanente, recurrentes y cuantiosas, a fin de mantener en la vanguardia la prestación de los servicios de última generación, por lo que no se hace una inversión única que se recupera al cabo de unos años, sino que el concesionario debe invertir permanentemente, por ende, imponer la reversión implicaría desincentivar las inversiones en tecnologías.

Menciona la Ley 1341 de 2009, para subrayar que, en aras de actualizarse frente a los desarrollos tecnológicos, la misma eliminó los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y los reemplazó por la habilitación directa (artículo 10) e introdujo el concepto de convergencia de las telecomunicaciones, el cual, implica que “el operador pueda ofrecer dentro del mercado, todos los servicios de telecomunicaciones que la red que utiliza esté en capacidad de soportar”. La habilitación general no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico, pues para ello se requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de la Información y las Comunicaciones (artículo 11, 12 y 72). El artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de la ley tuvieran vigentes un contrato de concesión, y los facultó a mantener la concesión o a terminarla anticipadamente sin derecho a reclamación alguna, pero renovándoles el permiso para el uso de los recursos con los términos del título habilitante. Dicho artículo 68 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional al determinar que garantizaba la libre competencia y protegía situaciones consolidadas.

En punto a la solicitud de inhibición, presenta argumentos tanto generales como particulares, estos últimos relacionados con cada una de las normas constitucionales presuntamente infringidas.

En ese orden, el interviniente solicita que la Corte se inhiba de pronunciarse de fondo, por cuanto el actor no formula un reproche soportado en la violación de una norma superior, sino que señala con base en consideraciones legales (artículo 19 de la Ley 80 de 1993) y doctrinarias, cuál sería la regulación de la reversión en los contratos de concesión de telecomunicaciones. Asimismo, la conclusión de que la reversión debe aplicarse a los elementos y bienes afectados no se desprende de las normas demandadas; tampoco alega por qué éstas son inconstitucionales; ni demuestra la relación entre la reversión y la formación de monopolios u oligopolios, o la aparición de una posición dominante. Además, las normas demandadas no tienen por objeto que el espectro radioeléctrico sea propiedad de los concesionarios, pues, con la concesión se autoriza sólo su uso y, la reversión no resulta aplicable a los elementos y bienes destinados a la ejecución de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, por lo

que no puede considerarse que vulnere el artículo 75 Superior.

Aduce que el debate que presenta el actor es típico legislativo, en los que se discute la mejor o más conveniente política pública en un sector de la economía. Estas decisiones, acerca de la regulación de servicios públicos y la contratación estatal, pertenecen al ámbito amplio de configuración legislativa del Congreso (artículo 365 de la C.P., numeral 23 del artículo 150 de la C.P., sentencia C-186-11). Así, la Constitución Política no impone que la prestación de servicios públicos por parte de particulares se haga solamente por contratos de concesión ni define la reversión que quiere el demandante, por el contrario, le dio amplio margen al legislador para regular estos asuntos. De este modo, estima que al tratarse de un argumento de conveniencia el expuesto por el demandante, esta Corporación debería inhibirse en su análisis.

Sostiene, igualmente que el monopolio natural o el oligopolio y la posición dominante no se genera por la aplicación o no de la reversión, sino de aspectos o fenómenos de naturaleza estrictamente económica. La industria de las telecomunicaciones es una típica industria oligopólica en razón a sus características estructurales. En todo caso, el legislador podría incluir la reversión de los elementos y bienes directamente destinados a los contratos de servicios de telecomunicaciones, caso en el cual tampoco la norma sería inconstitucional, pues está dentro del margen de configuración del legislador y ello en todo caso no cambiaría la estructura del mercado. Recalca que, si el legislador tiene amplio margen de configuración normativa en materia de servicios públicos y de contratación estatal, no puede considerarse, a su vez, que está obligado a expedir una regulación específica de la cláusula de reversión aplicable a los contratos de concesión en telecomunicaciones. El actor no señala por qué las normas son desproporcionadas o irrazonables.

Frente a la solicitud de inhibición con respecto a las disposiciones constitucionales citadas, sostiene que hay ineptitud sustantiva de la demanda en relación con el cargo contra del artículo 58 Constitucional, por cuanto el actor no menciona si quiera la Ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social cuya aplicación, en su consideración, genera un conflicto entre la necesidad por ella protegida y los derechos de los particulares, como tampoco sustenta en qué consiste la necesidad por tal Ley reconocida, ni cuál es el conflicto entre ella y los derechos de los particulares". El límite a la propiedad privada es la existencia de una ley que define motivos de utilidad pública o de interés social. Las normas demandadas no definieron motivos de utilidad pública o de interés social. No existe pues el supuesto de hecho previsto en el artículo 58 constitucional así, si la ley no definió motivos de utilidad pública, no puede haber un conflicto entre ella y los derechos de los particulares. Además no se puede generar conflicto entre los particulares, porque el régimen jurídico de las telecomunicaciones, Ley 1341 de 2009, impone que para prestar el servicio no se requiere de concesión alguna. En todo caso, si se genera conflicto tampoco se violaría el artículo 58 constitucional que señala que éste se presenta entre los intereses de los particulares y el interés general.

Señala que la Ley 1341 de 2009 impone herramientas para permitir a los proveedores entrantes al mercado interconectar sus redes con la de los concesionarios y demás

proveedores establecidos. Así, el artículo 50 determinó la obligación a cargo de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de permitir a otros proveedores la interconexión entre sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor. No obstante lo anterior, el demandante no cumple con la carga mínima de argumentar la vulneración del artículo 334 de la C.P, pues no sustenta cómo se configura la posición dominante de quien prestó el servicio y no transfiere los bienes adquiridos por causa y con ocasión del mismo y los particulares que aspiran a prestar el servicio, ni tampoco explica por qué la inconstitucionalidad sería la forma de corregir dicha inequidad de oportunidades.

En relación con el artículo 13 Superior, sostiene que el demandante no determina por qué las normas acusadas vulneran la igualdad. Aduce que en la demanda, se alega la violación del derecho a la igualdad en su dimensión protectora, la cual se estableció frente a tratos discriminatorios respecto de grupos históricamente discriminados, por lo que es inadmisibles que se pretenda la declaratoria de inexecutable de las normas demandadas en relación con mercados y proveedores de servicios de telecomunicaciones. Además, la eliminación de los contratos de concesión en el sector de telecomunicaciones (artículo 10 de la Ley 1341 de 2009), implica que los elementos y bienes afectos al servicio prestado por nuevos entrantes tampoco estarán sujetos a reversión al Estado, por sustracción de materia.

Finalmente, en lo que atañe al cargo contra el artículo 355 de la Constitución, entiende la interviniente que el actor no cumple con una carga de argumentación mínima, no señala las razones de si el Estado es propietario de dichos bienes solamente cuando la reversión se produzca. Al respecto, se pregunta ¿cómo podría configurarse una donación si la reversión no se efectúa; y la propiedad de dichos bienes nunca se transfiere al Estado? Agrega que la no reversión de los bienes del concesionario al Estado, no puede significar que el Estado ha donado lo que no es de su propiedad, y que sólo lo es cuando la reversión opere. Así el Estado no puede donar lo que no es suyo y que no lo será en virtud de las normas demandadas.

Además la prohibición contenida en el artículo 355, según la sentencia C- 712 de 2002-, hace referencia a “la erogación fiscal a favor de un particular”.

11. El ciudadano Jorge Dussan. Hitsscherich solicita a la Corte que, en relación con algunos de los cargos, se abstenga de emitir pronunciamiento de fondo. No obstante, solicita también que las normas impugnadas sean declaradas ajustadas a la Constitución.

Afirma que las normas acusadas, y el artículo 39 numeral 39.1 de la Ley 142 de 1994, son disposiciones posteriores a los contratos de concesión de telefonía móvil celular, suscritos bajo la vigencia de las Leyes 37 y 80 de 1993, y que dichas normas no tienen efectos retroactivos. Considera que la Ley 1341 de 2009 modificó el régimen de prestación de los servicios de telecomunicaciones, abolió la figura de la concesión y consagró la habilitación general, la cual es indefinida, no está sujeta a terminación y permite que cualquier agente salga del mercado sin más restricciones que el derecho de los usuarios.

Solicita que, por indeterminación del cargo, la Corte se abstenga de estudiar la presunta violación del artículo 58 Constitucional.

Aduce que es probable que los actuales operadores de telecomunicaciones tengan una ventaja significativa sobre los nuevos competidores, y el hecho de que no se disponga la reversión sobre bienes distintos al espectro es un asunto financiero que debe resolverse a la luz de la regla del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, la ventaja sobre los competidores en materia de comunicaciones no se corrige con la reversión, sino que tiene que ver con el conocimiento del mercado, la cadena de distribución, el reconocimiento de la marca, entre otros factores.

Sostiene que no se vulnera el artículo 355 de la Constitución Política, por cuanto no se trata de una donación, pues al no tener aplicación retroactiva las normas “el negocio celebrado no podría incluir en su modelo financiero el valor de la infraestructura, de manera que no hay lugar a donación, y por lo tanto si el Estado reclama esos bienes debería reconocer su valor para no alterar el equilibrio económico del contrato”.

Concluye que “en un sector liberalizado, donde no se requiere de un contrato de concesión para la prestación de los servicios, no puede exigirse la reversión de los bienes con los que se presta el servicio, entre otras razones, porque la habilitación general no tiene término, porque el servicio puede ser prestado indefinidamente por el proveedor”.

A su juicio, la figura de la reversión, en el momento actual, tendría un efecto recesivo en el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y de otros sectores dado su carácter transversal, y está dentro de la competencia del legislador configurar la forma como se pueden prestar los servicios públicos, de conformidad con el artículo 365 de la C.P., por lo que es válida la nueva modalidad de gestión de servicios, “con amplia participación de los capitales privados, libertad de entrada sin limitación en el tiempo para desarrollar sus actividades, pero con una marcada intervención para garantizar la prestación eficiente a todos los habitantes de territorio nacional, los derechos de los usuarios, promover la competencia y evitar abuso de la posición dominante de las empresas”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5552 del 3 de abril de 2013, le solicita a la Corte “inhibirse para hacer un pronunciamiento de fondo sobre el artículo 4 de la Ley 442 de 1988 (sic) y el inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 en relación con los cargos estudiados por ineptitud sustancial de la demanda”.

En primer lugar, considera que corresponde al Congreso expedir el Estatuto General de la Contratación Pública y la administración nacional, para lo cual goza de un amplio margen de libertad de configuración normativa.

Respecto de la demanda, alega que no existe una demostración de que el cargo contra el artículo 58 Superior surja del texto de las normas acusadas, por lo que adolece de la falta del requisito de certeza, pues no se evidencia el conflicto entre el interés público y el particular, ni que las leyes acusadas hayan sido dictadas por motivos de utilidad

pública.

En lo que se refiere al cargo contra el artículo 75 Superior, sostiene que es meramente subjetivo y no tiene vocación de prosperidad, porque carece de certeza y suficiencia; pues de la apreciación de que el espectro no es susceptible de reversión, no se sigue que la reversión se deba extender a los demás bienes que posea el concesionario que hayan sido dispuestos para cumplir el objeto del contrato.

En lo relacionado con el cargo contra el artículo 13, advierte “que no se vulnera la garantía constitucional para que la igualdad sea real y efectiva, como se afirma en la demanda”.

Según su entender, el cargo contra el artículo 334 constitucional carece de certeza y pertinencia, pues la argumentación del actor no es real, al plantear un problema hipotético y al no demostrar que las normas otorgan una ventaja competitiva al oferente que ha tenido contratos de concesión de servicio público de telecomunicaciones, ya que no demuestra por qué al momento de la adjudicación este factor tiene incidencia en la decisión de las autoridades administrativas.

Finalmente, indica que de la demanda no se infiere, ni establece expresamente, un análisis que permita corroborar la supuesta falta del legislador u omisión por no incluir los bienes que están bajo el dominio del concesionario, ni se cumple con los requisitos previstos en la Sentencia C-259 de 2011 respecto de la determinación de cuándo se configura una omisión legislativa.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir la demanda de la referencia.

2. Cuestiones preliminares

Previo a decidir y dados los diversos cuestionamientos de los intervinientes a la aptitud de la demanda, estima la Corte que resulta oportuno considerar lo relacionado con el cumplimiento de los requisitos del escrito de acusaciones. Adicionalmente, resulta necesario pronunciarse sobre la existencia de una eventual cosa juzgada respecto de uno de los puntos de debate.

2.1 La aptitud de la demanda

El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece que las demandas que presenten los ciudadanos en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad deberán contener: (i) el señalamiento y transcripción de las normas acusadas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas y de (iii) las razones por las cuales se estiman violadas. Adicionalmente, deberá indicarse (iv) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda y, cuando la norma se impugne por vicios de forma (v) el

señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

El tercero de los requisitos antes indicados, conocido como concepto de violación, requiere que el demandante despliegue una labor argumentativa que permita a la Corte fijar de manera adecuada los cargos respecto de los cuales debe pronunciarse y, de este modo, respetar el carácter rogado del control de constitucionalidad. En ese orden de ideas, esta Corporación ha consolidado una doctrina sobre los requisitos básicos para examinar la aptitud de la demanda, expuestos de manera canónica en la sentencia C-1052 de 2001[1], en los siguientes términos:

Claridad: exige que cada uno de los cargos de la demanda tengan un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Certeza: Esto significa que (i) la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”; (ii) que los cargos de la demanda se dirijan efectivamente contra las normas impugnadas y no sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda.

Especificidad: 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”, que permita verificar una oposición objetiva entre el contenido de las normas demandadas y la Constitución. De acuerdo con este requisito, no son admisibles los argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan.

Suficiencia: Se requiere la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto de la norma demandada. 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 al magistrado 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.

Finalmente, la Corte ha establecido que la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione, de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución de 1991. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.

La demanda analizada propone cuatro cargos contra las normas censuradas:

1. Violación del art. 58 CP., al considerar que reducir la reversión a la devolución de las frecuencias radioeléctricas, excluyendo otros bienes afectados a la prestación del servicio de telecomunicaciones, privilegia el interés privado de los concesionarios (actuales y futuros) sobre el interés público o social.
2. Violación de los artículos 75 y 13 CP., en tanto: (i) se incluye como único bien objeto de reversión un bien público que nunca salió de la órbita de dominio del Estado; (ii) al reducir la reversión a este único bien se permite que los actuales concesionarios, por el hecho de serlo, queden por encima de cualquier posible competidor, y en una posición de ventaja manifiesta frente al propio Estado, lo que contraría el mandato constitucional de evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.
3. Violación del artículo 334 CP., que establece la obligación del Estado de intervenir en los servicios público y privado para garantizar la distribución equitativa de oportunidades. El demandante considera infringido este precepto en tanto, a su juicio, las normas demandadas establecen una ventaja inequitativa en favor de los actuales concesionarios.
4. Violación de la prohibición de decretar donaciones a favor de particulares prevista en el artículo 355 constitucional, pues una ley que excluya de la reversión los bienes afectados a la prestación del servicio público (y que, en virtud de las cláusulas pactadas en los contratos vigentes estaría obligado a revertir), en el fondo decreta una donación o auxilio a favor del concesionario.

Al analizar los cargos propuestos por el accionante la Corte concluye que tan solo uno de ellos, referido a la violación del artículo 75 constitucional, reúne los requisitos de admisibilidad antes mencionados:

Este cargo satisface el requisito de claridad pues el hilo conductor de su argumento, logra ser discernible sin dificultad, a partir de las premisas que lo estructuran, cuales son : (i) El espectro electromagnético es un bien público; (ii) no deja de ser propiedad del Estado aunque su uso se conceda transitoriamente a un particular para la prestación de un servicio público; (iii) resulta un imposible lógico y jurídico pactar la reversión al Estado de un bien que siempre ha sido suyo porque (iv) la reversión es definida como “volver a la propiedad que tuvo antes o pasar a un nuevo dueño”. (v) Por lo anterior, las leyes que regulan la reversión deben ser entendidas como necesariamente referidas a otros bienes distintos del espectro electromagnético, pues de lo contrario se estaría negando el carácter de bien público inenajenable del espectro; (vi) dentro de los bienes afectados a la concesión que son objeto de reversión se encuentran, para el caso de la telefonía móvil, los equipos de transmisión y las informaciones almacenadas; (vii) Si estos bienes no revierten al Estado se configura una posición dominante de los actuales concesionarios frente a otros competidores y frente al propio Estado; (viii) esta posición dominante quebrantaría los mandatos constitucionales de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro (art. 75) y, ligado a este, el de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 13); (ix) la única manera de remediar esta desigualdad es declarando la inexecutable de las normas demandadas.

En definitiva, el cargo se construye sobre la siguiente argumentación: reducir la reversión en los contratos de telecomunicaciones a la mera devolución de las frecuencias es dejar

esta cláusula vacía de contenido, puesto que las franjas o frecuencias son parte del espectro electromagnético, que es un bien público que nunca dejó de pertenecer al Estado. Pactar la reversión de este único bien resulta innecesario, pues al término de concesión o cualquier tipo de licencia para operar en telecomunicaciones, va de suyo que el particular debe devolver el uso de las frecuencias que le fueron asignadas, sin que sea necesario incluir dicha obligación en el contrato. Y si además las normas demandadas reducen la cláusula de reversión a este único bien, facilitan a los actuales concesionarios una posición dominante que resulta contraria al artículo 75 Constitucional.

También satisface el requisito de certeza por cuanto: (i) la proposición normativa que el demandante asigna a las normas demandadas es la que en realidad cabe atribuirles. En efecto, el art. 4º de la Ley 422 de 1998 establece que para el caso de las telecomunicaciones la reversión solo comprenderá la devolución de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio. Lo mismo dispone el inciso 4º del art. 68 de la Ley 1341 de 2009, el cual, además, señala que esto será así “al momento de la entrada en vigencia de la presente ley”, lo que evidencia que es cierta la premisa que fundamenta la demanda, según la cual, las normas demandadas afectan las condiciones en las que se pactó la reversión de los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigor.

Asimismo, cumple el requisito de especificidad, toda vez que el demandante logra identificar una oposición entre el mandato constitucional de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (art. 75 CP) con la norma legal que, al limitar los bienes objeto de reversión a las frecuencias, tiene el efecto de permitir a los actuales concesionarios conservar los demás bienes necesarios para garantizar la prestación del servicio. Dado que la conservación de tales bienes, en lugar de su devolución al Estado, como estaba inicialmente previsto en la ley y pactado en los contratos, sitúa a estos concesionarios en posición dominante frente al propio Estado y frente a otros particulares, lo cual contraría el mandato constitucional de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Cumple, además, con el requisito de pertinencia, en tanto el actor plantea un reproche que tiene indudable relevancia constitucional a la luz del mandato de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (art. 75 CP.). Si bien es cierto que el demandante emplea referencias legales, cuando cuestiona la norma legal que consagra la obligación de pactar la cláusula de reversión establecida en el artículo 14 de la Ley 37 de 1993, no lo hace para indicar que esta constituye el parámetro de control constitucional, sino para ejemplificar la importancia que tiene esta cláusula dentro de los poderes excepcionales que tiene el Estado para hacer efectiva la primacía del interés público sobre el particular. Interés público que se satisface en la medida en que los bienes necesarios para garantizar la autonomía del Estado en aras a la continuidad en la prestación de un servicio público (ya sea a través del propio Estado o de otro actor privado al que se le asigne la concesión), reviertan al primero una vez finalizada la concesión o cualquier otra modalidad de habilitación para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Bien es verdad que la norma utiliza un dato fáctico, como es el referido a las condiciones en que están pactados los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil actualmente

vigentes, para estructurar el cargo por inconstitucionalidad. Pero ello no significa que el demandante se limite a utilizar la acción pública para resolver un problema particular. Antes bien, lo que pretende indicar el actor es que las normas demandadas, al reducir el conjunto de bienes objeto de reversión, en relación con lo dispuesto en las normas generales sobre reversión en contratos de concesión y en las cláusulas pactadas en los contratos vigentes, y al dejar una puerta para que puedan ser interpretadas en el sentido de que también dichas normas serían aplicables a estos contratos vigentes, permiten sospechar que su ratio legis se orienta a establecer un beneficio para unos actores particulares (los actuales concesionarios). Se trata de una duda razonable, cuya relevancia constitucional está fuera de toda discusión, por cuanto atañe a la protección del patrimonio y del interés público y se orienta a evitar la configuración de prácticas monopolísticas expresamente prohibidas por el artículo 75 constitucional, razón por la cual la alusión a esta premisa fáctica no resta relevancia constitucional a la cuestión que plantea el demandante en este cargo.

Finalmente, también se cumple con el requisito de suficiencia, toda vez que se logra generar una duda mínima sobre la constitucionalidad de las normas demandadas. Al efecto, ha de recordarse que el control de los requisitos de admisibilidad es un control de mínimos y que, ante la inquietud sobre si estos mínimos se satisfacen, esta debe resolverse a favor de la admisión en atención a lo dispuesto por el principio pro actione.

No ocurre igual con los cargos por violación de los artículos 13, 58 y 334 CP., los cuales carecen de autonomía propia y, como tal, no satisfacen el requisito de suficiencia. La referencia a la primacía del interés público para resolver los conflictos derivados de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública (art. 58), o a la obligación estatal de garantizar la distribución equitativa de las oportunidades en la prestación de los servicios públicos (art. 334), constituyen argumentos que bien pueden servir para apoyar el cargo central de la demanda, estructurado en torno a la violación del art. 75 CP, pero que por sí mismos no cuentan con el suficiente desarrollo para plantear cada uno de ellos un reproche nuevo y distinto del anterior, que genere, al menos, una mínima alerta sobre la contrariedad de las normas impugnadas con el ordenamiento Superior.

Finalmente, el cargo por violación al artículo 355 constitucional no satisface los requisitos de claridad y certeza. El demandante no logra presentar con claridad su argumento, pues si lo que está cuestionando es que la reversión no incluya los bienes adquiridos por el concesionario que están directamente afectados a la prestación del servicio, no se ve por qué debe entenderse como una donación la previsión de que el concesionario mantenga la propiedad de bienes que, en principio, son suyos, pues solo pasarían a ser propiedad del Estado cuando finalice el término de la concesión y se haga exigible la obligación de reversión. Por la misma razón, no satisface el requisito de certeza, en tanto atribuye a las disposiciones acusadas un significado normativo que no corresponde al que de manera razonable cabría atribuirles.

En definitiva, de los cargos formulados en la demanda, tan solo el que plantea la vulneración del artículo 75 constitucional cumple con las condiciones argumentativas exigidas para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo. El examen de constitucionalidad se circunscribirá, entonces, a este único cargo.

2.2 Inexistencia de cosa juzgada en relación con el inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

Algunos de los intervinientes plantearon la existencia de cosa juzgada respecto del cargo formulado en contra del inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, argumentando que la totalidad del artículo 68, del que forma parte, fue declarado exequible en sentencia C-403 de 2010.[2] En consecuencia, solicitan a la Corte estarse a lo resuelto en dicho pronunciamiento.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las sentencias de constitucionalidad el principio general es la cosa juzgada constitucional absoluta, que se fundamenta en la tarea encomendada a la Corte de confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos constitucionales, incluso si estos no han sido invocados por el demandante[3]. La cosa juzgada constitucional absoluta impide reabrir la discusión sobre la constitucionalidad de las normas sobre las que ya existe pronunciamiento de la Corte, ya sea de inexequibilidad o de exequibilidad.

Sin embargo, en el caso de las declaraciones de exequibilidad, la Corte ha admitido que sus decisiones pueden tener fuerza de cosa juzgada relativa, lo que ocurre cuando la Corte restringe el análisis de constitucionalidad de la norma a la materia que fundamentó el concepto de la violación. Tal restricción deja abierta la posibilidad de interponer nuevas demandas de inconstitucionalidad, a condición de que versen sobre problemas jurídicos distintos a los que en su momento tuvo en cuenta este Tribunal. Sin embargo, dado que el principio general es la cosa juzgada absoluta, un pronunciamiento solo tendrá fuerza de cosa juzgada relativa cuando la Corte, de manera explícita o implícita, restrinja el examen de la norma demandada, exclusivamente a su confrontación con determinados preceptos constitucionales.[4]

En ese orden de ideas, según lo expuesto en la sentencia C-774 de 2001, existirá cosa juzgada relativa explícita cuando "...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro..', es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutive de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada". Entretanto, la cosa juzgada relativa tendrá carácter implícito "cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no se indique dicha limitación" caso en el cual "no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se han analizado determinados cargos...". Igualmente, existe cosa juzgada relativa implícita, "cuando la Corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, igualmente opera cuando la Corte evalúa un único aspecto de constitucionalidad (...), sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada.."[5].

En este orden de ideas, la declaración de exequibilidad del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, efectuada en la sentencia C-403 de 2010, no tiene fuerza de cosa juzgada absoluta

sino relativa pues, como se indica de manera expresa en la parte resolutive de esta providencia, su exequibilidad se declara solo en relación con los cargos planteados en aquella ocasión, dentro de los cuales no se encontraba el que hoy ocupa a la Corte Constitucional.

De acuerdo con la síntesis de los cargos presentados, en ese entonces contra el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, el reproche de constitucionalidad se limitaba a señalar la incompatibilidad del régimen de transición establecido en dicha norma con los artículos 13 y 333 constitucionales, sin abordar de manera específica la objeción que hoy se dirige por violación al artículo 75 de la Carta. En efecto, la sentencia C-403 de 2010 sintetiza el cargo formulado contra el artículo 68 en los siguientes términos:

“Según el actor, el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 que prevé un régimen de transición para los operadores y proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que estaban en el mercado al momento de expedición de la ley, desconoce los artículos 13 (derecho a la igualdad) y 333 (libre competencia) de la Constitución, por los siguientes motivos:

(i) Pueden decidir si mantienen sus concesiones (del servicio, como es el caso de la telefonía móvil celular y PCS), licencias (del servicio, como es el caso de los operadores del servicio de telefonía fija de larga distancia), permisos (para el uso del espectro radioeléctrico) y autorizaciones (para el montaje de redes), con lo cual se mantendrían vigentes para esas concesiones licencias, permisos y autorizaciones las normas jurídicas que las soportan o, si por el contrario, se acogen al nuevo régimen previsto en la Ley 1341 de 2009, sin que este beneficio tenga algún sustento constitucional.

(ii) Este beneficio además de causar un caos jurídico en las instituciones públicas vulnera el derecho a la igualdad (art. 13 CP) y la libre competencia (art. 333 CP). Crea un caos jurídico porque el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones deberán expedir dos regímenes jurídicos (incluida su reglamentación) para la competencia en el sector: a) unas normas para los operadores que decidan mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, y b) unas normas para los nuevos operadores que ingresen al mercado posterior a la vigencia de la Ley 1341 o los anteriores que decidan migrar al nuevo régimen jurídico.

Adicionalmente desconoce el derecho a la igualdad y la libre competencia que garantiza la Carta, toda vez que el régimen jurídico anterior a la Ley 1341 (señalado básicamente en el art. 73 de la Ley 1341 al hacer referencia a las derogatorias) estaba sustentado sobre la base de la necesidad de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la única excepción de la telefonía pública básica conmutada local, mientras que el nuevo lo está en la habilitación general por ley, previsto en el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, que elimina el régimen de las concesiones. En éste último, el Estado detenta la facultad de autorizar o no la prestación de los servicios a los particulares, en tanto que en la habilitación general por ley a cualquier interesado, el Estado pierde tal facultad”.

Tales fueron los cargos sobre los que se pronunció la Corte en la mencionada sentencia y respecto de los cuales declaró exequible el artículo en cuestión. Como puede verse, en aquel momento el demandante no aludió en sus argumentos a las consecuencias que

tendría, para el fomento de prácticas monopolísticas contrarias al artículo 75 de la Carta, la reducción de los bienes objeto de reversión solo a las frecuencias radioeléctricas, excluyendo los demás bienes y elementos directamente relacionados con la prestación del servicio. Tampoco la Corte tuvo en cuenta este argumento al declarar la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, pues sus consideraciones se limitan a señalar que el régimen de transición en el establecido no vulneraba los derechos constitucionales a la igualdad (art. 13 CP.) ni a la libre competencia (art. 333 CP.).

Así las cosas, al no existir cosa juzgada en relación con el cargo formulado en esta oportunidad, no procede estarse a lo resuelto en la sentencia C-403 de 2010 respecto de la acusación formulada contra el inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. En consecuencia, la Corte abordará su estudio.

3. Los Problemas Jurídicos

Revisadas las cuestiones preliminares, se hace necesario precisar los problemas jurídicos a considerar por la Corte Constitucional. Para ello, y de conformidad con lo decantado, encuentra la Corte que se cuestionan los enunciados legales contenidos en el artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto, a juicio del demandante, vulneran el contenido del artículo 75 de la Carta dado el carácter de bien público del espectro electromagnético en la medida en que dan lugar a interpretaciones que resulten violatorias de la Constitución al modificar contratos celebrados con antelación a la vigencia de los textos legales, generando con ello afectaciones al patrimonio estatal y, más genéricamente, al interés general.

Por ende, estima la Corte que los problemas a resolver son:

(i) ¿El legislador, al establecer que en los contratos de concesión -y demás títulos habilitantes para prestar servicios de telecomunicaciones- la reversión solo implica la devolución de las frecuencias radioeléctricas, desconoce el artículo 75 de la Carta, que consagra el carácter de bien público del espectro electromagnético, la igualdad en el acceso a su uso, la gestión y control del mismo a cargo del Estado, el cual debe intervenir para evitar las prácticas monopolísticas?; y

(ii) ¿Las normas demandadas vulneran el citado precepto constitucional, en tanto pueden ser interpretadas como una modificación de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de su entrada en vigencia, en el sentido de establecer que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio; afectando con ello la igualdad en el acceso al uso del espectro y el patrimonio público?

Enunciados los problemas a dilucidar, procede la Corte a considerar los aspectos de fondo, para ello, inicialmente, abordará el tema relacionado con la potestad del legislador en materia de contratación estatal (i), seguidamente, se revisará la condición de bien público del espectro electromagnético (ii), posteriormente, se analizará la cláusula de reversión en los contratos de concesión enfatizando en los que hacen relación con el espectro (iii) y, finalmente, se concluirá sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos

censurados.

4. Límites a la Potestad del legislador en la regulación del contrato estatal

El Tribunal Constitucional ha advertido que, con miras a satisfacer las exigencias propias del Estado Social de Derecho, corresponde al principio mayoritario expedir la legislación que más se acomode con tales requerimientos. Sabido es que pesa sobre el Estado la obligación de cumplir diversos mandatos tendientes a la realización de los derechos y las garantías de los asociados. En Colombia, acorde con lo dispuesto en el artículo 2º, se trazan como fines, entre otros, los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos. También el Artículo 13, en su inciso 2º, manda el impulso de condiciones que contribuyan a la materialización de la igualdad. Del mismo modo, preceptos como el artículo 334 en sus incisos 1º y 2º disponen como tarea del Estado por virtud de la Ley, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso progresivo y efectivo de las personas a los bienes y servicios básicos.

De conformidad con tales imperativos constitucionales, resulta admisible que se haya conferido al legislador una potestad suficientemente amplia para regular uno de los instrumentos que mayor uso y funcionalidad tienen en la actividad estatal encaminada a la consecución de las metas referidas: tal es el contrato estatal. Esta Corporación, desde sus inicios, ha asumido dicha figura en el citado sentido, así en su momento dijo:

“(…) la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia (…)”

“(…) el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución, (…)” (Sentencia C- 449 de 1992 M.P. Martínez Caballero)

Además de ser un instrumento trascendental en la gestión pública, el contrato es expresión de un tipo de Estado que morigera la esfera de la autoridad, y por ello, en muchas ocasiones sustituye el acto unilateral del Estado, por un acto jurídico que implica el acuerdo con otro sujeto. Se trata, de una manifestación que desplaza la imposición y en su lugar le da paso al consenso. Al regular la esfera de la autoridad y el ámbito de la voluntad de los particulares, resulta exigible que sea un asunto propio de la potestad del legislador.

La Corte, ha expresado el carácter instrumental del contrato administrativo en el marco del Estado Social de Derecho y, la atribución de la potestad ordenadora del mismo en cabeza del Congreso, en los siguientes términos:

“(…) implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos

mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado(...)" (Sentencia C -949 de 2001 M.P. Vargas Hernández)

Establecida pues la necesidad del contrato en la actividad estatal y, su vinculación con el Estado Social de Derecho, resulta oportuno advertir, desde ya, que tan importante facultad no es ilimitada. Al igual que cualquier otra disposición, los preceptos que rigen la contratación administrativa están sometidos a los mandatos de la Constitución. De no atenderse la existencia de tales límites, no tendría sentido predicar la supremacía de la Norma Fundamental.

Entiende la Corte que cuando las reglas establecidas por el Congreso de la República no se ajustan a los contenidos constitucionales y a la finalidad de los mismos, debe el Tribunal Constitucional ejercer la guarda de la Carta tal como se lo manda el artículo 241 de la misma Norma de Normas.

En la sentencia C- 932 de 2007 M.P. Monroy Cabra, la Corte, identificaba las finalidades del contrato administrativo en un tipo de Estado como el contemplado en la Constitución colombiana, explicaba la Sala aludiendo a la doctrina:

"(...) el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas (...)"

Y de manera más específica agregaba:

"(...) La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares (...)" (negrillas fuera de texto)

Se observa entonces que uno de los elementos que configura las finalidades del contrato público es el interés general. En similar sentido, la sentencia C-1514 de 2000, M.P. SÁCHICA Méndez:

"(...)En materia de contratación pública, la Constitución le impone al legislador la tarea de diseñar un modelo de contratación que tenga en cuenta la limitada autonomía contractual del Estado y la finalidad de la contratación pública(...)"

Lo anterior significa que uno de los componentes a tener en cuenta en la tarea del legislador es el ya citado interés general, el cual, en principio, estará definido por el mismo órgano democrático. Esta vinculación del legislador ha sido afirmada puntualmente en jurisprudencia de esta Sala, se ha dicho:

"(...) El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación

entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general. (C 400 de 1999 M.P. Naranjo Mesa) (negritas fuera de texto)

No se trata de un nexo marginal o circunstancial, sino de una relación necesaria e inescindible. ¿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? En otra decisión de esta Sala se sentó:

“(...) La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.(...)” (negritas fuera de texto) (Sentencia C- 128 de 2003 M.P. Tafur Galvis)

A modo de corolario jurisprudencial sobre el peso del interés general en el entorno de la contratación administrativa resulta oportuno citar lo estimado por esta Sala en la sentencia C-713 de 2009 M.P. Calle Correa, cuando tras considerar in extenso la potestad del legislador en la materia en referencia afirmando que “(...) la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa (...)”[6], concluía a propósito del caso concreto que había suscitado la acción de inconstitucionalidad:

En la medida en que el legislador ha ejercido su competencia dentro de los precisos términos que le confiere la Carta, la Sala entiende que la posibilidad de presentar la oferta total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos licitatorios, no vulnera el principio de interés general ni los fines del Estado, máxime cuando la utilización de este mecanismo constituye una opción para la entidad estatal, que debe determinar si lo emplea o no. (negritas fuera de texto)

Con todo, no pierde de vista esta Corporación que el varias veces mencionado interés general hace parte de lo que se ha dado en llamar por la doctrina conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, con miras a evitar que su mera invocación se convierta en una patente de corso en manos de los poderes públicos, resulta necesario establecer puntos de concreción que no den lugar a la arbitrariedad.

El doctrinante Parejo Alfonso en un análisis del concepto explica que en su “(...) acepción más general y amplia, el interés general se confunde con el fin mismo del Estado (...)” y en

la búsqueda de una idea más precisa, al referirse a la constitución española, manifiesta “(...) la noción de interés general se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos (...)”[7].

Para la Sala, la noción de interés público, alcanza la concreción necesaria en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular el conglomerado social. Es en esa especificidad, suministrada por el tipo de bien jurídico referido, que el Juez Constitucional adelanta el correspondiente juicio de constitucionalidad.

Advertida la relevancia del interés general como norte de la contratación pública, procede la Sala a revisar algunos bienes jurídicos que brinden la concisión deseable para determinar el contenido de la cláusula general del interés general. A ese efecto y, acorde con el desarrollo de las decisiones de la Corte, en el ámbito de la contratación pública se observan dos bienes, de un lado, el correcto ejercicio de la función administrativa, y de otro, el patrimonio público.

Por lo que respecta a los imperativos de un recto desempeño de la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en fallo ya referido:

“(...) la excelencia en la gestión, (...) se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra la prevalencia del interés general, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (...)” (negritas fuera de texto)

Agregando posteriormente,

“(...) la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia. Es así como se enmarca el estudio de la norma atacada en acción pública de constitucionalidad. (...)” (negritas fuera de texto)[8]

Igualmente, la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado como límite de la potestad legislativa en materia de regulación contractual pública, la defensa del patrimonio público. La Corte, ha entendido que entre los parámetros a atender en el juzgamiento de medidas que rigen la contratación pública debe incluirse el mencionado criterio.

El constituyente de 1991 consagró por diversas vías la importancia de la protección del patrimonio estatal, así por ejemplo, en el artículo 88 se señaló al legislador el deber de establecer las acciones de rigor encaminadas a velar por la protección del patrimonio público, el artículo 267 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, anexo a ello asignó al Contralor General de la Nación, en el numeral 6 del artículo 268, el deber de promover las investigaciones penales o disciplinarias contra quienes

causen daño patrimonial al Estado y el artículo 277, en su numeral 7, estableció como función del Ministerio Público la intervención en los procesos judiciales y administrativos cuando sea necesaria la defensa del patrimonio público.

La jurisprudencia de esta Corte ha tenido oportunidad de referirse al patrimonio público y ha calificado la defensa del mismo como un interés común[9], cuando al estudiar la constitucionalidad de un enunciado legal que relevaba de prestar caución a los contralores constituidos en parte civil dentro de los procesos penales, por delitos contra la Administración Pública, estimó que tal mandato no se debe entender como un privilegio injustificado, sino que lo reglado se ajustaba a la Carta, entre otras razones, porque se trataba del ejercicio de una función en defensa del haber patrimonial estatal.

Similar fue la forma de razonar de la Sala cuando al declarar la constitucionalidad de un mandato legal que establecía la responsabilidad solidaria entre el representante legal de las entidades y los contratistas en los casos de sobrecostos y otro tipo de irregularidades en materia de contratación pública. Precisó la Corte:

“(...) armoniza con el principio de solidaridad (art. 1º. C.P.) pues protege la integridad del patrimonio público al consagrar un instrumento que propende por (sic) la recuperación de los dineros del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares(...)”

Y puntualmente concluía:

“(...) Ha dado, pues, el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad de los recursos públicos; ha propendido por(sic) la estricta observancia de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente, la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público” (negritas fuera de texto) (Sentencia C-088 de 2000 M.P. Morón Díaz)

Del mismo modo, al estudiar la constitucionalidad de un enunciado legal que estipulaba la inadmisibilidad de la perención en los procesos contenciosos en los cuales fuese parte la Nación, la Corporación lo hallaba ajustado al Texto Constitucional dado que:

“(...) la finalidad de la norma acusada, en cuanto propende por (sic) una buena defensa del interés general ante la jurisdicción contencioso administrativa, muestra una visión limitada de su contenido, pues el interés real que subyace en la medida adoptada por el legislador al expedir el artículo 148 del C.C.A., prohibiendo la perención para las entidades públicas, es la defensa del patrimonio de las entidades estatales que actúan como demandantes, aspecto sobre el cual la Corte ya ha establecido que cuando el establecimiento de un privilegio público se funda en la defensa del bien colectivo concretado en la protección del patrimonio público, la finalidad de dicho privilegio es considerada constitucionalmente legítima(...)”.(negritas del original) (Sentencia C-043 de 2002 M.P. Tafur Galvis)

En suma, verifica la Corte que el correcto desempeño de la función administrativa y la

defensa del patrimonio público, han de ser atendidos como parámetros en el juicio de constitucionalidad que se haga al ejercicio de la potestad legislativa en la producción de disposiciones que rigen la contratación pública, pues, el desconocimiento de tales contenidos acarrea para el enunciado o la norma la declaratoria de inconstitucionalidad.

Finalmente, estima la Sala que las consideraciones sobre la incidencia del interés general y sus expresiones en el ámbito del régimen de contratación pública, se predicen, para efectos del control de constitucionalidad, de la regulación legal del contrato administrativo en la esfera de los servicios públicos. Si bien, dicho sector presenta especificidades que implican una normatividad apropiada y acorde con aquellas, no encuentra el Tribunal Constitucional razones que excluyan a esta especial parcela de la contratación administrativa, de la sujeción al interés general y las puntuales manifestaciones de este, consideradas en este apartado.

5. La proscripción de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético

El espectro electromagnético ha sido definido, desde el punto de vista técnico, como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales”. Se trata de un bien de importancia estratégica, en tanto permite “la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones”, debido a su aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia[10].

De acuerdo con las definiciones suministradas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, el espectro electromagnético es definido como “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”. Dentro del conjunto de ondas electromagnéticas que circulan por dicho espectro se encuentran “las ondas radioeléctricas (largas, medias, cortas, ultracortas, microondas), la luz infrarroja, la luz visible, la ultravioleta, los rayos X, los rayos gamma y los rayos cósmicos”.[11] En la porción más baja del espectro electromagnético se sitúa el espectro radioeléctrico, conformado por el conjunto de las ondas radioeléctricas que hacen posible las telecomunicaciones (radio, televisión, Internet, telefonía móvil, televisión digital terrestre, etc.). La frecuencia de las ondas radioeléctricas se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz.[12]

Sin embargo, según lo advierte la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), se trata de un concepto dinámico, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) los rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, razón por la cual, la definición precisa que se ofrezca en cada momento corresponderá al respectivo estado de avance tecnológico.[13]

En el ámbito internacional, el uso del espectro es regulado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en el Reglamento de Radiocomunicaciones (RR), el cual a su vez es revisado en las Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones (CMR) de la UIT. Este instrumento jurídico se encuentra plasmado en un tratado internacional que fue ratificado

por Colombia mediante la Ley 252 de 1995[14].

En razón de su importancia estratégica para la prestación del servicio público de las telecomunicaciones, el espectro electromagnético es uno de los elementos integrantes del territorio (arts. 101 y 102 CP.) y es definido en el artículo 75 de la Carta Política como “un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”. La misma disposición establece que la gestión estatal de este bien público debe encaminarse a garantizar “la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso” y, por esta vía, “el pluralismo informativo y la competencia”. Por tal razón, se establece un mandato específico de intervención estatal orientado a “evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

De lo anterior se desprende que, debido a su carácter inenajenable, el Estado no puede transferir la propiedad del espectro electromagnético a los particulares o a empresas que tengan participación estatal. Los particulares que cumplan con las condiciones previstas en la ley para participar en la prestación del servicio público de telecomunicaciones adquieren un derecho al uso del espectro electromagnético, más específicamente, al uso de las frecuencias radioeléctricas que les sean asignadas para la prestación de dicho servicio[15].

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, debido a su carácter de bien público y a su importancia estratégica para la prestación del servicio de telecomunicaciones, la gestión del espectro electromagnético está sujeta a una especial regulación por el Estado, dentro de la cual no rige, de manera absoluta, el régimen de libre iniciativa, cuya limitación se justifica en aras de garantizar la igualdad en el acceso y evitar las prácticas monopolísticas en el uso de este bien público. Así quedó establecido en la sentencia C-815 de 2001[16], al declarar la exequibilidad de algunos apartes del artículo 11 de la Ley 555 de 2000 que impedían a los operadores del servicio de telefonía móvil celular (TCM) y de trunking la posibilidad de obtener concesiones para prestar el servicio de comunicación personal. La Corte encontró que el trato desigual establecido en dicha norma, entre los (para ese entonces) actuales operadores del servicio de telefonía móvil celular y quienes aspiraban a prestar el servicio de comunicación personal (PCS), se ajustaba a la Constitución por cuanto con él se garantizaba la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro.

Las consideraciones planteadas en aquella ocasión resultan relevantes para la decisión del presente caso, razón por la cual se justifica citarlas in extenso:

“Es claro que quien ya tiene, por virtud de una concesión del Estado, acceso al espectro electromagnético, no está en la misma condición de quien no tiene tal acceso a un bien cuyo uso no está abierto para todos. Y tal diferencia es relevante en función del ámbito de regulación de la norma acusada. Ella incide sobre la oportunidad de acceso al espectro electromagnético, campo en el que se impone distinguir entre quienes en un momento dado tienen ya la posibilidad de hacer uso de una parte del mismo y quienes no la tienen; incide también en la posición de quienes estén interesados en obtener la concesión del servicio, porque quienes ya tienen la calidad de concesionarios, tendrían, por esa misma calidad, ventaja sobre quienes no la tienen, en el momento de proponer condiciones en la

licitación o concurso; incide también, finalmente, en el ámbito de la competencia porque en el marco de una actividad de acceso restringido y regulado, es imperativo distinguir entre quienes por virtud de una concesión del Estado tienen la calidad de competidores en esa actividad y quienes no la tienen, ni han podido tenerla precisamente en función de la restricción de acceso impuesta por el Estado". (negritas fuera de texto)

Respecto a la justificación constitucional de la restricción impuesta en la norma entonces acusada, dijo la Corte que con ella:

"(s)e buscaría garantizar la igualdad de condiciones para los participantes en el proceso licitatorio, al impedir que quienes, por virtud de una concesión previa, ya tienen acceso al uso del espectro electromagnético, participen con ventaja sobre quienes no están en esa misma situación. Tal como se ha señalado en la propia demanda, los actuales concesionarios de TMC [telefonía móvil celular], precisamente por su calidad de tales y por las economías de escala que ello les genera, estarían en la posibilidad de ofrecer en la oposición condiciones más favorables que proponentes interesados en ingresar al mercado pero que en la actualidad no tengan acceso al uso del espectro electromagnético. Este propósito de igualdad, que la disposición acusada desarrolla con plena eficacia, tiene sustento en los artículos 13 y 334 de la Constitución, que establecen el derecho a la igualdad y el deber del Estado de intervenir para lograr una distribución equitativa de las oportunidades, y en las normas que, de acuerdo con esos principios, rigen la contratación estatal. (negritas fuera de texto)

Un segundo objetivo de la restricción sería garantizar el pluralismo en el acceso al uso del espectro electromagnético. De las previsiones del artículo 75 de la Constitución se deriva para el legislador el deber de garantizar tal pluralismo así como el de evitar la concentración monopolística en el mercado de las telecomunicaciones. La disposición acusada es perfectamente congruente, desde el punto de vista de su eficacia, con tales objetivos. (negritas fuera de texto)

En aquella ocasión la Corte destacó que la igualdad en el acceso al uso del espectro electromagnético no se establecía solo en interés de los potenciales adjudicatarios de servicios de telecomunicaciones, sino que, en general, atendía al interés de los usuarios de dicho servicio público y, de este modo, se orientaba a la satisfacción del interés general:

Con todo, los objetivos previstos en los numerales anteriores podrían no resultar suficientes en una evaluación de constitucionalidad si, como lo hace el actor, la restricción que la disposición cuestionada impone para ciertas personas se contrastase únicamente con el interés de las personas que, en principio, se ven beneficiadas por la disposición, (Los potenciales adjudicatarios de PCS) en el contexto del interés más amplio de los usuarios que, en su concepto, también sufriría mengua.

Ello, sin embargo, no es así, por cuanto en uno de los extremos de la comparación no se encuentra simplemente el interés de los potenciales adjudicatarios, sino que toda la sociedad se beneficia de un sistema de contratación dentro del cual no se admiten situaciones de ventaja para algunos y de un mayor pluralismo en el acceso al uso del espectro electromagnético.

De la disposición acusada también es posible derivar el objetivo de minimizar el riesgo que, para la continuidad y permanencia en la prestación de un servicio público en condiciones de eficiencia, se deriva de la concentración del mismo en uno o en pocos sujetos. Dicho objetivo encuentra asidero en el artículo 365 de la Constitución Política y la disposición acusada, en cuanto que busca ampliar el número de quienes tienen acceso a la prestación del servicio, es apta para satisfacerlo.

Para la Corte la limitación impuesta en la norma acusada, no vulnera el derecho a la libre competencia, toda vez que la Ley 555 de 2000, está cumpliendo un mandato constitucional mediante el cual se impone al legislador, la obligación de garantizar el acceso democrático al espectro electromagnético con la finalidad de evitar las prácticas monopolísticas en su uso (artículo 75 C.P). Por lo tanto, la norma demandada no está eliminando la posibilidad a los operadores de TMC y Trunking de competir en el sector de la telecomunicación móvil, toda vez que ya tienen acceso al espectro, por el contrario, promueve el acceso a otros operadores con el objeto de garantizar una competencia suficiente.

Tras la expedición de la Ley 1341 de 2009 se modificó el régimen jurídico de acceso de los particulares a la prestación del servicio público de telecomunicaciones y, con ello, las condiciones para adquirir el derecho al uso del espectro. Mientras la normatividad anterior establecía el contrato de concesión como título que habilitaba a los particulares para concurrir en la prestación de dicho servicio y les daba el derecho al uso del espectro, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 elimina la exigencia de un título habilitante, y en su lugar, establece un sistema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dicha habilitación, que comprende la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se entenderá surtida con el registro del respectivo proveedor ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la citada ley.

Sin embargo, la habilitación para la prestación del servicio de telecomunicaciones no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico, el cual requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (arts. 10 y 11 Ley 1341 de 2009). En esta ley se establecen además los plazos y condiciones de renovación de los permisos para el uso del espectro (art. 12), la contraprestación económica a la que están obligados los proveedores autorizados para su utilización (art. 13), así como el régimen de inhabilidades para acceder a dichas autorizaciones (art. 14).

Entretanto, los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 se establecen los principios y criterios de selección a los que se sujeta la asignación de frecuencias para el uso del espectro radioeléctrico en el actual sistema de habilitación general. Entre ellos se prevé la implementación de mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, orientados a garantizar la igualdad en el acceso al uso del espectro. De manera excepcional, siempre que sea necesario para asegurar la continuidad del servicio, se faculta al Ministerio para otorgar de manera directa los permisos de uso del espectro.

Al revisar la constitucionalidad de las normas que establecen dicha facultad excepcional, la Corte declaró la inexecutable de las expresiones de los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 que otorgaban competencia para su ejercicio atendiendo: (i) al nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso; (ii) la primacía del interés general; (iii) la ampliación de la cobertura, por desconocer los principios de igualdad en el acceso al espectro electromagnético, la prohibición de prácticas monopolísticas en su uso y la libre competencia. Por su parte, declaró la executable condicionada del aparte normativo que permitía la asignación directa de permisos de uso del espectro cuando ello fuera necesario para garantizar la continuidad del servicio, 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”[17].

En definitiva, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, sin perjuicio de la libertad de configuración reconocida al legislador en la regulación del servicio de telecomunicaciones y, en particular, en la asignación de derechos de uso sobre el espectro electromagnético, están excluidas las regulaciones que favorezcan la concentración de los medios o la ocurrencia de prácticas monopolísticas en el uso de dicho bien público, dado que la garantía de su acceso, en igualdad de condiciones, es a su vez, condición necesaria para asegurar bienes constitucionales especialmente valiosos como lo son, entre otros, el pluralismo informativo, la libertad de expresión y la de información.

6. La regulación de la cláusula de reversión en la Contratación Estatal

Previo a establecer algunas consideraciones que la Sala estima capitales en la resolución del asunto en estudio, resulta indispensable aclarar frente algunas posturas consignadas en las intervenciones que la constitucionalidad de la normatividad de rango legal, es un asunto de la competencia de esta Corte, en tanto que por las vías jurídicas establecidas en el ordenamiento, llegue a su conocimiento su análisis.

Entender que la regulación de la cláusula de reversión, contenida en las disposiciones expedidas por el legislador, no es un asunto de carácter constitucional, dado que no aparece estipulación específica sobre tal tema en el Texto Superior, obedece a una peculiar forma de razonar, según la cual, solo son cuestiones constitucionales aquellas que tienen regulación específica en la Constitución. Considera la Corte que, toda la normatividad emanada del legislador, puede ser valorada por el Tribunal Constitucional dado que sus contenidos, sin utilizar un lenguaje similar al del constituyente o sin referirse expresamente a contenidos constitucionales, pueden quebrantar los mandatos superiores y, en tal circunstancia, corresponde a esta Corte cumplir con su deber de guardián de la integridad y supremacía de lo consagrado en la Carta. Actuar de un modo diferente por parte del Tribunal Constitucional, significaría desconocer sus deberes constitucionales.

La defensa de los contenidos emanados del legislador, no se hace pretendiendo evadir el

control del Juez Constitucional, lo adecuado, es argumentar a favor de lo establecido en la Ley, mostrando que los enunciados legales se ajustan a la Carta.

Sentada la premisa antecedente, procede la Sala a establecer algunos considerandos relevantes en lo que atañe a la reversión, en el marco de la contratación estatal y, que se observa, resultan necesarios para la decisión de fondo.

Inicialmente, es oportuno advertir que la Ley colombiana ha regulado la reversión de diversas maneras y para diversos sectores de la contratación estatal. Por su parte, esta Corporación ha caracterizado y, se ha referido en otras ocasiones a la citada cláusula como un elemento importante de los contratos administrativos. A su turno, la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina han hecho lo de su resorte. Por ello y, en aras de la claridad expositiva, se seccionará este apartado en acápite que aludirán cada uno de los asuntos anotados.

6.1 La Reversión en la normatividad legal y en particular en el ámbito de las telecomunicaciones

La historia de la cláusula de reversión como estipulación propia de los contratos de concesión, en la legislación colombiana, encuentra antecedentes en el decreto 805 de 1947 que, a propósito de la concesión minera, establecía:

“Artículo 106. Al vencimiento del término de duración de estos contratos todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el concesionario, o por quien represente sus derechos y destinados al servicio de la empresa, así como los equipos y maquinaria de exploración y explotación de las minas y beneficios de los minerales, el material en laboreo, los elementos de transporte las vía de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio de los minerales, pasaran a l dominio del Estado a titulo de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación”

Posteriormente, el Decreto 2655 de 1988, por el cual, se expidió el Código de Minas, consagró lo siguiente:

En igual forma habrá lugar a la reversión en caso de caducidad del contrato, decretada por las causales contempladas en el artículo 76 de este Código, con excepción de la muerte del concesionario. En este evento sus causahabientes directamente o por medio del juez o funcionario competente, podrán retirar y disponer de los bienes afectos a la explotación, salvo aquellos que se hallen incorporados a los yacimientos o a sus accesos y que no puedan retirarse sin detrimento de los frentes de trabajo minero.

También operará la reversión en caso de renuncia del concesionario formulada después de los veinte (20) años de explotación.

(...) En los contratos de concesión de mediana minería y licencias de exploración o de explotación no operará la reversión de bienes, excepto cuando a juicio del Ministerio sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones mineras para iniciar un nuevo proyecto. Tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes.”

Esta disposición, a su vez fue modificada por la Ley 685 de 2001 que en el artículo 357, dispuso:

“ARTÍCULO 357. CLÁUSULA DE REVERSIÓN. En los contratos celebrados antes de la expedición del presente Código, en los que se hubiere pactado la obligación de entregar, a título de reversión gratuita, bienes adquiridos o construidos por el contratista, este podrá, a la terminación del contrato, convenir la sustitución de esa obligación por la de pagar a la entidad contratante, una suma equivalente al valor de tales bienes. En caso de no haber acuerdo sobre el monto de la mencionada suma, las partes podrán recurrir al arbitramento técnico en la forma prevista en el artículo 294 de este Código y correrán por cuenta del contratista los costos y honorarios que se causen. No habrá lugar a la sustitución de la obligación de reversión de los inmuebles e instalaciones permanentes que tengan, a juicio de la autoridad minera, las características y dimensiones que las hagan aptas como infraestructura a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad.”

Hasta este punto, podría sostenerse que el legislador ha estimado, más que la pertinencia, la necesidad de incorporar la cláusula de reversión a las concesiones mineras. Dicha disposición comporta para el concesionario el deber de entregar a la concedente, a la terminación del contrato, los bienes afectos a la prestación del respectivo servicio. Sin duda, el legislador ha venido morigerando el rigor de la disposición contractual, pues, en 1988, excluyó de algunos contratos el deber de reversión de los bienes, propio de la concesión y, en 2001 flexibilizó la forma de entrega de los mencionados bienes.

Sin embargo, la estipulación de la reversión, excede en la legislación nacional el ámbito de la explotación minera. Evidencia de tal afirmación, la constituyen los enunciados que desde 1983 fueron establecidos por el principio mayoritario o su eventual sucedáneo, el ejecutivo en funciones de legislador. Así, mediante decreto-Ley 222 de 1983, contemplaba:

“Artículo 104. De las estipulaciones obligatorias. Además de las cláusulas previstas en la parte general del presente estatuto, en los contratos de obra pública por el sistema de concesión se estipulará:

1. Que el término de su duración no podrá ser superior a veinte años.
2. Que el reglamento, expedido por la entidad concedente, para la utilización de los bienes forma parte integrante del contrato, pudiendo ser modificado por ella cuando las necesidades o la protección de los usuarios así lo exijan.
3. Que el concesionario tendrá a su cargo:
(...)
b) La conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de la obra y su restitución al término del contrato.
(...)

5. Cuales son los bienes que, sin reconocimiento o indemnización alguna, pasarán a propiedad de la entidad contratante cuando termine el contrato por vencimiento del plazo, declaratoria de caducidad o renuncia del concesionario, o cualquier otra causa.

6. Que el concesionario será responsable de la pérdida o deterioro de los bienes que conforme al numeral anterior, pasan a ser propiedad de la entidad contratante, salvo fuerza mayor o caso fortuito.(...)”

Como se puede observar, se trata de extender la estipulación en estudio al contrato de obra pública. Esta disposición establece entre otras cosas el carácter obligatorio de la cláusula de reversión en el tipo de contrato anotado y, señala como bienes a revertir aquellos adscritos al servicio de la obra.

En esta reseña legislativa, y por ser de particular interés para el caso concreto, dado que se trata de la reversión en materia del servicio de telecomunicaciones, resulta importante, referir lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto-Ley 1900 de 1990 que en lo del caso preceptúa:

“artículo 41. Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto - ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente Decreto.

Posteriormente, la Ley 37 de 1993, a propósito del servicio de telefonía móvil celular, estableció en el artículo 3º lo siguiente:

“Artículo 3º.- Prestación del servicio. El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Los contratos administrativos de concesión se adjudicarán previo el trámite de la licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, términos y demás disposiciones previstas en el Decreto Ley 222 de 1983 o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen. En todo caso, para la licitación, concesión y operación del servicio se deberán observar los principios de igualdad y de acceso democrático. El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública” (negrilla fuera de texto).

Como se puede apreciar, el mandato legal remite en materia de requisitos y condiciones generales del contrato de concesión en materia de telefonía móvil celular a lo dispuesto de manera general en el Decreto Ley 222 de 1983 o, en su defecto, a las disposiciones que lo sustituyan o modifiquen, lo cual, se dio con la expedición de la Ley 80 de 1993, actual estatuto de la contratación estatal.

La Ley 80 de 1993, ordenó en su artículo 14 lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL

CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente (...)" (negrilla fuera de texto)

Y en el artículo 19 dispuso:

"ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna." (negrilla fuera de texto)

A su vez, desde 1990, en el decreto-Ley 1900 del mismo año, se preceptuaba a propósito de los bienes que conformaban la red de telecomunicaciones:

"Artículo 14. La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones."

Artículo 15. La red de telecomunicaciones del Estado comprende además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones que se determinan en el presente Decreto.

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá autorizar la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, aun cuando existan redes de telecomunicaciones del Estado.

Observa pues en este punto la Corte que, la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal transcrito. Esto es, el pacto de reversión se entendía incorporado, y por ello, al concluir la concesión, se debe hacer efectiva, además de la devolución de las frecuencias, la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la prestación de servicios, con destino a la Administración. En relación con tales bienes, los transcritos artículos 14 y 15 del citado

decreto-Ley 1900 de 1990, determinaron lo que la Corte, entiende, es un mínimo del acervo que debe ser revertido al Estado, si se asume que por virtud del contrato, la Administración tiene derecho a tales haberes o su equivalente económico, aunque su adquisición, uso, tenencia y conservación eran de la órbita del concesionario.

En 1994 se expidió, mediante la Ley 142 de 1994, el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, el cual, estableció en su artículo 39 la inaplicación del citado artículo 19 para las concesiones del espectro electromagnético, en el caso del servicio público de telecomunicaciones. Preceptuaba la Ley:

Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1.(...)

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales.(...)" (negrilla fuera de texto

Resulta importante advertir que este mandato legal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 189 de la misma, entro a regir el día de la publicación de la Ley en el diario oficial, lo cual aconteció el 11 de julio de 1994, en el Diario Oficial No. 41433, no de otro modo se entiende el canon en referencia:

"Artículo 189. Vigencia. Salvo cuando ella disponga otra cosa, esta Ley rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial."

Esto significa que solo a partir de esta fecha, se dio un cambio en materia del régimen y conjunto de los bienes involucrados en la concesión y, objeto de la reversión. Los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha, se regirán por una nueva normatividad.

Posteriormente, la Ley 182 de 1995 también varió lo dispuesto para la concesión en materia de la prestación del servicio de televisión. Reza el texto legal:

ARTÍCULO 48. DE LAS CONCESIONES A LOS OPERADORES ZONALES. La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública.

Para tales efectos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta las siguientes disposiciones especiales, sin perjuicio de las que ordene incluir en los correspondientes pliegos de condiciones:

h) No habrá lugar a la reversión de los bienes de los particulares. Sin embargo, la Comisión Nacional de Televisión podrá acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes; (negrilla fuera de texto)

Más adelante, encuentra la Corte, en esta rápida semblanza legislativa la Ley 422 de 1998, aquí cuestionada en su artículo 4, siendo preciso anotar que la Ley 555 de 2000, por medio de la cual se reguló la prestación de los servicios de comunicación personal y PCS, consagró, en su artículo 19, que en lo no regulado en este cuerpo legislativo se aplicaría lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la mencionada 422 de 1998. Como dicha ley 555 de 2000 no se ocupó del tema de la reversión, resultaba entendible la aplicación de la Ley 80 de 1993 y de la 422 de 1998, según fuese el caso.

Finalmente, resulta pertinente mencionar el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, también aquí tachado, el cual nuevamente adoptó medidas tendientes a la flexibilización de la reversión en materia de los servicios de telecomunicaciones.

Se puede pues, a estas alturas, concluir parcialmente que el legislador colombiano hasta la expedición de la Ley 142 de 1994 y su consecuente entrada en vigor, estableció como obligatoria la cláusula de reversión en los contratos de concesión con todas las consecuencias que ello acarrea. Esto es, la historia legislativa evidencia que el cambio de condiciones en el mercado de las telecomunicaciones ha requerido del principio mayoritario una respuesta.

Entre las razones en las cuales se fundó el Congreso de la República, para establecer los enunciados de la Ley 1341 de 2009, se tienen la pretensión de hacer más atractivo para los inversores un contrato de concesión en el cual los bienes afectos a la prestación del servicio no irán a parar al patrimonio estatal cuando tenga lugar alguna de las causas que finiquite el contrato. Al revertirse, únicamente las frecuencias radioeléctricas asignadas, todo el esfuerzo del contratista expresado en la consecución de unos bienes encaminados a la prestación de un mejor servicio y, seguramente de una mayor ganancia, continuarán en el peculio del concesionario.

Desde la misma iniciativa del proyecto de lo que sería la Ley 1341 de 2009 se advertía:

“(…) el proyecto que define la organización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

(…)

Libre competencia y promoción de la inversión.(…)”[18]

Adicionalmente, otras razones militaron a favor de las medidas que variaron el sentido de la cláusula de reversión en el contrato de concesión en materia de telefonía móvil. Uno de tales motivos lo fue el buscar que quienes se incorporasen como nuevos inversores en la prestación del servicio en referencia, lo hiciesen con la idea de adquirir equipos y tecnología nueva, dado que no contarían con los bienes que como producto de concesiones previas quedaron en cabeza del Estado. Esta preocupación, por hacerse a equipos y bienes que les permitiesen competir de mejor modo e integrarse al mercado de las comunicaciones, redundaría en beneficio de los usuarios. Prevalido de estudios sobre el tema en Europa, el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República, señaló:

“(…) si los nuevos competidores no tienen necesidad de construir infraestructura, porque el acceso a las redes del establecido les sale muchísimo más barato, no lo van a hacer(…)”[19]

De contera, se estimó que insistir en la preservación de la vieja infraestructura implicaba una reducción en los niveles de inversión y por ende, una disminución en los niveles de bienestar que esta comporta, se dijo sobre este tópico:

“(…) también demostraron cómo no sólo el nivel de inversión en el país, sino el bienestar de la sociedad se incrementa cuando ambos operadores, entrante y establecido, compiten con base en la infraestructura de cada uno, que cuando el primero puede montarse sobre la infraestructura del segundo.(…)”[20]

En el mismo documento legislativo se precisaba que una política de competencia en infraestructura, contribuiría a un mayor nivel de competencia en la calidad de la prestación del servicio. Se expuso:

“(…) Esto genera, sin duda, una escalera de estímulos. Por un lado el constructor generará empleo con la propia construcción de las redes. Por otro quienes se sirven de las mismas obtendrán mejores servicios a través de redes optimizadas en el tiempo, pues el constructor siempre tendrá incentivos para actualizarla (en especial porque sus competidores sí lo harán) y, en definitiva, los usuarios finales tendrán a través de una sola red una diversidad de servicios y aplicaciones.(…)”[21]

Son pues diversas las bondades que el legislador halló al buscar que el concesionario conservase los bienes destinados al servicio. No solo se trataba de realizar el derecho constitucional de la libertad de competencia, sino de propender a la materialización del deber estatal contemplado en el artículo 334 de la Carta, consistente en intervenir por mandato de la Ley en los servicios públicos y privados, con miras a mejorar la calidad de vida de los habitantes.

Revisado el marco legal del asunto en estudio, procede la Sala a recordar la estimación de la estipulación de la reversión en la jurisprudencia de este Tribunal.

6.2 Las características de la cláusula de reversión en la jurisprudencia de la Corte

Esta Corporación, ha tenido oportunidad de referirse a la figura jurídica en estudio. Para tal efecto, resulta paradigmática la sentencia C-250 de 1996 M.P. Herrera Vergara, donde la Corte declaró exequible el artículo 19 de la Ley 80 de 1993[22], que fue demandado argumentando que la reversión sin compensación económica implicaba una expropiación. En esta ocasión se afirmó que la cláusula de reversión constituye un elemento ínsito del contrato de concesión, y los argumentos que se ofrecen apuntan precisamente a justificarla con razones de orden constitucional, ligadas a la garantía de la adecuada prestación del servicio público y de la prevalencia del interés general. En este pronunciamiento se sostuvo que:

“g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma

expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato. (subrayas fuera de texto)

(...)

La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Y citando la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se transcribía

“Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados.

En tratándose de la reversión sin compensación, la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular” (negrillas y subrayas fuera de texto).”

Agregaba la Corte:

“Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a esta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista.”

Finalmente, se destacaba en el fallo, el arraigo que en la utilidad pública encuentra la cláusula en estudio:

“Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales.”

En aquella ocasión, esta Sala declaró ajustada la Constitución la cláusula de reversión tal como en su momento lo concibió el legislador en la Ley 80 de 1993.

“(…)la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten. Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.”

En la misma decisión se advertía respecto del contrato de concesión que:

“(…) en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará[24]. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria.(…)”

Este último fragmento jurisprudencial permite observar la relevancia de la ecuación contractual en el contrato de concesión y, advierte el peso de los estudios previos en la conservación del aludido equilibrio financiero.

6.3 Algunas consideraciones del Consejo de Estado y la doctrina en torno a la cláusula de reversión

Sobre el punto en estudio, resulta oportuno recordar lo que se ha dicho por parte del máximo juez de lo contencioso administrativo, bien por vía contenciosa o, bien en sede de consulta.

El Consejo de Estado en sentencia de Junio 16 de 1994 M.P. Suarez Hernández[25], resolvió la controversia contractual planteada en contra del Ministerio de Minas y Energía por una empresa cesionaria de un contrato de concesión para la explotación de petróleo y gas. La empresa solicitaba declarar la nulidad de las resoluciones que ordenaron la reversión gratuita al Estado de una planta de gas (refinería) construida por fuera de los límites de la concesión o, en su defecto, condenar a la entidad estatal al pago de la correspondiente indemnización. El Consejo de Estado denegó las pretensiones de la empresa accionante, por considerar aplicables las cláusulas contractuales y la legislación vigente al momento de la suscripción del contrato inicial. En aquella ocasión sostuvo que:

“Al tenor de lo preceptuado por el art. 1618, del C.C. debe estarse a la intención de los contratantes iniciales, lo cual vincula a los concesionarios del contrato. Esa intención es clara en el sentido de que a la terminación del contrato todos los bienes destinados a la explotación de ese campo, revertirían al Estado. No puede atenderse al tenor literal del contrato en el sentido de que sólo revertirían los bienes que estaban ubicados dentro de los linderos del campo concesionado, por cuanto al momento de celebrarse el contrato inicial el objeto material del mismo sólo lo constituía la exploración y explotación de petróleos, pero a partir de 1961, también debía explotarse gas y para tal efecto se necesitó construir una planta fuera de los límites geográficos del campo, pero que estaba destinada en forma exclusiva a cumplir con las exigencias de la Resolución 0918 de 1961, para poder seguir explotándolo.

Asimismo señaló:

“(…) debe entenderse que dada la naturaleza especial de este contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión, que aunque

no se pacten en forma expresa, deben entenderse incitas en el contrato. Es decir, no era necesario que el Gobierno Nacional y la SHELL CONDOR o la ANTEX OIL firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado Colombiano; y, no era necesario porque es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado.(...)”.

Por su parte, mediante concepto N°. 727 de septiembre 08 de 1996 M.P. Osorio Isaza, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció frente a una inquietud sobre la aplicabilidad del artículo 74 del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), que limitó el alcance de la cláusula de reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales en relación con lo establecido en la legislación anterior (Decreto 805 de 1947). Se consultaba si la normatividad aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947 era la establecida en los artículos 106 a 108 de dicho estatuto o si, por el contrario, debía aplicarse el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988. En aquella oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo, como punto de partida, la distinción entre aquellas cláusulas contractuales que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario y aquellas que atañen a la reglamentación del servicio. Señaló que, mientras las primeras no podían ser modificadas de manera unilateral por el Estado, las segundas si podían serlo siempre y cuando estén en juego “asuntos de interés público a cuyo manejo el Estado no puede renunciar”. En tal sentido, sobre el manejo que debe darse a la concesión, sostuvo que:

“(…) siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquel, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que este no puede renunciar” (negrilla fuera de texto)

Y más adelante en el mismo pronunciamiento, a propósito del cambio legislativo que originó la inquietud sometida a consulta, precisó sobre la reversión de los bienes al Estado:

“(…) la entrega en funcionamiento de los bienes propios de la exploración, explotación y beneficio minero, se apoya sobre dos presupuestos contractuales como son la reversión al dominio del estado (pactada en la legislación anterior) y la facultad de este para vigilar que tal operación se lleve a efecto sin detrimento de los intereses públicos; ambos son aspectos atinentes a cuestiones universalmente aceptadas como materia de orden público y de exclusiva competencia legal” (negrilla fuera de texto).

En respuesta a la inquietud formulada en esta ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo que la modificación al alcance de la cláusula de reversión establecida en el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988 era aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia de la legislación anterior, pues con ella no se afectaban derechos adquiridos al aplicar ley posterior en remplazo de la vigente en el momento de celebrarse el contrato ni se producía un detrimento del interés público.

Para comprender el alcance de dicho concepto debe considerarse que la modificación introducida a la cláusula de reversión en el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988, consistió en reducirla, por regla general, solo para los contratos de concesión de gran minería,

señalando que para los contratos de mediana minería y licencias de exploración o explotación (pequeña minería), solo operaría la reversión de bienes cuando a juicio del Ministerio sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones mineras para iniciar un nuevo proyecto. Asimismo señaló que no habría lugar a reversión a favor de la Nación en los aportes. Tales distinciones correspondían al tratamiento diferenciado establecido en dicho Código para la pequeña, mediana y gran minería, al igual que para los aportes otorgados a establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la exploración y explotación mineras. Tratamiento diferenciado que no existía en la regulación establecida en el Decreto 805 de 1947. Así las cosas, la exclusión de los títulos de mediana y pequeña minería, así como de los otorgados a establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de la obligación de revertir los bienes al término de la concesión, no implicaba un detrimento del interés público, que en todo caso quedaba a salvo en tanto el Estado se reservaba la posibilidad de reversión respecto de contratos de mediana y licencias de pequeña minería cuando juzgara necesario conservar las instalaciones y excavaciones para iniciar un nuevo proyecto minero. En esos términos, no se veía afectado el interés público a cuyo servicio se pacta la cláusula de reversión y si, en cambio, se establecía un tratamiento diferenciado en favor de la pequeña y mediana minería.

Este concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil fue retomado por la Sección Tercera del Consejo de Estado que, mediante providencia de septiembre 06 de 2001 M.P. Hernández Enriquez[26], señaló in extenso:

“(...) la Sala encuentra necesario precisar algunos aspectos relacionados con la procedencia de la reversión para los contratos celebrados con anterioridad al decreto ley 2655 de 1988.

Como el artículo 106 del decreto 805 de 1947 dispuso que “al vencimiento del término de duración de estos contratos” operaría la reversión de todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos para la exploración y explotación minera, la medida resulta aplicable a todos los contratos de concesión minera celebrados en vigencia de esa normativa, una vez se dé la terminación del mismo por vencimiento de plazo.

Si la condición fáctica a que está sometida la reversión, el vencimiento del plazo del contrato de concesión, se produce en vigencia del decreto 805 de 1947, la nueva reglamentación que sobre la materia introdujo el decreto 2655 de 1988 no afecta esa situación jurídica consolidada.

Pero si el vencimiento del plazo del contrato de concesión, que condiciona la efectividad de la reversión, se produjo en vigencia de una nueva disposición que reguló totalmente la materia, deben acatarse las disposiciones que reglamenten aspectos no regulados por la normativa anterior, fundamentalmente los encaminados a la operatividad de la medida.

Se tiene entonces que la reversión se aplica al contrato que se estudia, porque así lo dispuso la ley vigente al momento de la celebración del contrato, decreto 805 de 1947; pero ocurre también que las regulaciones particulares que introdujo el decreto ley 2655 de 1988 sobre la materia no le son ajenas al mismo, porque el contrato estaba en ejecución cuando entró a regir esta nueva reglamentación, que llenó espacios normativos que el

decreto de 1947 no reguló.

Además de lo anterior la Sala precisa que en el caso concreto, sea cual fuere el régimen legal que se acogiese, la reversión resulta procedente porque así lo prevé la norma de celebración del contrato, decreto 805 de 1947, porque así lo acordaron las partes en el contrato, y porque el contrato de concesión comprende una actividad de gran minería.(...)” (negritas fuera de texto)

De los pronunciamientos citados se pueden colegir, entre otras cosas, que la reversión salvo disposición legal en contrario, hace parte de la esencia del contrato de concesión, y que, las disposiciones que la regulan son de orden público. Entiende la Corte que la razón que subyace, a esta forma de comprender el instituto jurídico en estudio, es el interés público que el contrato estatal comporta.

Pero, además, tanto los proveídos, como el concepto invocados permiten afirmar que la reversión una vez pactada en la celebración del contrato, se constituye en regla del mismo y, su aplicación está fuera de toda duda. En el entender del juez contencioso administrativo, se está frente a un deber irrenunciable por parte del Estado y, cuyo quebrantamiento supondría un detrimento del interés público.

También se puede deducir que el vigor normativo de la cláusula de reversión pactada estriba no solo en el interés público que le sirve de sustento, sino en que fue producto de la voluntad de las partes. Lo cual, en realidad encuentra su fundamento en un elemento consustancial a los acuerdos, como lo es la voluntad de las pactantes.

Un motivo adicional que soporta esta última conclusión, es la exigencia derivada tanto de la Ley como de la equidad, de preservar el equilibrio en la ecuación financiera del contrato. Tiene la Sala que así lo ha sentado el Juez Contencioso Administrativo, cuando en sentencia de enero 31 de 1997, M. P. Suárez Hernández, al advertir que no resultaba jurídicamente posible continuar con la ejecución del contrato y, observando los eventuales perjuicios que se podrían causar a la partes, resolvió:

“(...)A la fecha de esta sentencia el contrato se debe haber ejecutado aproximadamente durante 6 años, contados a partir de marzo 20 de 1991, es decir, ha corrido casi el 30% del plazo contractual, y en ese mismo porcentaje teóricamente había de transferirse la empresa al Departamento para cumplir el pacto de reversión. Ahora bien, como dicha solución no resulta viable física ni económicamente, la Sala estima equitativo y razonable que la contratista haga transferencia de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles directamente afectados a la ejecución del contrato que aquí se anulará al Departamento y éste, a título de compensación, pagará a aquella lo correspondiente al porcentaje no amortizado. Esta solución garantizará el ejercicio pleno del monopolio de fabricación de licores por el Departamento y el resarcimiento económico para la contratista.”

Esto es, se trata de conservar el valor normativo de las disposiciones acordadas por los contratantes. De ahí el afán de velar por el equilibrio contractual y evitar interpretaciones que impliquen detrimento para alguno de los extremos del negocio jurídico.

En suma, observa la Corte que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse

sobre la reversión en el contrato de concesión, caracterizándola, señalando algunas de sus implicaciones e incluso, refiriéndose a su vigencia normativa en casos de cambio legislativo.

En lo que respecta a la doctrina, resulta adecuado recordar que al aludir al régimen de los bienes del concesionario afectados al servicio público, el profesor Rafael Bielsa, considera que la propiedad de aquellos puede estar limitada "(...) cuando por la Ley o el contrato de concesión el concesionario debe transmitir la propiedad de los bienes al concedente, al vencimiento de la concesión o dentro de un término previsto(...)" el fundamento de la limitación del concesionario en punto a la disposición de sus bienes afectados al servicio público está(...) en la necesidad de asegurar la continuidad del servicio público(...)"[27]

Por su parte, Miguel Marienhoff en lo que atañe al régimen de los bienes ha disertado en el siguiente sentido "¿qué derechos tiene el concedente sobre los bienes del concesionario que al extinguirse o concluir la concesión pasaran a su poder, con o sin indemnización? Y ha respondido:

Durante ese lapso el concedente no tiene derecho algunos sobre tales bienes, derivado de la eventual y futura adquisición de la propiedad sobre ellos.

El Estado - concedente- solo tiene la prerrogativa o poder de obligar al concesionario a mantener en servicio la cantidad y especie de bienes o cosas previstos en la concesión; correlativamente, tiene el poder o prerrogativa de impedir que el concesionario sustraiga del servicio bienes o cosas que deban permanecer afectados al mismo (...) el concedente puede impedir que el concesionario disminuya el número o cantidad (de bienes)[28] sustrayéndolos del servicio (...)"[29]

Y más adelante precisa, a propósito de la reversión de los bienes:

"(...) si por cualquier circunstancia que le fuera imputable, el concesionario no entregare por ejemplo, la cantidad de ómnibus pertinente, o entregare unidades deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, deberá abonarle al concedente los daños y perjuicios respectivos(...)" [30]

En una perspectiva más contemporánea, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al referirse en particular a la duración del contrato de gestión de servicios públicos y la cláusula de reversión, han advertido sobre lo que se ha denominado "los efectos negativos del planteamiento tradicional". Explican los juristas españoles que al acercarse el tiempo de la reversión se vio claramente "(...) que nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal ni, por lo tanto, ganarla por el simple transcurso del tiempo, cualquiera que esta sea (...)" en su opinión, esto "(...) habría servido solamente para impulsar la crisis del sistema concesional al impedir la renovación de las instalaciones afectas al servicio en la última fase de vida de las concesiones cuando ya no es posible amortizar las inversiones necesarias" y concluyen sobre el punto:

"(...) Se hizo inevitable el abandono de las viejas ideas y la necesidad de configurar la reversión como una cláusula de índole exclusivamente económica, ligada a las necesidades de este orden y, muy particularmente, al problema de la amortización de las inversiones

realizadas por el concesionario (...)

Se observa entonces que también en la doctrina ha variado el estatus y el papel que desempeña la estipulación de la reversión en el contrato estatal de servicios públicos, lo cual, sin duda, afectará el régimen de los bienes. Si antaño, tal disposición resultaba imprescindible en los contratos de concesión, las nuevas exigencias del mercado han tornado tal contenido en circunstancial y, la han condicionado a razones económicas.

Así pues, aquellos pactos de concesión celebrados por la Administración, en los cuales el móvil económico está en la base de la incorporación de la reversión como regla obligatoria, deben atenerse a su cabal cumplimiento. En sentido distinto, los pactos suscritos en vigor de la ley que ha cambiado el carácter de la reversión, se atenderán a lo consignado en los enunciados legales del caso. Tal forma de razonar, entiende la Corte, se corresponde con contenidos constitucionales propios del interés público como lo son el patrimonio estatal y el correcto desempeño de la función pública.

Esteban Arimany ha analizado el asunto de las diversas clases de bienes que se pueden hallar en la prestación del servicio y, se ha referido a "(...) una serie de elementos necesarios para el desarrollo de la actividad concedida, que la Administración exige y el particular se compromete a aportar. Forman parte integrante de la concesión y están afectos al servicio público, siguiendo el régimen exorbitante propio de esta clase de bienes" [31], es de este acervo que se predica la reversión. Por otro lado, se encuentran involucrados en el contrato otros bienes que el concesionario incorpora voluntariamente "(los cuales) no son necesarios ni útiles para la prestación del servicio -entendido este en un sentido estricto- aunque de algún modo pueden complementarlo" y, adicionalmente otros bienes "útiles para la explotación, que el concesionario incorpora voluntariamente con vistas a la mejor prestación del servicio, excediéndose de sus obligaciones contractuales"[32]de estos últimos dos grupos de haberes patrimoniales, no se predicaría la reversión.

La misma doctrina especializada, a propósito del significado de la reversión la ha entendido y acogido en los siguientes términos: "el concesionario no solo se obliga a enajenar la propiedad de los bienes al llegar el día convenido, sino que, de hecho, la está transmitiendo ya -aunque a término- desde los primeros momentos de la relación concesional" por oposición a una tesis según la cual "(...) el concesionario(...) no transmite(...) ningún derecho real, continúa siendo el único y pleno propietario de los bienes y simplemente se obliga a transmitir, un día determinado, a la Administración la propiedad de los mismos(...)".

Para la Sala, estos últimos asuntos todos son del resorte de instancias diferentes a este Tribunal, más no por ello intrascendentes y mucho menos ajenos al interés público, pues, tal como ha precisado Arimany Lamoglia como pauta en este tema ha de atenderse "un criterio muy flexible, sin que - por ello - lleguen a perjudicarse los intereses colectivos"[33].

Lo que si destaca la Sala, dada la relevancia que para el patrimonio estatal comporta la presencia de la cláusula de reversión, es la siguiente apreciación:

“(…) aunque desaparezca la afectación al servicio, continua incólume sujeción (sic) de los bienes a la reversión, o, dicho en otras palabras, la subsistencia del gravamen restitutorio no está condicionada a lo que ocurra con el gravamen de afectación”

Y continúa,

“la causa económica del primero de ellos permanece presente durante todo el periodo de explotación. La Administración, al sentar las bases de la concesión, calculó la remuneración del concesionario de modo que, mediante el cobro a los usuarios de las tarifas fijadas durante un tiempo determinado y/o las compensaciones públicas pertinentes, resultaran amortizadas todas las instalaciones que aquel incorporara a la Empresa concesional; si uno o varios de estos elementos se sustraen a la restitución sin rectificación de la fórmula económica establecida en un principio y/o sin ser subrogados realmente por otros bienes de iguales o parecidas características, el gestor del servicio los cobrará dos veces en perjuicio de la colectividad (…)” [34].

Para la Corte, este criterio, se aviene a lo dispuesto en la Constitución Política, en tanto, se entienda el interés de la colectividad expresado en el patrimonio estatal y en el íntegro desempeño de la función pública.

7. El caso concreto

Establecidos los presupuestos anteriores, procede la Corte a definir la constitucionalidad de los preceptos acusados.

De conformidad con lo consignado en el acápite 4 de esta providencia, se verificó que el legislador atendiendo lo que estimó como las necesidades del mercado, al expedir el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, se inclinó por redefinir las implicaciones de la cláusula de reversión, en el marco de los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones. Un aspecto sustantivo de la variación, tal como se desprende de la lectura de los enunciados legales, consiste en relevar al concesionario del deber de revertir los bienes afectos al servicio público al momento de concluir el contrato. En su lugar, el Congreso de la República dispuso como único bien objeto de reversión en los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones, las frecuencias radioeléctricas que, en su momento, fueron concedidas para la prestación del servicio correspondiente.

Considera la Corte que, en principio, lo dispuesto en los apartados legislativos censurados se ajusta a la Carta. La potestad del legislador en el ámbito contractual, de un lado, y las razones puestas de presente desde la misma iniciativa, justifican que los contenidos legales excluyan los bienes afectos al servicio. Entiende la Corte que tal variación se orienta a estimular la modernización del servicio, la cual, redundaría en el bien de los usuarios, contribuyendo con ello a la realización de otros derechos que encuentran en las telecomunicaciones un lugar de materialización; es un fin constitucionalmente admisible y no caben razones para manifestar su inconstitucionalidad, de cara a las censuras examinadas.

La referida modernización, tendría lugar cuando tanto quienes actualmente prestan el

servicio en concesión, como quienes aspiran a prestarlo, se ven en la necesidad de ofrecer las mejores condiciones tecnológicas con el aliciente que esa logística, con lo que ello implica, no irá a parar a las arcas del Estado.

Entiende además la Corporación que tales contenidos normativos contribuyen a realizar de mejor modo la competencia por la prestación del servicio, lo cual, se reitera, permite una mejor calidad del mismo, todo ello en beneficio del usuario, generándose condiciones que contribuyan al logro de los mandatos constitucionales de mejoramiento de la calidad de vida y distribución de los beneficios del desarrollo estipulados en el artículo 334 del Texto Superior.

Igualmente, encuentra la Corte que cuando las disposiciones legales objeto de tacha, se refieren a la reversión de las frecuencias, tampoco consagran contenidos inconstitucionales, pues, está suficientemente claro que de conformidad con lo mandado en el Artículo 75 de la Carta, el espectro electromagnético es un bien público y, por ende, lo que realmente revierten los concesionarios de las frecuencias, es el derecho de uso sobre las frecuencias asignadas para la prestación del servicio.

Sin embargo, acorde con el segundo problema jurídico planteado, según el cual, podría darse el quebrantamiento de la Constitución, si del texto legal se desprende una norma que modifique las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de la entrada en vigor de las leyes cuestionadas, implicando con ello que, solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio; procede un análisis distinto.

En primer lugar, y tal como quedó sentado en el acápite que evaluó la aptitud del cargo, sí es predicable de un enunciado legislativo una posibilidad interpretativa, según la cual, solo cabría la obligación de revertir en los contratos de concesión de las telecomunicaciones suscritos antes de la vigencia de las leyes censuradas, únicamente las frecuencias radioeléctricas. En el caso del inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, la expresión “al momento de la entrada en vigencia de la presente Ley” da pie para entender que el vigor de la ley cubre las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones en curso, con lo cual, en tales figuras jurídicas no tendría lugar la reversión de bienes afectos al servicio, aunque estuviese pactada. Esta norma o interpretación de la ley requiere otras consideraciones que se consignan seguidamente.

Para la Corte, la lectura del texto legal en el sentido de desconocer las cláusulas incorporadas en los contratos suscritos entre el Estado y los concesionarios, desconoce mandatos constitucionales. En el apartado 4º de esta decisión, la Corporación insistió fehacientemente en el interés público y sus expresiones concretas como finalidades que legitiman las decisiones del principio mayoritario en el marco de la contratación estatal. Si bien, para los contratos celebrados con posterioridad a las leyes en estudio y, en los cuales, la reversión implica únicamente el cese del uso de las frecuencias radioeléctricas, tal mandato resulta aceptable en aras de la buena fe, la seguridad jurídica y el derecho de la competencia; para los contratos estatales, en los cuales, la reversión había sido pactada implicando la reversión de los bienes afectos al servicio, no resulta predicable desde la

Constitución tal admisibilidad.

En este último caso, la continuidad del servicio, la defensa del patrimonio estatal y el correcto desempeño en el ejercicio de la función pública; deben signar la lectura de la estipulación.

Estima la Sala que, la interpretación cuestionada y que excluye la reversión de los bienes afectos al servicio, atenta contra el precepto contenido en el artículo 75 de la Constitución, tal como lo puso de presente el actor, pues, al impedirse la reversión de los bienes con destino al Estado, desconociendo las condiciones iniciales de los contratos, se genera una situación de desigualdad en el acceso al uso del espectro, dado que, quienes tienen la obligación de revertir los bienes, quedando en igualdad de condiciones con otros aspirantes a acceder al espectro, parten ahora con una ventaja establecida en un contenido inconstitucional. El referido incremento en la masa patrimonial que, redundaría en una mayor solidez económica de la inicialmente esperada, acontecería a expensas de unos derechos del Estado.

Para la Corte, el aumento del capital de quienes son titulares de concesiones en materia de telecomunicaciones, acorde con contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de los textos legales debatidos, convenios en los cuales tenía lugar la reversión de bienes afectos al servicio, bien por mandato de la ley, bien por acuerdo entre las partes, o bien por ambas situaciones, sumado a las violaciones de la Constitución, descritas en el párrafo precedente, se constituyen en factores tendientes a prohijar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro, lo cual, también vulnera lo establecido en el varias veces citado artículo 75 de la Carta.

Para la Sala, resulta claro que de conformidad con lo mandado en el artículo 75, la intervención del Estado por vía de ley, tiene como finalidad expresa, el evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. La interpretación reprochada en esta decisión, se encamina precisamente a lo contrario. Para la Sala, se evidencia una razón más que conduce a excluir del ordenamiento la lectura del texto legal analizada.

También advierte la Corte que entender el enunciado legal del modo aludido, esto es, variando el contenido de la estipulación de la reversión y cesando la obligación de entregar los bienes afectos al servicio al Estado, no cumple ninguna finalidad constitucionalmente plausible. Por el contrario, se trataría de una norma que autorizaría la exclusión de un derecho legal, pues, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sigue vigente y, también de un derecho contractual, a incorporar un conjunto de bienes al peculio público, atentándose contra un precepto constitucionalmente importante, cual es, la defensa del patrimonio estatal y, posiblemente, la afectación en la continuidad del servicio público. Esto es, se tendría un mandato en el que una de sus finalidades, resultaría violatoria de la Constitución.

Para la Corte, permitir en el ordenamiento jurídico la pervivencia de la interpretación en estudio, supondría un verdadero privilegio -privi legios-, en su sentido etimológico "Ley privada", a favor de actores que, en otro momento a ciencia y paciencia suscribieron los respectivos contratos de concesión y, tuvieron oportunidad de incorporar en sus cálculos el

valor de los bienes que al final del contrato de concesión están obligados a revertir al Estado. Pertinente es en este punto, recordar lo dispuesto en los citados artículos 14 y 15 del decreto-Ley 1900 de 1990, los cuales conservaron su vigencia formal hasta julio 30 de 2009, de conformidad con la derogatoria hecha en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009. En consecuencia, los contenidos de tales preceptos se hallaban en vigor al momento de celebrarse los contratos suscritos antes de la vigencia de las leyes censuradas y por ende, al momento de la liquidación de los contratos, los concesionarios estarían obligados a devolver las frecuencias, la infraestructura y los bienes enlistados en tales disposiciones o su equivalente económico, según lo dispongan las instancias correspondientes, pues, dichos haberes constituyen el derecho de reversión a reclamar por el Estado si es del caso. Es este entendimiento de los preceptos citados y demás normas vigentes al momento de la celebración de los negocios jurídicos suscritos antes de la vigencia de las leyes censuradas el que permite la preservación de la ecuación financiera de los pactos suscritos y la defensa de los contenidos constitucionales tutelados en esta decisión.

Así pues, entiende esta Colegiatura que los bienes afectos al servicio, adquiridos, construidos e instalados, de conformidad con las necesidades y vicisitudes acontecidas, a lo largo de la totalidad de la ejecución de los contratos pactados antes del vigor de las leyes censuradas, corresponden al patrimonio público y, su defensa, es expresión del deber constitucional de proteger el interés general. Observa sí la Corte que, la infraestructura instalada bien puede estar siendo empleada para la prestación de otros servicios adicionales a los concesionados inicialmente, caso en el cual, y en aras de la continuidad de la prestación del servicio, se podrá mediante las correspondientes compensaciones por parte de los concesionarios, continuar con el servicio, siempre teniendo como norte la defensa y conservación del peculio estatal.

Para la Corte es importante recordar que los concesionarios tuvieron ocasión de establecer las amortizaciones del caso y determinar las tarifas tendientes a obtener sus legítimas utilidades. Considera el Tribunal Constitucional que, un privilegio lesivo del patrimonio público repugna a la supremacía de la Constitución y, más aún, en el marco de un Estado Social de Derecho, en el que, el interés general ocupa un lugar de prevalencia según lo dispone el artículo primero de la referida Norma de Normas.

Adicionalmente, estima la Corporación, que la norma censurada no realiza ninguna de las finalidades establecidas por la Carta al ejercicio de la función administrativa. No se encuentra cómo, el eliminar el derecho del Estado a hacerse con los bienes afectos al servicio en las concesiones en las cuales se pactó la reversión, contribuya como lo dispone el artículo 209 del Texto Superior, al “servicio de los intereses generales”.

Si el contrato estatal, es un instrumento de gestión en manos de la Administración Pública, no hay evidencia de cómo la lectura de los textos legales aquí cuestionada, contribuya a tal gestión y, menos aún al logro de la igualdad, la moralidad y la economía, entre otros principios trazados por el constituyente.

Para esta Corporación, se impone el acatamiento de las normas producto del acuerdo entre las partes, acorde con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor literal

reza:

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Encuentra la Corte que no caben razones para desconocer el principio pacta sunt servanda, el cual subyace a las reglas transcritas y, tiene expresión legal en el artículo 1602 del Código Civil- el aludido principio significa el acatamiento de las partes al acuerdo realizado y consignado en las cláusulas contractuales.

Seguramente, será labor de cada instancia competente, en concreto, verificar cuáles eran puntualmente las disposiciones legales vigentes para definir cuál es el régimen legal aplicable al respectivo contrato. Estima el Juez Constitucional que ello se aviene con los imperativos de la buena fe y la seguridad jurídica. Para la Sala, la defensa del patrimonio estatal y los principios que orientan la función administrativa, subyacen a la cláusula de reversión pactada inicialmente, por ende, orientan su lectura y, serán la Procuraduría General de la Nación de conformidad con lo normado en los numerales 3, 5 y 7 del artículo 277 y La Contraloría General de la República acorde con lo preceptuado en el numeral 8 del artículo 268 de la Carta, los garantes que cuando llegado el momento, velen por el cumplimiento de tales imperativos constitucionales.

Advierte además la Corte que el acatamiento del contenido del artículo 75 debería seguir orientando los futuros procesos de selección de operadores de telefonía, con miras a garantizar la igual participación de los oferentes y proscribiendo eventuales prácticas monopolísticas en el uso del espectro.

Dadas las consideraciones referidas, concluye el Tribunal Constitucional que se está frente a un enunciado o disposición ajustado a la Constitución, pero, uno de cuyos mandatos viola el artículo 75 de la Norma de Normas y, de contera, el artículo 209 de la misma. Frente a este tipo de situación, la doctrina y otras experiencias de la justicia constitucional en el derecho comparado -y a ella se ha acogido en repetidas ocasiones la Sala- han adoptado decisiones en las cuales, se declara la exequibilidad del texto emanado del legislador, pero se proscriben la norma hallada inconstitucional.

El fundamento de este tipo de fallos es el principio de conservación del derecho producido por el principio mayoritario y juzgado por la Corte. Para el Tribunal Constitucional, resulta más respetuoso del quehacer y la voluntad legislativa, conservar el enunciado del legislador, excluyendo los significados que vulneran la Constitución que, anular toda la disposición legislativa, cercenando lecturas plausibles que no solo se avienen con la Carta, sino que contribuyen a la realización de derechos establecidos en la misma.

Por ende, esta Corporación, producirá un fallo condicionado en el asunto en estudio, pues, tal como se colige de los motivos expuestos, los textos legales cuestionados son constitucionales, pero, no así una interpretación, según la cual, las cláusulas de reversión establecidas en los contratos de concesión suscritos antes de la expedición de la ley se atenderán a lo dispuesto en esta desconociendo la estipulación contractual y la ley vigente al momento de celebración del acuerdo. Para la Sala, una interpretación respetuosa de la Constitución, en el caso en estudio, debe proscribir una posibilidad interpretativa que, no solo no cumple con los fines constitucionales de velar por el interés general y el correcto desempeño de la función Administrativa, sino que, sensu contrario, establece un privilegio lesivo de otro mandato constitucional, cual es, el patrimonio estatal.

Para la Corte, el artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 son constitucionales, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

VII. Síntesis del fallo

La Corte determina que, entre los cargos formulados por el demandante, el relativo a la incompatibilidad de las normas demandadas con el artículo 75 de la Constitución satisface las exigencias requeridas para activar su competencia encaminada a emitir un pronunciamiento de fondo. Asimismo, establece que no existe cosa juzgada respecto del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que la sentencia C-403 de 2010 declaró exequible el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, pero únicamente en relación con los cargos planteados en aquella ocasión, dentro de los cuales no se encontraba la posible infracción del artículo 75 Superior.

Sobre esta base, los problemas jurídicos que le corresponde resolver a la Corporación consistieron en definir: (i) si el legislador, al establecer que en los contratos de concesión -y demás títulos habilitantes para prestar servicios de telecomunicaciones- la reversión solo implica la devolución de las frecuencias radioeléctricas, desconoce el artículo 75 de la Carta, que consagra el carácter de bien público del espectro electromagnético, la igualdad en el acceso a su uso, la gestión y control del mismo a cargo del Estado, quien debe intervenir para evitar las prácticas monopolísticas; y (ii) si las normas demandadas vulneran el citado precepto constitucional, en tanto pueden ser interpretadas como una modificación de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones suscritos antes de su entrada en vigencia, en el sentido de establecer que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio.

El análisis de la Corte comienza por recordar el amplio margen de configuración que se deriva de la potestad del Congreso para expedir leyes en materia de contratación administrativa, con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución.

La jurisprudencia ha sostenido que esta norma faculta al legislador no solo para expedir un estatuto contractual, sino que, en general, lo habilita para expedir normas relativas a las diversas modalidades de contratación pública, con miras a lograr las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho mediante el aprovisionamiento de los bienes y servicios públicos requeridos.

A juicio de la Corte, al expedir las normas demandadas el legislador actuó dentro del ámbito de configuración constitucionalmente permitido. La decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar solo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en principio, persigue un fin legítimo en tanto puede incentivar la participación en los procesos licitatorios. En este sentido, el legislador consideró más atractivo para los inversionistas participar a sabiendas de que se van a conservar los bienes destinados al servicio; e igualmente valoró el efecto económico a favor del Estado, en la medida en que los oferentes ya no podrán aducir que el Estado obtendrá el beneficio final de la entrega de los bienes comprometidos en el servicio, lo que eventualmente contribuiría a una mayor libertad de competencia y una mejor prestación del servicio.

Sin embargo, el Tribunal advierte que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio.

Tal interpretación desconoce la protección al patrimonio público, al permitir que los particulares mantengan la titularidad de los bienes relacionados con la prestación del servicio, que de acuerdo con la ecuación financiera establecida al momento de la celebración del contrato podían ser amortizados por el concesionario durante su ejecución. De igual manera, dicha interpretación les facilitaría ostentar una posición dominante en el mercado, poniendo en riesgo el acceso en igualdad de condiciones con otros potenciales oferentes. Además, dejaría en sus manos las condiciones para asegurar la continuidad en un servicio que resulta de vital importancia en la sociedad contemporánea, en contravía de lo previsto en los artículos 1 y 75 de la Carta Política. Incluso avizora que una lectura en este sentido podría acarrear la transgresión de principios de la función administrativa como la igualdad, la imparcialidad y, eventualmente, la moralidad administrativa (Art. 209 C.P.).

La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia.

En consecuencia, como los contratos celebrados con antelación a la entrada en vigencia de las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 suponían para el Estado el derecho de propiedad sobre los bienes empleados en la concesión, de hacerse extensivas las disposiciones acusadas a esas situaciones se estarían desconociendo los derechos referidos; y por ende, desconociendo la seguridad jurídica en detrimento del patrimonio estatal.

La Corte precisa que quienes celebraron contratos de concesión antes de la entrada en vigor de la ley acusada no pueden alegar ahora que obligarlos a entregar los bienes supondría un detrimento injusto de sus intereses, porque en su momento, cuando los suscribieron, tuvieron oportunidad de incluir en sus estudios financieros la amortización de los bienes usados en la concesión, como ya lo señaló en la sentencia C-300/12. Para el Tribunal Constitucional, la liquidación de los pactos aludidos, comportaría para los concesionarios, bien la obligación de devolver las frecuencias, los bienes e infraestructura afectos a la prestación del servicio, conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990 y demás normas que regían o estaban vigentes al momento de su celebración y, las que sirvieron como base para estimar la ecuación financiera de tales contratos, o bien, en su defecto, su equivalente económico.

Para esta Corte, permitir la interpretación problemática de las normas acusadas no estaría acorde con las finalidades que la Constitución y la jurisprudencia le han fijado al legislador; además, desconocería lo establecido en el artículo 75 Superior al conferir un injustificado y desproporcionado privilegio a favor de algunos particulares, lo que podría favorecer prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Tal interpretación redundaría también en un detrimento patrimonial para el Estado.

No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, pero siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, a cuya protección el Estado no puede renunciar, lo que no ocurriría en esta oportunidad, si se dejara vigente el entendimiento cuestionado.

Finalmente, se trata de preservar el equilibrio contractual, el cual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas porque, como se ha explicado, aquellos contratistas tuvieron la oportunidad de hacer los cálculos amortizatorios para recuperar la inversión de los bienes y elementos necesarios para el cumplimiento del servicio.

Diferente es la situación de quienes suscribieron contratos con posterioridad a las leyes cuestionadas, porque lo hicieron con la confianza del ordenamiento existente y obran a su favor la buena fe y la seguridad jurídica. Estos contratistas no estaban en la obligación de calcular la amortización de los bienes dispuestos para el servicio, ya que por mandato legal la reversión solo operaba respecto de las frecuencias del espectro electromagnético. Por el contrario, quienes previamente tuvieron oportunidad de hacer tales cálculos, y recuperar la inversión durante la ejecución del contrato, deben regirse por las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

VIII. Decisión

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

RESUELVE

Primero: Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los

contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto-

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto-

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto-

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto-

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con salvamento de voto-

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-555/13

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del artículo 68 (parcial) de la ley 1341 de 2009.

A continuación presento las razones en las que se funda mi decisión de salvar el voto respecto de la decisión adoptada en la sentencia C-555 de 2013 que declara la exequibilidad de las disposiciones demandadas, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

La decisión legislativa de establecer que a la terminación de los contratos, licencias, permisos o autorizaciones que se relacionan con servicios de telecomunicaciones únicamente reviertan al Estado las frecuencias radioeléctricas, no se opone a la Constitución. Esta conclusión se funda en cinco razones principales.

1. La competencia del Congreso de la República para expedir reglas relativas a los acuerdos o autorizaciones que suscriba el Estado y que tengan por objeto el uso del espectro electromagnético, encuentra apoyo (i) no solo en el artículo 75 de la Constitución al establecer que la igualdad en el acceso al mismo se garantizará en los términos en que ello sea definido por la ley (ii) sino también en el último inciso del artículo 150 de la Carta conforme al cual compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública.

De esas normas se sigue que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración para disciplinar, entre otras cosas, la actividad del Estado en materia de uso del espectro electromagnético, de una parte, y las competencias de las autoridades públicas en materia de contratación así como el tipo de instrumentos jurídicos a los que se puede acudir para ello, de otra. Siendo ello así, las normas adoptadas se encontraban comprendidas por el referido margen de acción.

Las disposiciones demandadas no desconocían ninguno de los límites de la facultad legislativa de regulación. Tal y como la sentencia lo reconoce, las modificaciones que introdujeron las disposiciones demandadas encontraban apoyo en razones de diferente tipo asociadas, por ejemplo, a la creación de incentivos para la modernización e inversión tecnológica en el sector de las telecomunicaciones. Estos motivos, entre otros, ofrecen fundamento constitucional suficiente a la adopción de las disposiciones demandadas.

2. El núcleo de las concesiones reguladas por los artículos acusados son los derechos de uso

y explotación del espectro electromagnético y no la propiedad de éste. En esa medida, lo que resulta esencial en ese tipo de acuerdos es la reversión -a la terminación del vínculo que autoriza su uso y explotación- de las frecuencias radioeléctricas en tanto se encuentran integradas a un bien público no susceptible de enajenación. Así lo disponen las normas acusadas.

Conforme a lo expuesto y sin perjuicio de la restricción antes señalada, una regulación que establezca un régimen diferente respecto de otros bienes y activos empleados por el concesionario durante el término autorizado para el uso y explotación del espectro, no se opone a la Constitución.

Podría juzgarse la conveniencia o inconveniencia de la regulación que fue objeto de examen en la sentencia C-555 de 2013. Sin embargo una consideración semejante carece de contenido constitucional y, a partir de ella no puede fundarse un juicio sobre su validez. En esa medida determinar que la propiedad de los bienes empleados por el concesionario o titular del derecho de uso continúen siendo de su propiedad es una de las alternativas posibles y no desconoce, en modo alguno, la titularidad que el Estado sobre el espectro electromagnético y el espacio donde actúa (art. 101 C.P.).

3. La sentencia parece presuponer el carácter esencial o de orden público de las denominadas cláusulas de reversión en los contratos de concesión. Esta premisa -una de las que conduce a señalar que las normas cuestionadas no podían modificar las cláusulas de reversión de los contratos previamente suscritos- es incorrecta, si se tiene en cuenta que de ninguna disposición constitucional -incluyendo aquellas que consagran el interés general, el interés común o el interés público- se sigue una conclusión semejante y, mucho menos, una prohibición de modificar las condiciones de ejecución de los contratos en curso con la finalidad de generar mayores incentivos de inversión tecnológica en un sector estratégico en la época que corre.

Adicionalmente, tal y como incluso lo pone de presente el proyecto, la práctica contractual así como las disposiciones que han regulado la materia evidencian que la cláusula de reversión establecida para los contratos de concesión no es siempre imprescindible y puede tener aplicaciones diferenciadas. Ahora bien, admitiendo -en gracia de discusión- que existiera una obligación legal de incluir una cláusula de reversión con determinado contenido y que ella fuera de orden público, debe concluirse que el legislador puede disponer su modificación, su eliminación o la variación de su carácter, bajo la condición de no desconocer los derechos adquiridos. En esa medida, la regulación introducida en las normas acusadas hace parte de la competencia del Congreso para regular los acuerdos o autorizaciones en que interviene el Estado.

4. Las consideraciones relativas a las condiciones, contenido y efectos de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las normas demandadas, corresponden a argumentaciones sin fuerza suficiente para fundamentar un examen de constitucionalidad no solo (i) porque desde el punto de vista empírico son premisas con un alto nivel de incertidumbre, sino también y debido precisamente a ello, (ii) porque terminan desconociendo el carácter abstracto del control de constitucionalidad a cargo de esta Corporación. En esa medida, valorar el posible desequilibrio económico de todos o algunos

de los contratos que se hubieren celebrado antes de la entrada en vigencia de las normas acusadas o los efectos en la amortización de las inversiones que se realizaron, no puede conducir, sin más, a declarar la inconstitucionalidad.

5. Cabe reconocer que las discusiones concretas que puedan darse respecto de la aplicación o efectos de las disposiciones acusadas deberían ser abordadas por los sujetos de la relación contractual y, en caso de desacuerdo, correspondería su discusión ante las autoridades judiciales previstas para el efecto. No se encuentra a cargo de la Corte determinar, de forma general, la manera en que deben solucionarse.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MAGISTRADO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-555/13

Referencia: Expediente D-9470

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena mediante la sentencia C-555 de 2013.

Acompaño la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas demandadas, en el entendido que ellas no modifican las cláusulas de reversión que fueron pactadas en los contratos suscritos antes de la entrada en vigor de las normas demandadas, siendo aquellas cláusulas, por tanto, las que deberán regir en su integridad la liquidación de estos contratos.

Coincido con la Sala Plena en considerar que resulta constitucionalmente inadmisibles una interpretación de las normas demandadas según la cual éstas tendrían la virtud de modificar el contenido de las cláusulas de reversión inicialmente acordadas en los contratos de concesión de telecomunicaciones suscritos antes de la entrada en vigencia de las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, de modo tal que, conforme a ellas, los concesionarios sólo estarían obligados a devolver las frecuencias radioeléctricas, pero no los demás bienes e instalaciones directamente afectados a la prestación del servicio. Tal entendimiento, en primer lugar, desconoce el mandato constitucional de prevalencia del interés general y protección al patrimonio público (art. 1 CP.), al permitir que los particulares mantengan la titularidad de los bienes relacionados con la prestación del servicio, los cuales, de acuerdo con la ecuación financiera establecida al momento de la celebración del contrato, podían ser amortizados por el concesionario durante su ejecución, a través del cobro de las tarifas

por la prestación del servicio, de tal suerte que, al término de la concesión, aquellos bienes pasarían a ser de dominio público. En segundo lugar, favorecería prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (art. 75 CP), al autorizar a los concesionarios que pactaron sus contratos bajo la vigencia de la anterior normatividad y bajo condiciones contractuales distintas, ostentar una posición dominante en el mercado, al conservar la propiedad sobre bienes necesarios para la prestación del servicio que originalmente estaban obligados a revertir, lo que impide el acceso en igualdad de condiciones a otros potenciales oferentes interesados en prestar servicios de telecomunicaciones. Finalmente, tal lectura comprometería la vigencia de principios que han de regir la función administrativa como la igualdad, la imparcialidad y, eventualmente, la moralidad administrativa (art. 209 CP.).

En particular, comparto la precisión que se efectúa en la sentencia al indicar que, al momento de liquidar los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de las normas demandadas, los concesionarios están obligados a devolver las frecuencias, los bienes e infraestructura afectos a la prestación del servicio, o bien, en su defecto, su equivalente económico. Obligación que se fundamenta en las cláusulas de reversión pactadas en dichos contratos, las cuales deben ser interpretadas conforme a lo establecido en los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990 y demás normas que regían o estaban vigentes al momento de su celebración, entre ellas el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, que para entonces regulaba la cláusula de reversión en todos los contratos de concesión, de modo tal que “al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”. Tales fueron las normas que sirvieron como base para estimar la ecuación financiera de aquellos contratos y, por tanto, han de ser las que rigen la interpretación de las cláusulas de reversión al momento de su liquidación. Como bien se afirma en la sentencia, el cumplimiento cabal de esta obligación, que habrá de ser verificado por las autoridades administrativas, los organismos de control y, en caso de controversia, por el juez natural, no supone un detrimento injusto de los intereses de aquellos concesionarios, quienes al momento de suscribir los respectivos contratos tuvieron oportunidad de incluir en sus estudios financieros la amortización de los bienes usados en la concesión, al igual que tuvieron la oportunidad de recuperar sus inversiones durante la ejecución del contrato.

Aclaro mi voto no para disentir de estos argumentos o para presentar otros que no hayan sido incluidos en la sentencia, sino para poner de relieve la importancia de precisar, en el sentido anteriormente indicado, que al momento de la expiración definitiva de los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de las normas demandadas, los concesionarios estarán obligados a devolver no sólo las frecuencias radioeléctricas, que pasan a formar parte del inventario del espectro que el Estado tiene disponible para asignar, sino también los bienes e infraestructura de torres, casetas de equipos, energía y protecciones afectos a la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Al momento de determinar cuáles habrán de ser, en concreto, los bienes objeto de reversión, deberán incluirse, en todo caso, aquellos que de conformidad con los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990,[35] y demás normatividad vigente al momento de suscribir los contratos, integraban la red de telecomunicaciones del Estado. Tal es el caso de los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes

lógicos, la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones, así como aquellas redes cuya instalación, uso y explotación fue autorizada a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones. La ecuación financiera de los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de las normas demandadas se calculó con base en la consideración de que los bienes antes mencionados debían revertir al Estado sin recibir a cambio compensación alguna, por cuanto se trata de inversiones que el concesionario pudo amortizar durante la ejecución del contrato. Es por ello que la liquidación de estos contratos no puede desconocer que tales elementos deben pasar a integrar el patrimonio público.

Los anteriores bienes deberán revertir al Estado con independencia de si fueron instalados antes o después de la entrada en vigencia de las normas demandadas, de su amortización o de las características tecnológicas y bandas de operación. Finalmente, esta obligación de revertir no podrá ser esgrimida como argumento para justificar alteraciones en la calidad de la prestación del servicio o en las tarifas, puesto que formaba parte de las condiciones inicialmente aceptadas por el concesionario al momento de contratar con el Estado.

Aunque la sentencia deja en claro estos puntos a lo largo de sus consideraciones, habría sido deseable incluirlos además en la síntesis del fallo, dada su importancia para orientar la labor de quienes intervendrán en la liquidación de los contratos y en la resolución de las controversias que eventualmente se susciten.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA C-555/13

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Demanda planteada no permitía llevar a cabo una confrontación objetiva entre las normas acusadas y la Constitución (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Incumplimiento de requisitos de pertinencia, suficiencia, claridad y especificidad (Salvamento de voto)

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No aplicación (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Corte Constitucional asumió un control oficioso no permitido por el artículo 241 del texto superior (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Debió proferirse fallo inhibitorio (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Disposiciones acusadas no desconocían ninguno de los límites de la potestad de configuración normativa del legislador en materia de servicios públicos (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Condicionamiento se aparta del rigor normativo del artículo 75 del Texto Superior, en el entendido de que dicho precepto en ningún momento exige la reversión de algo distinto a las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio, pues de lo que se trata es de asegurar el carácter inajenable de un bien público (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Lejos de existir una situación de desequilibrio, lo que se estimula con las normas acusadas es la creación de un escenario de competencia (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Lejos de existir un problema constitucional, lo que se plantea es una discusión contractual con un alto nivel de incertidumbre (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Una cuestión como la propuesta desborda los límites del control abstracto de constitucionalidad, ya que el objeto de la controversia no es finalmente el contenido material de las normas demandadas, sino el desequilibrio de los contratos suscritos (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CLAUSULAS DE REVERSION EN CONTRATOS DE CONCESION PARA PRESTACION DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES-Una materia como la propuesta, exige su discusión por las instancias pertinentes, incluso de naturaleza arbitral, cuando en los contratos respectivos se haya suscrito una cláusula compromisoria (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Referencia: Expediente D-9470

Con el acostumbrado respeto, me permito salvar el voto en relación con el fallo adoptado mayoritariamente por esta Corporación en la sentencia de la referencia, según las razones que a continuación expongo:

1.- En primer lugar, considero que los preceptos legales acusados previstos en los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009, por virtud de los cuales en las licencias, autorizaciones y contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido, en nada desconocen la Constitución Política.

En efecto, ninguna disposición constitucional exige que en la regulación de los servicios de telecomunicaciones, a partir de la existencia de un título habilitante, se imponga a cargo del prestador del servicio, el deber de revertir los bienes utilizados durante la ejecución de las actividades a su cargo. Por el contrario, se trata de una materia de estricta naturaleza legal, en la que se entiende que le asiste al Congreso de República la competencia para expedir las reglas relativas al régimen jurídico que determina la forma de prestación de cada servicio público, de acuerdo con las particularidades y características que lo identifican.

Esta conclusión encuentra respaldo no sólo en el último inciso del artículo 150 de la Constitución, en aquellos casos en que la habilitación otorgada se origina en un contrato de concesión, ya que se dispone que le “[compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública (...)”, sino también en los artículos 75, 150.23 y 365 del Texto Superior, en cuanto autorizan al legislador para establecer, por una parte, el régimen jurídico de los servicios públicos[36] y, por la otra, para señalar las condiciones de acceso al uso del espectro electromagnético[37], cuando se trata de aquellas actividades de telecomunicaciones que lo requieren, como ocurre, por ejemplo, con la telefonía móvil celular[38].

En el escenario expuesto, es claro que el respaldo constitucional de las normas demandadas se encuentra en la amplia potestad de configuración normativa del legislador sobre la materia, cuya regulación no desconocía ningún imperativo constitucional, ni tampoco se apartaba de los principios básicos de razonabilidad y proporcionalidad como límites a la facultad legislativa del Congreso.

2.- A pesar de lo anterior, la mayoría encontró que existía un “quebrantamiento de la Constitución”, pues del texto legal se desprendía una norma que alteraba las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de la entrada en vigor de las disposiciones cuestionadas, implicando con ello que, sólo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio. Esta interpretación se derivaba de la expresión: “al momento de la entrada en vigencia de la presente ley”, consagrada en el inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

Para la Corte, esta lectura de las normas acusadas era inconstitucional, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, porque desconocía el artículo 75 de la Carta, pues “al impedirse la reversión de los bienes con destino al Estado, [en contra] de las condiciones iniciales de los contratos, se genera[raría] una situación de desigualdad en el acceso al uso del

espectro, dado que, quienes tienen la obligación de revertir los bienes, quedando en igualdad de condiciones con otros aspirantes a acceder al espectro, par[tirían] ahora con una ventaja establecida en un contenido inconstitucional”; (ii) en segundo lugar, porque dicha situación también daría lugar a “prohijar” prácticas monopolísticas en el uso del espectro, vulnerando igualmente lo establecido en el citado artículo 75;

(iii) en tercer lugar, porque esos bienes tuvieron que ser compensados con las reglas del contrato, por lo que la interpretación censurada permite la creación de un privilegio, contrario a la defensa del patrimonio público y al interés general;

(iv) y finalmente, porque el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 consagra que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes “al tiempo de su celebración”, por lo que no existen razones para “desconocer el principio pacta sunt servanda, el cual subyace a las reglas transcritas y, tiene expresión legal en el artículo 1602 del Código Civil, [por virtud del cual es obligación] (...) el acatamiento de las partes al acuerdo realizado y consignado en las cláusulas contractuales”.

Como consecuencia de lo expuesto, se profirió un fallo modulado con el siguiente contenido: “Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”.

3.- A diferencia del análisis realizado por la Corte, y con fundamento en el principio básico de autonomía legislativa previamente expuesto, considero que la decisión fue errada, por los siguientes motivos:

4.- Para comenzar estimo que la demanda planteada no permitía llevar a cabo una confrontación objetiva entre las normas acusadas y la Constitución. Esta circunstancia se infiere, por una parte, de que el juicio propuesto realmente correspondía a un examen de contradicción normativa entre disposiciones de rango legal, pues todo el soporte de la acusación se derivaba del hecho de señalar que el servicio de las telecomunicaciones debía tener el mismo tratamiento de las concesiones reguladas en la Ley 80 de 1993 (equivocamente el actor hizo referencia a la Ley 37 de 1993), que incluyen la cláusula de reversión, la cual, en esta última ley, respondería a un imperativo constitucional inmodificable[39]. Desde esta perspectiva, la demanda desconocía -por lo menos- la carga de pertinencia, ya que el reproche formulado no se originaba en la apreciación del contenido de una norma superior, sino en consideraciones puramente legales, sin que se exhibiera en realidad un problema de legitimidad constitucional en los enunciados normativos acusados. Incluso, sin ir más lejos, en términos de suficiencia, el actor tenía la carga de explicar por qué resultaba exigible el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y por qué de ello se derivaba una infracción a los mandatos de la Carta, cuando la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha destacado que en la consagración del régimen jurídico de los servicios públicos, se pueden establecer reglas diferentes a las previstas en el Estatuto General de Contratación.

Y, por la otra, también se advierte que los cargos se sustentaban en afirmaciones e interpretaciones que no surgían ni de las disposiciones acusadas, ni de los textos

constitucionales invocados. En efecto, a pesar de que en la demanda se consideraron como normas vulneradas los artículos 13, 58, 75, 334 y 358 del Texto Superior, como ya se dijo, el juicio propuesto se limitó a comparar las disposiciones acusadas con la Ley 80 de 1993, para concluir que también debía exigirse la reversión de bienes y no sólo de las frecuencias radioeléctricas asignadas.

Sin embargo, en ningún momento, en contravía de la carga de claridad, se precisó cómo de las disposiciones citadas se desprendería el carácter imperativo de la cláusula de reversión en todos los contratos de concesión del Estado y la inclusión en la misma de cierto tipo de bienes afectos a la prestación del servicio concesionado. Ello condujo, a su vez, al desconocimiento de la carga de especificidad, ya que no se logró establecer de manera precisa la contradicción de las normas acusadas con la Constitución; así como de la carga de certeza, porque, en algunos apartes, se le atribuyó a las disposiciones acusadas un alcance que no tienen, en cuanto se asumió que en ellas se dispone la transferencia, sin contraprestación, de recursos del Estado a los particulares, pasando por alto que la exclusión de la reversión descartaba así mismo, por definición, la correspondiente amortización de los bienes a revertir.

Si bien en la sentencia de la cual me aparto, se admitió que no estaban dadas las condiciones para proferir un fallo de fondo respecto de los artículos 13, 58, 334 y 355 de la Carta, se concluyó que sí existía un cargo respecto del artículo 75, en la medida en que las normas acusadas permitían una interpretación violatoria de la Constitución, al entender que ellas introducían una modificación a las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de su entrada en vigencia, por virtud de la cual se limitaban a reintegrar al Estado las frecuencias, excluyendo la devolución de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio.

Este cargo no fue planteado por el accionante y su examen tampoco podía derivarse de la aplicación del principio pro actione, el cual exige la existencia de al menos una acusación concreta de inconstitucionalidad susceptible de generar una duda mínima sobre la exequibilidad de las normas demandadas. Sobre el particular, por ejemplo, en la Sentencia C-892 de 2006[40], se afirmó que:

“(…) independientemente de la pretensión que se plantea en este caso, de la demanda que nos ocupa no se aprecian las condiciones mínimas exigidas por la ley para proferir un fallo de fondo, por lo que no es posible aplicar el principio pro actione. En efecto, no se identifica la existencia, al menos, de un cargo concreto de inconstitucionalidad, que hiciera procedente realizar el control abstracto de constitucionalidad en aras de verificar la contradicción material de la disposición legal con el texto constitucional. La simple manifestación de vulneración de disposiciones constitucionales -sin reproches de naturaleza constitucional-, no puede constituirse en argumento suficiente para que la Corte inicie y culmine el examen de constitucionalidad.”

En este orden de ideas, para poder realizar un pronunciamiento de fondo, le asistía al demandante la carga de mostrar cómo las normas acusadas tenían la virtualidad de modificar los contratos en curso, en qué medida dicha modificación se hacía sin tener en

cuenta su estructura financiera y por qué ello tenía la virtualidad de producir un detrimento patrimonial al Estado o una situación de desventaja en el acceso al espectro electromagnético. Ninguno de estos aspectos fue abordado por el actor, por lo que la Corte no podía teorizar sobre su existencia, pues al hacerlo, como ocurrió en el asunto bajo examen, asumió un control oficioso no permitido por el artículo 241 del Texto Superior.

Con dicha decisión no sólo omitió tener en cuenta que en materia de telecomunicaciones existen infinidad de regímenes especiales, cuya existencia impedía la generalización asumida en la sentencia[41]; sino también que los contratos que se celebran por el Estado tienen reglas particulares y concretas, incluso de interpretación, en las que el alcance de cada una de las disposiciones, salvo normas legales de carácter imperativo, son de libre configuración por las partes. Ello tiene especial importancia si se tiene en cuenta el carácter predominantemente conmutativo de las relaciones jurídicas, y la posibilidad de impactar en el equilibrio contractual con decisiones que desconocen las condiciones normativas y económicas en que se celebraron y ejecutaron las obligaciones asumidas por las partes.

Por ello, en mi criterio, un análisis como el asumido dependía de la elaboración de una demanda en forma, circunstancia que en el asunto sub-judice no se acreditó, lo que daba lugar a proferir un fallo inhibitorio, sobre todo si tiene en cuenta que el juez constitucional debe ser especialmente prudente y auto contenido en el ejercicio de sus competencias (self-restraint), como lo dispone el encabezado del artículo 241 de la Constitución[42], más aún cuando de por medio se encuentra el examen de un régimen normativo altamente complejo, con profundas repercusiones en términos económicos y de inversión, incluso con tratados internacionales sobre la materia, en los que no bastaba con meras afirmaciones dichas al paso para consolidar un juicio de inconstitucionalidad.

5.- Pero más allá de lo anterior, y aún en la hipótesis de ser procedente un fallo de fondo, no cabía la exequibilidad condicionada acogida por la mayoría. Para el efecto, en primer lugar, considero que las disposiciones acusadas no desconocían ninguno de los límites de la potestad de configuración normativa del legislador en materia de servicios públicos. Por el contrario, como la misma sentencia lo reconoce, las reglas introducidas en las disposiciones acusadas encontraban apoyo en razones asociadas con la creación de incentivos para la modernización e inversión tecnológica en un sector altamente dinámico y competitivo, cuyos beneficiarios finales son los usuarios al acceder a un servicio con mayor calidad y eficiencia[43].

La incorporación del condicionamiento previamente transcrito, se aparta del rigor normativo del artículo 75 del Texto Superior, en el entendido de que dicho precepto en ningún momento exige la reversión de algo distinto a las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio, pues de lo que se trata es de asegurar el carácter inenajenable de un bien público.

Bien podía el legislador excluir otros bienes y activos de la regla de la reversión, aún respecto de contratos en curso, al entender que lo prioritario es garantizar la continuidad y eficiencia del servicio, como lo demanda el artículo 365 Superior, sin que para ello fuese necesario transferir al Estado unos bienes que no está en condiciones de administrar, como expresamente se manifestó en el debate legislativo[44]. Por lo demás, en caso de que ello

hubiese generado alguna ruptura del equilibrio del contrato a favor del Estado, nada impedía su reconocimiento por la vía de la liquidación contractual. Una decisión en ese sentido, además de ser respetuosa del principio básico de autonomía legislativa, dejaba a salvo las reglas básicas de interpretación que rigen los contratos, por virtud de las cuales son las partes las llamadas a disponer sobre el entendimiento de las cláusulas que las rigen.

Lejos de existir una situación de desequilibrio en el acceso al uso del espectro, como se señala en la sentencia de la cual me aparto, lo que se estimula con las normas acusadas es la creación de un escenario de competencia, por virtud del cual quienes buscan prestar los servicios de telecomunicaciones, se ven en la necesidad de ofrecer las mejores condiciones tecnológicas, cuyo incentivo se encuentra en que el valor agregado de esas inversiones no irá a parar, en virtud de la reversión, a las arcas del Estado. Este objetivo se vio lesionado con el condicionamiento dispuesto en la sentencia, al imponer la carga de revertir los bienes producto de unas inversiones, algunas de las cuales pueden ser muy recientes, cuya amortización se desconoce, y que no fue objetivamente examinada por la Corte.

La decisión adoptada por esta Corporación, por el contrario, sí puede dar lugar a problemas de igualdad entre operadores, pues de transferirse al Estado bienes que no han sido amortizados, el nuevo concesionario que asuma la prestación del servicio se beneficiará de unos recursos que no fueron obtenidos con su esfuerzo y que no responden a las cargas tecnológicas que se esperan sean asumidas por quienes acceden a este mercado.

Por lo demás, bajo ninguna circunstancia las normas objeto de control permitían prácticas monopolísticas en el uso del espectro, su alcance -por el contrario- era el de alentar la competencia, al constituir un estímulo para que cada operador mantenga actualizada sus condiciones tecnológicas, como supuesto para poder continuar prestando los servicios. La concentración que se endilga en el fallo del cual me aparto se produce en sentido contrario, esto es, centralizando en cabeza del Estado la infraestructura de telecomunicaciones, a través de una especie de estatización pública, lesiva incluso de la confianza legítima de los inversionistas, quienes pudieron haber realizado cuantiosas adquisiciones en diversos bienes (v.gr., redes, maquinaria, etc.), bajo el entendido de que frente a los mismos no cabía la reversión.

6.- Finalmente, si se mira con detenimiento la sentencia, lejos de existir un problema constitucional, lo que se plantea es una discusión contractual con un alto nivel de incertidumbre, pues nunca se examinó el contenido de los contratos que dan lugar al condicionamiento adoptado, ni tampoco se tuvieron en cuenta las particularidades de los distintos sectores o subsectores que integran el área de las telecomunicaciones, ello se hace evidente cuando uno de los principales argumentos de la decisión adoptada, es el supuesto desconocimiento del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, referente a las leyes que rigen los contratos.

Lo anterior sugiere realizar dos comentarios adicionales, el primero consistente en que una cuestión como la propuesta desborda los límites del control abstracto de constitucionalidad, ya que el objeto de la controversia no es finalmente el contenido material de las normas

demandadas, sino el supuesto desequilibrio de los contratos suscritos; y, el segundo, que una materia como la propuesta, exige su discusión por las instancias pertinentes, incluso de naturaleza arbitral, cuando en los contratos respectivos se haya suscrito una cláusula compromisoria.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-555/13

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, POR LA CUAL SE DECLARARÓ LA EXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 422 DE 1998 Y DEL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 1341 DE 2009.

Referencia: Expediente D-9470

Problema jurídico planteado en la sentencia: (i) ¿El legislador, al establecer que en los contratos de concesión -y demás títulos habilitantes para prestar servicios de telecomunicaciones- la reversión solo implica la devolución de las frecuencias radioeléctricas, desconoce el artículo 75 de la Carta, que consagra el carácter de bien público del espectro electromagnético, la igualdad en el acceso a su uso, la gestión y control del mismo a cargo del Estado, el cual debe intervenir para evitar las prácticas monopolísticas?; (ii) ¿Las normas demandadas vulneran el citado precepto constitucional, en tanto pueden ser interpretadas como una modificación de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de su entrada en vigencia, en el sentido de establecer que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio; afectando con ello la igualdad en el acceso al uso del espectro y el patrimonio público?

Salvo el voto en la Sentencia C-555 de 2013, mediante la cual se declaran exequibles los artículos 4 de la ley 422 de 1998 y 68 de la ley 1341, inciso 4, “en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”.

1. ANTECEDENTES

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 4º de la Ley 422 de 1998, por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993 y se dictan otras disposiciones y, el inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos

sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. En criterio del demandante, las normas acusadas al prever que en las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones, la cláusula de reversión pactada solo implica revertir al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas, sin incluir los elementos y bienes directamente afectados al servicio, vulneran los artículos 13, 58, 75, 334 y 355 de la Constitución Política.

La Corte consideró que no era inconstitucional la reversión tal como lo establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación, en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia, con lo que se desconocería la seguridad jurídica en detrimento del patrimonio estatal. Se declara la exequibilidad condicionada de las normas demandadas, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

2. FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO

2.1. LA DEMANDA NO REÚNE LOS REQUISITOS DE ESPECIFICIDAD, PERTINENCIA Y SUFICIENCIA

La sentencia comienza por señalar que solamente el cargo por desconocimiento del artículo 75 de la Constitución reúne los requisitos necesarios para que la Corte emita un pronunciamiento de fondo.

Por el contrario, considero el demandante no señaló con precisión las razones por las cuales dicho precepto constitucional es transgredido por las disposiciones demandadas. El demandante se limita a aseverar que el artículo 75 superior es lesionado porque las disposiciones censuradas (i) menoscaban el interés general, (ii) ordenan la reversión de algo que ya es del Estado como el espectro electromagnético y (iii) otorgan ventajas a ciertos competidores. El demandante no explica cuál es en su concepto el contenido del artículo 75 de la Carta, ni tampoco explica las razones por las cuales, en su sentir, los preceptos acusados se oponen a ese contenido, en particular por qué generan una práctica monopolística y otorga a los actuales concesionarios del servicio de telefonía móvil una ventaja injustificada. Adicionalmente, muchas de las razones que se esbozan en la demanda se fundamentan en juicios de conveniencia y versan sobre las consecuencias prácticas de los preceptos demandados. En consecuencia, el cargo adolece de especificidad, pertinencia y suficiencia, razón por la cual la Sala debió adoptar un fallo inhibitorio.

2.2. LA SENTENCIA SE OCUPA DE UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 422 DE 1998 Y DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 1341 DE 2009 QUE NO FUE DEMOSTRADA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE

De acuerdo con el artículo 241-4 de la Constitución, corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes. A partir de este precepto, la Corte ha entendido que su función consiste en examinar la constitucionalidad de las disposiciones de orden legal que son demandadas.

Excepcionalmente, este Tribunal ha sostenido que puede ocuparse de interpretaciones dadas a esas disposiciones a la luz de la doctrina del “derecho viviente”.

De acuerdo con lo señalado en la sentencia C-557 de 2001[45], reiterada por la sentencia C-426 de 2002[46], puede considerarse que constituye derecho viviente “(...) la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos.”

En la sentencia C-555 de 2013[47], la mayoría de la Sala Plena decidió examinar la constitucionalidad de una interpretación derivada de las disposiciones demandadas; ésta consiste en que la eliminación de la reversión de los bienes y elementos directamente dispuestos para la prestación de servicios de telecomunicaciones operó de forma inmediata desde la expedición de la ley 422, incluso en el caso de los contratos de concesión celebrados antes de su entrada en vigencia. En mi criterio, esa exégesis –específicamente aquella según la cual la cláusula de reversión se eliminó en los contratos de concesión de telecomunicaciones que se hallaban en ejecución a la entrada en vigencia de la ley 422- no fue demostrada ni por el demandante ni por la Sala a la luz de la doctrina del derecho viviente; en consecuencia, la Sala carecía de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad.

En primer término, deseo resaltar que la interpretación en cuestión no surge directamente del texto de artículo 4 de la ley 422 de 1998 o del inciso 4 del artículo 68 de la ley 1341 de 2009, sino del artículo 8 de la ley 422, el cual dispone: “La presente ley rige a partir de la fecha de su expedición”. Por ende, considero que para poder abordar la constitucionalidad de la exegesis se requería, cuando menos, llevar a cabo una integración normativa con el artículo 8, lo cual no fue realizado por la mayoría.

Por otra parte, ni el demandante ni quienes votaron a favor de la sentencia C-555 de 2013 probaron que la interpretación juzgada como inconstitucional fuera consistente, y estuviera plenamente consolidada o afianzada en la jurisprudencia de otras altas corporaciones.

Nótese que el cargo del demandante relacionado con el artículo 75 superior se basa en que, en su criterio, en todos los contratos de concesión debe existir reversión, y que es ilógico que se ordene la reversión del espectro electromagnético cuando éste nunca deja de pertenecer al Estado. El demandante no formula argumentos relacionados con la aplicación en el tiempo de las disposiciones acusadas, ni habla de un grupo específico de contratos de concesión.

De otro lado, la sentencia no demuestra que la interpretación que se excluye del ordenamiento sea adoptada por otras corporaciones, y muchos menos que sea recurrente y corresponda a una línea jurisprudencial afianzada. La controversia sobre la interpretación aparece de forma sorpresiva en la formulación del problema jurídico. Luego, en los

capítulos sobre la reversión en la normativa legal, particularmente en el ámbito de las telecomunicaciones, y sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado no se hace referencia a ninguna decisión judicial que acoja la interpretación cuestionada. Finalmente, en el caso concreto simplemente se da por sentado que la exégesis aludida existe.

En suma, en vista de que no se demostró que la interpretación que se declara en contra de la Carta existe y reúne los requisitos de la doctrina del “derecho viviente”, la Corte carecía de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad.

2.3. LA DECISIÓN PUEDE DAR LUGAR A AFECTACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y A LA CREACIÓN DE SITUACIONES DE DESVENTAJA

En la parte resolutive de la providencia, la mayoría de la Sala simplemente señaló que se declaraban exequibles los artículos 4 de la ley 422 de 1998 y 68 de la ley 1341, inciso 4, “en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”. En la página 69 se señala que el problema jurídico a tratar es la exclusión de la cláusula de reversión respecto de los bienes “afectos al servicio” de telecomunicaciones. Posteriormente, en la página 70 se afirma que en los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 422, al momento de la liquidación “(...) los concesionarios estarían obligados a devolver las frecuencias, la infraestructura y los bienes enlistados en tales disposiciones o su equivalente económico”. Como se puede apreciar, la decisión no precisa cuáles bienes deben ser objeto de reversión como consecuencia del fallo.

En mi criterio, esa indefinición de los bienes que deben ser revertidos puede dar lugar a afectaciones de la propiedad privada de los concesionarios. Teniendo en cuenta que con la misma red se prestan servicios diversos y muchas veces adicionales a los previstos en los contratos de concesión, y dada la unidad de la red, la reversión solamente es factible cuando es técnicamente posible separar los bienes a revertir de los de propiedad del operador. Por esta razón, la sentencia debió precisar cuándo es posible la reversión o de lo contrario qué criterios se deben seguir para calcular la respectiva compensación monetaria.

Por las anteriores razones me aparto de la posición mayoritaria.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] MP. Manuel José Cepeda. En ella la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 617 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.

[2] MP. María Victoria Calle, SV. Mauricio González, AV. Jorge Pretelt, AV. Humberto Sierra Porto, SPV. Luis Ernesto Vargas.

- [3] Así los disponen los artículos 22 del Decreto 2067 de 1991 y 46 de la Ley 270 de 1996.
- [4] La diferencia entre cosa juzgada absoluta y relativa ha sido abordada, entre otras, en sentencias C-037 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), C-774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Manuel José Cepeda), C-247 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas).
- [5] C-774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Manuel José Cepeda).
- [6] Similar consideración se observa en la sentencia C-932 de 2007 M.P. Monroy Cabra
- [7] Parejo Alfonso L., “El interés general o público ; las instituciones generales para su realización y, en su caso , reajuste con el interés privado” en Manual de Derecho administrativo Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Alvarez, Ariel derecho, 3a. edición, Barcelona, 1994, p. 303.
- [8] C-449 de 1992 M.P. Martínez Caballero
- [9] Sentencia C-469 de 1995 M.P. Hernández Galindo.
- [10] En este punto, la Sala retoma las consideraciones técnicas y jurídicas sobre el espectro electromagnético que fueron efectuadas en las sentencias C-540 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), C-570 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-151 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-815 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-711 de 1996 (MP. Fabio Morón Díaz, SPV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero).
- [11] Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/?id=1844&page=1>.
- [12] Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones: <http://www.mintic.gov.co/index.php/citel-2012-que-es-el-espectro>
- [13] Ibid.
- [14] Declarada exequible mediante sentencia C-382 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).
- [15] Así lo ratificó esta Corporación en sentencia C-151 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), al declarar exequible el artículo 1º del Decreto 1616 de 2003, por el cual se creó la empresa “Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P.”, por considerar que la norma acusada no transfería a empresa alguna dominio sobre el espectro electromagnético.
- [16] MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [17] Sentencia C-403 de 2010 (MP. María Victoria Calle, SV. Mauricio González, AV. Jorge Pretelt, AV. Humberto Sierra Porto, SPV. Luis Ernesto Vargas).
- [18] Gaceta del Congreso No. 633 de 5 de Diciembre de 2007

[19] Gaceta del Congreso No. 407 de junio 02 de 2009, informe de ponencia para primer debate.

[20] ibidem

[21] ibidem

[22] Artículo 19. DE LA REVERSION. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

[23] Se demandó el artículo 28, inciso 1º, de la Ley 1150 de 2007, que establece “En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de esta norma, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

[24] Se debe recordar que, conforme a la ley 1150 en concordancia con la ley 1508, los riesgos deben distribuirse en función de cuál parte es la más apta para asumirlos.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 5729, CP. Daniel Suárez Hernández.

[26] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado: 11001-03-26-000-2039-01 (12039), CP. Alier Eduardo Hernández Enriquez. En esta ocasión desestimó las pretensiones de una empresa de cementos, titular de un contrato de concesión de gran minería, que solicitaba la declaración de nulidad de la resolución que le ordenaba revertir todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o beneficio exclusivo a la explotación, transporte y embarque de minerales.

[27] Bielsa R, Derecho Administrativo, tercera Edición Tomo I, librería de J. Lajouane y Cia, Buenos Aires. Argentina 1939 p. 367.

[28] El autor utiliza un ejemplo con ómnibus

[29] Marienhoff M., Tratado de Derecho Administrativo, tomo IIIB , 3ª ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964 pp. 640 - 641

[30] Ibídem pp. 641-642

[31] Arimany Lamoglia, E. La Reversión de Instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público, Bosch, Casa Editorial, Barcelona. P. 53

[32] *Ibídem* pp. 53-54

[33] *Ibídem*, p. 13

[34] *Ibídem* pp. 98-99

[35] “Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”.

[36] “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23. Expedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos.” “Artículo 365. (...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[37] “Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley”. Énfasis por fuera del texto original.

[39] En términos textuales, el escrito de demanda señalaba que: “Como la ley no ha definido la palabra revertir, hay que aplicar la regla general de interpretación contenida en el artículo 28 del Código Civil. (...) Esto nos permite llegar a dos conclusiones, en relación con el primer quebranto de la Constitución: a) Es imposible, jurídicamente, que una ley establezca la reversión del espectro electromagnético, al Estado, sencillamente porque éste es un bien público inajenable, que nunca deja de ser del Estado; y si jamás pierde tal condición, ¿cómo adquirirla? // b) Si una ley sobre la materia regula la reversión, ¿cómo hay que entenderla? Necesariamente, referida a bienes diferentes, no al espectro. // Es, precisamente, lo que acontece con el ordinal 2 del artículo 14 de la Ley 37 (sic) de 1993, que determina cómo deben actuar los funcionarios públicos al celebrar contratos estatales: ‘2°. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente’ (Subrayas, fuera del texto). // Obsérvese que solamente así se explica que en esta disposición, sin duda ceñida a la Constitución, se escriban los apartes que he subrayado. Veamos: No cabe duda de que la concesión del uso de una franja o frecuencia del espectro electromagnético, tiene la finalidad de permitir la explotación y concesión de bienes del Estado. ¿Cuáles bienes? Única y exclusivamente el espectro. Si éste, como se ha explicado, no es ni puede ser objeto de enajenación, tampoco puede serlo de reversión. Otros, necesariamente, ¿Cuáles? Los que son el resultado del ejercicio de la concesión. (...) Por esto, el inciso final del citado ordinal 2 del artículo 14 de la Ley 37 (sic) de 1993, establece que: ‘En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente’. Dicho en

las palabras más sencillas: un contrato cuya finalidad sea la concesión del uso del espectro electromagnético, es inconstitucional si no establece la reversión de los bienes que son el resultado del ejercicio de la concesión (cláusula excepcional), porque no puede coexistir jurídicamente con las normas constitucionales citadas”.

[40] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[41] La Ley 37 de 1993 regula el servicio de telefonía móvil celular; el Decreto 2343 de 1996 reglamenta las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (trunking); el Decreto 2542 de 1997 se refiere al otorgamiento de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de la larga distancia; la Ley 555 de 2000 consagra lo relativo al servicio de comunicación personal (PCS), etc.

[42] “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. (...)”.

[43] Sobre el particular, se dijo que:“(...) el legislador atendiendo lo que estimó como las necesidades del mercado, al expedir el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, se inclinó por redefinir las implicaciones de la cláusula de reversión, en el marco de los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones. Un aspecto sustantivo de la variación, tal como se desprende de la lectura de los

enunciados legales, consiste en relevar al concesionario del deber de revertir los bienes afectos al servicio público al momento de concluir el contrato. En su lugar, el Congreso de la República dispuso como único bien objeto de reversión en los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones, las frecuencias radioeléctricas que, en su momento, fueron concedidas para la prestación del servicio correspondiente. // Considera la Corte que, en principio, lo dispuesto en los apartados legislativos censurados se ajusta a la Carta. La potestad del legislador en el ámbito contractual, de un lado, y las razones puestas de presente desde la misma iniciativa, justifican que los contenidos legales excluyan los bienes afectos al servicio. Entiende la Corte que tal variación se orienta a estimular la modernización del servicio, la cual, redundarla en el bien de los usuarios, contribuyendo con ello a la realización de otros derechos que encuentran en las telecomunicaciones un lugar de materialización; es un fin constitucionalmente admisible y no caben razones para manifestar su inconstitucionalidad, de cara a las censuras examinadas. (...) Entiende además la Corporación que tales contenidos normativos contribuyen a realizar de mejor modo la competencia por la prestación del servicio, lo cual, se reitera, permite una mejor calidad del mismo, todo ello en beneficio del usuario, generándose condiciones que contribuyan al logro de los mandatos constitucionales de mejoramiento de la calidad de vida y distribución de los beneficios del desarrollo estipulados en el artículo 334 del Texto Superior. ”

[44] En la Gaceta del Congreso No. 423 de 2008, la Ministra de Comunicaciones de aquél entonces, manifestó que: “(...) lo que le interesa al Estado, es que ese bien escaso, ese bien limitado, que es el espectro, el día que se acabe, revierta al Estado para que lo pueda reasignar a otras actividades y por eso el artículo contempla esa reversión. // Por el otro

lado, qué más pudiera revertir al Estado, como a usted le inquieta, las redes muchas de las cuales son subterráneas, los enlaces, la maquinaria, los equipos, ahora tenemos un gran problema en el caso de las redes de televisión pública con Colombia Telecomunicaciones, cuando se tomó la decisión de buscar aliado estratégico de la empresa fue imposible valorar eso, por qué, porque mucho de esto está enterrado, no tenía mantenimiento, no tenía inventario. // Parte del problema que tiene hoy el Ministerio, es que ha recibido una cantidad de bienes sobre los cuales (...) no puede hacer nada, por ese desde el punto de vista de la eficiencia administrativa, de la buena gestión de los recursos, lo clave en el sector de tecnología de la información, (...) es que se reviertan las frecuencias del espectro y eso es lo que estamos dejando aquí y con ello respetamos la Ley 422 y fuero de eso con ello también garantizamos que ese recurso escaso pueda ser utilizado para otros fines “.

[45] Sentencia C-557 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[46] Sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[47] Sentencia C-555 de 2013 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo