

Sentencia C-887/02

LICITACION Y ADJUDICACION DE CONTRATOS DE CONCESION DE LICENCIAS PCS-Intervención de transparencia internacional

UNIDAD NORMATIVA-Integración

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN GESTION CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION-Diseño de mecanismos para transparencia e imparcialidad/FUNCION ADMINISTRATIVA-Condiciones de transparencia e imparcialidad/PROCESO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Condiciones de transparencia e imparcialidad

PROCESO DE CONTRATACION PUBLICA-Creación de herramientas legales que impriman transparencia

CORRUPCION EN GESTION PUBLICA-Intervención de transparencia internacional/CORRUPCION EN GESTION PUBLICA-Intervención de ONG

CONTRATACION ESTATAL-Control ético a través de pactos anticorrupción

PROCESO DE LICITACION PUBLICA-Convenios de comportamiento de no soborno

NORMA LEGAL-Oscuridad y ambivalencia

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance/PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance

Según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una

manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance respecto de oferta más favorable

El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica así mismo que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de la propuestas y evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente, sin entrar a predeterminar, claro está, al sujeto -persona natural o jurídica- con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PROPONENTES EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE OFERENTES EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Señalamiento expreso por legislador de entidad a contratar

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN CONTRATACION ESTATAL-Selección de propuesta más favorable para monitoreo

LICITACION Y ADJUDICACION DE CONTRATOS DE CONCESION DE LICENCIAS PCS-No establecimiento de criterios de intervención de transparencia internacional y demás organizaciones

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN CONTRATACION ESTATAL-No intervención de ONG nacionales en labor de monitoreo

LICITACION Y ADJUDICACION DE CONTRATOS DE CONCESION DE LICENCIAS PCS-Vigilancia por Contraloría y Procuraduría/LICITACION Y ADJUDICACION DE CONTRATOS DE CONCESION DE LICENCIAS PCS-Control preventivo

GESTION CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION-Control y vigilancia ciudadana

GESTION PUBLICA-Control y vigilancia

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES-Intervención no sujeta a condición

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN GESTION CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION-No contratación por la administración

LICITACION Y ADJUDICACION DE CONTRATOS DE CONCESION DE LICENCIAS PCS-Reserva documental

DOCUMENTO PUBLICO-Publicidad/DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS-Límites establecidos por la Constitución y la ley

ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS-No es absoluto

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS-Manifestación del derecho de petición

ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS EN CONTRATACION ESTATAL-Establecimiento legal de reserva

DOCUMENTO PUBLICO-Establecimiento legal de reserva

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Finalidad

El principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política, tiene por finalidad racionalizar el proceso legislativo en tres frentes distintos: en primer lugar, buscando que exista un control sobre los contenidos de las iniciativas legislativas pues en virtud de lo establecido en la norma superior los presidentes de las comisiones constitucionales permanentes están autorizados para rechazar las iniciativas que incumplan ese principio; en segundo lugar, garantizando una deliberación pública y transparente en el proceso de formación de la ley pues con la inclusión de este principio se evita la aprobación de normas no consideradas en los debates parlamentarios; y, en tercer lugar, por sus implicaciones en la intensidad del control constitucional pues se impone la necesidad de mantener una relación de equilibrio entre la materia de las leyes y el principio democrático de modo que por preservar la vigencia de este principio no se sacrifique la capacidad de configuración jurídica del Congreso de la República.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-No interpretación rígida

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Implicaciones

SERVICIO DE COMUNICACION PERSONAL PCS-Regulación normativa

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LEY DE REGULACION DE SERVICIOS DE COMUNICACION PERSONAL PCS-Falta de conexidad respecto de destinación del valor del recaudo

ACCION DE TUTELA-Importancia

DERECHOS FUNDAMENTALES-Criterios de definición/DERECHOS FUNDAMENTALES-División en títulos y capítulos y orden del articulado no es norma constitucional vinculante

Los derechos fundamentales objeto del ejercicio de la acción de tutela no son únicamente los rotulados en la Constitución Política con este título, pues según la jurisprudencia “El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez”. Al efecto, esta Corporación en diferentes pronunciamientos de las Salas de Revisión ha establecido los criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona “todo ello partiendo del supuesto según el cual la división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fué aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente conforme al procedimiento establecido en su Reglamento”.

ACCION DE TUTELA-Protección de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA EN ACTUACION DEL ESTADO-No señalamiento legislativo de derechos que solo pueden invocarse

PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Aplicación

Referencia: expediente D-4019

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5, 9, 16 y 17 (parciales) de la Ley 555 de 2000, “Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Néstor Raúl Correa Henao

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil dos (2002)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241-4 de la Constitución Política, y cumplidos los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I . ANTECEDENTES

El ciudadano NESTOR RAUL CORREA HENAO, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, y 242-1 de la Carta Política, demandó parcialmente los artículos 5, 9, 16 y 17 de la Ley 555 de 2000.

La Magistrada Sustanciadora mediante auto del treinta (30) de abril de dos mil dos (2002), admitió la demanda y ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al Jefe del Ministerio Público para lo de su competencia, al tiempo que ordenó comunicar la iniciación del asunto al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro de Hacienda, a la Ministra de Comunicaciones, a la Empresa de Telecomunicaciones -TELECOM-, a la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL, al Fondo de Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la

demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 43.883, subrayando los segmentos normativos impugnados.

LEY 555 DE 2000

(febrero 2)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones.

DECRETA:

ARTICULO 5o. PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACION.

“(…)

PARAGRAFO. En la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción, con el objeto de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y, en general, evitar cualquier forma de corrupción.

La organización tendrá acceso a los documentos, aún a los reservados, y podrá asistir a las diligencias de preparación de pliegos licitatorios, evaluación de ofertas y selección de adjudicatarios. No participará en la adopción de decisiones.

Luego de la adjudicación, la organización informará sobre la transparencia del proceso y la observancia de los principios enunciados.

ARTICULO 9o. DE LA CONTRATACION.

“(…)

2. Transparencia. Toda la documentación relativa al proceso será pública, salvo en los casos en que haya expresa reserva legal. Los resultados parciales y finales se publicarán en medios de comunicación de amplia circulación y difusión.

El Ministerio de Comunicaciones informará al público cuáles proponentes cumplieron con los pliegos de condiciones, por medio de comunicación de amplia circulación y difusión, antes de efectuarse el procedimiento de subasta.

ARTICULO 16. RECAUDOS. El recaudo total de los pagos iniciales que efectúen los operadores de PCS por las concesiones de que trata el artículo 11 de la presente ley lo hará directamente la Dirección General del Tesoro Nacional. Tal valor se constituye en un ingreso corriente de la Nación y su monto será referencia para que la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público haga aportes, por el mismo valor, a los patrimonios que Telecom y Adpostal hayan constituido o a las entidades que hagan sus veces y al Fondo de Comunicaciones con

el objeto de atender el pago de las obligaciones pensionales.

Este aporte será distribuido así: el sesenta y cinco por ciento (65%) para el patrimonio autónomo de Telecom, veinticinco por ciento (25%) para el de Adpostal o la entidad que haga sus veces con el objeto de atender el pago de sus obligaciones pensionales y el diez por ciento (10%) al Fondo de Comunicaciones para que recaude y gire dicho aporte a los patrimonios o entidades que haga sus veces para contribuir a cubrir las obligaciones pensionales de las empresas oficiales y mixtas en las cuales la participación pública sea igual o superior al setenta por ciento (70%) del capital social, que presten el servicio de telefonía pública básica conmutada local o local extendida, según criterios que establezca el Fondo de Comunicaciones.

Dicho aporte será efectuado en la fecha en que establezca su cuantía, mediante un documento de deuda cuya amortización a capital se comenzará a más tardar tres años después de su creación y en un plazo máximo de siete años a partir de su fecha de constitución. De cualquier forma, durante el plazo de la obligación se causarán intereses corrientes a una tasa de mercado determinada con base en el plazo y forma de autorización que sean establecidos.

Los pagos iniciales provenientes de las concesiones adicionales de que trata el artículo 12 de la presente ley, se destinarán al fomento de programas de inversión social en sector de las telecomunicaciones, al igual que los pagos periódicos de que trata la presente ley los cuales pertenecen al Fondo de Comunicaciones y se destinarán al mismo fin.

ARTICULO 17. REGIMEN DE PROTECCION AL USUARIO.

“(…)

PARAGRAFO 2o. Los operadores de todos los servicios móviles de telecomunicaciones sólo podrán almacenar y registrar datos que, según las normas o pautas que fije la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y de conformidad con el artículo 15 de la Constitución, se consideren estrictamente relevantes para evaluar el perfil económico de sus titulares.

Los datos personales que recojan y sean objeto de tratamiento deben ser pertinentes, exactos y actualizados de modo que correspondan verazmente a la situación real de su titular.

Cualquier daño causado con violación de esta norma dará lugar a la indemnización de perjuicios según las reglas civiles de la responsabilidad, sin perjuicio de la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal.

III. LA DEMANDA

El actor fundamenta la inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas en las siguientes razones:

En relación con el inciso primero del párrafo del artículo 5º que establece que en la licitación de adjudicación de los sistemas de comunicación personal PCS, intervendrá “Transparencia Internacional directamente o a través de su filial Transparencia Colombia, con el objeto de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato discriminatorio y evitar cualquier forma de corrupción”, considera que vulnera el artículo 13 de la Carta Política y los artículos 333 y 334 Superiores que consagran la libre competencia económica, toda vez que el legislador seleccionó directamente a un contratista privilegiando a una entidad internacional y discriminando a los colombianos de realizar licitaciones a fin de evitar la corrupción en los procesos de concesión para la prestación de servicios PCS.

Igualmente considera que el párrafo mencionado viola los artículos 40, 103, 267, 268, 269, 270, 272, 273 y 277 de la Constitución, por cuanto de un lado priva a los organismos de control, Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, de sus funciones fiscales y disciplinarias, y de otro lado impide que los particulares puedan ejercer el derecho político a participar en el control de la gestión pública, en este caso como veedores ciudadanos en el monitoreo de la transparencia del proceso de licitación y adjudicación de los servicios PCS.

Para el actor, el citado párrafo infringe también los artículos 113 y 136 numerales 1º - 4º, por cuanto el Congreso de la República se inmiscuyó en un asunto privativo de otra autoridad como es la Rama Ejecutiva, al usurpar sus funciones para adjudicar contratos sin tener en cuenta el principio de la separación de poderes, pues en este caso no se trata de ninguna colaboración armónica sino de una intromisión en competencias ajenas.

En su criterio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 in fine Superior el Congreso tiene la facultad constitucional para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional, actualmente contenido solamente en la Ley 80 de 1993, disposición que es vulnerada por el legislador con la norma acusada al seleccionar directamente a un contratista desconociendo las generales reglas de juego que él mismo había diseñado en dicho estatuto y en ejercicio del citado mandato constitucional.

Respecto al penúltimo inciso del artículo 5 y al numeral 2º del artículo 9, acusados, el primero que dispone que la organización dedicada a la lucha contra la corrupción que intervenga en la licitación y adjudicación de las licencias de PCS tendrá acceso a los documentos “aún reservados”, y en el segundo que prescribe que en ese mismo proceso de contratación se respetará el principio de transparencia, de suerte que toda la documentación será pública “salvo en los casos en que haya expresa reserva legal”, el actor considera que infringen los artículos 6 y 29 de la Carta Política que regulan el principio de legalidad y debido proceso, porque en su parecer una licitación como la de los PCS está enmarcada por unas normas jurídicas que configuran sus reglas de juego, una de las cuales es el principio de transparencia y publicidad que tiene piso constitucional y legal para los contratos, marco

jurídico sobre el cual debe seguirse un proceso de selección de contratista.

Para el demandante la norma es confusa, por cuanto el artículo 5° acusado se refiere a documentos reservados, y el artículo 9° en lo impugnado hace alusión a documentos que tengan expresa reserva legal, cuando en realidad solo puede presentarse una de dos hipótesis: que ya existe esa reserva legal o que dicha reserva no estuviere establecida pero la norma bajo estudio la está consagrando. Si fuere lo primero, la norma sería no solo innecesaria por repetitiva sino también falsa toda vez que no existe reserva legal para una licitación, salvo para algunos casos de asuntos militares, y además no hay ley que establezca reserva legal en temas de telecomunicaciones. Y si fuere lo segundo, la norma también resulta inconstitucional, porque dentro de los 20 artículos que contiene la Ley 555 de 2001 no se crea reserva legal alguna, quedando abierta la puerta para que el Ministerio de Comunicaciones convierta a su arbitrio ciertos documentos en reservados, sembrando de esta manera inseguridad jurídica.

En su parecer, la reserva a la que aluden los artículos citados vulneran el núcleo esencial de los derechos de petición, acceso a los documentos públicos y publicidad, por cuanto la administración en cualquier momento podría restringirlos para darle cumplimiento a estas normas. Así mismo dichas disposiciones también infringen los artículos 84, 152 y 153 Superiores, puesto que para efectos de contratación estatal ya existe la Ley 80 de 1993, de modo que normas sectoriales no pueden exigir requisitos, licencias o permisos adicionales. Además, considera que las restricciones a los derechos fundamentales deben regularse a través de categoría de ley estatutaria, no mediante una ley ordinaria.

En cuanto hace a los segmentos censurados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, el demandante considera que vulneran los artículos 13, 158 y 359 de la Carta Política, pues en sus tres primeros denominan aporte a la finalidad del recaudo que se pague por licencia de PCS, para evadir la prohibición constitucional de las rentas de destinación específica. Sin embargo, en el inciso final del citado artículo el legislador al emplear la expresión imperativa “destinarán”, para referirse a dichos aportes, confirma que la norma impugnada consagra una renta de destinación específica.

A su juicio, si el pago que hacen los operadores por la concesión de licencias de PCS ingresa al fondo común de los recursos de la Nación, pero ésta a través del Ministerio de Hacienda y

Crédito Público hace “aportes por el mismo valor” a los patrimonios autónomos que Telecom y Adpostal hayan constituido para el pago de pensiones, quiere significar entonces que dicho pago va destinado exclusivamente a dichas entidades desconociendo la prohibición de las rentas de destinación específica.

En su criterio, en la norma acusada el legislador partió en dos momentos la renta de destinación específica, diferenciando el ingreso, de un lado, y el aporte, de otro, como si se tratara de dos operaciones independientes. Por consiguiente, al ingresar el recaudo de la licencia al presupuesto general de la Nación como “ingreso corriente”, la operación es constitucional, pero al disponer la norma demandada a renglón seguido que el monto del valor del recaudo “será referencia para que la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público haga aportes por el mismo valor”, se está regulando es el gasto público con dineros supuestamente diferentes que no tendrían ninguna relación con los ingresos por la concesión de PCS pero que casualmente coinciden con un mismo valor. En palabras del demandante, “esa separación temporal y conceptual que hace la ley entre un ingreso por una suma y un gasto posterior por la misma suma, no es una coincidencia sino el descuartizamiento artificial de una renta de destinación específica. No puede ser azar que un gasto se base en el monto de una renta que acaba de ingresar del mismo sector de comunicaciones”. Por tal razón, concluye que la distribución de los aportes con destino a cubrir los pasivos pensionales de las empresas estatales de Telecom y Adpostal, no encaja dentro de las tres excepciones que establece el artículo 359 superior, siendo en consecuencia dicha norma inconstitucional.

Según el actor, en el precepto impugnado el legislador se tomó la tarea de distribuir ese aporte en forma detallada, asignando el 65% para pensiones de Telecom, el 25% para las pensiones de Adpostal y el 10% restante para el Fondo de Comunicaciones, vulnerando el derecho a la igualdad pues discrimina a los pensionados estatales de los sectores diferentes al de comunicaciones al igual que al resto de los colombianos, toda vez que el gasto público social en educación y salud, que es prioritario por mandato constitucional, se va a ver disminuido en cada peso que se destine a los pensionados del sector de las comunicaciones.

Sostiene el demandante que el artículo 16 en lo acusado también vulnera el artículo 158 de la Carta Política sobre unidad de materia, por cuanto la norma demandada regula la

financiación del pago pensional para el sector de comunicaciones, aspecto que no tiene nada que ver con el objetivo que persigue la Ley 555 de 2000 que según su artículo 1º está destinada a fijar el régimen jurídico aplicable a los servicios de comunicación personal.

En relación con el aparte demandado del artículo 17 según el cual el afectado por los daños que ocasiona el manejo de la información por parte de los operadores de los servicios de PCS, también puede ejercer la acción de tutela “para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal”, el demandante considera que infringe los artículos 2 y 86 Superiores, por cuanto el legislador no puede entrar a restringir la eficacia de los derechos fundamentales señalando como susceptible de amparo solamente el derecho a la intimidad personal, olvidando que la acción de tutela fue consagrada para proteger todos los derechos fundamentales incluyendo la honra, información y petición.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Comunicaciones

El Ciudadano Francisco Florez, obrando en calidad de apoderado judicial del Ministerio de Comunicaciones, intervino en la presente causa para defender la constitucionalidad de las normas demandadas, con fundamento en las siguientes apreciaciones:

En relación con el inciso primero del párrafo del artículo 5º, señala que no se vulneran los artículos 13, 333 y 334 Superiores, por cuanto allí no se hace una adjudicación contractual directa sino que simplemente se establece una opción para el Gobierno de acudir a Transparencia Internacional o a su filial Transparencia Colombia o a un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional.

Para el interviniente, dicha disposición tampoco vulnera las normas constitucionales relacionadas con las funciones de los órganos de control ni el artículo 136 Superior, pues no excluye sus competencias constitucionales sino que añade un control adicional sin perjuicio de las facultades propias de la Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, incluyendo el de las veedurías internas y el de la ciudadanía. Además, el Congreso

no se está inmiscuyendo en asuntos de competencia privativa de otras autoridades, pues no está usurpando la facultad del ejecutivo de escoger al respectivo contratista, pues simplemente señala las alternativas que pueden tomar la administración para ejercer el control previsto en la norma demandada.

Considera que no se presenta inconstitucionalidad alguna al disponer la ley que la organización que intervenga en la licitación tendrá acceso a la documentación reservada, porque no existe dicha reserva y tampoco las disposiciones demandadas están creando una reserva documental. En su criterio, los textos acusados solo hacen una remisión general a la legislación que ha establecido reservas de esta clase.

En lo atinente al artículo 16 demandado parcialmente, el interviniente considera que esta norma no está creando una renta de destinación específica, sino que está estableciendo la condición constitucional para que los recursos que provengan de la licitación de los PCS puedan ser aplicados en las correspondientes leyes de presupuesto. Agrega que el supuesto de hecho de la citada norma encaja dentro de la excepción consagrada en el numeral 3º del artículo 359 de la Constitución, puesto que la distribución que hace esta norma acusada se refiere a entidades de previsión social.

Finalmente explica que el artículo 17 acusado parcialmente no infringe los artículos 2 y 86 de la Carta, pues la mención especial que del derecho a la intimidad contiene la frase demandada no tiene un sentido restrictivo, pues solamente pretende resaltar el derecho constitucional fundamental que en este caso aparece como el más vulnerable.

1. Empresa Colombiana de Telecomunicaciones -Telecom-

El doctor Jaime Castro Castro actuando en nombre y representación de la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones -Telecom-, intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Sostiene que la prohibición de las rentas de destinación específica, contenida en el artículo 359 de la Constitución, no comprende todas las rentas que percibe la Nación a cualquier

título y por cualquier concepto, porque en la propia Carta se contemplan casos de ingresos estatales que tienen destinaciones especiales tales como las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar, que están asignadas exclusivamente a los servicios de salud; las rentas obtenidas en el ejercicio de monopolios de licores, que deben destinarse preferentemente a los servicios de salud y educación; los ingresos del Fondo Nacional de Regalías, que se destinan a las entidades territoriales para la promoción de la minería, la preservación del ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo; y la tributación especial que pagan las notarías que favorece a la administración de justicia.

Explica que la única interpretación válida que puede realizarse del artículo 359 Superior consiste en que la prohibición allí contenida solamente recae sobre rentas de origen tributario, es decir que sólo a esta clase de rentas se les puede aplicar tal prohibición, tal como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional en varias oportunidades. Así entonces, los apartes demandados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, no vulneran la citada disposición constitucional, por cuanto los pagos que efectúan los operadores de PCS constituyen un ingreso corriente de la Nación de carácter no tributario, por lo cual el legislador estaba facultado para asignarle a los recursos provenientes de estos pagos la destinación que considerara más conveniente.

Afirma que la norma bajo estudio no vulnera el artículo 13 de la Carta, por cuanto es claro que cuando se financia una determinada actividad, obra o servicio se está “desfinanciando” otra actividad, obra o servicio, de modo que nunca habrá recursos suficientes para satisfacer todas las necesidades que debe atender el Estado, máxime cuando la asignación que realiza la Ley 555 de 2000 de los recursos originados en la prestación de los servicios PCS tiene carácter social, por cuanto éstos van destinados al pago de pasivos pensionales que son un gasto prioritario de conformidad con lo establecido en el artículo 350 Superior.

Arguye que la referida norma tampoco vulnera el artículo 158 de la Constitución, pues si el legislador puede señalar en forma directa y específica el uso que se puede y debe dársele a las rentas contractuales, nada se opone a que el mismo cuerpo legal que regula la prestación de los PCS, se establezcan las contraprestaciones a que están obligados los operadores de los mismos, se determine la naturaleza jurídica de los ingresos que recibe el titular de los derechos sobre el espacio radioeléctrico y se decida sobre el uso de la totalidad o parte de

los recursos contractuales para aplicarlos a obligaciones o pasivos causados o en curso de pago.

En este sentido, para el interviniente la conexidad causal entre el tema dominante de la Ley 555 de 2000 y el artículo 16 ibídem es clara e innegable, como igualmente lo es que el legislador haya optado responsablemente por financiar los pasivos laborales que no están respaldados de manera adecuada por reservas para atender los cargos a su cargo. Por consiguiente, considera que es lógico y tiene sentido que el legislador haya aplicado el recaudo total de pagos originados en el sector de las telecomunicaciones para realizar aportes que contribuyan a la financiación del pasivo pensional de entidades públicas vinculadas al Ministerio de Comunicaciones.

1. Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-

El doctor Armando Serrano Mantilla, obrando en calidad de representante legal de la Administración Postal Nacional, solicita a la Corte Constitucional, declarar exequible los apartes demandados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000.

Explica que dada la difícil situación económica de Adpostal, como consecuencia de la falta de previsión del Gobierno Nacional para asumir el pasivo pensional de esta entidad, es indispensable contar con los aportes que en un 25% se destinan para la misma en virtud de lo dispuesto por la norma acusada, que antes de vulnerar la Carta Política tiende a garantizar el pago de las pensiones a su cargo, máxime cuando están comprendidas dentro del sistema de seguridad social que ampara los artículos 48 y 53 superiores.

En su criterio el precepto demandado encaja dentro de las excepciones establecidas en los numerales 2º y 3º del artículo 359 de la Carta Política, pues en primer término se consagra expresamente que el ingreso por concesiones nuevas para la prestación de servicios PCS, se destinará a los programas de inversión social del sector de las telecomunicaciones, y en segundo término porque el aporte está dirigido a cubrir las pensiones a cargo de la Administración Postal Nacional, quien ha contratado con la Caja de Previsión Social - Caprecom- para tal efecto.

Señala igualmente que el artículo 16 ibídem, no vulnera el principio de unidad de materia, pues la Ley 555 de 2000 tiene por objeto principal regular la prestación de los servicios de

comunicación personal PCS, como también establecer las reglas y principios generales para otorgar concesiones a los particulares sobre los citados servicios, y determinar de manera especial los mecanismos de contratación para esta clase de concesión armonizándolos con las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Considera además la citada ley, sin perder de vista su objeto y finalidad, hace beneficiarias de los recursos obtenidos a las entidades encargadas de los servicios de comunicaciones, transfiriéndolos en aportes que garanticen el pago oportuno de las obligaciones pensionales a cargo de dichas instituciones.

4. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

El ciudadano Lorenzo Villegas Carrasquilla, en su condición de apoderado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare exequible los preceptos demandados, con los siguientes argumentos.

En relación con el aparte demandado del párrafo del artículo 5°, que consagra la intervención de Transparencia Internacional o su filial Transparencia Colombia y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias PCS, considera que no se vulnera el derecho a la igualdad pues dicha norma no está destinada a señalar de manera determinada y concreta al contratista que desarrollará esa intervención, sino que prevé la intervención de cualquier ONG con el fin de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y en general, cualquier forma de corrupción.

A su juicio, la norma acusada al ordenar la intervención de una organización como Transparencia Internacional en este proceso licitatorio, solamente pretende fijar un estándar del tipo de entidad u organización que debe intervenir con el fin de velar por los intereses allí contemplados. Por tal razón, a renglón seguido el legislador establece que también podrá intervenir un organismo no gubernamental de prestigio internacional. En este orden de ideas es evidente que el querer del legislador fue permitir la participación de cualquier ONG de prestigio internacional y no únicamente la de transparencia internacional de modo excluyente como lo pretende hacer valer el demandante.

Considera que no se vulneran los preceptos constitucionales relacionados con los órganos de control, toda vez que el hecho de que una entidad privada intervenga en la vigilancia de un proceso licitatorio no implica sustraer de sus funciones a los órganos de control, las que se pueden complementar de modo que el proceso sea más transparente y democrático.

Respecto de las normas demandadas que hacen referencia a la reserva de documentos, el interviniente afirma que dicha reserva versa sobre aquellos documentos que tengan ese carácter por disposición legal por lo que esas previsiones deben interpretarse como garantías mínimas establece la ley para fortalecer los principios de publicidad, claridad y transparencia en todas las actuaciones administrativas.

En su criterio no es de recibo la manifestación hecha por el demandante de que tales disposiciones estarían autorizando al Ministerio de Comunicaciones para que expida documentos reservados, pues solo existe reserva de ellos cuando la ley o la Constitución así lo dispongan. Por tanto, es en este sentido que deben entenderse las normas demandadas toda vez que la imposibilidad de acceder a la documentos solo se predica de los documentos “expresa reserva de ley”, sin que por ello se vulneren las normas constitucionales señaladas en la demanda.

Expresa que el artículo 16 parcialmente demandado, tampoco infringe la Constitución, por cuanto la medida allí regulada encaja perfectamente en las excepciones 2ª y 3ª del artículo 359 de la Carta Política. En efecto, en su opinión los aportes a los que se refiere dicha norma se pueden considerar rentas destinadas a la inversión social, entendida ésta como todos aquellos gastos incluidos en el presupuesto de inversión que tienen por finalidad satisfacer las necesidades básicas del hombre, como es el caso de la destinada a cubrir las obligaciones pensionales de un sector de la población. Además considera que al expedir el Decreto 3135 de 1968, por el cual se establece el régimen jurídico de las empresas de telecomunicaciones, el Estado asumió un compromiso respecto de la situación pensional de los trabajadores del sector de las telecomunicaciones, la cual es anterior a la expedición de la actual Carta Política.

Finalmente en relación, con el artículo 17 parcialmente demandado, considera que no infringe ninguna de las normas constitucionales señaladas por el demandante, pues es

evidente que este precepto no está reglamentando la acción de tutela o la procedencia o eficacia de derecho fundamental alguno, sino que está estableciendo que frente a daños ocurridos en el manejo de la información por parte de los operadores de los servicios de PCS la tutela procederá no solamente en caso de vulnerarse el derecho a la intimidad, sino cuando se infrinja cualquier otro derecho fundamental.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón mediante concepto No. 2909 de junio 11 de 2002, solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión “transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia colombiana y/o”, contenida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000 y declarar executable los apartes demandados de los artículos 9, 16 y 17 del mismo ordenamiento, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Para el Jefe del Ministerio Público el señalamiento concreto de Transparencia Internacional para que intervenga en los procesos de licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de los sistemas de comunicación personal PCS, vulnera la Carta Política, por cuanto el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política habilita al Congreso de la República para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial el de la administración nacional, contenido actualmente en la Ley 80 de 1993, que es el único estatuto de contratación para todas las entidades estatales, el cual le otorga un tratamiento especial a la actividad de las comunicaciones, conforme a lo establecido en el artículo 33 del mismo estatuto.

Sostiene que mediante la Ley 555 de 2000 el legislador expidió una reglamentación especial para el proceso de contratación donde se le da alcance técnico jurídico a los servicios de comunicación personal PCS, entendidos éstos como servicios públicos de comunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y de cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de comunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro electromagnético 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.

Explica que conforme a lo dispuesto en el artículo 150, inciso final de la Constitución, el

Congreso de la República dicta las leyes en materia contractual sin indicar el mecanismo o la forma como se debe contratar para un caso concreto o con quién se debe adelantar un proceso, pues de no ser así las normas estarían favoreciendo intereses particulares y se desbordarían las competencias que se han otorgado a las ramas del poder público en contravención a la Constitución Política.

Señala que la Carta garantiza a todas las personas por igual la participación en la actividad pública, específicamente, en materia de contratación y que por ello el legislador ha establecido el principio de igualdad de oportunidades tanto en los procesos de selección de los contratistas como en el control que se debe efectuar por parte de los ciudadanos. Por tanto, cuando la disposición acusada dispone que una entidad privada como Transparencia Internacional “intervendrá” en el proceso de selección de los contratistas que van a prestar los servicios de comunicación personal PCS, no hace otra cosa que privilegiar a esta entidad en detrimento de la facultad que tienen otras organizaciones y personas en virtud de los artículos 2 y 40 Superiores, que consagran el derecho a participación en el control de la gestión pública.

Para la Vista Fiscal el precepto legal en cuestión también vulnera el derecho fundamental a la igualdad, toda vez que realiza una descalificación a priori de otras organizaciones ciudadanas y de las personas que adelantan en Colombia la actividad de vigilancia y control de la función administrativa, y con ello una discriminación injustificada de las mismas pues tal precepto radica en una entidad la veeduría ciudadana desvirtuando así la esencia misma de la democracia participativa, que consiste precisamente en permitir la intervención directa y sin mediaciones de los ciudadanos en el curso de los procesos institucionales, en este caso administrativos, que de suyo tienen un vínculo insoslayable con los intereses de la comunidad y, por ende, con el interés general.

Anota el Jefe del Ministerio Público que la imposición legal en comentario es una medida inconstitucional, no sólo por la discriminación que ella implica sino también porque ata a la administración pública en forma indefinida a la obligación de permitir la intervención de un ente internacional en los delicados procesos administrativos internos, como son los de la licitación y adjudicación de los contratos previstos en la norma bajo estudio, sin tener en cuenta que en cualquier momento y por la incidencia perturbadora de factores en el campo internacional de orden económico, político o geopolítico, dicha intervención puede afectar la

transparencia e imparcialidad que deben presidir los mencionados procesos, pero sobre todo la misma independencia nacional, dado el papel estratégico que juegan las comunicaciones en un mundo globalizado como el de hoy. En este orden de ideas cree el Procurador que siendo elemento fundamental de los servicios de PCS el uso del espectro electromagnético, su prestación afecta necesariamente un bien jurídico de especial relevancia constitucional, definido en el artículo 75 Superior, respecto del cual el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

La Vista Fiscal comparte la apreciación del demandante de que a pesar de haberse insertado en la norma acusada la expresión “y/o”, el señalamiento expreso de una entidad privada que cumple las funciones de prevenir la corrupción en el ámbito mundial es un direccionamiento para que el Ministerio de Comunicaciones contrate con dicha organización la intervención prevista en la disposición acusada, lo cual además constituye invasión a la competencia del Ejecutivo para celebrar los contratos que correspondan (CP artículo 189-23), sin más condicionamientos que el cumplimiento de unas pautas generales que el mismo legislador establezca.

De otro lado, arguye el Procurador que la norma bajo estudio no vulnera los artículos 267, 269, 272 y 277 de la Constitución Política, toda vez que no se observa que con ella el legislador intente desplazar en sus funciones a los órganos de control del Estado.

Considera el Jefe del Ministerio Público que las expresiones acusadas “aun a los reservados” contenidas en el artículo 5 y “salvo en los casos en que haya expresa reserva legal” del artículo 9° de la Ley 555 de 2000 no vulneran las normas constitucionales señaladas por el demandante, pues en el numeral 2 del artículo 9 se dispone que “Toda la documentación relativa al proceso será pública”, dándose cumplimiento al mandato constitucional del artículo 74 Superior que establece el libre acceso a los documentos públicos por parte de cualquier persona, salvo a los que tienen carácter reservado por virtud de la Constitución o la ley.

Agrega que el estatuto contractual en el numeral 3 de su artículo 2° dispone que las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, y en el numeral 4 de la misma norma establece que se expedirán copias

a quienes demuestren interés legítimo en las actuaciones y en las propuestas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios, por lo cual las disposiciones impugnadas están redactadas en idéntico sentido que las de la Ley 80 de 1993.

Para el Señor Procurador General de la Nación las disposiciones anteriormente citadas no se tornan inconstitucionales porque la ley no haya establecido dentro de su articulado tácita o expresamente los documentos sujetos a la reserva, ya que pueden existir otras leyes que se ocupen de reservar ciertos documentos que se relacionen con el proceso de selección de los operadores de comunicación personal PCS como es el caso del mismo estatuto contractual que restringe el acceso y la expedición de copias sobre ciertas patentes, procedimientos y privilegios.

Sostiene igualmente que las normas impugnadas no desconocen el principio constitucional de acceso a los documentos públicos, pues si bien en principio las actuaciones de los procesos de selección para la adjudicación de los PCS no gozan de reserva alguna, sin embargo esto no obsta para que puedan existir ciertos documentos y actuaciones que resulten reservados, no por disposición de una decisión administrativa sino por mandato legal como lo ordena el artículo 74 de la Constitución Política.

Al respecto, afirma el Procurador que quien alegue la existencia de documentos y actuaciones reservadas deberá invocar la disposición legal en la cual sustenta su posición. Por tanto, si el Ministerio de Comunicaciones somete a reserva algunos documentos públicos lo debe hacer con base en una norma de rango legal que lo autorice, asunto que no constituye un problema de constitucionalidad que deba resolver la Corte Constitucional, sino la jurisdicción contenciosa, en la medida que se profieran actos administrativos que restrinjan el libre acceso de los documentos públicos sin contar con la autorización de la ley.

En criterio del Procurador las medidas consagradas en las disposiciones impugnadas no restringen el acceso a los documentos públicos no requerían ser reguladas por ley estatutaria, pues tales normas observan el principio de publicidad consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política sin autorizar a la administración para que restrinja el derecho de acuerdo con su libre apreciación, reservando ciertos documentos y actuaciones, lo cual, por mandato constitucional le corresponde a la ley.

En relación con los apartes demandados del artículo 16, considera el Jefe del Ministerio Público que no se vulnera el artículo 158 de la Constitución que consagra el principio de la unidad de materia, pues en la medida en que las entidades beneficiarias del aporte disminuyan su deuda pensional contarán con más recursos de inversión lo que les permitirá prestar sus servicios eficazmente, cumpliendo con el cometido estatal de prestar dicho servicio en los lugares en donde la empresa privada no lo suministra por los altos costos que él demanda.

En criterio del Procurador la norma acusada tampoco infringe el artículo 359 Superior, por cuanto los ingresos provenientes de la concesión de la licitación de los servicios de comunicación personal PCS, son recursos de origen no tributario que no constituyen una renta de destinación específica prohibida en el citado artículo, tal como la Corte Constitucional lo ha venido manifestando.

Finalmente, sostiene que el aparte demandado del último inciso del artículo 17 de la 555 de 2000, se aviene a la Constitución Política, pues cuando se establece la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental de la intimidad personal, está señalando que puede ser una de las modalidades para hacer efectiva la defensa de los derechos de los usuarios, sin restringir la efectividad de los demás derechos fundamentales, por lo cual la disposición impugnada no vulnera los artículos 2 y 86 Superiores.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, desarrollado por el artículo 43 de la Ley 270 de 1996, y el Decreto Reglamentario 2067 de 1991, esta Corporación es competente para decidir sobre los artículos impugnados de la Ley 555 de 2000.

2. Lo que se debate

Teniendo en cuenta los cargos propuestos en la demanda, las intervenciones de las distintas autoridades y el concepto del Procurador General de la Nación, los siguientes son los cuestionamientos que debe resolver la Corte en relación con las disposiciones impugnadas

de la Ley 555 de 2000:

a. Respecto de los segmentos normativos acusados del inciso primero del párrafo del artículo 5° que establecen la intervención de transparencia internacional o su filial transparencia Colombia, en los procesos de licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias del sistema de comunicación personal PCS, con el fin de salvaguardar los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y evitar cualquier forma de corrupción, la Corte debe establecer:

i) Si desconocen el principio de igualdad de oportunidades y la libre competencia en igualdad de condiciones al privilegiar a un contratista que es seleccionado directamente por el legislador, violando de esta manera los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución;

ii) Si se privatizan las funciones de los órganos de control como la Contraloría y la Procuraduría General de la Nación, vulnerando los artículos 267, 269, 272, 273 y 277 de la Carta Política;

iii) Si se monopoliza en cabeza de dichos organismos la participación ciudadana para vigilar la gestión pública en el proceso de concesión de licencias de PCS, desconociendo los artículos 40, 103 y 270 Superiores que consagran el derecho de todos los ciudadanos a participar en el control de la gestión pública.

iv) Si el Congreso se inmiscuyó en un asunto de competencia privativa del Ejecutivo como es la adjudicación de los contratos, infringiendo los artículos 113 y 136, numerales 1° y 4°, de la Constitución.

v) Si al seleccionar directamente a un contratista, el legislador burló las reglas generales de contratación que él mismo había señalado en la Ley 80 de 1993, en desarrollo del artículo 150 inciso final de la Carta Política.

a. En relación con los segmentos impugnados del inciso segundo del párrafo del artículo 5°

y del numeral 2° del artículo 9°, que en su orden disponen que la organización que intervenga en la licitación de PCS también tendrá acceso a los documentos reservados y que salvo los casos de expresa reserva legal toda la documentación relativa al proceso será pública, la Corte debe determinar:

i) Si tales disposiciones hacen alusión a una reserva documental que no existe en materia de comunicaciones, desconociendo de esta manera los artículos 6 y 29 Superiores que consagran el principio de legalidad y el debido proceso.

ii) Si autorizan a la administración para que señale cuales documentos son reservados en la licitación de PCS, vulnerando el núcleo esencial del derecho de petición, del derecho de acceder a los documentos públicos y del principio de publicidad consagrados en los artículos 20, 23, 74 y 209 de la Constitución.

iii) Si de existir tal autorización para el Ministerio de Comunicaciones se está empeorando para los usuarios el Estatuto General de Contratación, violándose el artículo 84 Superior que prohíbe exigir permisos, licencias o requisitos adicionales cuando una actividad está reglamentada de manera general.

iv) Si por las mismas razones se desconoce el artículo 93 de la Carta según el cual hacen parte del ordenamiento interno los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que garantizan la libertad de buscar, recibir informaciones salvo las excepciones expresamente fijadas en la ley.

v) Si la norma acusada entró a regular el núcleo esencial de los derechos fundamentales de información, petición y acceso a los documentos públicos contraviniendo el artículo 152 de la Carta según el cual tal determinación debe adoptarse por medio de ley estatutaria.

a. Respecto del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, que en lo acusado dispone que el valor del monto del recaudo inicial de los pagos que hagan los operadores de PCS será referencia para que la Nación a través del Ministerio de Hacienda haga aportes por el mismo valor a los patrimonios que Telecom y Adpostal hayan constituido o a las entidades que hagan sus veces y al Fondo de Comunicaciones con el objeto de atender el pago de obligaciones

pensionales, con arreglo a la distribución allí ordenada, y que también serán destinados a programas de inversión social en el área de las telecomunicaciones, la Corte debe establecer:

ii) Si se discrimina a pensionados estatales de sectores diferentes al de las comunicaciones y al resto de los colombianos desconociendo el principio de igualdad consagrado en artículo 13 de la Constitución.

iii) Si el contenido normativo de la disposición acusada no guarda identidad temática con el objeto de la Ley 555 de 2000, violando el artículo 158 Fundamental.

a. En relación con lo impugnado del inciso final del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 555 de 2000 que se refiere a la protección del derecho fundamental a la intimidad personal mediante la acción de tutela en los casos en que se produzcan daños por la violación de lo dispuesto en esa norma, la Corte debe establecer:

i) Si tal referencia es excluyente de otros derechos fundamentales como la honra, petición e información que también pueden ser vulnerados en el manejo de los bancos de datos por parte de los operadores de las PCS, vulnerando de esta forma el artículo 86 de la Constitución que consagra la acción de tutela

ii) Si con tal determinación se restringe la eficacia de los derechos fundamentales excluidos de la acción de tutela, infringiendo el artículo 2° Superior que establece como uno de los fines del Estado la eficacia de los derechos de los coasociados.

3. La intervención de transparencia internacional en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS

El inciso primero del párrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000, dispone que en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción, con el objeto de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y, en general,

evitar cualquier forma de corrupción.

En criterio del demandante tal determinación resulta inconstitucional, porque aparte de privatizar las funciones de los órganos de control y de usurpar una competencia que es propia del Ejecutivo como es la adjudicación de los contratos, impide que otras organizaciones nacionales también puedan participar en la contratación de la vigilancia del proceso de licitación y adjudicación de PCS. En el mismo sentido se pronuncia el Procurador General de la Nación, para quien el legislador está descalificando a priori a otras organizaciones ciudadanas y personas que adelantan en Colombia la actividad de vigilancia y control de la función administrativa, creando de esta manera una discriminación injustificada que desconoce el principio de igualdad y el carácter participativo de las veedurías ciudadanas.

Por su parte, quienes intervienen en nombre del Ministerio de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones piensan que no existe quebranto del Ordenamiento Superior, por cuanto estiman que el legislador no está adjudicando directamente a Transparencia Internacional el contrato para la vigilancia del proceso de licitación de las PCS, sino que al permitir expresamente que esta tarea también pueda ser desarrollada por otro organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional dedicado a la lucha contra la corrupción, simplemente está consagrando un criterio en relación con la persona o entidad que debe ser seleccionada para vigilar el proceso de licitación de las PCS, sin perjuicio de las funciones de los órganos de control.

Antes de entrar a analizar la acusación, la Corte considera que es necesario integrar la unidad normativa con los segmentos no demandados del párrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000, pues es evidente que el examen de estas disposiciones influye directamente en la decisión que se adopte, a tal punto que de no llevarse a cabo daría lugar a la inocuidad del fallo 1. En efecto, en el caso que se examina se advierte que los apartes normativos del citado párrafo que no fueron demandados -referentes a la intervención de otros organismos no gubernamentales de reconocido prestigio internacional en el proceso de licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS, el acceso a los documentos, las facultades y deberes de la organización-, tienen íntima conexión con las expresiones acusadas atinentes a la intervención obligatoria de Transparencia Internacional en dicho proceso, por lo que se concluye que en la presente causa es procedente ampliar el

juicio de constitucionalidad a todo el contenido normativo del párrafo en cuestión.

El párrafo bajo revisión es del siguiente tenor literal:

“PARÁGRAFO. En la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción, con el objeto de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y, en general, evitar cualquier forma de corrupción”.

“La organización tendrá acceso a los documentos, aún a los reservados, y podrá asistir a las diligencias de preparación de pliegos licitatorios, evaluación de ofertas y selección de adjudicatarios. No participará en la adopción de decisiones.

“Luego de la adjudicación, la organización informará sobre la transparencia del proceso y la observancia de los principios enunciados”.

A la luz del Ordenamiento Superior nada impediría que el legislador adopte una medida de esta naturaleza, pues en desarrollo del mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, que autoriza al Congreso para dictar un estatuto general de contratación de la administración pública, y en especial de la administración nacional, el órgano legislativo goza de libertad de configuración² que le permitiría diseñar los mecanismos que juzgue indispensables con el fin de imprimirle transparencia e imparcialidad a la gestión contractual de la administración, además porque tal como lo ha reconocido esta Corte, “la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal”.³

Así mismo, la creación de herramientas legales que le impriman transparencia a los procesos

de contratación pública apuntaría a la realización de los principios constitucionales que orientan la función administrativa (CP art.209), pues se trata de una estrategia indispensable en la lucha contra la corrupción administrativa la cual ha sido reconocida como un fenómeno que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos y que en el concierto internacional ha dado lugar a que las naciones se hayan comprometido a efectuar todos los esfuerzos en el ámbito interno para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.⁴

Además, según los antecedentes legislativos la decisión del legislador de ordenar la intervención de Transparencia Internacional, directamente o a través de Transparencia Colombia, se inspiró en la trayectoria de ésta organización no gubernamental considerada la más importante a nivel mundial en la lucha contra la corrupción en la gestión pública, y que en nuestro país funciona bajo las leyes nacionales desde 1998 implementando una suerte de control ético en la contratación estatal mediante los llamados pactos anticorrupción, en los que a instancia de este organismo especializado los actores en un proceso licitatorio se obligan voluntariamente, por medio de convenios de comportamiento con responsabilidades personales y económicas, a no sobornar con el fin de obtener o retener un contrato u otra ventaja impropia, a no hacer colusión y, en fin, a no recibir sobornos por parte de terceros para obstruir el desarrollo de la licitación.

No obstante lo anterior, cree la Corte que el párrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000 se opone abiertamente al Ordenamiento Superior, por las siguientes razones:

La norma que se revisa no es clara en su redacción y tampoco brinda los elementos necesarios para establecer si allí se consagra una exclusión o un privilegio, pues los antecedentes legislativos dan cuenta que en el segundo debate en la Cámara de Representantes al proyecto de ley que regula la prestación del servicio de comunicación personal PCS, algunos congresistas propusieron adicionar con un párrafo el artículo 5° consagrando únicamente la intervención de Transparencia Internacional, directamente o a través de su filial transparencia por Colombia, en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS, para salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades, acceso democrático, transparencia, trato no discriminatorio y evitar cualquier

forma de corrupción.5

La entonces Ministra de Comunicaciones, se mostró complacida con tal determinación pero consideró que la intervención en el proceso licitatorio de las PCS también debería quedar abierta a cualquier organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional encargado de luchar contra la corrupción, sugerencia que finalmente fue acogida por la plenaria de la mencionada corporación legislativa que aprobó el actual texto del inciso primero del parágrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000 estableciendo la intervención de transparencia internacional, directamente o a través de transparencia por Colombia, “y/o” un organismo no gubernamental de prestigio internacional en la lucha contra la corrupción, en el proceso licitatorio de las licencias de PCS.

Podría pensarse que al expedir la norma que se revisa el legislador no limitó la intervención en el proceso de licitación y adjudicación de las licencias de PCS a una sola organización - Transparencia Internacional-, directamente o a través de su filial transparencia Colombia, sino que también contempló la posibilidad de que un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional dedicado a la lucha contra la corrupción pudiera realizar tal intervención, al mismo tiempo con transparencia internacional o en defecto de esta organización, circunstancia que lejos de aportarle claridad a la norma impugnada la llena de oscuridad y ambivalencia dificultando de esta manera su aplicación.

De otra parte, según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe (CP art 83), pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.

El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica así mismo que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal (CP art.150 in fine) establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de la propuestas y evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente, sin entrar a predeterminedar, claro está, al sujeto -persona natural o jurídica- con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato.

En relación con el principio de igualdad entre los proponentes el Consejo de Estado ha sentado la siguiente doctrina que prohíja la Corte dada su importancia para la solución del caso que se analiza:

“El derecho de igualdad entre los oferentes

“Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración esta obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores.

“Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: “1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.” 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.

“Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son: ‘1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a

participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”⁶

“En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: ‘La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de ‘igualdad’. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella. Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘conurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.’”⁷ 8

Sentadas las anteriores premisas para la Corte es claro que la medida consagrada en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000 resulta a todas luces inconstitucional, puesto que al ordenar en forma perentoria la intervención de Transparencia Internacional, directamente o de su filial Transparencia Colombia, con el fin de monitorear el proceso licitatorio para la adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS, está haciendo un señalamiento expreso de la persona con la cual la administración debe celebrar el respectivo contrato para la ejecución de dicha labor, impidiendo que otras organizaciones también puedan presentar sus ofertas en igualdad de condiciones con el objeto de ser contratadas para adelantar tal intervención.

De contera, el parágrafo impugnado impide que la administración tenga la posibilidad de seleccionar objetiva y libremente entre varios oferentes la propuesta que sea más favorable para la ejecución de dicha tarea de monitoreo, lo que igualmente desconoce abiertamente el principio superior de la igualdad de oportunidades.

Aprecia la Corte que en el párrafo sub examine tampoco se establecen criterios sobre la intervención de Transparencia Internacional y de las demás organizaciones allí enunciadas, lo cual haría prácticamente inoperante la medida y dificultaría en grado sumo el propósito perseguido con tal disposición. Además, la circunstancia de que en el párrafo que se examina se haya previsto que la intervención también podrá adelantarse en forma simultánea o subsidiaria por un organismo no gubernamental “de reconocido prestigio internacional” no atempera la desigualdad advertida, puesto que la exigencia de esta cualificación impide que las organizaciones no gubernamentales nacionales que carezcan de ella puedan participar en igualdad de condiciones y contando con las mismas facilidades, en la contratación de la labor de monitoreo del proceso licitatorio de la concesión de licencias de PCS.

Ahora bien, el hecho de que el Estado no pueda desplazar en organizaciones no gubernamentales de carácter particular su responsabilidad en lo que atañe a la transparencia de la gestión contractual de la administración pública, no significa que la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS se quede sin vigilancia alguna, puesto que la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación están habilitadas para intervenir en dicho proceso realizando un control de carácter preventivo⁹, con el fin de proteger la integridad el patrimonio público y los derechos fundamentales expuestos a un inminente peligro¹⁰.

En efecto, conforme al artículo 103 Superior la intervención de las organizaciones no gubernamentales no está sometida a ningún límite o condición, y menos aún está supeditada a la necesidad de que medie un contrato con la administración para el ejercicio de la actividades de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión estatal. Por tanto, resulta inconstitucional pretender que en el caso de la licitación para la adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS, la actividad de vigilancia y control en cabeza de las organizaciones no gubernamentales deba ser contratada por parte de la administración.

Así mismo, comparte esta Corte el planteamiento hecho por el Procurador General de la Nación en el sentido de que tampoco resulta ajustado a la Constitución Política ordenar la

intervención obligatoria de un ente internacional en los delicados procesos administrativos de la licitación y adjudicación de los contratos previstos en la norma impugnada, puesto que tal intervención al ser susceptible a la influencia de factores de diversa índole, puede terminar por afectar la transparencia e imparcialidad que debe presidir a esos procesos, pero sobre todo la misma independencia nacional, dando al traste con el mandato del artículo 75 Superior que define el espectro electromagnético como un bien público de la Nación “inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”.

Por las anteriores razones la Corte declarará la inexecutable del párrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000, advirtiendo que esta determinación no significa que la Corte desapruuebe o descalifique la importante labor que adelanta Transparencia Internacional en la lucha contra la corrupción.

4. La reserva documental en el proceso de licitación para la adjudicación de contratos de licencias de PCS

Corresponde a la Corte determinar si se ajustan a la Carta Política las expresiones acusadas del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 555 de 2000 que impiden el acceso a la documentación relativa al proceso licitatorio de las PCS en los casos de expresa reserva legal. Con el fin de dilucidar este interrogante, la Corte considera necesario hacer unas breves consideraciones en torno al derecho de acceder a los documentos públicos y a la reserva de los mismos.

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley”, derecho que encuentra desarrollo en el artículo 19 del C.C.A., modificado por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, que autoriza a los ciudadanos para acceder a la información oficial consultando los documentos que reposen en las oficinas públicas, siéndoles permitido igualmente solicitar y obtener copias de los mismos, con excepción de los que estén bajo reserva legal o que se relacionen con la defensa o seguridad nacional.

De lo anterior se desprende claramente que la regla general sobre publicidad de los documentos públicos está consagrada en la propia Constitución, y que únicamente la ley está habilitada para establecer las excepciones al derecho de acceder a los documentos públicos. Así lo ha reconocido la Corte desde sus primeros pronunciamientos al considerar que “el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente el artículo 74. Vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que por supuesto, incluye la consulta de los documentos in – situ y no sólo como pudiera pensarse, la solicitud de copias”. 11

También ha señalado la Corte que el acceso a los documentos públicos no es absoluto en tanto y cuanto la ley puede establecer su reserva con base “en una objetiva prevalencia del interés general. En este orden de ideas, es permitido a los funcionarios impedir el acceso a documentos reservados, si va autorizada, también cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad”¹². Igualmente, en reiteradas oportunidades¹³ esta Corporación ha expresado que si bien el derecho a acceder a documentos públicos tiene carácter autónomo, es también una manifestación concreta del derecho de petición, como quiera que la principal finalidad de éstos derechos es obtener una información a través de una respuesta concreta.

Hechas estas consideraciones, se puede concluir que contrariamente a lo que opina el actor mediante las expresiones impugnadas el legislador no está autorizando a la administración para que establezca motu proprio qué documentos tienen o no carácter reservado dentro de la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS en clara violación a la Carta Política, sino que a propósito de la consagración del principio de transparencia, en virtud del cual toda la documentación relativa al citado proceso será pública, hace expresa mención a la excepciones al derecho de acceder a los documentos públicos que son aquellos eventos en los cuales se ha establecido legalmente su reserva, reproduciendo de esta manera el texto del artículo 74 Superior.

Las expresiones acusadas tampoco desconocen el principio de la buena fe (CP art. 84) ni la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos (CP art. 93), puesto que, se repite, la medida allí regulada no implica una autorización para que la administración entre a señalar cuáles documentos tienen carácter reservado, sino que constituye una determinación que

adopta el legislador conforme a lo dispuesto en el artículo 74 Fundamental. Por las mismas razones, resulta claro que mediante lo acusado tampoco se pretende regular el núcleo esencial del derecho fundamental a la información, razón por la cual no se presenta infracción al artículo 152 Superior que establece la reserva de ley estatutaria en esa materia.

Con fundamento en estas consideraciones la Corte declarará la exequibilidad del segmento normativo “salvo los casos en que haya expresa reserva legal” del artículo 9° de la Ley 555 de 2000.

5. El artículo 16 de la Ley 555 de 2000

El artículo 16 de la Ley 555 de 2000, dispone que el valor del monto del recaudo inicial de los pagos que hagan los operadores de PCS es un ingreso corriente que servirá de referencia para que la Nación a través del Ministerio de Hacienda haga aportes por el mismo valor a los patrimonios que Telecom y Adpostal hayan constituido o a las entidades que hagan sus veces y al Fondo de Comunicaciones con el objeto de atender el pago de obligaciones pensionales con arreglo a la distribución y al procedimiento allí consagrados, y también a programas de inversión social en el área de las telecomunicaciones.

Según el demandante, los segmentos demandados de la disposición que se revisa desconocen los artículos 13 (principio de igualdad), 158 (unidad de materia) y 359 (prohibición de rentas de destinación específica) de la Ley Fundamental.

El Procurador y el apoderado de la empresa Telecom coinciden en que la medida se encuentra ajustada a la Carta Política, pues la prohibición constitucional sobre las rentas de destinación específica (CP art. 359) cubre solamente a las que tienen carácter tributario y los recursos que se obtienen por los pagos que hacen los operadores de PCS constituyen rentas contractuales de naturaleza no tributaria.

Por su parte, quienes intervienen en nombre del Ministerio de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expresan que dicha determinación, además de guardar identidad temática con la materia de la Ley 555 de 2000, constituye realmente

una renta de destinación específica que por estar destinada al pago de obligaciones pensionales con el sector de las telecomunicaciones, constituye una inversión social que encaja dentro de la primera excepción a la prohibición regulada en el artículo 359 Superior.

Siguiendo un orden lógico, debe entonces la Corte entrar a dilucidar en primer término si los segmentos normativos impugnados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, tienen relación con la materia tratada en la Ley 555 de 2000 “Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”.

En reiteradas oportunidades la Corte ha expresado¹⁴ que el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política, tiene por finalidad racionalizar el proceso legislativo en tres frentes distintos: en primer lugar, buscando que exista un control sobre los contenidos de las iniciativas legislativas pues en virtud de lo establecido en la norma superior los presidentes de las comisiones constitucionales permanentes están autorizados para rechazar las iniciativas que incumplan ese principio; en segundo lugar, garantizando una deliberación pública y transparente en el proceso de formación de la ley pues con la inclusión de este principio se evita la aprobación de normas no consideradas en los debates parlamentarios; y, en tercer lugar, por sus implicaciones en la intensidad del control constitucional pues se impone la necesidad de mantener una relación de equilibrio entre la materia de las leyes y el principio democrático de modo que por preservar la vigencia de este principio no se sacrifique la capacidad de configuración jurídica del Congreso de la República.

En torno a la unidad de materia la Corte ha decantado una línea jurisprudencial según la cual éste principio no puede interpretarse con un sentido estrecho y rígido “al punto que se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre las diferentes normas que surgen en virtud de las finalidades que persiguen y que, por lo mismo, razonablemente se integran o resultan ser complementarias para lograr el diseño de la cuestión de fondo del proyecto legal. Además, que dicha unidad sólo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre las distintas aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma”. ¹⁵ (Se subraya)

Tal como lo anuncia su título, por medio de la Ley 555 de 2000 se regula la prestación de los

servicios de comunicación personal PCS y se dictan otras disposiciones, propósito al cual se orienta su contenido normativo en la medida en que desarrolla aspectos como la prestación de servicios de comunicación personal; los principios generales de contratación aplicables a los servicios de comunicación personal; el plazo de la concesión para los servicios PCS; la naturaleza de los concesionarios de los servicios PCS; modificación de la concesión; el procedimiento de selección de contratistas; pliego de condiciones; audiencia pública; la subasta; el valor mínimo; la garantía de seriedad de las propuestas; las contraprestaciones económicas de los concesionarios de servicios PCS; las condiciones de prestación de los servicios; las concesiones iniciales; nuevas concesiones; la audiencia pública de subasta; la inversión extranjera en la prestación de servicios PCS; las competencias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para promover y regular la competencia entre los operadores de los servicios de comunicación persona; el régimen de protección del usuario de los servicios de PCS; criterios para la adjudicación de contratos y concesiones y finalmente el recaudo y destinación de los pagos que efectúen los operadores de PCS, materia que es desarrollada por la norma bajo análisis.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 555 de 2000 el objeto principal de este ordenamiento legal consiste en “fijar el régimen jurídico aplicable a los servicios de comunicación personal, PCS y establecer las reglas y principios generales para otorgar concesiones para la prestación de los servicios de PCS”, propósito que ha sido reconocido por esta Corte al afirmar que “El tema dominante de la Ley 555 de 2000 gira en torno de la prestación de los servicios de comunicación personal (PCS), los que se definen literalmente en el artículo 2º de dicha ley como aquellos “servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro electromagnético 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”.¹⁷

Hechas estas precisiones, encuentra la Corte procedente la acusación del actor por supuesta infracción del principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 Fundamental, por cuanto los apartes acusados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000 no tienen relación alguna de conexidad con la materia su dominante de la Ley 555 de 2000 que, según se anotó, versa sobre el establecimiento de un régimen jurídico de carácter general aplicable a los Servicios

de Comunicación Personal PCS.

En efecto, en el segmento normativo que se revisa el legislador se ocupa de regular lo relacionado con la destinación y las implicaciones que en el ámbito del gasto público acarrea el recaudo de los pagos iniciales que hagan los concesionarios de dichos servicios, disponiendo que el valor del mismo no sólo se destinará a programas de inversión social en el sector de las telecomunicaciones, sino que también servirá de referencia para que a través del Ministerio de Hacienda la Nación haga aportes por el mismo valor a Telecom, Adpostal y al Fondo de Comunicaciones con la finalidad de atender sus pasivos pensionales, en la proporción allí establecida y mediante el procedimiento regulado en los incisos tercero y cuarto de la citada disposición, asuntos éstos que no tienen -ni siquiera lejanamente-, relación alguna de orden temático, sistemático o teleológico con la materia que se propone regular la Ley 555 de 2000, que, según se advirtió, se refiere a la prestación de los servicios de comunicación personal (PCS), que se definen en el artículo 2º de dicha ley.

En cambio, en lo que se relaciona con las expresiones “El recaudo total de los pagos iniciales que efectúen los operadores de PCS por las concesiones de que trata el artículo 11 de la presente ley lo hará directamente la Dirección General del Tesoro Nacional. Tal valor se constituye en un ingreso corriente de la Nación”, la Corte encuentra que no rompen con el principio constitucional de la unidad de materia pues lo concerniente al recaudo y a la definición de los recursos provenientes de los pagos iniciales por concepto de las concesiones de las licencias de PCS, está en perfecta consonancia con la temática que desarrolla la Ley 555 de 2000, motivo por el cual serán declaradas exequibles.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inconstitucionalidad de los segmentos acusados del artículo 16 de la Ley 555 de 2000, sin necesidad de entrar a analizar los restantes cargos propuestos en la demanda.

6. La acción de tutela y los daños producidos con el manejo y registro de datos por parte de los operadores de servicios móviles de telecomunicaciones

El inciso final del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 555 de 2000, en lo impugnado consagra la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal cuando se producen daños por violación a lo dispuesto en el mismo párrafo donde se autoriza a todos los operadores de servicios móviles de

telecomunicaciones para almacenar y registrar datos que se consideren relevantes conforme a las pautas establecidas por la Comisión de Regulación competente y siempre que sean pertinentes, exactos y actualizados de modo que correspondan verazmente a la situación real de su titular.

En criterio del actor, la referencia que hace dicho precepto al derecho a la intimidad personal es inconstitucional pues es excluyente de otros derechos fundamentales como el de la honra, petición e información que también pueden ser vulnerados por las mismas circunstancias anotadas anteriormente.

Los intervinientes y el Procurador General de la Nación son de la opinión de que los segmentos normativos acusados no están restringiendo el ámbito de la acción de tutela y, por ende, la protección de los derechos fundamentales, puesto que la mención que se hace al derecho a la intimidad personal sólo pretende resaltar el derecho constitucional fundamental que en esos casos resulta más vulnerable.

Con el fin de despejar el interrogante que plantean los cargos de la demanda la Corte cree conveniente hacer las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, acción que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte tiene establecido que “La acción de tutela, en sus dos modalidades, encarna el principio de efectividad (CP art. 2) que, en el campo de los derechos fundamentales, supone que éstos no se reducen a su proclamación formal sino que demandan eficacia real. Los derechos fundamentales, desprovistos de protección judicial efectiva, pierden su carácter de tales y dejan de tener el valor subjetivo que representan para la persona y el objetivo que tienen como base jurídico-axiológica de todo el ordenamiento.¹⁸

Los derechos fundamentales objeto del ejercicio de la acción de tutela no son únicamente los rotulados en la Constitución Política con este título, pues según la jurisprudencia “El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez”¹⁹. Al efecto, esta Corporación en diferentes pronunciamientos de las Salas de Revisión ha establecido los criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona “todo ello partiendo del supuesto según el cual la división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fué aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente conforme al procedimiento establecido en su Reglamento”²⁰.

Así pues, si es de la esencia de la acción de tutela la protección efectiva de los derechos fundamentales que estime vulnerados quien acude a su ejercicio, resulta claro que no podría el legislador, sin violar la Carta, entrar a señalar cuales son los derechos fundamentales que en su criterio sólo pueden ser invocados como tales por los particulares frente a determinada actuación del Estado, tal como parece disponerlo el fragmento acusado del párrafo segundo del artículo 17 que al parecer reconoce la procedencia de la acción de tutela solamente para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal en los casos de violación a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 555 de 2000.

Sin embargo, el segmento normativo demandado también acepta otra lectura pues bien puede admitirse que la mención que se hace al derecho fundamental a la intimidad personal no pretende excluir otros derechos fundamentales del radio de protección de la acción de tutela, sino que se trata de un criterio meramente indicativo de que a través del ejercicio de esta acción pueden ser amparados otros derechos fundamentales íntimamente vinculados a aquél derecho, como son, por ejemplo, el derecho a la honra y el derecho de petición, por citar algunos de ellos.

La Corte acoge esta interpretación del texto acusado por estar acorde con los mandatos superiores, y por ello dando aplicación al principio de conservación del derecho mantendrá dicha disposición en el ordenamiento legal condicionando su exequibilidad al entendimiento

que se ha planteado anteriormente.

Por lo expuesto, se declarará la constitucionalidad de las expresiones “para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal” del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 555 de 2000 bajo el entendido que no excluyen la protección de otros derechos fundamentales mediante el ejercicio de la acción de tutela.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE el párrafo del artículo 5° de la Ley 555 de 2000.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE las expresiones “salvo los casos en que haya expresa reserva legal” del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 555 de 2000.

TERCERO. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 16 de la Ley 555 de 2000, salvo las expresiones “El recaudo total de los pagos iniciales que efectúen los operadores de PCS por las concesiones de que trata el artículo 11 de la presente ley lo hará directamente la Dirección General del Tesoro Nacional. Tal valor se constituye en un ingreso corriente de la Nación...”, que son EXEQUIBLES.

CUARTO. Declarar EXEQUIBLES las expresiones “para proteger el derecho fundamental a la intimidad personal” del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 555 de 2000, bajo el entendido que no excluyen la protección de otros derechos fundamentales mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sobre este punto, la Corte ha expresado: "...la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que

ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”. Sentencia C-320 de 1997

2 Cfr. Sentencia C-949 de 2001

3 Sentencia C-429 de 1997

4 Al respecto no sobra recordar que nuestro país al suscribir la “Convención Interamericana contra la corrupción”, aprobada por medio de la Ley 412 del 6 de Noviembre de 1997, se comprometió a adoptar medidas institucionales enderezadas a impedir el soborno de funcionarios públicos, a crear mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción y a estudiar otras medidas de prevención que garanticen la probidad en el servicio público. Dicho instrumento internacional y su ley aprobatoria, fue declarado exequible en Sentencia C-397 de 1998.

5 Cfr. Gaceta del Congreso No. 598 de 1999. Páginas 15 y 16

6 ob. Cit. Pág. 137.

7 Miguel S. Marienhoff; Tratado de Derecho Administrativo; tomo III A; tercera edición actualizada; Buenos Aires, 1992; págs. 203 y 204.

8 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001).Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

9 Precisamente, en el capítulo VII del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993- se establecen las siguientes disposiciones sobre el control preventivo de la gestión contractual por parte de la Procuraduría General de la Nación y de las autoridades que ejercen control fiscal:

“ARTÍCULO 62. DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.

“ARTÍCULO 63. DE LAS VISITAS E INFORMES. La Procuraduría adelantará visitas a las entidades estatales oficiosamente y con la periodicidad que demande la protección de los recursos públicos y el imperio de la moralidad, legalidad y honestidad en la administración pública. Durante las visitas, cuya realización se divulgará ampliamente, se oirá a las asociaciones gremiales y comunitarias del lugar y se dará oportunidad a los administrados para que hagan las denuncias y presenten las quejas que a bien consideren. Las conclusiones de las visitas se dejarán en informes escritos que se pondrán en conocimiento de la comunidad respectiva y de ellos se correrá traslado a los jefes de las entidades y a quienes aparezcan implicados en la comisión de conductas antijurídicas. Copias de tales informes se enviarán a la Fiscalía General de la Nación o a la delegada respectiva para que éstas, si es del caso, den cumplimiento a la función de que trata el artículo siguiente. El visitador exigirá a los administrados identificarse y les advertirá de las consecuencias de la formulación de denuncias temerarias.

“ARTÍCULO 65. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”.

10 Cfr. Sentencia C-113 de 1999, en relación con la intervención excepcional de la

Procuraduría General de la Nación en los procesos contractuales

11 Sentencia T-473 de 1992.

12 Sentencia T-473 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

13 Entre muchas las sentencias T-424 de 1998, T-605 de 1996, T-116 de 1997, T-074 de 1997, T-306 de 1993 y T-473 de 1992.

14 Sentencia C-995 de 2001

15 Sentencia C-352/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra.

16 Sentencia C-501/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Sentencia C-1344 de 2000, fundamento número 4.

18 Sentencia C-531 de 1993

19 Sentencia T-002 de 1992

20 Sentencia C-018 de 1993