

PERSONA JURIDICA DE DERECHO PUBLICO-Titularidad de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra actos de carácter general, impersonal y abstracto cuya legalidad vulnera derechos fundamentales

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos/ACCION DE TUTELA-Inexistencia de perjuicio irremediable

En el caso concreto, se tiene que i.) la sociedad demandante no probó la existencia de un perjuicio cierto e inminente que afecte sus derechos fundamentales, comoquiera que el menoscabo alegado es de índole económica, cuya solución y reestablecimiento corresponde verificar al juez de la causa y no al constitucional; ii.) de contera, el cálculo de dicho perjuicio lo realizó de una manera irreal, pues partió de la comparación de situaciones que no eran comparables, ellas son: los costos en que la sociedad actora ha incurrido en desarrollo del contrato de concesión -para la prestación de servicios PCS- que firmó en el año 2003 con el Ministerio accionado frente a los eventuales costos de quienes se acojan a las disposiciones del Decreto 4239 de 2004, que regula el ejercicio del derecho a la interconexión, acceso y uso por parte de los operadores de trunking; iii.) que la incidencia del perjuicio en el equilibrio financiero del contrato solo se daría como consecuencia de favorecer a otros operadores con menoscabo directo de las cláusulas contractuales que imponen obligaciones directas al Ministerio, lo que en el momento actual tiene un carácter meramente eventual y iv.) como se indicó anteriormente, ese daño es reparable, si se verifica su ocurrencia, por el juez del contencioso contractual, habida cuenta de las características ya señaladas.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia respecto a concesionarios de comunicaciones

Referencia: expediente T-1135080

Acción de tutela instaurada por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por la Sección Cuarta, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 2 de marzo de 2005, Colombia Móvil S.A. E.S.P., actuando mediante apoderada especial, la doctora Ana Irina Arango Martínez, instauró acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra el Ministerio de Comunicaciones, al estimar vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de esa sociedad.

Según la apoderada, esos derechos se vulneran con la expedición del Decreto 4239 del 16 de diciembre de 2004, pues se da lugar a la conversión de los operadores de trunking en nuevos operadores de telefonía móvil sin exigirles los requisitos y obligaciones plasmados en las normas que para el efecto ha expedido el Gobierno Nacional, generándole a la empresa que representa innumerables perjuicios de carácter económico.

Para empezar realizó un largo y detallado recuento de la evolución normativa de las telecomunicaciones en Colombia, antecedente al proceso licitatorio No. 046 de 1993 que adelantó el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, “por medio del cual se otorgaron seis (6) concesiones zonales en dos redes (Red A y Red B) (Costa Atlántica, Oriente y Occidente) a CELUMÓVIL, CELUMÓVIL COSTA ATLÁNTICA S.A., COCELCO S.A. (en la red B) y COMCEL S.A., OCCEL S.A. CELCARIBE S.A., (en la Red A), quienes pagaron en 1994 en total una suma cercana a los \$1.200'000.000 millones por las concesiones por un término de 10 años prorrogables por otros diez. Hoy dichas concesiones son operadas por COMCEL S.A. (Red A) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. (Red B)”.

Luego señaló que con la expedición de la Ley 555 de 2000 se establecieron las condiciones básicas para el otorgamiento de las concesiones para la Prestación de los Servicios de Comunicación Personal PCS, a través de licitación pública sometida a la Ley 80 de 1993 y a través del mecanismo de subasta. En esa ley se definieron servicios, cuyo elemento esencial es la interconexión, por ser el medio que le permite a los usuarios de una red comunicarse con usuarios de otras redes.

Posteriormente se expidió el Decreto 575 de 2002 que reglamentó los servicios PCS, y en su artículo 35 indicó que todos los concesionarios de esos servicios se ceñirían, entre otros, a los planes técnicos básicos, de los cuales hacen parte los descritos en el Decreto 25 de 2002, a saber, el plan nacional de numeración y de marcación y el plan nacional de señalización y, según su artículo 5º, el derecho a asignación de numeración se otorgaría a los operadores de servicios de telecomunicaciones que tengan derecho a ese recurso, es decir, que se hace con base en cada concesión y de conformidad con cada régimen de servicios que operen.

Por su parte, mediante el Decreto 2343 de 1996 el Gobierno reglamentó los servicios de acceso troncalizado o servicios “trunking”, que tienen dos modalidades: la de despacho, que es la que se empezó a utilizar en Colombia a finales de los años 70's, y la de acceso telefónico, por medio de la que se permite a este tipo de sistemas el acceso a la red telefónica pública conmutada, que sólo podrá hacerse a través de la red de abonados ya que no tolera la asignación de numeración para cursar llamadas como un operador de telefonía básica convencional y no pueden solicitar interconexión con otras redes. En últimas, los sistemas de acceso troncalizado se encuentran limitados en la modalidad de acceso

telefónico y esa limitación surge de la misma normatividad.

En virtud de las disposiciones citadas, el Ministerio de Comunicaciones dio apertura al proceso licitatorio No. 001 de 2002 para la prestación de los servicios PCS, en el cual resultó adjudicataria Colombia Móvil S.A. E.S.P., en las zonas Costa Atlántica, Oriente y Occidente y por lo cual pagó en ese año la suma de \$56 millones de dólares por diez años, prorrogables por otros diez.

Así las cosas, concluyó que “la interconexión y la numeración son esenciales para la prestación de los servicios de telecomunicaciones pero no es un derecho de los operadores de trunking. Vale decir que a través de la interconexión y la numeración, los usuarios de un servicio TMC y PCS tienen un número de identificación al interior de la red, número telefónico éste que les permite, valga la redundancia, ser identificados para que otros usuarios, dentro de la misma red se puedan comunicar con ellos, o usuarios de otras redes, a través de la interconexión, puedan hacer lo mismo. Es decir que esos elementos que forman parte de la definición legal, reglamentaria y contractual son esenciales para su prestación y son inherentes a las concesiones por las cuales se pagaron millonarias sumas de dinero”.

Así mismo, indicó que el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1448 de 1995 y 2343 de 1996 por medio de los cuales reglamentó el sistema de acceso troncalizado -trunking-, con diferencias sustanciales con los TMC y PCS y, posteriormente se inició el Proceso de Selección Objetiva No. 001 de 1998, para la prestación de servicios de Trunking, que dio como resultado la existencia de dos concesiones nacionales de trunking y 14 regionales. Especificó que no obstante la evolución en la utilización del sistema de trunking, éste ha conservado la esencia de las comunicaciones de despacho, orientadas a un grupo cerrado de usuarios con tiempos de duración muy cortos, que difiere de los servicios móviles/PCS, cuya función es satisfacer necesidades de comunicación entre dos personas, bajo condiciones muy diferentes a las de aquel sistema.

Por lo tanto, es claro que la reglamentación del servicio de trunking se hizo en Colombia consultando las condiciones de mercado existentes en 1996 y 1998 y cuando se expidieron el Decreto 2343 y la Resolución 5186, conforme a los cuales los interesados elaboraron su plan de negocios y participaron en el proceso de selección objetiva para el otorgamiento de la concesión del servicio, a pesar de que las plataformas tecnológicas tenían la capacidad para prestar otro tipo de servicios, de manera que “si se autoriza a los operadores de trunking una interconexión real con los demás operadores de telecomunicaciones nos encontraríamos frente al problema que dichos operadores cuentan con la tecnología necesaria para convertirse -en la práctica- en un cuarto operador móvil, lo cual por la forma como se han concebido las telecomunicaciones en Colombia, es contrario al régimen jurídico de las telecomunicaciones”.

En ese orden de ideas, afirmó que “en claro desconocimiento a la reglamentación de los servicios de telecomunicaciones en nuestro país”, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4239 de 2004, mediante el cual se introdujo una modificación esencial al régimen jurídico del sistema de telecomunicaciones que utiliza el sistema de acceso troncalizado, otorgándole el derecho a la interconexión con otras redes y a la numeración, es decir se le otorgó a dos prestadores del servicio de trunking a nivel nacional y a catorce a nivel regional, elementos

esenciales, propios y característicos de los servicios móviles de telecomunicaciones, esto es, de los PCS y de los TMC.

En consecuencia, el efecto de la norma expedida es que los operadores de trunking podrán prestar servicios móviles para los operadores que no tienen licencia, sin ser necesario el sometimiento a los procesos de licitación propios de los servicios TMC y PCS, ni el pago de contraprestaciones económicas millonarias a las que se vieron obligados en su momento los operadores de estos servicios, convirtiéndose así los operadores de sistemas de acceso troncalizado en proveedores de servicios móviles, todo lo cual crea una situación de abierta desigualdad entre los operadores móviles y los de trunking y un desequilibrio competitivo entre los operadores que concurren en el mercado, entre ellos, la sociedad que representa.

Así las cosas, sostuvo que ante esa situación fáctica descrita, se ha venido generando un perjuicio irremediable en cabeza de Colombia Móvil S.A. E.S.P., ya que al dar aplicación al Decreto 4239 de 2004 se generará un marco de prestación de servicios vulneratorio de los procedimientos y requisitos establecidos en la legislación colombiana, respecto de los que una persona jurídica pueda ostentar la calidad de operador de un determinado servicio.

Por lo tanto, estimó que de conformidad con la sentencia T-384 de 1994 de la Corte Constitucional, la acción de tutela es procedente cuando la aplicación de una norma de carácter general, impersonal y abstracto, como el Decreto 4239 de 2004, vulnera derechos fundamentales, no para que el juez de tutela revoque o anule ese acto sino para que establezca la inaplicación del mismo porque se infiere la violación de un derecho fundamental, en este caso, el de la igualdad.

Además, sobre la existencia de otro medio de defensa judicial, consideró que es procedente la tutela cuando se vulnera o amenaza un derecho fundamental, lo cual debe ser estudiado en cada caso en particular, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación de hecho y, en el caso particular, apreció que la acción de nulidad no es lo suficientemente eficaz como la acción de tutela, por los términos que dura el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que además permite que se consoliden los prejuicios irremediables en cabeza de Colombia Móvil S.A. E.S.P.

En consecuencia, la sociedad demandante pretendió:

“PRIMERO: Que se ordene en forma inmediata la suspensión de los efectos del Decreto 4239 de 2004 hasta tanto el Consejo de Estado se pronuncie sobre su legalidad”.

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: en caso de no prosperar la anterior pretensión, también en forma subsidiaria, solicitamos que se ordene a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la expedición de una regulación para la conexión entre las redes trunking y de PCS o TMC, que contemple únicamente la posibilidad de interconexión de los operadores de Trunking a nivel de abonado y en ningún caso como operador móvil, es decir de acuerdo con la naturaleza del sistema trunking, tal y como se expuso en los hechos”.

2. Trámite de instancia

La demanda fue repartida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta,

Subsección "B" que, mediante Auto del 3 de marzo de 2005, la admitió y ordenó notificar al Ministro (SIC) de Comunicaciones para que se pronunciara al respecto.

3. Respuesta del Ministerio de Comunicaciones

El Asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, doctor Pedro Nel Rueda Garcés, mediante escrito del 8 de marzo de 2005, contestó la demanda de tutela y se opuso a las pretensiones solicitadas por la sociedad demandante en los términos que a continuación se sintetizan:

Para empezar, sostuvo que con la expedición del Decreto 4239 de 2004, el Gobierno simplemente ejerció la potestad reglamentaria atribuida constitucionalmente al Presidente de la República.

Sin embargo, indicó que no fue el Presidente de la República sino el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 el que creó el derecho a la interconexión para todos los operadores de telecomunicaciones.

Por ello, señaló que a la fecha (8 de marzo de 2005) nadie sabía cuáles eran o serían las condiciones en las que se otorgaría la interconexión a los operadores móviles que operan mediante sistemas de acceso troncalizado, de modo que no es posible hacer comparación alguna o estudio, que permita hablar de violación del derecho a la igualdad.

Consideró que para la empresa accionante y para otras, el punto en el cual radica toda la argumentación es el relativo a que una concesión supone el congelamiento de la reglamentación vigente, lo cual nunca ocurriría y pretender algo así es tanto como esperar que un contrato pudiera someter a su texto el desarrollo legislativo de un país. Además, estimó que en ninguna parte de las normas, superiores al Decreto en comento, existe una prohibición infringida por el Gobierno con la expedición de aquel.

Explicó que cada servicio de comunicaciones debe ser autorizado expresamente, según el artículo 50 del Decreto 1900 de 1990 y que "no basta el desarrollo de una tecnología para que se suponga autorizado un servicio, y la parte tutelante da como ejemplo el desarrollo de la VoIP, pero ocurre que el servicio de trunking no ha variado en nada, es decir, para que reciba interconexión no requiere concesión distinta ni cosa parecida, pues -como en realidad reconoce la parte tutelante- es una posibilidad de la que intrínsecamente había gozado, solamente que mediante decreto 2343 de 1996 se le había negado, y actualmente mediante el decreto 4239 de 2004 se le ha otorgado".

De otra parte, a su juicio, la tutela en este caso fue utilizada injustificadamente porque la sociedad demandante lo que pretende es la protección de su mercado, lo que hace que la acción sea improcedente ante la existencia otros medios de defensa judicial, específicamente la acción de nulidad que establece el C.C.A. y con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del Decreto 4239 de 2004. Además, afirmó que "en el mercado de las telecomunicaciones manda la competencia, no los intereses privados".

A continuación realizó una serie de aclaraciones técnicas: i.) que en realidad el servicio no se denomina trunking, sino actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas

de acceso troncalizado y que se trata de un verdadero servicio de telecomunicaciones (aunque se conoce ampliamente como trunking); ii.) que en materia de telecomunicaciones, las concesiones otorgadas son para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de esa naturaleza y no para la operación de redes o sistemas y iii.) que aunque los servicios de telefonía móvil celular y los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado son móviles, se diferencian.

De manera que con la expedición del Decreto 4239 de 2004, lo que hizo el Presidente de la República fue ejercer la potestad reglamentaria, limitándose a establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar con las cuales los operadores de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado, pueden ejercer el derecho a la interconexión que previamente el legislador les había otorgado.

En cuanto al origen del derecho de los operadores de trunking a interconectarse, señaló que provino no sólo de la Ley 555 de 2000 (art. 14), sino también de la Ley 671 de 2001 y de la Resolución de la Comunidad Andina de Naciones 432 de 2000. Por lo tanto, lo que hace el Decreto 4239 de 2004 es materializar el contenido de las normas anteriormente citadas.

Sostiene que la sociedad demandante pasó por alto que la naturaleza de móvil de un servicio no depende de que tenga o no interconexión, sino que el servicio, según la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT-, se preste entre estaciones móviles y estaciones terrestres o entre estaciones móviles, como es el caso del trunking, sistema que, como se anotó anteriormente, también tiene la característica de móvil.

Ahora bien, indicó que la violación alegada del derecho a la igualdad, en el caso planteado, no puede declararse en abstracto ni con base en prejuicios anticipados del accionante, sino sobre la base de hechos claros, ciertos y discutibles, que no han sucedido aún. Por lo tanto, ante la ausencia de un supuesto fáctico que sea susceptible de comparación, el cargo no puede prosperar, porque el supuesto acto discriminatorio del Ministerio no se ha expedido, "sin perjuicio de lo cual, de manera temeraria, dichos operadores interpusieron la acción de tutela".

En cuanto a la vulneración del debido proceso, estimó que la actuación desplegada por el Ministerio no fue un procedimiento administrativo que se hubiese adelantado en relación o en contra de la sociedad demandante, ni está dentro de las posibles hipótesis de respeto o violación de este derecho.

Tampoco es de recibo la afirmación según la cual se violó el debido proceso por haber realizado la regulación mediante un decreto y no mediante una ley, pues el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria estableció las condiciones para el ejercicio del derecho de interconexión que había sido previamente otorgado por el legislador, con fundamento en los artículos 150, numeral 23, y 365 de la Constitución Política.

Así mismo sostiene que no se vulnera el referido derecho por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues ella actúa con base en las competencias que el régimen jurídico le otorga en materia de interconexión (Ley 555 de 2000, art. 14; Decreto 1130 de 1998, art. 37, num. 3º).

En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, indicó que de conformidad con la doctrina constitucional (Sentencias T-791 de 2000, C-478 de 1998, T-661 de 1997 y C-138 de 1996) éste se presenta cuando “el Estado ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar esas condiciones”, sin que en el caso concreto pueda alegarse algo así, porque los operadores de móviles celulares conocían la Ley 555 de 2000 y las normas internacionales, de manera que el Estado no les generó expectativa alguna, ni la Administración los sorprendió con un cambio súbito en las condiciones a las cuales estaban sometidos los celulares, ni lo hizo arbitraria y unilateralmente contra una empresa determinada. -Negrilla original-

A su juicio, “el desequilibrio económico de los contratos de concesión celebrados con el Ministerio de Comunicaciones por la sola expedición de un decreto reglamentario y sin que exista evidencia de que exista todo lo que la parte tutelante avisora”, no pasa de ser una afirmación de la sociedad accionante que debe ser declarada por el juez del contrato, en caso de que proceda tal figura en materia de concesión de servicios de telecomunicaciones, y no por el juez constitucional, máxime si a la fecha (8 de marzo de 2005) ningún operador de servicios de telecomunicaciones que utilice sistemas de acceso troncalizado está interconectado directamente, ni la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- ha adecuado el régimen de interconexión al mandato de la Ley 555 de 2000.

En ese sentido el supuesto perjuicio es hipotético y no cierto, ya que la cifra citada por la demandante (cerca a los doscientos mil millones de pesos -\$200.000'000.000.oo-) no tiene sustento probatorio y es reversible, de manera que lo único que pretende la demandante es utilizar la tutela como “INSTRUMENTO de mercado para conseguir en los tribunales lo que no puede conseguir en el juego de la libre y leal competencia, tratando de aprovecharse de dicha acción para obtener beneficios eminentemente económicos”.

En consecuencia, solicitó se negaran todas las pretensiones de la demandante, la cual debió adelantar el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4. Pruebas que obran en el expediente

La sociedad demandante aportó las siguientes pruebas:

* Copia de las páginas 1 y 2, del Diario Oficial No. 39.111 del 20 de diciembre de 1989, en las que se encuentra publicada la Ley 72 de 19891. (Fls. 44 y 45, cuaderno 1)

* Copia de las páginas 1, 2 y 3 del Diario Oficial No. 39.507 del 19 de agosto de 1990, en las que se encuentra publicado el Decreto 1900 de 19902. (Fl. 46 a 48, cuaderno 1)

* Copia de las páginas 17, 18 y 20 a 23, del diario Oficial del 30 de diciembre de 1996, en las que se encuentra publicado el Decreto 2343 del 26 de diciembre de 19963. (Fls. 49 a 54, cuaderno 1)

* Copia impresa de la Ley 555 del 7 de febrero de 20004. (Fls. 55 a 62, cuaderno 1)

* Copia de las páginas 85 a 89, del Diario Oficial No. 44.503 del 30 de julio de 2001, en las

que se encuentra publicada la Ley 671 de 20015. (Fls. 63 a 67, cuaderno 1)

* Copia de las páginas 24 y 25, del Diario Oficial No. 45.770 del 22 de diciembre de 2004, en las que se encuentra publicado el Decreto 4239 del 16 de diciembre de 20046. (Fls. 68 y 69, cuaderno 1)

* Copia del Contrato de Concesión No. 008 del 2003, para la prestación de servicios de PCS Área Occidental, y anexos, suscrito el 3 de febrero de 2003, entre el Ministerio de Comunicaciones y Colombia Móvil S.A. E.S.P. (Fls. 70 a 160, cuaderno 1)

* Copia del Contrato No. 0-0003 del 23 de junio de 1998 suscrito entre Avantel S.A. y el Ministerio de Comunicaciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (trunking) para Área de Servicio Nacional y un otro si al contrato. (Fls. 165 a 171, cuaderno 1)

* Original de certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 28 de febrero de 2005, que acredita la existencia y representación legal o inscripción de documentos de Colombia Móvil S.A. E.S.P. (Fls. 172 a 189, cuaderno 1)

* Copia de un correo electrónico impreso en computador, que trae como asunto anexo en archivo el título “empresas sistemas trunking” y copia de ese archivo en un cuadro relativo a los operadores de acceso troncalizado. (Fls. 190 a 193, cuaderno 1)

* Copia de la propuesta de reglamentación del artículo 14 de la Ley 555 de 2000, en borrador, presentada por el Ministerio de Comunicaciones en octubre de 2004. (Fls. 195 a 220, cuaderno 1)

* Copia del proyecto de Resolución, en borrador, elaborado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, con vigencia al 1º de febrero de 2005, para modificar los títulos IV, V y VII de la Resolución CRT 087 de 1997. (Fls. 221 a 228, cuaderno 1)

* Copia del documento denominado “Interconexión de Redes de Servicios que Utilizan Sistemas de Acceso Troncalizado”, suscrito por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en febrero de 2005. (Fls. 229 a 250, cuaderno 1)

La entidad accionada aportó las siguientes pruebas:

* Copia de la propuesta de reglamentación del artículo 14 de la Ley 555 de 2000, en borrador, presentada por el Ministerio de Comunicaciones en octubre de 2004. (Fls. 284 a 306, cuaderno 1)

* Copia de la Resolución No. 001284 del 13 de junio de 2000, del Ministerio de Comunicaciones, por la cual se delegó en el Doctor Pedro Nel Rueda Garcés, Asesor de la Oficina Jurídica de ese Ministerio, la facultad de notificarse de las providencias judiciales en las que haga parte esa entidad y el Fondo de Comunicaciones. (Fl. 257, cuaderno 1)

* Poder amplio y suficiente otorgado, el 28 de marzo de 2005, por la Señora Ministra de

Comunicaciones, Dra. Martha Elena Pinto de De Hart, a la Doctora Claudia Acevedo Mejía, para que presentara la impugnación del fallo de 1ª instancia. (Fl. 369, cuaderno 1)

* Copia del acta de posesión No. 323 del 16 de junio de 2003, de la Dra. Martha Elena Pinto de De Hart, en el cargo de Ministra de Comunicaciones. (Fls. 370, cuaderno 1)

* Copia del Decreto No. 1663 del 16 de junio de 2003, por el cual se incorporó a la planta de personal del Ministerio de Comunicaciones a la Doctora Martha Elena Pinto de De Hart en el cargo de Ministra de Comunicaciones. (Fl. 371, cuaderno 1)

* Copia del acta de posesión No. 013 del 7 de agosto de 2002, de la Doctora Martha Elena Pinto de De Hart, en el cargo de Ministra de Comunicaciones. (Fls. 372, cuaderno 1)

* Copia del Decreto No. 1807, del 7 de agosto de 2002, mediante el cual se nombró en propiedad, entre otros ministros de Despacho, a la Doctora Martha Elena Pinto de De Hart en el cargo de Ministra de Comunicaciones. (Fl. 373 y 374, cuaderno 1)

5. Sentencias objeto de revisión

5.1. Primera instancia

La Sección Cuarta, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del diecisiete (17) de marzo de 2005, concedió la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso en concordancia con el derecho a la libre competencia económica de la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones, según las siguientes consideraciones.

Para empezar, señaló que la acción de tutela se estableció, aún, para la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, según sentencia SU-182 de 1998, que trae en cita.

En ese contexto se refirió entonces al contenido de cada uno de los artículos constitucionales que se refieren a los derechos fundamentales cuya protección se invocó y a su núcleo esencial.

Posteriormente, analizó las normas relacionadas con el Decreto 4239 de 2004, a saber: el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 37 de 1993, el Decreto 2343 de 1996, la Ley 555 de 2000 y el Decreto 575 de 2002 y de su estudio e interpretación concluyó que "los sistemas TMC y PCS, son indiscutiblemente servicios móviles, a diferencia del sistema de Trunking que plantea una comunicación entre usuarios como sistema fijo-móvil terrestre, para el desarrollo de actividades que tengan por objeto cursar, se insiste, comunicaciones de voz y/o datos en las modalidades de despacho y acceso telefónico".

Por lo tanto, estimó que al permitir el derecho a la interconexión a los operadores de trunking, "concepto que va ligado del elemento denominado numeración, propio de los operadores del sistema TMC y PCS, tal y como quedó determinado con el Decreto 25 de 2002, en relación con los Planes Técnicos Básicos, se genera una lesión flagrante al derecho a la igualdad, porque equipara a los operadores de ambos sistemas, es decir, le permite a los operadores de trunking ofrecer los mismos servicios prestados por los operadores de TMC y

PCS, sin que previamente se hubiesen sometido a los procedimientos de licitación, contratación, pagos de derechos de concesión y a las obligaciones propias del servicio móvil.

En consecuencia, consideró que “para acceder al mercado móvil, los operadores de trunking deben hacerlo a través de la participación en un proceso licitatorio, tal y como en su momento lo soportaron los ahora operadores del sistema móvil, y no, permitirse un tratamiento desigual que lesionará sin lugar a dudas el derecho a la libre competencia económica, pues permitirá un resquebrajamiento de las condiciones de mercado en que se encuentran los operadores que agotaron las instancias propias de un procedimiento al que se sometieron en cumplimiento a lo ordenado en la ley, esto es, la Ley 555 de 2000, la que por ende resulta desacatada al permitírseles a estos (SIC) el ejercicio de una actividad o servicio público sin el cumplimiento de los requisitos previstos en ellas.” Y agregó que “es precisamente en este punto en donde se materializa el perjuicio irremediable que puede llegar a sufrir la accionante por la aplicación del Decreto en comento”.

En efecto, afirmó que ese acto lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso en concordancia con el derecho a la libre competencia económica, que de conformidad con el artículo 333 constitucional supone una responsabilidad para quien lo ejerce y, por lo tanto, que se encuentre revestido de una protección estatal indiscutible.

Aseguró que entonces “el Estado colombiano, no puede propiciar una inseguridad jurídica respecto del rigor de sus normas, como tampoco puede lesionar el principio de la confianza legítima, en tanto debe propender por garantizar sus fines en coordinación con la protección de los derechos de sus asociados”.

En ese orden de ideas concluyó que para el caso sometido a estudio la tutela es procedente, pero no excluye a las acciones contenciosas, tendientes a verificar la legalidad de los actos, como según lo afirmó, quedó plasmado en la sentencia SU-039 de 1997 de esta Corte.

Por lo tanto, resolvió que “en aras de no invadir la esfera de competencia del juez ordinario, atendiendo a que lo aconsejable en el sub examine, resulta ser la segunda pretensión subsidiaria, la Sala la dispondrá como mecanismo transitorio hasta tanto el juez de la legalidad resuelva sobre lo pertinente, o, en su caso, hasta tanto el Ministerio de Comunicaciones realice el proceso licitatorio tal y como se pide en la Pretensión primera subsidiaria”.

En consecuencia, ordenó al Ministerio de Comunicaciones que realizara todas las actuaciones correspondientes para que por conducto de la Comisión de Regulación se expidiera la reglamentación para la conexión entre las redes de Trunking y de PCS y TMC, que contemple la posibilidad de interconexión de los operadores de trunking a nivel de acceso de abonado y no como operador móvil. Esa orden la dio transitoriamente, mientras el juez de la legalidad resuelve sobre la validez del Decreto 4239 de 2004 o en su caso, mientras que el mismo Ministerio realiza el proceso licitatorio para la selección de un nuevo operador para la prestación de servicios de comunicación personal, para que en él los operadores trunking puedan acceder al mercado móvil.

Mediante escrito del 18 de marzo de 2005, la magistrada Beatriz Martínez Quintero salvo el

voto respecto del anterior fallo, al estimar que la acción de tutela no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, por lo que esa causal de improcedencia no es pertinente estudiarla paralelamente a otras del Decreto Reglamentario de la acción de tutela, como la existencia de otros medios de defensa judicial, respecto de la cual se predica la procedencia excepcional ante la existencia de un perjuicio irremediable, que permite el amparo como mecanismo transitorio.

En efecto, sostuvo que la única causal de improcedencia es la de tratarse del cuestionamiento de un acto que goza de presunción de legalidad, por lo que no puede ser discutido por vía de tutela para inaplicarlo o desconocer sus efectos jurídicos en el caso concreto.

De otra parte, señaló que aunque la jurisprudencia constitucional ha admitido el derecho de las personas jurídicas a ejercitar la acción de tutela para la defensa de sus derechos fundamentales, por su propia naturaleza no tienen la titularidad sobre todos esos derechos.

Ahora bien, consideró que no existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso, como quiera que la sociedad demandante no está solicitando que se le apliquen las condiciones de interconexión que el “Decreto Reglamentario le permite a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, definir en un régimen unificado que futuramente se dictará por esta Unidad Administrativa Especial. Es decir, no se ha ejercitado la facultad de reglamentar las condiciones y no puede haber amenaza por sujeción a un régimen que no se está aplicando aún. Por lo mismo no puede hablarse de trato desigual”.

También afirmó que es explicable que en alguna oportunidad la Corte Constitucional haya amparado los derechos de un ser humano que se encontraba bajo una amenaza, pero eso no puede ser aceptado como regla de interpretación para excepcionar la prohibición del reglamento de la tutela, de manera que, a su juicio, esa decisión no constituye precedente obligatorio según, afirma, lo tiene definido la teoría de la interpretación constitucional desarrollada también por la Corte en la sentencia C-831 de 2001 y estimó que, en todo caso, “los jueces no estamos obligados (SIC) aplicar la Ley que en este caso prohibió la procedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general”.

Para finalizar, señaló que la argumentación elaborada para sustentar la orden “por demás impropia del papel del juez frente a la actividad administrativa de desarrollar la potestad reglamentaria, de manera apresurada juzga tácitamente la ilegalidad de un acto de la misma categoría de otro expedido precedentemente en otra dirección, desconociendo la teoría del derecho administrativo sobre la jerarquía normativa, de la cual se deduce que un decreto reglamentario no puede violar otro del mismo rango. El análisis de legalidad, insisto, le corresponde al juzgador de la legalidad en (SIC) jurisdicción contenciosa administrativa, contando además con todos los elementos conceptuales y del derecho que solo (SIC) un análisis de fondo posibilita”.

5.2. Impugnación

El 29 de marzo de 2005, la doctora Claudia Acevedo, actuando como apoderada de la señora Ministra de Comunicaciones, doctora Martha Elena Pinto de De Hart, impugnó el fallo del Tribunal y solicitó que en su lugar se declarara la improcedencia de la tutela. Reiteró los

argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que la vulneración del derecho a la igualdad que se pretende sea declarada por este medio no puede medirse ni declararse en abstracto, pues para ese momento (29 de marzo de 2005) el Ministerio que representa no ha determinado el monto que deben pagar los operadores de Trunking por ejercer el derecho a la interconexión en la ejecución de sus actuales concesiones para prestar el servicio.

Por otra parte, el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, doctor Gabriel Adolfo Jurado Parra, mediante escrito recibido el 30 de marzo de 2005 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, informó a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Comunicaciones que, una vez recibida su comunicación en la que informó sobre la decisión proferida por ese Tribunal en primera instancia dentro de la tutela, y de conformidad con la instrucción impartida por ese Ministerio, se procedió a cumplir con lo ordenado, para lo cual el Comité de Expertos Comisionados de la CRT resolvió, según consta en Acta No. 439 del 28 de marzo de 2005, lo siguiente:

“1. Que la regulación para la interconexión de redes de operadores que utilicen sistemas de acceso troncalizado para el acceso a la RTPC fue expedida por la CRT mediante resolución (SIC) CRT 469 de 2002.,), la cual modificó la Resolución CRT 087 de 1997 (artículo 4.2.2.3 numeral 10), razón por la cual la regulación actual prevé la interconexión a nivel de abonado de las redes de operadores que utilicen sistemas de acceso troncalizado con las redes de PCS y TMC. En ese sentido no se hace necesaria la expedición de regulación adicional sobre este tipo de interconexión.

2.Suspende el proyecto publicado el 11 de marzo del año en curso en la página web de esta entidad para comentarios del sector, denominado ‘Interconexión de Redes de Servicios que Utilizan Sistemas de Acceso Troncalizado’, hasta tanto el juez de la legalidad resuelva sobre la validez del Decreto 4239 de 2004, o en su curso, hasta que el Ministerio de Comunicaciones realice el proceso licitatorio para la selección de un nuevo operador para la prestación de servicios de comunicación personal’, de conformidad con lo ordenado en el citado fallo.”

A este escrito se anexó copia del Acta No. 439 del 28 de marzo de 2005, del Comité de Expertos de la CRT (Fls. 382 y 383, cuaderno 1) y constancia de su publicación en la página web de la CRT, el 29 de marzo de 2005. (Fls. 384 a 386, cuaderno 1)

Durante el trámite en segunda instancia de la tutela, se recibió en el Consejo de Estado un escrito presentado, el 25 de abril de 2005, por Clara Giraldo y otros, afirmando que actuaban como coordinadores de la Red Sabana-Funza -“RESFU”-, y como terceros interesados en el asunto, por ser usuarios de los servicios troncalizados. Manifestaron que coadyuvaban “los argumentos expuestos por el Ministerio de Comunicaciones” en su defensa y en la impugnación del fallo de primera instancia. Señalaron que la tutela es improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial como lo es, en este caso, la acción de nulidad y dentro de ella, la solicitud de la suspensión provisional del Decreto 4239 de 2004.

De otra parte, señalaron que como la tutela se ejerció como mecanismo transitorio, era necesario determinar si se cumplieron los requisitos para su procedencia, y en su criterio, encontraron que en el presente asunto no se daban pues no se evidenció la inminencia de

perjuicio alguno, porque no se han señalado las condiciones técnicas y financieras en las que se va a otorgar el derecho de interconexión, de manera que la violación del derecho a la igualdad “no pasan de ser, por ahora, más (SIC) simples conjeturas del tutelante”, al igual que el supuesto grave desequilibrio económico, especialmente frente a los contratos que ha celebrado con el Ministerio. Así mismo, indicaron que en el proceso no se acreditó la inminencia del perjuicio, la urgencia de las medidas, la gravedad del daño ni la impostergabilidad de la tutela, sino que se deduce que la preocupación es fundamentalmente comercial por la eventual entrada de una nueva oferta de servicios para los clientes, que le generaría supuestamente una pérdida de mercado.

También concluyeron que la orden impartida por el a quo “implica una evidente invasión del juez de tutela en la órbita de competencia exclusiva de la Administración, la cual es claramente vulneratoria del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 Superior”. Además, porque no solamente se excedió en darle órdenes al Ministerio de Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sobre lo que debían hacer en materias que corresponden a la regulación del espectro electromagnético, sino que se fue al extremo de decirles cómo debían hacerlo y con base en qué parámetros.

Igualmente, se recibió en el Consejo de Estado, un memorial, el 3 de mayo de 2005, suscrito por el doctor León Darío Osorio Martínez, presidente y representante legal de Colombia Móvil S.A. E.S.P., el doctor Darío Arango Diez, representante legal suplente de Telefónica Móviles Colombia S.A. y el doctor Lucio Enrique Muñoz Muñoz, representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., quienes manifestaron que las empresas que representan son operadores de telefonía móvil legalmente autorizados en Colombia, escogidos a través de amplios procesos públicos de selección objetiva. Solicitaron la confirmación del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, pues, en su criterio los argumentos que expuso el Ministerio de Comunicaciones para impugnar esa decisión “no son ciertos ni legalmente admisibles” y luego de explicar: que los servicios que se prestan a través de los sistemas troncalizados son servicios móviles, teleservicios y servicios básicos; que se diferencian de los servicios de TMC y PCS porque aquellos se prestan a través de los sistemas de acceso troncalizado; que los servicios de TMC y PCS no se definen en función del derecho a la interconexión y a la numeración; que los servicios que se prestan a través de los sistemas troncalizados cumplieron con el proceso licitatorio y las condiciones fijadas en el Decreto 2343 de 1996 y en los pliegos de licitación y que la Ley 555 de 2000, la Ley 671 de 2001 y la Resolución de la Comunidad Andina de Naciones 432 de 2000 otorgaron el derecho a la interconexión a los operadores de acceso troncalizado, señalaron las siguientes conclusiones:

i.) Que el acceso a la red de telefonía pública conmutada con que hoy cuentan los operadores de sistemas de acceso troncalizado, a través de la red de abonado, es una clase de interconexión, tal y como lo establece la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- y lo han reconocido la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- y el Ministerio de Comunicaciones en sus actuaciones administrativas.

ii.) Que el derecho a la interconexión de los operadores de acceso troncalizado no proviene de la Ley 555 ni de la 671, como tampoco de la Resolución 432 de la Comunidad Andina, sino del Decreto 2343 de 1996, en concordancia con las normas antes citadas, de manera que los

operadores de acceso troncalizado desde siempre han ejercido el derecho a la interconexión, toda vez que cuentan con interconexión a la RTPC desde el mismo momento en que comenzaron a prestar sus servicios.

iii.) Que el derecho a la interconexión a través de la red de abonados para los operadores de sistemas de acceso troncalizado se deriva del ordenamiento jurídico y sólo les es posible prestar el servicio de comunicaciones en las modalidades de despacho y acceso telefónico.

iv.) Que no se puede pretender ahora, para los operadores de sistemas de acceso troncalizado una forma de interconexión diferente a la que se otorgó en el título habilitante, que les permite prestar un servicio de telecomunicaciones diferente al adjudicado y que está expresamente prohibido por la ley.

v.) Que el Decreto 4239 de 2004 viola los derechos fundamentales de los operadores de telefonía móvil pues permitiría que los operadores de trunking ofrecieron este servicio, so pretexto de regular la interconexión, lo cual ya está reglamentado para los operadores de trunking, desde el momento de inicio de las operaciones y

vi.) Que se deben mantener las condiciones de igualdad para el acceso al mercado de las telecomunicaciones en Colombia, con el fin de generar estabilidad jurídica y credibilidad en las reglas de conversión.

5.3. Segunda instancia

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia del cinco (5) de mayo de 2005, revocó el fallo proferido por el a quo y en su lugar rechazó por improcedente la acción, ante la existencia de otros medios de defensa judicial “máxime cuando la tutela se dirige contra actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto” como lo es el Decreto 4239 de 2004 que regula un aspecto general en el campo de la prestación de servicios de comunicación personal PCS y otros, que por su naturaleza deben ser “enjuiciados” ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., que trae en cita.

Adicionalmente, indicó que esos actos son susceptibles de suspensión provisional “cuando contrarían manifiestamente normas superiores”, según el numeral 2º del artículo 152 del mismo código.

Sin más consideraciones, reiteró que ante la existencia de otros medios de defensa judicial “de los cuales al parecer no se ha hecho uso y al pretender tutela (SIC) contra un acto administrativo de carácter general e impersonal, la acción interpuesta es improcedente y por ello, la providencia impugnada será revocada”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts.

33 al 36) y en cumplimiento del Auto del veinticuatro (24) de junio del año 2005, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de esta Corporación.

2. Trámite en la Corte

El expediente de la referencia fue seleccionado mediante Auto del veinticuatro (24) de junio de 2005 de la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional y repartido al Magistrado Ponente para su revisión y, a partir de ese momento, se han recibido en el Despacho los siguientes documentos:

i.) Memorial suscrito por la Doctora Ana Irina Arango Martínez, actuando en su condición de apoderada de Colombia Móvil S.A. E.S.P., del 19 de julio de 2005 en el cual puso de presente la expedición del Decreto 2323 de 2005, según el cual se subrogó el artículo 2º del Decreto 4239 de 2004, lo cual, a su juicio, implica la eliminación de la obligatoriedad del Ministerio de Comunicaciones de contratar un estudio que determine el valor que debe pagar el prestador de sistemas trunking y, en su lugar, establece que el Ministerio lo hará directamente.

Sin embargo, sostuvo que la sociedad que representa solicitó, mediante derecho de petición, el pasado 14 de junio, que se le informara en qué estado se encontraba la contratación a la que se refiere el artículo 2º del Decreto 4239 de 2004 y recibió como respuesta, el 11 de julio de 2005, un oficio fechado el 6 de ese mismo mes y año, proveniente del Ministerio en el que le manifestaron que “esta Dirección se encuentra elaborando los Términos de Referencia de dicha contratación.” Es decir, que sólo dos días después de haber respondido al derecho de petición en esos términos, se expidió el mencionado Decreto y la información que le proporcionó el Ministerio al representante legal de Colombia Móvil S.A. E.S.P. carecía de validez. -Negrilla original-

Adicionalmente, informó que el mismo 8 de julio de 2005, se expidió el Decreto 2324 en el cual se prevé un concepto de concesión que implica que los prestadores de sistemas trunking no deberán pagar una contraprestación o valor inicial, tal como lo hizo Colombia Móvil S.A. E.S.P., por un valor de “US\$56 millones” y como lo hicieron los operadores de telefonía móvil celular en su momento por un alto valor, todo lo cual “vulnera abierta y fehacientemente el derecho a la igualdad por cuanto a los operadores PCS y TMC se les exigió el pago inicial para ingresar al mercado móvil con los derechos de interconexión y numeración, y ahora para el ingreso al mercado móvil de los prestadores del sistema trunking con los mismos derechos no se les exige lo mismo, sino condiciones económicas mucho más favorables”.

También señaló que para el caso de las concesiones de TMC y PCS fueron contratadas expertas firmas de consultoría y de banca de inversión, las cuales determinaron en su momento el valor a pagar por parte de las empresas adjudicatarias de esas licencias con base en argumentos y metodologías objetivas, de manera que la eliminación del estudio pone en evidencia las inconsistencias en que ha incurrido el Ministerio en este proceso y reafirma el hecho de que al estarse dando prerrogativas a los operadores de trunking, se vulneran los derechos consagrados en la Constitución a favor de la empresa y genera constante inseguridad jurídica.

Para finalizar, indicó que el Decreto 2324 de 2005 estableció que el valor podrá ser revisado

por el Ministerio cuando se obtengan los resultados del Estudio Sectorial que contratará esa entidad, y que el valor puede ser modificado unilateralmente por el Ministerio, con lo que se pone en evidencia que el Ministerio desconoce el sustento económico y de mercado y evidencia que es posible y viable la contratación de un tercero para que realice el estudio, pero lo eliminó como requisito previo, es decir que “desde un principio el Ministerio de Comunicaciones reconoce que los resultados arrojados por el estudio realizado por si (SIC) mismo, no corresponden a la realidad y por lo tanto lo supedita a que un estudio posterior lo modifique”.

En conclusión señaló que es “evidente una urgencia por parte del Gobierno Nacional de modificar unilateralmente las condiciones de un mercado y favorecer de una forma individual a los actuantes en el mismo, en este caso, los operadores de sistemas de acceso troncalizado”.

* Copia impresa del Decreto 2323 del 8 de julio de 2005 “por el cual se subroga el artículo 2º del Decreto 4239 del 16 de diciembre de 2004”. (Fl. 15, cuaderno 2)

* Copia impresa del Decreto 2324 del 8 de julio de 2005 “por el cual se establece la contraprestación por la conexión a los operadores de servicios de telecomunicaciones prestados a través de sistemas de acceso troncalizado (Trunking) que ejerzan el derecho de interconexión consagrado en el Decreto 4239 de 2004 y se establecen otras disposiciones”. (Fls. 16 y 17, cuaderno 2)

* Copia de la respuesta otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, el 6 de julio de 2005, a la petición elevada por Colombia Móvil S.A. E.S.P. el 14 de junio de 2005. (Fls. 18 y 19, cuaderno 2)

ii.) Se recibió un escrito de la doctora Sauria Esguerra Portocarrero, el 22 de julio de 2005, en el que formuló sus argumentos de oposición a la tutela promovida por Colombia Móvil S.A. E.S.P. Cabe aclarar que, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se verificó que la doctora Esguerra no es parte ni acreditó un interés legítimo para poder actuar dentro del proceso de la referencia y, por lo tanto, no está habilitada para proceder dentro del mismo.

iii.) El 9 de agosto de 2005, se recibió escrito de la doctora Ana Irina Arango Martínez, en su condición de apoderada especial de Colombia Móvil S.A. E.S.P., mediante el cual reiteró los argumentos adicionales expuestos en el escrito del 19 de julio, relacionados con los efectos de la expedición de los Decretos 2323 y 2324 de 2005, especialmente de este último, porque, a su juicio, viola el derecho a la igualdad en la medida que: “(i) al definir el valor a pagar por las concesiones otorgadas no se aplican los principios de equilibrio e igualdad que el legislador y el mismo Gobierno Nacional, han dispuesto en materia de pagos por concepto de concesiones otorgadas; (ii) No se dispone de un pago inicial por los nuevos servicios otorgados en concesión, como si (SIC) se definió para los demás operadores de telefonía móvil (TMC y PCS) y (iii) Tampoco se impusieron a los operadores TRUNKING, por los nuevos servicios móviles otorgados en concesión, compromisos de cobertura social como si (SIC) se impuso a los operadores de telefonía móvil (PCS y TMC)”.

iv.) el 18 de agosto del año en curso, se recibió memorial de la doctora Ana Irina Arango Martínez, en su condición de apoderada especial de Colombia Móvil S.A. E.S.P., en el cual se opone a los argumentos expuestos por la doctora Saturia Esguerra Portocarrero en su escrito del 22 de julio de 2005. Sostiene que la doctora Esguerra sólo pretende generar confusión y entorpecer el trámite de la tutela en sede de revisión, cuestionando en forma indebida la legalidad del proceso surtido y los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

Señaló que para intervenir como tercero dentro del proceso de tutela se debe tener y demostrar un interés legítimo para actuar, que no es el caso de la referida profesional del derecho y, en consecuencia, solicitó al Magistrado Ponente que el escrito que ella allegó se tuviera por no presentado. A continuación reiteró argumentos que ya ha expuesto en defensa de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados a su representada, para aclarar los puntos que consideró se descontextualizaron en el escrito de la doctora Esguerra.

v.) El 18 de agosto se recibió escrito del Ministro de Comunicaciones (e), doctor Germán González Reyes, en el cual reiteró los argumentos expuestos anteriormente por ese Ministerio relativos a la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial y la inexistencia de un perjuicio irremediable, a la falta de competencia del juez de tutela para reemplazar a la Administración “en las labores que le son propias, en este caso, decidir sobre el ejercicio de políticas estatales en lo que toca al Ministerio de Comunicaciones”, porque la sociedad demandante atacó, directamente, la forma como se ejerció la potestad reglamentaria y, por ese punto, consideró que la tutela es improcedente.

Volvió a explicar el funcionamiento del trunking y que el derecho a interconexión de sus operadores ha sido reconocido expresamente por el legislador y, en consecuencia, el Gobierno con la expedición de los Decretos 4239 de 2004 y 2323 y 2324 de 2005, se encuentra implementando el ejercicio de ese derecho.

A propósito de la expedición de esos Decretos, se refirió al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en desarrollo de los postulados del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, como una materialización del contenido de los mandatos legales. En cuanto al Decreto 2324 de 2005 de manera específica, indicó que se expidió para darle viabilidad a un derecho ya reconocido con la expedición del Decreto 4239 de 2004.

Por ello, teniendo en cuenta que el estudio mencionado en el literal b) del artículo 2º del Decreto 4239 de 2004, requería de la contratación de un tercero, dentro del marco de las políticas del Ministerio de llevar a cabo un Estudio Sectorial, la Dirección de Desarrollo del Sector elaboró un estudio puntual sobre la valoración para el ejercicio de interconexión de los operadores de trunking que fue entregado en junio de 2005, un mes antes de la expedición de los Decretos 2323 y 2324 de 2005. De manera que no es cierto que simplemente el Gobierno haya decidido que no necesitaba la contratación para hacer el estudio referido, pues el Ministerio lo contratará no sólo para ese tema, sino para otros mencionados con anterioridad.

De otra parte se refirió al valor establecido para el ejercicio de interconexión por parte de los operadores de trunking, según lo dispuesto por el Decreto 2324 de 2005. Indicó que de

manera general en materia de cánones de pagos que deben realizar los concesionarios de comunicaciones existen tres formas de cobro, a saber, el canon inicial, el canon fijo anual y el canon porcentual periódico, pero de conformidad con lo establecido en el Decreto 2343 de 1996, el Decreto 1972 de 2003 (régimen unificado de contraprestaciones), en la actualidad los concesionarios de sistemas de acceso troncalizado han causado: por concepto del permiso para utilizar el espectro radioeléctrico un canon fijo anual, aproximadamente de 52 millones de pesos desde el año 2000 hasta el 2004 y también han causado un canon porcentual periódico cercano a los 70 millones de pesos desde el año 2002 al año 2004, de manera que no es posible exigir a los operadores de trunking por el ejercicio de su derecho de interconexión un canon inicial, pues la naturaleza jurídica del mismo se origina en una nueva licencia y esa no es su situación, pues ellos ya tienen una concesión adjudicada para prestar servicios de telecomunicaciones, de manera que la naturaleza jurídica del nuevo cobro se desprende de la modificación de la concesión y por lo tanto es el canon porcentual periódico el que se debe modificar ya que se origina en la concesión.

Para finalizar, advirtió que el Decreto 2343 de 1996 sigue vigente y que el Ministerio no ha modificado el régimen que aquel establece, ya que los operadores pueden elegir hacer efectivo su derecho de interconexión en las condiciones de los nuevos Decretos Reglamentarios o pueden continuar con las condiciones iniciales de su concesión, bajo las reglas del Decreto 1972 de 2003. Y agregó que “es importante aclarar que los Decretos 4239 de 2004 y 2323 y 2324 de 2005 se expidieron con el fin de dar cumplimiento a los acuerdos internacionales y a la voluntad del legislador consagrada en el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 según la cual todos los operadores tiene derecho a interconexión”.

En consecuencia, solicitó que no se tuviera en cuenta el último escrito enviado por Colombia Móvil S.A. E.S.P., comoquiera que se refiere a aspectos que no se relacionan con la tutela inicial y, por lo tanto, se nieguen las pretensiones en relación con ésta.

Con su escrito, el señor Ministro de Comunicaciones (e) anexó copia del “Estudio de la contraprestación por la modificación de la concesión para los operadores de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado que hagan efectivo el derecho regulado en el Decreto 4239 de 2004”, realizado por la Dirección de Desarrollo del Sector de ese Ministerio en junio de 2005. (FIs. 119-144, cuaderno 2)

3. Materia sometida a examen

Como se ha relatado en los antecedentes, Colombia Móvil S.A. E.S.P., mediante apoderada, instauró acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable contra el Ministerio de Comunicaciones toda vez que estima vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, derivados de la expedición del Decreto 4239 de 2004, pues esta normatividad reglamentaria, a juicio de la demandante, da lugar a la conversión de los operadores de trunking en nuevos operadores de telefonía móvil sin que se les exijan los requisitos y obligaciones plasmados en las normas que para el efecto ha expedido el Gobierno Nacional. Esto, en su opinión, genera a la empresa que representa innumerables perjuicios de carácter económico.

En ese orden de ideas, y como resultado de la norma reglamentaria, a juicio de la accionante, los operadores de trunking podrán prestar servicios móviles para los que no tienen licencia

sin que sea necesario el sometimiento a los procesos de licitación propios de los servicios de TMC y PCS, ni el pago de contraprestaciones económicas millonarias a las que se vieron obligados en su momento los operadores de esos servicios, convirtiendo así a los operadores de sistema de acceso troncalizado en proveedores de servicios móviles, lo cual crea una situación de abierta desigualdad entre los operadores móviles y los de trunking y un desequilibrio competitivo entre los operadores que concurren en el mercado, entre ellos la sociedad que representa.

Afirma así mismo que, al dar aplicación al Decreto 4239 de 2004 se generará un marco de prestación de servicios vulneratorio de los procedimientos y requisitos establecidos en la legislación colombiana para que una determinada persona pueda ostentar la calidad de operador de un determinado servicio.

Como igualmente se expresó, el Ministerio de Comunicaciones se hizo presente en el proceso y se opuso a las pretensiones de la tutela, aduciendo que con la expedición del Decreto 4239 de 2004 el Gobierno simplemente ejerció la potestad reglamentaria atribuida constitucionalmente al Presidente de la República. A su juicio, el derecho de interconexión para todos los operadores de telecomunicaciones fue establecido no por el Decreto en mención sino por el artículo 14 de la Ley 555 de 2000.

Por ello afirma que como en la fecha de expedición de la ley nadie sabía cuáles eran o serían las condiciones en las que se otorgaría la interconexión a los operadores móviles que actúan mediante sistema de acceso troncalizado, no es posible hacer comparación alguna o estudio que permita hablar de violación del derecho a la igualdad.

Así mismo, agrega que la tutela fue injustificadamente utilizada porque la sociedad demandante lo que pretende es la protección de sus mercados y por ello la acción es improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial, específicamente la acción de nulidad que establece el Código Contencioso Administrativo, la cual comporta la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del Decreto 4239 de 2004.

A juicio del Ministerio, entonces, la violación alegada del derecho a la igualdad no puede declararse en abstracto ni con base en perjuicios anticipados de la accionante, sino sobre la base de hechos claros, ciertos e indiscutibles. Y por ello ante la ausencia de un supuesto fáctico que se pueda comparar, el cargo no puede prosperar porque el supuesto acto discriminatorio del Ministerio no se ha expedido.

En relación con la vulneración al debido proceso el Ministerio señala que no fue un procedimiento administrativo que se hubiere adelantado en relación o en contra de la sociedad demandante, ni entra en las posibles hipótesis de respeto o violación de este derecho.

Así mismo, afirma que el debido proceso no resulta afectado por la regulación mediante un decreto y no mediante una ley, pues el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, se limitó a establecer las condiciones para la realización del derecho de interconexión que había sido previamente otorgado por el legislador.

Igualmente, el Ministerio pone de presente que el principio de confianza legítima no resulta

violado pues no se dan los supuestos jurisprudenciales para su afectación.

Finalmente señala la entidad accionada que el desequilibrio económico de los contratos de concesión celebrados entre el Ministerio de Comunicaciones y concesionarios requiere de la evidencia de un perjuicio que debe ser declarado por el juez del contrato y no por el juez constitucional, máxime si a la fecha (28 de marzo de 2005) ningún operador de servicios de telecomunicaciones que utiliza sistemas de acceso trancalizado está interconectado, ni la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- ha adecuado el régimen de interconexión al mandato de la Ley 555 de 2000.

La solicitud de amparo fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien concedió la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso en concordancia con el derecho a la libre competencia económica que asiste a la sociedad accionante, ordenándole al Ministerio de Comunicaciones que realizara todas las actuaciones correspondientes para que por conducto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se expidiera la reglamentación para la conexión entre las redes de trunking, PCS y TMC para que contemple la posibilidad de interconexión entre los operadores de trunking a través de acceso de abonado y no como operador móvil; tal orden, como también se expresó, fue dada de manera transitoria mientras el juez de legalidad resolvía sobre la validez del Decreto 4239 de 2004 o mientras el mismo Ministerio realizaba el proceso licitatorio para la selección de un nuevo operador para la prestación de servicios de comunicación personal.

El Consejo de Estado, al decidir sobre la impugnación presentada por el Ministerio de Comunicaciones resolvió revocar el amparo concedido, pues consideró que la acción instaurada es improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial, ya que entre otras consideraciones en el caso en estudio, la tutela se dirige contra actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto que por su naturaleza deben ser enjuiciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A.

La Corte entonces, en armonía con las precisiones hechas, debe determinar si la actuación de los jueces de instancia se ha ajustado o no a sus propias competencias y a los derechos fundamentales invocados por la accionante. En particular, deberá estudiarse si el Consejo de Estado al declarar la improcedencia de la acción se conformó o no a las disposiciones superiores y a la jurisprudencia de esta misma Corte.

Con tal fin y habida cuenta de las pretensiones invocadas por la sociedad accionante, la Corte debe analizar lo relativo a la procedencia de la acción de tutela, en este caso como mecanismo transitorio, según la invocación que hace la sociedad accionante y superado positivamente ese tema, habrá de determinar si se dan los supuestos para el amparo y cuáles serían las órdenes pertinentes en sede de revisión.

4. La procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

La sociedad accionante invoca la protección tutelar como medida transitoria, pues reconoce que habida cuenta de la naturaleza del acto del que supuestamente se deriva el perjuicio irremediable, la competencia para su juzgamiento corresponde a la jurisdicción en lo

contencioso administrativo y, además, que conforme al Decreto 2591 de 1991, la tutela no procede contra actos de carácter general. No obstante, señala que siguiendo la jurisprudencia de la Corte es posible derivar un perjuicio irremediable generado directamente en el acto de carácter general.

Cabe precisar que la sociedad accionante plantea una pretensión principal y dos subsidiarias, la principal apunta hacia la suspensión inmediata de los efectos del Decreto mientras el H. Consejo de Estado decide sobre su legalidad; las subsidiarias se orientan: i.) la primera a que se suspendan los efectos del mismo Decreto “hasta tanto el Ministerio de Comunicaciones ordene la apertura de licitación pública para la selección de un nuevo operador para la prestación de los servicios de comunicación personal PCS, para que en este escenario los operadores trunking puedan participar en igualdad de condiciones para el acceso al mercado móvil y en las mismas condiciones en que se accedió el operador PCS y los operadores TMC” y ii.) la segunda a que en caso de no prosperar la anterior pretensión “se ordene a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la expedición de una regulación para la conexión entre las redes trunking y de PCS o TMC, que contemple únicamente la posibilidad de interconexión de los operadores de Trunking a nivel de abonado y en ningún caso como operador móvil, es decir de acuerdo con la naturaleza del sistema trunking, tal y como se expuso en los hechos”.

Con el fin de despachar la pretensión de amparo, la Corte debe hacer las siguientes precisiones:

4.1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional de esta Corporación, las personas jurídicas pueden ser sujetos de derechos fundamentales susceptibles de amparo por la vía de tutela como sucede en el presente caso ya que se invocan los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la confianza legítima.

En efecto, en sentencia C-105 de 2004, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional reiteró su doctrina relativa a la titularidad de derechos fundamentales, por parte de las personas jurídicas. Por lo tanto en este punto, cabe reiterar in extenso esa doctrina:

“En torno a este tema afirmó esta Corporación en sentencia SU-182 de 1998:

Esta, a juicio de la Sala Plena, es ocasión propicia para que la Corte reafirme su ya reiterada doctrina en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas jurídicas y en particular, por las características del caso, los que puedan corresponder a las de Derecho Público.

Es en principio la dignidad de la persona humana, cuya protección y promoción constituyen finalidades primordiales del Estado y del orden jurídico, la que sirve de fundamento a la proclamación constitucional e internacional de los derechos fundamentales, motivo por el cual, aun en el caso de derechos inherentes a aquélla pero no enunciados expresamente, existe una garantía en el más alto nivel normativo para su protección y efectividad (art. 94 C.P.).

Pero, del hecho de que se predique de la persona natural un conjunto de derechos básicos e inalienables alrededor de los cuales la Carta Política edifica todo un sistema jurídico

organizado precisamente con miras a su plena y constante realización, no se desprende que ese ámbito -el de cada individuo de la especie humana- agote por completo el núcleo de vigencia y validez de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando en la sociedad actúan -y cada vez representando y comprometiendo de manera más decisiva los derechos de aquélla- las denominadas personas jurídicas, surgidas merced al ejercicio de la libertad de asociación entre las naturales o por creación que haga o propicie el Estado.

Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.

En conexidad con ese reconocimiento, ha de señalar la Corte que las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que la Corte Constitucional haya sostenido desde sus primeras sentencias que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular (art. 86 C.P.).

Al respecto cabe reiterar lo dicho varias veces:

“Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicán exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15); entre otros.

Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses

comunes.

En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del Juez de Tutela.

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución), la libertad de asociación sindical (artículo 38); el debido proceso (artículo 29), entre otros.

Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúen en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-411 del 17 de junio de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero)

“Una vez más debe insistir la Corte en que la forma de protección que a los derechos constitucionales fundamentales brinda el artículo 86 de la Carta Política no comprende únicamente a las personas naturales, (...) sino que se extiende a las personas jurídicas”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-551 del 7 de octubre de 1992).”

4.2. La competencia del juez de tutela frente al ejercicio de potestades administrativas.

Como resulta de la invocación hecha por el Gobierno en el encabezamiento del Decreto, éste se expide con fundamento en la potestad establecida en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, por lo que no cabe duda de que se trata del ejercicio de la potestad administrativa reglamentaria. Ello solo ya pone de presente la existencia de una vía judicial propia para la impugnación del mismo, mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad prevista constitucionalmente y desarrollada en los términos del Código Contencioso Administrativo.

La consideración anterior, que permite sin dificultad concluir sobre la existencia de una vía principal, resulta corroborada por los términos del Decreto 2591 de 1991 que dispone que en relación con los actos de carácter general expedidos por la Administración no es procedente por principio la acción de tutela. Así mismo la Corte llama la atención acerca de que el solo ejercicio de las funciones administrativas por parte de las autoridades competentes no genera la posibilidad del amparo a través de la acción de tutela, pues el accionante tiene la carga procesal de demostración es de que la eventual afectación de sus derechos fundamentales, producto de la actuación irregular de la administración configura, como se ha señalado, una vía de hecho.

Sobre el particular la Corte Constitucional se ha pronunciado en casos similares al que ahora

se analiza.

En efecto, en la sentencia T-151 de 20017, el demandante solicitaba que el restablecimiento de “la legalidad quebrantada” por el acto administrativo contenido en la Resolución 0313 del 1º de marzo de 2000, “por medio de la cual se establec[ió] el proceso de las votaciones y se reglament[ó] el régimen de reclamaciones” para la elección del Rector de la Universidad de Cartagena para esa época, así como que se ordenara “además la suspensión y/o inaplicación de lo dispuesto en el artículo 14 del capítulo V, referente al sufragio” y, por lo tanto, el debate jurídico planteado en la tutela se refirió al contenido de actos administrativos de carácter general impersonal y abstracto que, en concepto del demandante, afectaban tanto su derecho a elegir y a ser tratado de la misma manera que los profesores, estudiantes y personal administrativo de la institución demandada, como los derechos de los demás pensionados, algunos de los cuales coadyuvan su demanda.

En esa oportunidad la Corte reiteró su doctrina sobre el tema y explicó la improcedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. Al respecto señaló que:

“4. La improcedencia de la tutela contra actos de carácter general impersonal y abstracto

De acuerdo con el numeral 5º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. Reiterada jurisprudencia de esta Corte ha establecido así la improcedencia de las acciones instauradas contra actos de esta naturaleza (Sentencias T-123/93 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-203/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-321/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T 287/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional y por el Decreto Legislativo 2591 de 1991, especialmente en sus artículos 1o. y 2o., la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de la persona “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Se establece, asimismo, su procedibilidad contra acciones u omisiones de los particulares, violatorias de los mismos derechos, en las situaciones y bajo las condiciones determinadas en el decreto reglamentario de la acción, en su capítulo III, obediente a precisas directrices constitucionales.

Ahora bien: Los derechos fundamentales de las personas se consagran en la Carta mediante normas generadoras de situaciones jurídicas abstractas e impersonales que tienen por destinatarios a los sujetos de derecho individuales, pero también, excepcionalmente, a los entes colectivos, en la medida en que éstos se revelan aptos para ser centros de imputación de tales derechos.

El incremento, la modificación o el recorte de esa categoría especial de derechos subjetivos depende, pues, de la voluntad del poder constituyente y sólo de ella, pero la interferencia, amenaza o vulneración, en su ejercicio, puede derivarse de múltiples hechos originarios de los poderes constituidos o, incluso, de la conducta antijurídica de los particulares.

Cuando el desconocimiento, la vulneración o el recorte de los derechos fundamentales se origina en actos jurídicos de carácter general producidos por instancias subordinadas a la Constitución (y todos los poderes constituidos lo son), su efecto general pernicioso puede ser contrarrestado mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, V.gr.: la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, o las acciones de nulidad (y de restablecimiento del derecho) contra los actos administrativos. Mediante tales instrumentos se provoca la actuación de un organismo público competente para que, también por vía de disposición general, restablezca el imperio de la juridicidad.

Pero no es éste el caso de la tutela. El mismo artículo 6o. del Decreto 2591 establece en su numeral 5o. que es improcedente la acción “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. Es que lo que se busca con el mencionado mecanismo es suspender los efectos violatorios o amenazantes de alguno de los derechos fundamentales de una persona determinada, derivados de un acto concreto cuya aplicación deberá suspender el juez, aún mediante medidas provisionales (esto es antes de la sentencia) cuando lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, según las voces del artículo 7o. del Decreto en mención”8.

Es claro entonces que tratándose de actos de carácter general no hay competencia del juez de tutela y que toda actuación en este campo es por principio, plenamente improcedente.” - Negrilla fuera de texto-

Con fundamento en esa doctrina constitucional citada, la Corte resolvió denegar la tutela en ese asunto, como quiera que “es evidente en consecuencia la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso, (...) pues “si se llegara a considerar, en efecto, que los actos generales expedidos por el Rector o por el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena, -ente universitario autónomo (artículo 57 de la ley 30 de 1992)-, violan la Constitución y la ley, la anulación de los mismos, por esos motivos, en caso de darse, corresponde al juez administrativo, quien, constitucional y legalmente, es el encargado de establecer si se ha presentado o no violación de las normas superiores.”

Y agregó que, “dentro de este contexto de improcedencia de la acción de tutela en relación con los actos de carácter general, debe la Corte señalar que aun cuando el actor instauró la acción que se analiza en este proceso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal situación no la hacía de suyo procedente”.

5. La actuación administrativa y el perjuicio irremediable

Así las cosas, en el presente caso es necesario establecer si hubo o no una actuación irregular de la Administración que generara un perjuicio irremediable al particular. Ya se ha expresado que la actuación cumplida al expedir el Decreto Reglamentario tiene fundamento en atribuciones constitucionales expresas atribuidas al Presidente de la Republica, las cuales éste debe ejercer frente a una ley determinada, para el caso la Ley 555 de 2000, siempre que se considere necesario para la debida ejecución de la misma, de acuerdo con las orientaciones que al respecto ha señalado tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de esta Corte.

La conformidad o disconformidad de las normas contenidas en el Decreto con el

ordenamiento superior, son materias ajenas al quehacer de la Corte Constitucional; por ello, esta Corporación carecería de competencia para referirse a dicha conformidad o disconformidad, lo que haría improcedente y nugatoria la acción de tutela, como lo señalan los jueces de instancia. Ahora bien, el juez de primera instancia en tutela (Tribunal Administrativo de Cundinamarca) consideró que la protección era procedente, no obstante tratarse de un acto de carácter general por cuanto, a su juicio, era posible endilgarle la generación de efectos directamente causados conforme a la argumentación de la sentencia respectiva, que afectarían los derechos fundamentales invocados por la sociedad accionante, y, con apoyo en una sentencia de esta Corporación, sostuvo que la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia de la tutela en relación con los actos administrativos de carácter general.

En este punto, la Corte debe destacar que la providencia que se invoca en sustento por parte del juez de primera instancia, presenta unas características específicas que, como lo puso de presente en su salvamento de voto la Magistrada que se apartó de la decisión mayoritaria, no es predicable de casos como el presente. El Consejo de Estado por su parte, siguiendo precisamente el texto del Decreto 2591, arriba a la conclusión de la improcedencia de la tutela habida cuenta de la naturaleza reglamentaria y al contenido de carácter general del Decreto 4239 de 2004.

Con el fin de avanzar en su examen la Corte debe constatar si, como lo expresa la sociedad accionante, al proferir el Decreto 4239 de 2004 se incurrió en una afectación directa de los derechos que ella invoca, es decir, los relativos a la igualdad, al debido proceso, a la confianza legítima y a la libre competencia económica.

En efecto, para la sociedad accionante el Decreto 4239 de 2004 hizo una conversión de los operadores de trunking a operadores de telecomunicaciones de servicios móviles, sin que se hubieren sometido a los diferentes procesos de licitación y pagos propios de los servicios móviles, como también del cumplimiento de las obligaciones que por virtud del contrato de concesión contrajeron los operadores PCS y TMC.

Sobre el particular cabe señalar lo siguiente:

Ya el juez de primera instancia advirtió que en la medida en que la pretensión principal apuntaba hacia la suspensión de los efectos del Decreto 4239 de 2004, mientras el Consejo de Estado decidía sobre su legalidad, la acción de tutela resultaba improcedente, pues se está “cuestionando la legalidad de un acto cuya naturaleza es general, personal y abstracta”. No obstante como ya se ha expresado en varios pasajes de esta providencia, el a quo, diciendo seguir las orientaciones de esta Corporación como “maximo Tribunal de revisión”, señaló que se ha aceptado que eventualmente los actos de naturaleza reglamentaria, de contenido general, impersonal y abstracto, son susceptibles de análisis en vía de tutela, pero a condición de que “del mismo se observe una lesión flagrante del derecho que pueda ser protegido por esta acción constitucional sin que con ello se desprenda la anulación del acto administrativo”. Lo anterior, con fundamento entre otras, en la sentencia T-384 de 1994 de esta Corte, a la cual se hizo referencia anteriormente.

Efectivamente, así como el a quo en su fallo lo había expresado, la demandante en su libelo sostuvo, con apoyo en sentencia T-384 de 1994 de la Corte Constitucional, que la acción de

tutela era procedente cuando la aplicación de una norma de carácter general, impersonal y abstracto, como el Decreto 4329 de 2004, cuya legalidad cuestiona por este medio, vulnera derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte debe precisar que la sentencia citada por la sociedad accionante se refería al caso de un indígena curripaco que demandó al Gobernador del Departamento de Guainía, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a utilizar su dialecto, a participar en la conformación del ejercicio y control del poder público, entre otros, por la expedición por parte de esa autoridad de la Circular No. 003 de 1994, mediante la cual se prohibieron las conferencias radiales y de carácter político y las charlas por radio utilizando otro idioma diferente del castellano, con el fin de garantizar la imparcialidad absoluta de los debates electorales que se daban en el año 1994 para la elección de congresistas.

El Juez de instancia de ese proceso, el Juzgado Promiscuo de Familia de Inírida, denegó la tutela considerando que el dialecto del demandante, el curripaco, no era el idioma oficial de Colombia y el medio que se pretendía utilizar para la campaña pertenecía entonces al Departamento y era para uso oficial; además, la Circular que contenía la prohibición cuestionada era un acto de naturaleza general, impersonal y abstracto, de manera que, si el actor estimaba que con ella se había incurrido en un abuso o desvío de poder, podía recurrir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “para extinguir los efectos de dicho acto” si la afectación era particular y, en caso de ser general, acudir a la acción establecida en el artículo 88 superior.

El expediente fue revisado por la Corte Constitucional que, mediante la sentencia T-384 de 1994, ya citada, concedió la tutela del derecho a la igualdad, previas unas precisiones sobre la procedencia de la acción de tutela. El referido fallo señaló lo siguiente:

“Consideró el señor Juez Promiscuo de Familia de Puerto Inírida que, en el presente caso, la tutela no procede porque se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, contra el cual proceden otros mecanismos de defensa.

Empero, no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, como lo es la circular, sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental.

Además, “...cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alternativo de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias” (Sentencia T-100/94, 9 de marzo, Sala Cuarta de Revisión).

En el proceso que se revisa, la vulneración del derecho a la igualdad sólo puede ser apreciada -como se verá más adelante en esta providencia-, cuando el juez de tutela defina dónde es oficial la lengua curripaco. La ley no ha delimitado ese ámbito territorial de oficialidad, como sí lo hizo, en el caso del Departamento de San Andrés y Providencia. Tampoco existe en el Departamento del Guainía una ordenanza que defina el asunto, como sí la hay en el Departamento de la Guajira. Así, aplicando la doctrina de la Sentencia T-100/94, se encuentra que la tutela procede, como mecanismo transitorio de protección del derecho, mientras el actor acude ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para impetrar la declaratoria de nulidad de la Resolución 003 de 1.994 y, eventualmente, también solicitar el restablecimiento de su derecho.

El perjuicio irremediable que sufre el actor, al no poderse comunicar con los demás miembros de su grupo, amerita que se conceda la tutela como mecanismo transitorio, si se encuentra que la prohibición vulnera un derecho fundamental. En ese caso, el juez de tutela debe proceder a hacer efectivo el derecho, hasta que el juez ordinario se pronuncie sobre lo de su competencia (artículo 8 del Decreto 2591 de 1.991).”

A continuación de ese análisis, el fallo se refirió al acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado, a la constitucionalidad de la prohibición de usar lenguas nativas (específicamente determinando de dónde es oficial la lengua curripaco), para llegar finalmente a estudiar los efectos de la prohibición de usar esta lengua. Sobre el particular dijo la Corte, en la misma providencia:

Para la Corte, en el caso de autos, el Departamento del Guainía tiene como lenguas oficiales el castellano y el curripaco, porque los resguardos indígenas de los que participan los miembros de esa etnia cubren el 90% de los 72.238 Km² del territorio departamental, según afirma el informe de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-. Véanse al respecto las resoluciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria números: 081 de 1989 (folios 153 a 161), 25 de 1986 (folios 176 a 182), 28 de 1986 (folios 183 a 190), 078 DE 1989 (folios 191 A 199), 079 DE 1989 (folios 200 a 211), 080 de 1989 (folios 212 a 220) y 083 de 1989 (folios 221 a 228). Además, el 98.7% de la población es indígena⁹ y el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales está constituido por sus resguardos y por el único municipio del Departamento: Puerto Inírida -la capital-, con sus ocho corregimientos - Mapiripana, Morichal, Barranco Minas, Panapana, Cacahual, Puerto Colombia, San Felipe y Guadalupe - y sus ocho inspecciones - Unión, Venado, Safuara, Arrecifal, Barranco Tigre, Matraca, Mahimachí y Bocas del Yarí -. Lo anterior implica que en ese territorio los funcionarios públicos de todas las dependencias estatales deben atender a las personas que hablan curripaco, tratándolos del mismo modo en que lo harían si se expresaran en castellano.

(...)

Además, para la revisión del presente proceso, resultan aplicables los artículos 2, 5, 7, 13 y 14 de la Carta Política, según los cuales servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en los diversos aspectos de la vida nacional, son fines esenciales del Estado, que el Departamento del Guainía (siguiendo la pauta que venía aplicando DAINCO desde que se

instalaron los equipos de radio - comunicación) venía cumpliendo hasta la resolución 003 de 1994, al prestar a los particulares el servicio de comunicación a través de sus equipos.

En el principio fundamental consagrado en el artículo 5 de la Carta, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, y lo hace sin discriminación alguna. Este principio se concreta en el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 ibídem, donde se especifica que todas las personas recibirán el mismo trato de las autoridades y "... gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua..." Frente a estas disposiciones, el servicio que prestaba la administración departamental del Guainía a la comunidad en general, hasta el 2 de febrero de este año, en virtud de la circular 003, no se presta desde esa fecha a los curripacos, guahíbos, puinaves, piapocos, cubeos, yerales, nukak, baniwas, warekenas, piratapuyos, wananos, tukanos y desanos en sus lenguas maternas y por el hecho de usarlas en lugar de emplear el español.

Ya que la lengua curripaco también es oficial en el Departamento del Guainía, como quedó establecido en el aparte anterior de esta providencia, y al actor se le negó el servicio por usarla, no cabe duda a la Corte sobre la vulneración que viene sufriendo el derecho a la igualdad del señor Gómez González.

La prohibición contenida en la circular 003, desconoce principios fundamentales de la Carta Política y ha provocado la incomunicación entre grupos y personas indígenas, para los cuales el servicio remediaba la falta de vías y de otros medios de comunicación. La Corte, en consecuencia, tutelaré el derecho a la igualdad del señor Gómez González, ordenando que se le inaplique la circular 003 de 1.994 que viola sus derechos fundamentales y que, cuando solicite el servicio de los equipos de la administración departamental, se le permita hacerlo en su lengua materna, la curripaco, que también es lengua oficial en esa entidad territorial, para cualquier fin permitido a aquellos que se expresan en español.

(...)"

En esas condiciones, la Corte ordenó lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR el fallo del Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Inírida materia de revisión, y en su lugar **TUTELAR** el derecho a la igualdad del señor Félix Gómez González, como mecanismo transitorio, limitado a los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, lapso en el cual el actor deberá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para ejercer las acciones procedentes. Si no lo hiciera, una vez cumplido el término aquí fijado, se terminará también la protección temporal.

Denegar la tutela en lo atinente al derecho de participación, que no ha sido violado, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la Gobernación del Guainía inaplicar la circular 003 de febrero 2 de 1994 al señor Félix Gómez González, en todo lo que pueda implicar una discriminación en razón de su lengua materna y abstenerse en el futuro de incurrir en hechos como los que originaron el presente proceso".

De manera que la protección que la Corte le dio al ciudadano en el caso expuesto fue en unas condiciones y dentro de un contexto nada similar al que se plantea en el caso en estudio, por lo que la providencia arriba analizada puede tenerse como un antecedente, más no como un precedente de la protección de los derechos fundamentales de una persona natural que ve vulnerados sus derechos fundamentales, directamente con la expedición de un acto de la Administración cuyo carácter general, impersonal y abstracto implica que, en principio, su legalidad deba ser debatida ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como se ordenó efectivamente en la providencia en cita, al conceder la tutela con carácter transitorio mientras la acción correspondiente se ejercitaba, dado el perjuicio que se causaba con el contenido de dicho acto.

Así las cosas, conviene puntualizar por la Corte, si en el presente caso se dan esas condiciones de “lesión flagrante del derecho fundamental”. Y al respecto deben hacerse las siguientes precisiones:

Según se desprende de los hechos probados en el proceso, la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P. celebró con el Ministerio de Comunicaciones un contrato previa licitación, mediante el cual resultó concesionaria del derecho a prestar el servicio público de comunicación personal -PCS-. En los términos de la Cláusula Primera del Contrato No. 008 de 2003, su objeto es el siguiente:

“OBJETO. El objeto del presente contrato es el otorgamiento, por parte del Ministerio y a favor del Concesionario, de la concesión para la prestación, operación, explotación, organización y gestión de los servicios de PCS y el establecimiento de la red asociada a la prestación de los Servicios PCS en el Área Occidental que está integrada por las regiones y territorios de los Departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca (en lo sucesivo ‘la Concesión’).

El objeto del Contrato será desarrollado por cuenta y riesgo del Concesionario.

(...)

El Concesionario determinará la canalización específica dentro de la banda asignada y responderá por el uso que haga de la misma.

La prestación, operación, explotación, organización y gestión de los Servicios PCS otorgados en Concesión se hará por cuenta y riesgo exclusivo del Concesionario y en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato.”

De acuerdo con lo alegado por la sociedad accionante, como resultado de la expedición del Decreto Reglamentario, los derechos y obligaciones, que en virtud del citado Contrato asisten tanto a la sociedad accionaria como a la entidad pública concedente, resultan directamente modificados, habida cuenta que, a su juicio, el Decreto habilita irregularmente a otras sociedades para prestar el mismo servicio a ella concedido.

No obstante, de la lectura del Decreto 4239 de 2004 en sus distintos artículos, no aparece una afectación directa de los derechos y de las obligaciones que surgen del Contrato de Concesión, celebrado con anterioridad entre el Ministerio de Comunicaciones y la sociedad

Colombia Móvil S.A. E.S.P., toda vez que el Decreto, dadas sus características de acto reglamentario, de carácter general, impersonal y abstracto, se limita a señalar las condiciones dentro de las cuales se habrá de desarrollar a partir de su vigencia el ejercicio del derecho a la “interconexión, acceso y uso por parte de los operadores de trunking”.

En efecto, el texto del Decreto señala lo siguiente:

“DECRETO 4239 DE 2004

(diciembre 16)

Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 y se modifica el Decreto Reglamentario 2343 de 1996.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 1620 de 2003, y

(...)

DECRETA:

ARTÍCULO 2o. EJERCICIO DEL DERECHO A LA INTERCONEXIÓN. -subrogado por el artículo 1 del Decreto 2323 de 2005- Los operadores de servicios de telecomunicaciones prestados a través de sistemas de acceso troncalizado (Trunking) que deseen ejercer el derecho consagrado en el artículo anterior, deberán:

- a) Manifestar por escrito su decisión al Ministerio de Comunicaciones;
- b) Pagar el valor que determine el Ministerio de Comunicaciones el cual será fijado con base en un estudio.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 20 del Decreto 2343 de 1996, y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

Así mismo, en el Decreto no se hace mención de la situación de los concesionarios amparados por Contratos de Concesión celebrados con antelación a su expedición y por ello, de conformidad con las reglas de interpretación de los contratos, el encargado de la aplicación del Decreto habrá de tener en cuenta que en todo contrato se entienden incluidas las disposiciones legales vigentes al momento de su celebración -Ley 153 de 1887, Art. 38-. En consecuencia, la Corte considera que en casos como el presente, no es posible predicar la aplicación directa de la disposición reglamentaria en la forma como lo postula la entidad accionante a la situación contractualmente amparada y conforme a leyes anteriores que ostenta el concesionario.

Así pues, al revisar las obligaciones adquiridas por el Ministerio accionado con la sociedad

accionada, se encuentra lo siguiente:

“CLAUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES.- Mediante el presente contrato el Ministerio asume las siguientes obligaciones:

1. Abstenerse de otorgar nuevas concesiones para la prestación de Servicios PCS, diferentes de las que trata el artículo 11 de la Ley 555 de 2000, antes del 7 de febrero de 2003.
2. Ejercer directamente o a través de un contratista, la interventoría del Contrato.
3. Velar por el cumplimiento del Contrato directamente y a través del Interventor.
4. Pronunciarse dentro de la oportunidad legal, sobre las solicitudes que, en desarrollo del presente Contrato, le formule por escrito el Concesionario.”

Y en cuanto a las obligaciones de la sociedad demandante, en su calidad de Concesionario derivada del Contrato 008 de 2003 que suscribió con el Ministerio de Comunicaciones, se encuentran entre otras, las siguientes:

“CLÁUSULA CUARTA.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.- El Concesionario será responsable por su cuenta y riesgo de la ejecución completa y oportuna del Contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus Anexos y en los demás documentos que integran. Para tales efectos el Concesionario deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y, además, de las obligaciones contenidas en (a) las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, (b) otras cláusulas del presente Contrato, y (c) las que se desprendan de su naturaleza, en particular tendrá a su cargo las siguientes obligaciones:

4.1 Desarrollar su red de Servicios PCS bajo la tecnología en el curso de la Subasta o sea GSM/GPRS; los equipos de telecomunicaciones que explotan el espectro radioeléctrico asignado para la prestación de los Servicios PCS por parte del Concesionario, deben ser, al inicio de la operación de la red, nuevos, es decir, no usados previamente o reconstruidos sin que lo anterior obste para que el Concesionario pueda hacer uso de otras redes existentes u operadas por terceros, para proveer los Servicios PCS.

4.2 Prestar los Servicios PCS por su propia cuenta y riesgo, en forma continua y eficiente y cumpliendo con los requisitos mínimos de calidad de servicios descritos en el Anexo No. 4.

4.3 Pagar las contraprestaciones económicas en los términos de la cláusula Tercera anterior.

4.4 Desarrollar el Plan de Expansión de acuerdo con lo dispuesto por el Anexo No. 3.

4.5 Garantizar la compatibilidad de su red con las redes de los concesionarios de los servicios PCS en las otras dos (2) Áreas objeto de la Licitación siempre y cuando los concesionarios para dichas Áreas también cumplan.

4.6 Garantizar la interoperabilidad de su red con las demás redes de telecomunicaciones del Estado existentes en la fecha de celebración de este Contrato.

4.7 Prestar los Servicios PCS con la facilidad “roaming” o seguimiento de un usuario PCS, por lo menos para comunicaciones telefónicas, cuando éste sale de su Área de Concesión e ingresa a otra de las Áreas. Para efectos del cumplimiento de esa obligación, será responsabilidad exclusiva del Concesionario llegar a los acuerdos correspondientes con los concesionarios de los Servicios PCS en las otras Áreas o, si no hubiere un operador de Servicios PCS en una cualquiera de esas Áreas, con los operadores de Telefonía Móvil Celular -TMC- en esas Áreas. Cualquier conflicto que se presente con los operadores que impida la interconexión o el “roaming” será resuelta por la CRT de conformidad con las disposiciones que la rigen y, en especial, el RUDI. Siempre que entre un nuevo operador de TMC o de Servicios PCS, el Concesionario deberá hacer sus mejores esfuerzos para procurar el “roaming” a sus usuarios”.

4.8 Cursar el tráfico de sus usuarios de telefonía de larga distancia internacional a través de quienes se encuentren legalmente autorizados para la prestación de este servicio.

4.9 Permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos al efecto por la CRT.

4.10 Respetar y observar, por su cuenta y riesgo, el Régimen de Derechos y Obligaciones de los usuarios de los Servicios PCS incluyendo, pero no limitado, al reglamento de protección a los mismos expedidos por la CRT, así como todas aquellas disposiciones que en el futuro los reformen o reemplacen. En especial el Concesionario deberá mantener un sistema de atención y solución a las peticiones, quejas, reclamos y recursos (“PQR”) de sus usuarios eficiente y oportuno.

4.11 Respetar y observar, durante toda la vigencia de la Concesión y por su cuenta y riesgo, los Planes Técnicos Básicos expedidos por el gobierno nacional y exigidos por la CRT para la interconexión.

4.12 Someterse a las normas de competencia vigentes durante el término de la Concesión.

4.13 Respetar y observar las disposiciones que sobre tasación, tarificación y facturación de los Servicios PCS emita la CRT.

4.14 Abstenerse, durante los primeros tres (3) años de vigencia del presente Contrato contados a partir de la fecha de aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento, de adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de (i) un concesionario de Telefonía Móvil Celular que preste los servicios en la misma Área para la que se otorga la presente Concesión, o (ii) un operador nacional de Trunking.

4.15 Inscribir sus acciones en una bolsa de valores nacional en un plazo no mayor a tres (3) años contados a partir de la fecha de aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento, a accionistas minoritarios, mediante cualquiera de los mecanismos autorizados por la legislación de valores vigente en ese entonces y, de ser el caso, con sujeción a lo dispuesto por la Ley 226 de 1995 o las normas que la sustituyan o reformen, no menos del quince por ciento (15%) de las acciones en que se encuentre dividido el capital suscrito del Concesionario. En caso de que el Concesionario decida dar cumplimiento a la obligación de

que trata este numeral mediante una oferta primaria de acciones, (i) el ofrecimiento deberá ser equivalente a no menos del diecisiete punto seis cuatro siete cero cinco ocho ocho dos por ciento (17.64705882%) del capital suscrito del concesionario al tiempo de efectuarse el correspondiente ofrecimiento, y (ii) el precio en que sea ofrecida cada acción será determinado mediante la utilización de un método de valoración de empresas técnicamente aceptado.

A efectos de esta obligación, por accionistas minoritarios se entenderá aquellos accionistas que posean desde una (1) acción hasta un número de acciones que no representen más del 0.5% del capital suscrito. Para el cálculo del porcentaje antes citado se tomará en cuenta el concepto legal de beneficiario real. Al tiempo de efectuar la oferta para cumplir con este requisito, las personas obligadas a ello tomarán todas las previsiones necesarias para que los requisitos anteriores se cumplan a cabalidad, pero no serán responsables si, no obstante haber implementado las medidas necesarias para que un beneficiario real no supere el 0.5%, dicho beneficio real lo logra. En la medida en que sea legalmente posible, al hacer el ofrecimiento de acciones se establecerá que el beneficiario real que logre burlar la restricción tendrá como sanción la rescisión de los acuerdos de suscripción de acciones que celebró directamente o a través de quienes llevan a configurar el beneficiario real.

4.17. Presentar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento de cada uno de los períodos trimestrales de que trata el numeral 3.3 de la cláusula Tercera de este Contrato, el reporte exigido por el Ministerio donde se detalle la forma como se llegó al cálculo de los Ingresos Brutos y, consecuentemente, a la determinación del pago periódico que corresponda a dicho trimestre.

4.18 Obtener y mantener vigentes todas las licencias, autorizaciones y permisos de naturaleza nacional, departamental, distrital o municipal necesarios para la prestación de Servicios PCS y/o sus actividades complementarias, así como aquellas que deban obtenerse de las autoridades gubernamentales para la realización de obras, el establecimiento de la red de Servicios PCS (incluyendo sus equipos) o el funcionamiento de establecimientos abiertos al público.

4.19 Reparar todos los daños que por sus actos u omisiones se causen a la red de telecomunicaciones del estado (SIC) e indemnizar a los titulares de las redes que la conforman por los perjuicios que le hubieren causado.

4.20 Prestar gratuitamente, en caso de desastre natural o calamidad pública, de acuerdo con la capacidad de la red de Servicios PCS instalada, servicios de asistencia a las instalaciones y organizaciones de seguridad, emergencia y socorro, otorgando prioridad a la canalización de sus comunicaciones.

4.21 Prestar su colaboración para el cumplimiento de la labor encomendada al Interventor de acuerdo con lo establecido en la cláusula Octava de este Contrato, permitir que adelante visitas de auditoría, y atender las obligaciones que éste le formule y que sean de carácter contractual. El interventor designado por el Ministerio de Comunicaciones estará autorizado para exigir al Concesionario la información que considere necesaria para verificar el cumplimiento del Contrato. Dicha información deberá ser suministrada por el Concesionario dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de solicitud excepto en los casos en

que, por razón de la naturaleza de lo solicitado, el interventor acceda a un plazo mayor o lo confiera. Esto incluye la obligación del Concesionario de permitir al Interventor la inspección de la red de Servicios PCS incluyendo pero sin limitarse a (i) las Estaciones Base, (ii) la Ruta de Interconexión Externa, (iii) la Ruta de Interconexión Interna, (iv) el Controlador de Estación Base, (v) la contabilidad, (vi) los reportes de ejecución del Plan de expansión, y (vii) los PQR de que tratan las normas sobre protección al usuario expedidas por la CRT. Igualmente al Interventor se le dará acceso a toda la información técnica relacionada con la operación de los Servicios PCS por parte del Concesionario de manera que pueda llevar a cabo cálculos de Disponibilidad y cualquiera otro que sea necesario. Lo anterior no implica que el Interventor no pueda realizar mediciones de Disponibilidad sobre cualquier elemento de la red en operación.

4.22 Obtener y mantener vigente la Garantía Única de Cumplimiento en los términos y condiciones establecidos en la cláusula Décima Segunda de este Contrato al igual que la garantía bancaria a que se refiere el Parágrafo de la misma cláusula Décima Segunda del presente Contrato.

4.23 Entregar al Ministerio informes técnicos trimestrales, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del trimestre siguiente, indicando el desempeño de su red de Servicios PCS. Los informes deberán contener la siguiente información, la cual puede ser modificada por el Ministerio cuando lo considere conveniente:

(...)

4.30 Todas las demás que se deriven del presente Contrato y del Pliego de Condiciones.

(...)"

De otra parte, en lo relativo al perjuicio irremediable, la Sala ha de señalar, de antemano, que comparte los argumentos del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado al afirmar que la acción de tutela fue establecida en la Constitución como un mecanismo de carácter subsidiario para acceder a la protección de los derechos fundamentales y en esa medida el juez constitucional no puede, como ya se indicó, invadir la órbita de competencia ordinaria de las autoridades judiciales¹⁰.

No obstante lo anterior, la Corte ha explicado en múltiples oportunidades que el referido mandato constitucional debe ser interpretado en el sentido de que los medios judiciales de defensa a disposición del accionante sean idóneos, es decir, aptos para impartir la protección necesaria a los derechos constitucionales amenazados o vulnerados, con la urgencia requerida por el caso concreto¹¹. Esto implica que su idoneidad debe ser establecida de conformidad con las circunstancias particulares del actor y su situación individual, a fin de establecer si efectivamente existen alternativas de protección lo suficientemente eficaces como para hacer que la tutela sea improcedente.

Esa es la regla general, que tiene una excepción establecida en la propia Constitución, según la cual aún en los casos en que existan medios alternativos de protección judicial a disposición del interesado, procederá la acción de tutela como "mecanismo transitorio para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable" (C.P., Art. 86). El alcance de esta

excepción también ha sido decantado en su jurisprudencia por la Corte Constitucional¹², “la cual ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que en el contexto de la situación específica del peticionario, se llenen los siguientes requisitos: (i) ser cierto e inminente, es decir, que su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas; (ii) ser grave, en la medida en que amenace con lesionar -o lesione- un bien o interés jurídico de alta importancia para el afectado; y (iii) requerir la atención urgente de las autoridades, en la medida en que su prevención o mitigación resulte indispensable e inaplazable para evitar la generación de un daño antijurídico que posteriormente no podrá ser reparado¹³.”

Por lo tanto, la verificación de estos requisitos debe ser efectuada por los jueces en forma estricta, por virtud del referido carácter subsidiario de la tutela. En el caso concreto, se tiene que i.) la sociedad demandante no probó la existencia de un perjuicio cierto e inminente que afecte sus derechos fundamentales, comoquiera que el menoscabo alegado es de índole económica, cuya solución y reestablecimiento corresponde verificar al juez de la causa y no al constitucional; ii.) de contera, el cálculo de dicho perjuicio lo realizó de una manera irreal, pues partió de la comparación de situaciones que no eran comparables, ellas son: los costos en que la sociedad actora ha incurrido en desarrollo del contrato de concesión No. 008 -para la prestación de servicios PCS- que firmó en el año 2003 con el Ministerio accionado frente a los eventuales costos de quienes se acojan a las disposiciones del Decreto 4239 de 2004, que regula el ejercicio del derecho a la interconexión, acceso y uso por parte de los operadores de trunking; iii.) que la incidencia del perjuicio en el equilibrio financiero del contrato solo se daría como consecuencia de favorecer a otros operadores con menoscabo directo de las cláusulas contractuales que imponen obligaciones directas al Ministerio, lo que en el momento actual tiene un carácter meramente eventual y iv.) como se indicó anteriormente, ese daño es reparable, si se verifica su ocurrencia, por el juez del contencioso contractual, habida cuenta de las características ya señaladas.

Por lo demás en caso de que se pretendiera derivar una incidencia directa en la situación contractual de los concesionarios de los servicios de PCS y TMC, por el cumplimiento de la orden proferida por el Tribunal Administrativo, ello quedaría superado en la medida que el Consejo de Estado revocó esa providencia, en la segunda instancia de la acción de tutela, quedando entonces sin efectos la referida orden. Además, dichos concesionarios tendrían la vía jurisdiccional del contencioso contractual en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo, en armonía con las leyes especiales en materia de contratación de las entidades estatales, la cual les permitiría establecer en qué medida les es afectada su situación contractual y de qué forma se les ha de restablecer su derecho.

En consecuencia, las consideraciones que anteceden llevan a la Corte a la conclusión de confirmar la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo-, el cinco (5) de mayo de 2005, que revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección “B”-, el diecisiete (17) de marzo de 2005, dentro del proceso promovido por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones y, por ello así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo-, el cinco de mayo de 2005, que revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección "B"-, el 17 de marzo de 2005, dentro del proceso promovido por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Ministerio de Comunicaciones.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 "por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República".

2 "por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines".

3 "por el cual se reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (Trunking), se atribuyen las bandas de frecuencias de operación y se dictan otras disposiciones".

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

5 "por medio de la cual se aprueba el 'Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el

Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa', hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997".

6 "por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 y se modifica el Decreto Reglamentario 2343 de 1996".

7 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

9DANE, Estadísticas Municipales de Colombia 1990.

10En el mismo sentido ver, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002, T-1198 y T-1157 de 2001; T-321 de 2000 y SU-250 de 1998.

11 Sentencia T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-1190, T-1164, T-1094, T-1093 y T-145 de 2004.

13 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).