

Sentencia C-815/01

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Ambito de regulación

El ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es mucho más amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica. En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Concepto

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Bien público

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Relación con servicios de telecomunicaciones

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Delegación en particulares de prestación y deber de intervención del Estado

SERVICIO PUBLICO-Prestación que comporta utilizar bien público

SERVICIO PUBLICO POR PARTICULAR-Prestación/CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO-Sujeción a principios de la función pública/SERVICIO PUBLICO POR PARTICULAR-Sujeción a principios de la función pública

CONTRATO DE CONCESION-Bienes y servicios públicos/CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO-Campo de la función pública y no de libertad económica

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Establecimiento de prohibiciones

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Prohibiciones no implican limitación de libertad económica

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Alcance

Cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurren particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar.

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión. Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal.

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Establecimiento por el Estado de límites bajo modalidad de prohibiciones

Es posible que el Estado, al regular las condiciones para la concesión de un determinado servicio de telecomunicaciones, establezca limitaciones, bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven o de la naturaleza de bien público del espectro electromagnético o de la condición de servicio público que la ley atribuye a los servicios de telecomunicaciones, o, en fin de la necesidad de promover la libre competencia.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Alcance

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco

normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Armonización con la función social/LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Concepción social del mercado

Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Promoción de pluralidad de oferentes

La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Restricciones legislativas

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Límites

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Incompatibilidad para concesionarios y accionistas/SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Prohibición de obtener concesiones y participación como accionistas/SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Prohibición de obtener concesiones y participación como accionistas

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Concepto

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Concepto

TELEFONIA MOVIL CELULAR Y SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Servicios sujetos a la intervención del Estado

Ambos son servicios que se prestan dentro del sector de las telecomunicaciones y que, no obstante que pueden presentar diferencias significativas, se desarrollan alrededor del mercado de la telecomunicación móvil y tienen como elemento fundamental el espacio radioeléctrico asignado por el Estado. Independientemente de quien preste los servicios, ya sea una entidad de naturaleza pública, mixta o un particular por concesión (como en el caso de PCS y TMC), el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia en su desarrollo, circunstancia por la cual, puede intervenir con la finalidad de promover la productividad, la eficiencia y la competitividad, o para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, o para evitar las prácticas monopolísticas en el mercado.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Determinación de condiciones por el Estado para utilización y prestación

Es el Estado quien en desarrollo de la titularidad del espectro electromagnético determina las condiciones para su utilización y prestación, ya sea de manera directa o indirecta (concesión), siendo titular de las potestades de control y vigilancia para garantizar a la comunidad la prestación regular, continua y eficiente del servicio, y de intervención en aras de alcanzar los objetivos que la Constitución impone.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Ambito determinado

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Ambito determinado por legislador/LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Límites y restricciones que no vulneren la igualdad

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Límites y prohibiciones para participar en licitación, obtener concesiones y ser accionista

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Incompatibilidades que actúan como límites del derecho de concurrencia

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Incompatibilidades por desigualdad de condiciones entre sujetos

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Desigualdad de condiciones entre concesionarios y quienes no lo son/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Desigualdad de condiciones entre quienes disponen de acceso y quienes no

PROCESO DE LICITACION EN SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Igualdad de condiciones de participantes

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Igualdad de condiciones de participantes en proceso licitatorio/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Condiciones entre quienes tienen acceso y quienes no

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Garantía de pluralismo para evitar concentración monopolística en acceso

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Límites para la preservación

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Promoción para garantizar una competencia suficiente en acceso

TELECOMUNICACION MOVIL-Preservación de competencia/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Garantía para evitar prácticas monopolísticas en acceso

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Restricciones al proceso inicial de concesión

PROCESO DE LICITACION EN SERVICIOS DE COMUNICACIÓN PERSONAL-Prohibición de

operadores, empresas y accionistas de TMC y Trunking/PROCESO DE LICITACION EN SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Impedimento de participación

CONCESIONARIOS DE SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Restricción temporal de participación en el mercado accionario

Referencia: expediente D- 3367

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000.

Actor: José Antonio Lloreda Camacho.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil uno (2001).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano José Antonio Lloreda Camacho, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000.

Mediante auto del 30 de enero de 2001, la entonces magistrada sustanciadora Cristina Pardo Schlesinger admitió la demanda y dio traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe, subrayando lo acusado, el texto de la disposición objeto de proceso, según aparece publicada en el Diario Oficial N° 43.883 de febrero 7 de 2000:

“LEY 555 DE 2000

(febrero 2)

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 11. Concesiones iniciales. Inicialmente se otorgará una concesión para la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, en cada una de las áreas Oriental, Occidental y Costa Atlántica, las cuales corresponden a las establecidas para la prestación de telefonía móvil celular en la Ley 37 de 1993 y sus reglamentos. De esta manera, la asignación de frecuencias se hará de forma que atienda esta división especial del territorio nacional.

En todo caso, se observarán las siguientes reglas:

a) (...)

b) Los concesionarios de telefonía móvil celular, TMC, los operadores nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas; los accionistas de los concesionarios de TMC, los accionistas de los operadores nacionales de trunking, que tengan una participación individual o conjuntamente de más del 30% y las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas no podrán:

Participar en el proceso de licitación, ni obtener concesiones de PCS en ninguna de las áreas de prestación de PCS.

Ser accionista de los concesionarios de servicios PCS, durante los primeros tres años de concesión para la prestación de los servicios PCS, contados a partir del perfeccionamiento del primer contrato;

c) (...).”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que la disposición acusada es violatoria de los artículos 13, 75 y 333 de la Constitución Política de Colombia.

2. Fundamentos de la demanda

Para el actor, el legislador adoptó medidas discriminatorias contra los concesionarios de telefonía móvil celular (en adelante TMC), los operadores nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas; los accionistas de los concesionarios de TMC, los accionistas de los operadores nacionales de trunking, que tengan una participación individual o conjuntamente de más del 30% y las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, en cuanto prohíbe su participación en el proceso de licitación del servicio PCS, así como, en la obtención de concesiones y en la posibilidad de ser accionistas de los concesionarios de PCS.

Precisa el actor que la citada discriminación afecta el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, y el derecho a la libre competencia económica.

2.1. Frente al derecho a la igualdad señala que debe ser entendido en su doble connotación, como igualdad formal, es decir, aquella que opera frente a la ley, y como igualdad material, la que vincula al Estado en la obligación de promover medidas tendientes a que este derecho sea real y efectivo.

Expresa que jurisprudencialmente se ha elaborado la noción de igualdad de oportunidades, según la cual, las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas de idéntica manera, generando entonces que, quienes se encuentran en hipótesis diversas han de ser objeto de decisiones diferentes.

Apoya sus consideraciones en apartes de la sentencia T-624 de 1995, en la que la Corte expresó que “[s]in desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ellas pueden fijar, otorguen las mismas prerrogativas y

posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración.”

Manifiesta el actor que para establecer la constitucionalidad de una desigualdad de trato es necesario acudir al test de razonabilidad recogido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-022 de 1996, y conforme al cual, para tal efecto, es necesario realizar un análisis en tres pasos.

Agrega que el primer paso consiste en mirar, si el acto persigue un objetivo constitucionalmente permitido, para lo cual presenta una transcripción de un aparte de la ponencia del proyecto de ley en el cual se expresa que la finalidad de la medida adoptada es la promoción de la competencia.

Afirma que el objetivo perseguido por la disposición es constitucional. No obstante, considera que lo inconstitucional es el mecanismo utilizado para lograrlo, porque si bien -expresa el actor- los artículos 75 y 333 de la Constitución Política le permiten al Estado intervenir para evitar prácticas monopolísticas y evitar el abuso de la posición dominante, estas facultades sólo se pueden ejercer cuando se compruebe que efectivamente se está abusando de una posición, pero no antes de haber tenido la oportunidad de licitar para demostrar que sus servicios optimizarían los gustos del consumidor y mejorarían su prestación.

El segundo paso se centra en analizar, si el acto es adecuado para lograr el objetivo perseguido, es decir, si es eficaz. Expresa el actor, que la eficacia de la promoción de la competencia se valora en el beneficio que obtienen los usuarios de ella.

Para el actor, un real provecho lo obtienen los usuarios cuando estos adquieren servicios de mayor calidad a un mejor precio, evento que, en su criterio, únicamente puede ocurrir cuando quien presta el servicio goza de una estructura tecnológica suficiente para alcanzar economías de escala, es decir, las que permiten ampliar la producción de un bien o servicio logrando una reducción de costos. Siendo entonces el servicio de PCS muy similar en tecnología al de TMC, y estando estas últimas compañías dotadas de todas las herramientas suficientes para alcanzar en el mercado una eficaz mejoría en precios y servicios, resulta absurdo pretender prohibir su participación en la prestación del servicio de PCS.

El tercer paso consiste en examinar la medida adoptada en función de la proporcionalidad entre las restricciones que impone y los beneficios que se derivan de ella. Citando a Cesar Rodríguez expresa que “[l]a relación de proporcionalidad debe darse entre el beneficio obtenido por las personas favorecidas por el acto acusado y el perjuicio sufrido por quienes resultan desfavorecidos por la realización de ese acto” 1.

Señala el actor, que la restricción se hace inconstitucional al analizar la proporcionalidad de la medida, puesto que “[l]a norma demandada claramente favorece a un grupo mínimo de posibles participantes, en detrimento del derecho de la igualdad, pero más grave aún en detrimento de los futuros usuarios que sumarían cientos de miles que no podrían favorecerse de las tarifas más baratas que los concesionarios de TMC y Trunking podrían ofrecer. No hay pues proporción en el sacrificio del derecho a la igualdad causado por la norma acusada frente a unos inexistentes beneficios que se supone resultaría de impedir que los operadores de celulares y de Trunking participen en el servicio de PCS”.

Para concluir su exposición sobre el derecho a la igualdad, señala que la falta de oportunidad para la participación en la licitación del servicio PCS, está vulnerando el núcleo esencial del derecho a la igualdad de oportunidades, por la adopción de medidas irrazonables en relación con los demás participantes.

2.2. Frente al derecho a la libre competencia económica, señala que la ley se encuentra facultada para intervenir y restringir su alcance con la finalidad de crear y mantener mercados eficientes y competitivos. No obstante, ninguna medida puede atentar contra el núcleo esencial de la citada libertad, es decir, no puede limitar para ciertos operadores el derecho hasta el punto de anularlo.

Finalmente afirma el actor, que la limitación impuesta en la ley para participar en la prestación del servicio de PCS, no esta restringiendo la capacidad de competir, al contrario, la prohíbe, afectando así el núcleo esencial del derecho a la libre competencia.

IV. INTERVENCIONES

1. El ciudadano Lorenzo Villegas Carrasquilla, en nombre y representación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, presenta escrito mediante el cual sustenta las razones por las que -a su juicio- el aparte normativo acusado debe ser declarado

constitucional.

Afirma el ciudadano, que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual interviene mediante ley, con la finalidad de mejorar la calidad de vida de las personas y promover por una equitativa distribución de oportunidades.

Dicha intervención en materia de telecomunicaciones se realiza de acuerdo con los artículos 75, 334 y 365 de la Constitución Política; los cuales en términos generales promueven la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético (en este caso: espectro radioeléctrico) con miras a lograr una real competencia.

Señala el interviniente que la igualdad en el uso del espectro, se expresa en que los competidores reciban iguales garantías, derechos, instrumentos y medios de acción, y en general se les exija el mismo nivel de responsabilidades.

Frente al test de igualdad, expresa el interviniente, que en asuntos de naturaleza económica la Corte Constitucional le ha otorgado un criterio débil de interpretación, para permitir un cierto grado de autonomía al legislativo en el ejercicio de sus facultades reguladoras, reseña la sentencia C-445 de 1995:

“ ...Cuando el Estado regula la actividad económica, el juicio de igualdad debe ser débil, y por ende, son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional....

....Es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante. ”.

Estas afirmaciones llevan al interviniente a concluir, que la restricción a los operadores de TMC y Trunking, no genera una vulneración al derecho de igualdad de oportunidades, porque al ser PCS una tecnología que ingresa a competir con las existentes, se logra que el mercado tenga competidores diferentes garantizando el mandato constitucional de permitir el uso del espectro electromagnético en distintas personas y a la vez genera, un real beneficio para los consumidores al permitirles la posibilidad de escoger entre distintas opciones.

Por último señala el interviniente que “[e]n la medida en que las personas clasificadas por la

disposición acusada ya tienen acceso al espectro electromagnético y se benefician lucrativamente de éste, el legislador, en la norma demandada, quiso darle la oportunidad a diferentes sujetos y personas para que puedan desarrollar su actividad económica a partir de la utilización de este bien escaso, de forma que se garantice la igualdad, la libertad de empresa y la libre competencia económica, siendo esta finalidad acorde con nuestra Carta Política, lo mismo que la forma en la que el legislador quiere alcanzar esta finalidad ”.

Comienza el interviniente señalando que el espíritu de la ley está encaminado a garantizar el acceso al espectro electromagnético a otros operadores, y señala que la restricción de participación a los actuales prestadores del servicio de TMC y Trunking, proviene de la necesidad de tener en el mercado más operadores y así permitir el ejercicio del derecho de libre elección de los usuarios.

Así mismo, se buscó con esta norma, la creación de nuevas empresas, la posibilidad de involucrar capitales nacionales y extranjeros, y en general, permitir un alto grado de competencia.

Señala el interviniente que el mandato del artículo 75 de la Constitución Política fija la obligación estatal de permitir una igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, que - según el interviniente - se violaría de haber permitido el ingreso de los operadores de TMC y Trunking.

Afirma que la medida está destinada a dotar de pluralidad de competidores al mercado, y que por lo mismo, la restricción es temporal, es decir, únicamente opera para las concesiones iniciales, consistentes en permitir la pluralidad de operadores en el mercado. Sostiene entonces que las concesiones posteriores admiten a cualquier postulante sin restricción alguna.

Por último considera que la norma no vulnera el derecho a la igualdad, porque precisamente lo que persigue, es garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, dentro de los límites del bien común, lo cual redundaría en beneficio de los usuarios, ya que una sana competencia, permite una reducción de precios, una mejora en el servicio y una mejor atención al cliente.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación considera que, la norma debe ser declarada constitucional, para lo cual transcribe las definiciones de los servicios de TMC y PCS concluyendo que, ambos utilizan necesariamente el espectro electromagnético y sólo se diferencian en la diversidad tecnológica.

Considera que debe interpretarse, si la norma demandada se ajusta al derecho de igualdad de oportunidades, analizando la potencialidad, que el acceso al espectro por parte de los operadores de PCS genere ventajas carentes de justificación.

Inicia precisando que la valoración del test de igualdad en asuntos económicos debe ser débil, para permitirle al legislador un espacio suficiente de configuración normativa, destinado a realizar adecuadamente los fines impuestos por la Carta Política. Trae a colación la sentencia C - 286 de 1998, en la cual la Corte expresa, - según exposición del Procurador - , que son legítimas todas las distinciones que sean adecuadas para alcanzar una finalidad admitida por la Constitución. Se pregunta el Señor Procurador si el fin perseguido es admisible frente a la norma Constitucional.

Expresa de acuerdo a la transcripción de la exposición de motivos de la norma en cuestión, que la intención del legislador fue la de darle, la oportunidad a nuevos operadores en el acceso al servicio público de las telecomunicaciones y de ese modo democratizar el espectro radioeléctrico.

Ello es así - afirma - porque los sujetos cobijados con la prohibición, ya gozan de un amplio mercado en el sector, de manera que no se limita el acceso al uso del espectro sino que, únicamente se previno la concentración de la prestación de este servicio por un mismo operador, permitiendo evitar la consolidación de una posición dominante y garantizando el derecho de los usuarios a la posibilidad de elección.

Es más la misma ley - continua el procurador - prevé un mecanismo similar dirigido a equilibrar el posicionamiento del mercado, al prohibir a los operadores de PCS adquirir en un determinado límite el capital social de los operadores de TMC, según el literal c) del artículo 11.

Es así como concluye, que la norma demandada no desconoce el derecho de igualdad de oportunidades, por el contrario, lo garantiza.

Por último transcribe el artículo 333 de la Constitución Política para demostrar - afirma el procurador -, que el control sobre la actividad económica que realiza el Estado, le permite prohibir los acuerdos o prácticas que excluyan la competencia, así como admite prohibir los monopolios, según el artículo 336 de la Constitución.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corte es competente para fallar de manera definitiva sobre la exequibilidad de la disposición acusada, por formar parte de una ley de la República, según lo prescribe el artículo 241-4 de la Carta Fundamental.

2. La materia sujeta a examen

El demandante solicita la declaratoria de inexecutable del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2.000, por estimar que la disposición afecta el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el derecho a la libre competencia económica.

Afirma el demandante que las prohibiciones impuestas por la norma demandada, consistentes en la restricción a los sujetos allí calificados (Compañías prestadoras de los servicios de TMC y trunking, y algunos de sus accionistas) para participar en el proceso de licitación del servicio de PCS, obtener concesiones del mismo, y ser accionistas de los concesionarios del citado servicio por un término de tres años, son inconstitucionales, porque aunque el objetivo buscado por la disposición acusada es válido, no lo es el medio o mecanismo para lograrlo, ya que resulta ineficaz para generar un real beneficio en el consumidor, y deviene en desproporcionado al producir un detrimento irrazonable del derecho a la igualdad frente a los supuestos beneficios que operan de la restricción.

El demandante sostiene que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica resulta vulnerado, toda vez que la limitación impuesta no esta restringiendo la capacidad de competir sino prohibiéndola.

El ciudadano Lorenzo Villegas Carrasquilla, en nombre y representación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, estima que el aparte normativo acusado debe ser declarado constitucional, porque la restricción que impone la ley está dirigida a procurar la existencia de distintos competidores en la prestación del servicio de la telefonía móvil, garantizando así el mandato constitucional de permitir el uso del espectro electromagnético en distintas personas, y generando a la vez un beneficio para los consumidores al otorgar distintas opciones para escoger entre los prestadores del servicio, al ser PCS una tecnología que ingresa a competir con las existentes.

El ciudadano Francisco Florez, en nombre y representación del Ministerio de Comunicaciones, estima que el aparte normativo acusado debe ser declarado constitucional, porque la restricción que impone la ley está dirigida a procurar la existencia de varios operadores en la prestación del servicio de la telefonía móvil, garantizando así el acceso democrático al espectro electromagnético, y permitiendo el ejercicio del derecho de libre elección de los usuarios. Estima que la disposición no vulnera el derecho a la igualdad, siendo precisamente ese el objetivo que persigue al garantizar la igualdad de oportunidades en el uso del espectro, lo cual redundará en beneficio de los usuarios, ya que una sana competencia, logra una reducción de precios, una mejora en el servicio y una mejor atención para cliente.

El Ministerio Público, en su intervención, estima que la norma debe ser declarada exequible ya que no vulnera el derecho a la igualdad, ello es así, porque los sujetos cobijados con la prohibición, gozan de un amplio margen de participación en el mercado, de manera que no se limita el acceso al uso del espectro electromagnético sino que por el contrario se elude la concentración en la prestación del servicio de telefonía móvil por un mismo operador, para evitar la consolidación de una posición dominante y garantizar el derecho de los usuarios a la posibilidad de elección, facultad que la Constitución le reconoce al Estado en los artículos 75, 333 y 365.

3.1. Ambito de regulación de los servicios de telecomunicaciones

El ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es mucho más

amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica.

En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público.

3.1.1. Del espectro electromagnético

Por espectro electromagnético se entiende "...[la] franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia..." 2, este espacio permite la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

El espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la nación (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. De acuerdo con la Constitución, al uso del mismo tienen acceso los particulares, en igualdad de condiciones, en los términos que fije la ley. Sin embargo, es claro que para dicho acceso no se aplican, de manera absoluta, las reglas que gobiernan el sistema de libre iniciativa, en la medida en que, por tratarse de un bien de uso público, la gestión del espectro está sujeta a una especial regulación por el Estado.

Por otra parte, el espectro electromagnético tiene una relación de conexidad de carácter esencial con los servicios públicos vinculados al desarrollo de las telecomunicaciones, como la telefonía móvil y el servicio de comunicación personal (PCS), de tal modo que su consideración no puede hacerse únicamente a la luz de las normas constitucionales que lo regulan de modo específico, sino que es necesario enmarcar el análisis dentro del concepto de servicio público y de las limitaciones que del mismo se derivan para la iniciativa privada.

3.1.2. Del servicio público de Telecomunicaciones

El concepto de servicio público aplicado a las telecomunicaciones ha sido definido en numerosas disposiciones legales. Para el caso objeto de estudio el artículo 2 de la Ley 555 de 2000 define los servicios de comunicación personal (PCS) como servicios públicos de telecomunicaciones y lo propio se hace en el artículo 1 de la Ley 37 de 1993 respecto de los servicios de telefonía móvil celular (TMC).

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Para el efecto en el mismo artículo se dispone que, no obstante que pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, o por comunidades organizadas o por particulares, el Estado mantendrá, en todo caso, "...la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios."

Lo anterior comporta que cuando el Estado decide delegar en particulares la prestación de un servicio público, si bien da paso a la concurrencia de éstos en el ámbito de la libertad económica, tiene el deber de intervenir de modo que tal concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público. Sobre el particular la Corte en Sentencia C-616 de 2001, dijo:

"Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.

Por ello el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia.

Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan

los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”

3.1.3. Concesión de servicios públicos

Para la prestación de los servicios públicos que comporten la utilización de un bien de uso público el Estado puede optar por distintas modalidades de administración y gestión, que es posible encuadrar o en la gestión directa, cuando el propio Estado presta el servicio, o en la gestión mixta, cuando para la prestación del servicio el Estado se asocia con particulares o en la gestión indirecta, cuando el servicio se presta por particulares.

La prestación de los servicios públicos por particulares, a su vez, se realiza de acuerdo con las modalidades contractuales que determina el legislador, dentro de las cuales es de común utilización en el campo de las telecomunicaciones el contrato de concesión, cuyo objeto consiste en “... otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación, o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente...”³, a cambio de una contraprestación que acuerden las partes. Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la Administración, ello es así, porque ocupan el lugar de aquella y por lo tanto deben actuar con fundamento en los pilares que gobiernan el desarrollo de las funciones públicas, es decir, de acuerdo con los postulados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución).

Cuando el Estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, no nos encontramos, en el punto de partida, en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública, no sólo porque la titularidad de la actividad es de naturaleza pública, sino también porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales.

Una modalidad de tales limitaciones está en el señalamiento de inhabilidades e incompatibilidades que "... constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación..."⁴, y que tienen como objeto preservar los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, que conforme a la Constitución orientan la función administrativa, y permitir que la actuación del Estado se enfoque en beneficio de los intereses generales.

Dichas prohibiciones no implican una limitación de la libertad económica tal como ha sido señalado por la Corte en Sentencia C-415 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz):

"Observa la Corte, sin embargo, que si bien se trata indudablemente de una limitación, el actor equivocadamente la interpreta al ubicarla en el campo de la libertad económica. El legislador no pretende mediante las disposiciones acusadas, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. Las normas forman parte del estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993), cuyo objeto es regular este aspecto tan relevante de la actividad estatal. Regular la función pública, en particular la contratación estatal, es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia.

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6)."

La Corte, en la misma providencia, señaló que tales limitaciones, cuando impidan a ciertas personas participar en la convocatoria que realice una entidad pública para contratar, deben ser razonables y proporcionadas a la luz de los fines que se proponen, de manera que "implique[n] el menor sacrificio posible al derecho de igualdad".

3.2. De la igualdad y la libertad de concurrencia

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

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

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.

Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal.

En ese contexto, es posible que el Estado, al regular las condiciones para la concesión de un determinado servicio de telecomunicaciones, establezca limitaciones, bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven o de la naturaleza de bien público del espectro electromagnético o de la condición de servicio público que la ley atribuye a los servicios de telecomunicaciones, o, en fin, como ocurre en el presente caso, de la necesidad de promover la libre competencia.

3.3 La libre competencia económica

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

De acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

Es así como, "... a los luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia... En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia..."⁵.

Por lo tanto, resultan admisibles conforme a la Constitución las restricciones que se establezcan por el legislador para promover la libre competencia.

3.4. Análisis de la norma acusada

La disposición objeto de examen constitucional consagra una incompatibilidad, tanto para los actuales concesionarios de los servicios de la telefonía móvil celular (TMC) y de trunking, como para las personas que tengan determinados vínculos con ellos, en particular, los accionistas cuya participación individual o conjunta sea superior al 30%. La incompatibilidad se traduce en una prohibición de obtener concesiones para la prestación de los servicios de comunicación personal (PCS), e igualmente, de participar como accionistas de los concesionarios de tales servicios durante los primeros tres años de concesión, término que empieza a correr a partir del perfeccionamiento del contrato inicial.

Sobre el particular, cabe señalar que, según lo prescribe el artículo 1 de la Ley 37 de 1993, "[l]a telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal"⁶.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 555 de 2000 define los servicios de comunicación personal PCS como: "[aquellos] servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y a

través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencia que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones”7.

De las definiciones expuestas se desprende que ambos son servicios que se prestan dentro del sector de las telecomunicaciones y que, no obstante que pueden presentar diferencias significativas, se desarrollan alrededor del mercado de la telecomunicación móvil y tienen como elemento fundamental el espacio radioeléctrico asignado por el Estado.

Independientemente de quien preste los servicios, ya sea una entidad de naturaleza pública, mixta o un particular por concesión (como en el caso de PCS y TMC), el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia en su desarrollo (artículos 75, 334 y 365 de la Constitución), circunstancia por la cual, puede intervenir con la finalidad de promover la productividad, la eficiencia y la competitividad, o para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, o para evitar las prácticas monopolísticas en el mercado.

Por lo tanto, es el Estado quien en desarrollo de la titularidad del espectro electromagnético determina las condiciones para su utilización y prestación, ya sea de manera directa o indirecta (concesión), siendo titular de las potestades de control y vigilancia para garantizar a la comunidad la prestación regular, continua y eficiente del servicio, y de intervención en aras de alcanzar los objetivos que la Constitución impone (artículos 74, 333, 334 y 365 de la Constitución).

Se tiene, entonces, que como se ha establecido en esta providencia, en materia de telecomunicaciones, la potestad de configuración del legislador se encuentra determinada por la naturaleza propia del espectro electromagnético, por la condición de servicio público que la ley atribuye a las telecomunicaciones y por el ámbito de regulación propio de la contratación estatal.

3.4.1. Sostiene el actor, en primer lugar, que las restricciones que para ciertas personas se imponen en la disposición acusada habrían desbordado ese espacio de configuración legislativa, por cuanto son contrarias al derecho de igualdad y a la libre competencia.

El análisis de este cargo debe hacerse a partir de la consideración de que, por las razones

anotadas, en el presente caso, la libre concurrencia se desenvuelve en un ámbito determinado por el legislador, el cual está habilitado para imponer limitaciones y restricciones que consulten el interés general. Debe tenerse en cuenta también, que tales limitaciones no pueden conducir a una limitación injustificada o desproporcionada del derecho de igualdad.

Cuando la Ley 555 de 2000 limita y prohíbe a los concesionarios de telefonía móvil celular, y a los operadores nacionales de trunking, a sus empresas filiales, matrices y subordinadas; a los accionistas de los concesionarios de TMC, y a los accionistas de los operadores nacionales de trunking, que tengan una participación individual o conjuntamente de más del 30% y a las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, participar en el proceso de licitación del servicio PCS, así como, en la obtención de concesiones y en la posibilidad de ser accionistas de los concesionarios de PCS, está estableciendo una serie de incompatibilidades que actúan como limitantes del derecho de concurrencia.

Se trata de una incompatibilidad que el legislador ha establecido en función de las calidades de los sujetos afectados y frente a la cual es necesario indagar si, como lo sostiene el actor, comporta un tratamiento desigual de situaciones iguales que debe, por consiguiente, someterse, en las condiciones por él planteadas, al llamado test de razonabilidad que ha sido desarrollado en este campo por la jurisprudencia constitucional.

Para que proceda el test, sin embargo, ha sido señalado también por la jurisprudencia, es necesario establecer primero la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae.⁸ Si ello no es posible, el análisis de razonabilidad y proporcionalidad que frente a una determinada restricción debe hacer la Corte, no se orientaría hacia la justificación de un trato diferente, sino a la admisibilidad de la limitación impuesta por el legislador en función de sus finalidades a la luz de la Constitución.

Debe anotar la Corte que la restricción contenida en la disposición demandada se impone precisamente en consideración a una desigualdad de condiciones entre los sujetos. 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.

Se tiene entonces que los destinatarios de la norma están en situación de desigualdad, y lo están precisamente en función de la materia que es objeto de regulación.

En estas circunstancias es posible concluir que la restricción que se impone en la disposición acusada no es per se violatoria de la igualdad y de la libre concurrencia en cuanto que obedece a condiciones de desigualdad en los sujetos. Sin embargo, el análisis de constitucionalidad debe completarse con una referencia a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva en función de sus fines.

3.4.2. Una aproximación desprevenida a la norma permite derivar de ella las siguientes finalidades:

3.4.2.1. Por un lado se 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, 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.

3.4.2.2. 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.

En este caso, además, puede decirse también que la disposición demandada desarrolla tanto el mandato general del artículo 13 de la Constitución, por virtud del cual, el Estado debe fomentar las condiciones para hacer real y efectivo el derecho a la igualdad, como el más específico del artículo 334, que en este caso, se cumple cuando la norma acusada promueve la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo, a través de la utilización de un bien del Estado (espectro electromagnético) que según mandato constitucional (artículo 75) es de naturaleza pública, es decir, de aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional.

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.

3.4.2.3. 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.

3.4.2.4. En la medida en que el actor lo formula como cargo separado, cabe analizar de manera más detenida la restricción acusada a la luz de su finalidad en el ámbito de la libre competencia.

Manifiesta el actor que conforme a la exposición de motivos de la ley la restricción acusada tendría como finalidad la de promover la competencia.

Como se señaló con anterioridad, dentro del concepto de libertad de competencia económica se incluye el deber del Estado de velar por la protección de la competencia en sí misma considerada, razón por lo cual, puede, mediante el ejercicio de las atribuciones consagradas en los artículos 75 y 334 de la Constitución intervenir en la economía para fomentar la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y por lo tanto, evitar la ocurrencia de prácticas monopolísticas y eventuales abusos de posiciones dominantes en el mercado.

Es así como, el legislador para preservar la competencia en el sector de la telecomunicación móvil, y en aras de hacer efectivo el interés individual de los competidores, el colectivo de los consumidores y el público del Estado, limitó la libre competencia económica.

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.

Esta Corte se pronunció en idéntico sentido en la sentencia C-711 de 1996 (M.P. Fabio Morón

Díaz): "... Le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como la libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y específicamente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar mecanismos necesarios para el efecto..."⁹.

En relación con esto último, habrá de destacarse, además, que la prescripción normativa debatida no comporta una prohibición de carácter definitivo sino eminentemente temporal. A esta conclusión se llega si consideramos, de un lado, que la concesión otorgada para la prestación de los servicios de PCS tiene un término de duración de diez años¹⁰ y, del otro, que por expreso mandato de la norma impugnada, los operadores de TMC, trunking y demás personas vinculadas a dichas actividades, se encuentran en capacidad de participar como accionistas de los concesionarios de PCS, una vez hayan transcurrido los primeros tres años de concesión. Lo anterior, sin desconocer que la propia Ley 555 de 2000, en su artículo 12, prevé, con efecto futuro, el otorgamiento de nuevas concesiones para el servicio de PCS - adicionales a las que son materia de controversia jurídica- en las cuales se permite la participación de "... todas las personas jurídicas públicas, privadas o mixtas sin ningún tipo de restricción, siempre y cuando cumplan con las condiciones del proceso licitatorio que para el efecto adelante el Ministerio de Comunicaciones." (Subrayas fuera de texto).

Respecto a la limitación transitoria impuesta por la norma acusada a los operadores, empresas y accionistas de TMC y trunking, dirigida a permitir su participación accionaria en las empresas concesionarias del servicio PCS después de transcurridos los tres primeros años de concesión, es preciso advertir que, para dar plena aplicación a los objetivos constitucionales que legitiman la adopción de la medida, se hace necesario que el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones previstos en la norma acusada (C.P. art. 75), y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia¹¹, regulen en forma específica el tema de la negociación de acciones, la

concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

3.4.2.5. Por otra parte, señala el actor que la limitación que se impone a determinadas personas en la disposición acusada resulta contraria a la libertad de competencia, por cuanto ésta tiene como propósito en la Constitución el de beneficiar al usuario y que si bien la norma acusada, en teoría se orienta a promover la competencia, resultaría ineficaz a ese efecto, por cuanto impide que los usuarios se beneficien de las economías de escala que pueden ofrecer los actuales operadores de TMC.

Encuentra la Corte que tal valoración de la eficacia de la disposición acusada para la consecución de un fin que, en si mismo considerado, resulta admisible a la luz de la Constitución, cae dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador, por cuanto la misma comporta un contraste entre los beneficios que en el corto plazo se derivarían de la posibilidad de que, quien ya esté operando un sistema de telecomunicaciones, ofrezca en el nuevo sistema condiciones más ventajosas para el usuario, frente a la posibilidad de que, en una perspectiva de más largo plazo, ese mismo usuario se beneficie con la ampliación del número de operadores en los sistemas de telecomunicaciones.

Frente a esa valoración, el legislador, en la disposición acusada realizó una elección y estima la Corte que no se han sustentado razones que permitan desvirtuarla como desproporcionada o irrazonable.

En consecuencia, no se observa que a través de la norma acusada, salvo por la precariedad de la prohibición temporal mencionada, se vulnere el derecho de concurrencia ni el derecho a la libre competencia económica, cuando el legislador evita la concentración del espectro electromagnético para hacer efectivo el mandato constitucional que exige el acceso democrático.

4. Alcance de la decisión que debe adoptar la Corte

Para los efectos de establecer el alcance de la decisión que en el presente caso le corresponde tomar a la Corte, se hace imprescindible recordar que la norma impugnada, esto es, el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, consagra dos restricciones aplicables al

proceso inicial de concesión de los Servicios de Comunicación Personal PCS, en los siguientes términos:

b) Los concesionarios de telefonía móvil celular, TMC, los operadores nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas; los accionistas de los concesionarios de TMC, los accionistas de los operadores nacionales de trunking, que tengan una participación individual o conjuntamente de más del 30% y las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas no podrán:

Participar en el proceso de licitación, ni obtener concesiones de PCS en ninguna de las áreas de prestación de PCS.

Ser accionista de los concesionarios de servicios PCS, durante los primeros tres años de concesión para la prestación de los servicios PCS, contados a partir del perfeccionamiento del primer contrato;

Acogiendo los fundamentos jurídicos que fueron expuestos a lo largo del punto 3 de las consideraciones de esta Sentencia, puede concluirse que el contenido material de la norma impugnada, antes que violar la Carta Política, se inscribe dentro del marco de la potestad normativa reguladora reconocida al legislador en el ámbito de los servicios públicos y, en especial, de aquellos cuya prestación supone el empleo de bienes de naturaleza pública (C.P. arts. 75, 150-23 y 365). Dentro de ese contexto, no existe duda en torno a la finalidad de la preceptiva acusada: desarrollar aquellos objetivos constitucionales que propugnan por garantizar la pluralidad e igualdad de oportunidades en el acceso y uso del espectro electromagnético, proteger la sana competencia y evitar la concentración monopolística en el mercado de las telecomunicaciones (C.P. arts. 75 y 333).

- Así las cosas, es claro que la primera prohibición impuesta a los operadores, empresas y accionistas de TMC y trunking, consistente en impedir su participación en el proceso inicial de licitación y concesión de los servicios de PCS, se ajusta en todas sus partes a los mencionados propósitos y, por ello, es procedente la declaratoria de constitucionalidad simple de los incisos 1° y 2° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000.

- No ocurre lo mismo frente a la segunda limitación. La que restringe de manera temporal la participación de ese grupo de personas -operadores, empresarios y accionistas de TMC y

trunking- en el mercado accionario de los concesionarios de PCS, pues la posibilidad de que éstos puedan invertir en dicho servicio una vez superada la incompatibilidad de tres años, conlleva una clara reducción del criterio democrático que debe imperar en el uso del espectro electromagnético. Ello, por supuesto, le impone a este organismo de control constitucional hacerle un condicionamiento a la norma citada, dirigido a garantizar la plena observancia de los principios y objetivos constitucionales en los que, como se ha explicado, se encuentra soportada la adopción de las medidas limitativas que han sido materia del presente análisis. En este sentido, la declaratoria de constitucionalidad del inciso 3° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, quedará condicionado al hecho de que el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones a los que se refiere la norma acusada, y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia, regulen en forma específica el tema de la negociación de acciones, la concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

4.1 Integración de la unidad normativa.

Finalmente, una vez confrontado y revisado en su integridad el tenor literal del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, observa la Corte que el literal C) consagra una incompatibilidad similar a la prescrita por el inciso 3° del literal b), la cual es aplicable a los concesionarios y accionistas de los Servicios de Comunicación Personal PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas.

La norma dispone:

“c) los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres años de concesión para la prestación de los servicios PCS.” (Subrayas fuera del texto)

Ciertamente, en cuanto la norma citada limita la posibilidad de que los operadores, empresarios y accionistas de PCS adquieran más del 30% del capital social de un

concesionario de TMC o trunking, durante los tres primeros años de otorgada la concesión de los servicios PCS, la misma guarda una clara relación de conexidad material con el inciso 3° del literal b) que, en igual medida, prevé la aludida restricción para los operadores, empresarios y accionistas de TMC y trunking.

En consecuencia, al encontrarse probada la correspondencia lógica, temática y fáctica entre los literales b) y c) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, esta Corporación, dando plena aplicación al artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, y con el fin de no hacer inoqua la decisión por tomar, procede a integrar la unidad normativa y a extender los efectos de la declaratoria de exequibilidad condicionada al precitado literal c) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

R E S U E L V E

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLES los incisos 1° y 2° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, en relación con lo acusado.

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLES el inciso 3° del literal b) y el literal c) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, siempre y cuando se entienda que, vencido el término de tres (3) años previsto en los citados literales, el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones a que se refieren las normas acusadas, y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia, deben regular en forma específica el tema de la negociación de acciones, la concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Decreto 2067 de 1991, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDOMONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-815/01

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Actuación del Estado regulador (Aclaración de voto)

SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Regulación económica (Aclaración de voto)

PROCESO DE LICITACION EN SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Regulación de entrada al mercado específico de participación (Aclaración de voto)

PROCESO DE LICITACION EN SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL-Regulación de propiedad cruzada respecto de participación (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3367

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000

Demandante:

José Antonio Lloreda Camacho

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el debido respeto por la Corporación y por el magistrado ponente, aclaro mi voto. Tanto el condicionamiento introducido en la parte resolutive como la mayoría de los argumentos en que este se sustenta, indican que la Corte Constitucional ha sentado en esta sentencia unos criterios de suma importancia relativos a la actuación del Estado Regulador en el sector de las telecomunicaciones. El propósito de la presente aclaración es limitado y puntual, a pesar de ser éste un tema que por su trascendencia invita a detenerse en múltiples aspectos de este sector vital no sólo en la economía globalizada sino también para la efectividad del ejercicio de derechos constitucionales y el equilibrado funcionamiento de la democracia.

1. El enfoque a partir del cual estimo que se pueden apreciar cabalmente las implicaciones de la norma demandada es el de la regulación económica. En este contexto, las reglas

relativas a la contratación administrativa constituyen tan sólo uno de los múltiples instrumentos de regulación. Por esta razón, la norma demandada no se limita a fijar unas reglas para la concesión de la prestación de los servicios de comunicación personal (PCS), sino que se ocupa de otras materias atinentes, por ejemplo, a la estructuración del mercado de estos servicios y a la propiedad de las empresas que participan en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, y no sólo de PCS.

2. Desde esta perspectiva la norma demandada establece una “regulación de entrada” al mercado específico de PCS, al indicar quiénes no pueden participar en el proceso de licitación u obtener concesiones y quiénes no pueden ser accionistas de las empresas que resulten escogidas como concesionarios. A partir de este enfoque, la norma demandada no está creando una incompatibilidad, como lo sugiere la sentencia. El artículo 11 de la Ley 555 de 2000 no encuadra dentro del concepto de incompatibilidad tradicional: (i) Los sujetos de la prohibición, no son funcionarios públicos o sus familiares, sino particulares; si bien esto no es determinante sí indica que se trata de una prohibición atípica. (ii) El objeto de la prohibición no es impedir que concurren en una misma persona dos condiciones de manera simultánea, sea en razón a su estatus o a la actividad que realizan. En efecto, la norma distingue entre los concesionarios y operadores mismos y los accionistas de estos concesionarios u operadores. La prohibición es total sólo respecto de los primeros, de tal manera que una misma empresa no puede ser simultáneamente concesionaria de telefonía móvil celular, por ejemplo, y concesionaria de PCS. Sin embargo, respecto de los accionistas la norma no establece una prohibición general sino un tope máximo de participación en la propiedad accionaria. Este es del 30%. De tal manera que una persona puede ser simultáneamente accionista de un concesionario de telefonía celular y de PCS si se encuentra por debajo de dicho tope. Si ello es posible la norma no crea una incompatibilidad en sentido estricto sino una regulación de “propiedad cruzada”. Luego, a partir de esta regulación, sí establece prohibiciones generales respecto de la participación en la licitación y de la obtención de la concesión. (iii) La duración de la prohibición no está atada a la duración de las dos condiciones supuestamente incompatibles.

3. Desde la perspectiva del derecho de la regulación económica, la naturaleza temporal de la regla sobre “propiedad cruzada” reafirma que no se trata de una simple incompatibilidad. En efecto, el último inciso del literal b) del artículo 11 citado permite que después de transcurridos los primeros tres años de la concesión para PCS, todos los que no podían

participar en el proceso de licitación ni obtener concesión de PCS puedan, ahora sí, ser accionistas de los concesionarios de los servicios de PCS. De tal manera que desaparece el tope máximo de “propiedad cruzada”. Esta posibilidad fue la que condujo con razón a la Corte a establecer el condicionamiento que comparto, con el fin de evitar que al cabo de tres años hubiera una carencia de criterios materiales relativos a la concentración de la propiedad accionaria, con las implicaciones que ello tiene a la luz del mandato constitucional claro y específico del artículo 75 de la Constitución según el cual “para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (último inciso).

El carácter imperativo y especial de esta norma constitucional exige que el legislador regule la materia. No le corresponde a la Corte establecer los criterios materiales ni los lineamientos del futuro diseño regulativo. Este asunto es de competencia del legislador y de la comisión de regulación respectiva. El legislador podrá adoptar un tipo de regulación diferente a la que escogió para los primeros tres años de funcionamiento del mercado de PCS, ya que tiene un margen de configuración suficientemente amplio en esta materia. Inclusive puede emplear una técnica de regulación que no pase por el criterio de “propiedad cruzada”, si estima que existen medios alternativos más efectivos para desarrollar el mandato constitucional. No obstante, el legislador no puede dejar de cumplir dicho mandato.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 RODRIGUEZ. Cesar. El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. EN: Observatorio de justicia constitucional. Facultad de derecho. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores.1998.Pág.278.

2 Sentencia C-423 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

3 Numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

4 Sentencia C-711 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

5 Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Subrayado por fuera del texto original.

7 Subrayado por fuera del texto original.

8 Sentencia C-022/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz

9 Subrayado del texto original.

10 Cfr. Art. 6° de la Ley 555 de 2000.

11 Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que el párrafo único del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, le otorga competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para inspeccionar, vigilar y controlar los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, debiendo aplicar y velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la CRT. En plena concordancia con lo anterior, el artículo 15 del mismo ordenamiento le asigna a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT-, la función específica de promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal -PCS-, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario y regular el régimen de interconexión, entre otras.