

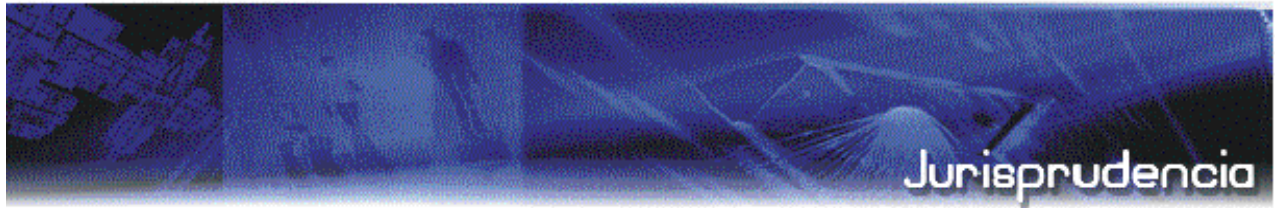
RESUMEN SENTENCIA C- 403 DE 2010.

Primer cargo: En cuanto a los cargos contra los apartes demandados de los artículos 11 (parte final inciso 2º) y 72 (inciso final) de la Ley 1341 de 2009, referentes a los casos en los que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones puede otorgar los permisos de uso del Espectro Radioeléctrico de manera directa, la Corte Constitucional señaló:

“(...) En otras palabras, la contratación directa se presenta como la respuesta más eficaz frente a una hipotética situación de riesgo en la prestación de un servicio, pero no por ello se dejan de menguar derechos constitucionales fundamentales como la igualdad y la libre competencia –dispuestas en el artículo 75 Superior. Ello implica que las medidas excepcionales, deberán ser proporcionadas también en relación al riesgo mismo, y hacerse extensibles únicamente por el término estrictamente necesario, sin perjuicio de que la administración convoque un proceso público para garantizar no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades, una vez resuelto el problema que generó las condiciones que requirieron la intervención directa del Estado.

Por lo anterior, la expresión “cuando prime la continuidad del servicio” contenida en el inciso segundo del artículo 11 y el inciso final del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, será declarada exequible, en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración, con pleno cumplimiento de los principios que orientan la función pública y sin dilaciones irrazonables, adelante los procesos necesarios para realizar la asignación de la banda mediante el mecanismo de selección objetiva, garantizando no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades. (...)”

Respecto al evento de contratación directa del espectro radioeléctrico cuando esta tenga por objeto ampliar la cobertura, la Corte Constitucional dispuso:



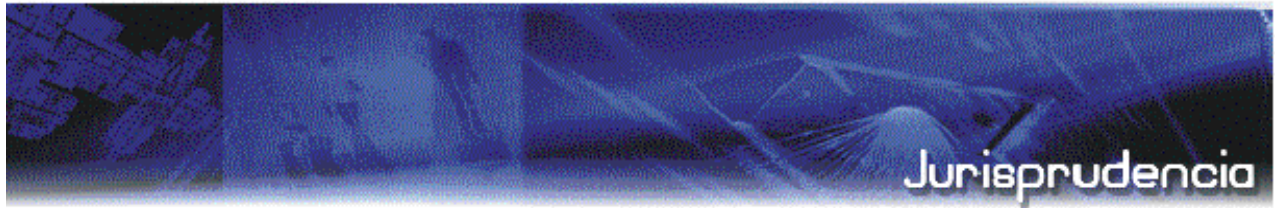
“(...) De lo anterior se puede concluir que la selección directa de los concesionarios de las bandas, aún cuando prime la ampliación de la cobertura, no deja de ser una medida que afecta de manera desproporcionada e injustificada otros valores fundamentales como la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la libre competencia. La amplitud y vaguedad de la expresión empleada permitiría la aplicación generalizada de este mecanismo, y aumentaría los riesgos de prácticas monopolísticas y la concentración de los medios de comunicación.

Por lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “o la ampliación de la cobertura” empleada en el inciso segundo del artículo 11 y en el inciso final del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 (...).”

Respecto a las Expresiones “cuando prime el interés general” utilizada en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, considera la Corte Constitucional que esta expresión es vaga y pone en peligro de manera desproporcionada los principios constitucionales de igualdad de oportunidades y la libre competencia, al disponer:

“(...) Observa la Corte que el empleo de este postulado en los artículos demandados resulta redundante, dado que en toda actuación del Estado, por mandato constitucional, debe primar la búsqueda y salvaguarda del interés general, por lo que no se requiere que la norma lo disponga expresamente para que el interés general sea un fin de carácter fundamental e imprescindible dentro de la actividad pública. No obstante lo anterior, dado que en los artículos 11 y 72 demandados, el empleo de esta expresión no está orientado a reiterar los fines constitucionales, sino a establecer una excepción al régimen general de asignación de bandas en el espectro radioeléctrico, es preciso examinar si su utilización en este contexto garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, la libertad de competencia, y previene la concentración de los medios y las prácticas monopolísticas.
(...)

Uno de los supuestos de los derechos a la igualdad y a la libertad de competencia en ejercicio de una función pública adelantada por



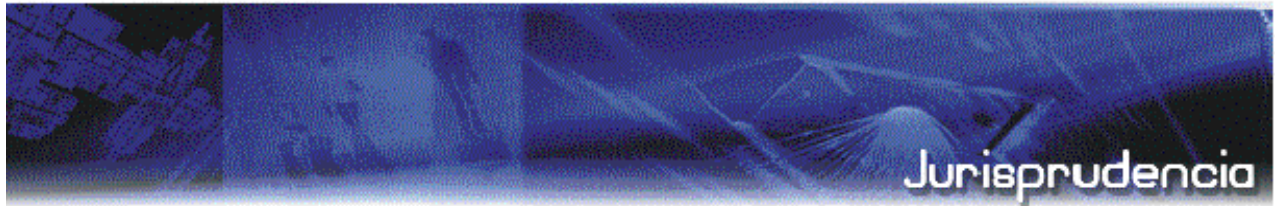
particulares, es justamente el apego que éstos deben tener a las disposiciones constitucionales y legales. Cuando el Estado procede a delegar una función que le es propia, o a permitir el acceso a un bien inenajenable para la prestación de un servicio -como el de las telecomunicaciones- los procesos de selección objetiva, sirven para escoger a la persona que en mejores condiciones, y en irrestricto cumplimiento de las normas, logre satisfacer las necesidades y obligaciones para las cuales fue delegado. Incluso, no sólo se establecen parámetros para que su actividad sea respetuosa del interés general, sino que éste se ve satisfecho por el hecho mismo de garantizar en condiciones de igualdad de oportunidades que cualquier persona pueda participar en el desarrollo de la función pública. Si bien el mecanismo excepcional de la asignación directa de bandas también puede garantizar ese interés general, la ambigüedad de la expresión permite la utilización de este criterio ante cualquier circunstancia, así no se esté ante una condición anómala que ponga en riesgo evidente e inminente la prestación misma del servicio, transformando esta excepción en la regla general, aumentando de esta manera el riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos particulares o la ocurrencia de prácticas monopolísticas que el mismo artículo 75 de la Carta ordena evitar.

En vista de lo expuesto, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión “el interés general” contenida en el último inciso del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.”

Respecto a la declaratoria de inexecutable de la expresión “en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como” contenida en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, la Corte Constitucional dispuso:

“(...)A todas luces, resulta inconstitucional y contrario a los principios de transparencia y objetividad, igualdad de oportunidades y libre competencia, delegar en la administración facultades tan amplias y subjetivas,¹ a través de las cuales pueda acudir al mecanismo de

¹ Sentencia C-949 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández. SVP. Alfredo Beltrán Sierra; AV. Jaime Córdoba Triviño; y SV. Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil): “Uno de los aspectos que merece especial interés es el atinente a la selección del contratista, puesto que es incuestionable que de la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales depende en gran medida el éxito de la gestión contractual del Estado y, por ende, la debida satisfacción de las necesidades públicas. Que esta selección deba



asignación directa que aumenta el riesgo de concentración de los medios y de prácticas monopolísticas, especialmente porque la norma no define en qué condiciones se entiende que los niveles de la banda o la suficiencia del recurso lo permitan.

En este evento, el medio escogido –la asignación directa de las bandas cuando el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan - no resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso del espectro radioeléctrico, pues la alteración de la regla general, afecta desproporcionadamente valores constitucionales superiores como la igualdad de oportunidades, la libre competencia y el pluralismo informativo, e incrementa además el riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos particulares y la ocurrencia de prácticas monopolísticas, prohibidos por el artículo 75 constitucional. ”

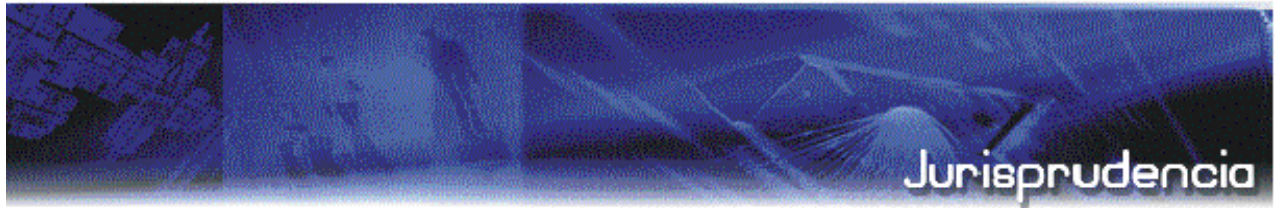
Segundo cargo: En cuanto a los cargos contra la expresión “y maestría o doctorado afines”, contenida en los artículos 20 y 28 de la Ley 1341 de 2009, la Corte decidió:

Respecto al artículo 20 (parcial) de la Ley 1341 de 2009:

“(...)Atendiendo a la naturaleza de las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es posible concluir que el requisito que contempla el artículo demandado no es discriminatorio, ni otorga privilegios a personas determinadas, sino que es una exigencia razonable que responde a las características y exigencias de un sector altamente tecnificado y en permanente evolución como lo es el sector de las telecomunicaciones. La regulación de un sector tan dinámico desde el punto de vista técnico, requería, a juicio del legislador, de personas con los conocimientos técnicos necesarios y con las habilidades de investigación y actualización que son propias de los grados de maestría y doctorado.

Por lo anterior, concluye la Corte que no resulta ni arbitrario ni discriminatorio exigir que los comisionados que hagan parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones sean profesionales que

estar regida por criterios objetivos excluyendo toda motivación de carácter subjetivo, es una exigencia derivada del significado instrumental que tiene la contratación de la administración pública, en cuanto atiende a la realización de los fines que justifican el Estado Social de Derecho (arts. 2 y 365 de la C.P.), pero también de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que guían la función administrativa (art. 209 ibídem).”



tengan maestría o doctorado en áreas afines, pues tal exigencia es razonable dadas las funciones y responsabilidades que deben desempeñar tales funcionarios. En esa medida, no prospera el cargo propuesto por el demandante contra la expresión “y maestría o doctorado afines”, contenida en el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, que será declarada exequible por los cargos analizados en esta providencia.”

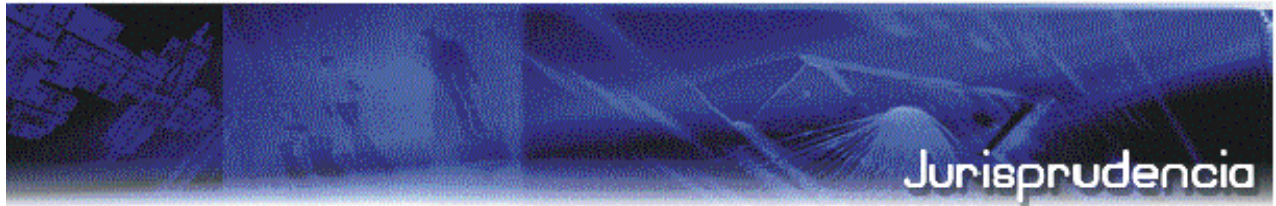
Así mismo, respecto a la demanda contra el artículo 28 (parcial):

“(…)resulta razonable que el legislador haya exigido que quien ocupe el cargo de Director de la Agencia Nacional del Espectro, sea un profesional con maestría o doctorado en áreas afines, con el fin de que pueda ejercer de forma idónea las funciones asignadas a éste órgano y tenga además la capacidad de comprender y actualizarse en los avances tecnológicos que se presentan de manera continua en el sector de las telecomunicaciones. Adicionalmente, ese nivel de conocimientos le permitirá al Director de la Agencia Nacional del Espectro “brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo”, tal como lo establece el artículo 25 de la Ley 1341 de 2009.

Por lo anterior, concluye la Corte que no resulta arbitraria ni discriminatoria la exigencia consistente en que el Director de la Agencia Nacional del Espectro sea un profesional que tenga maestría o doctorado en áreas afines, puesto que tal requisito es razonable dadas las funciones y responsabilidades que han sido encomendadas a tal funcionario. En esa medida, no prospera el cargo propuesto por el demandante contra la expresión “y maestría o doctorado afines”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1341 de 2009, que será declarada exequible por los cargos analizados en esta providencia.”

Tercer cargo: En relación con los cuestionamientos a las expresiones “principalmente” y “radiodifundida” contenidas en el artículo 22-4 de la Ley 1341 de 2009, la Corte señaló:

“(…)La disposición demandada distingue dos actividades claramente diferenciables y sujetas a principios distintos en materia de telecomunicaciones: la provisión de los servicios de



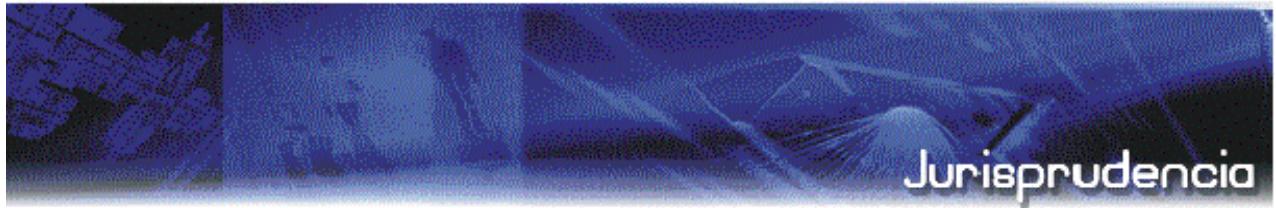
telecomunicaciones y los medios, infraestructura o redes de telecomunicaciones, a través de las cuales se suministran dichos servicios.

Finalmente, la norma impugnada, exceptúa de tal regulación, a las redes destinadas principalmente para servicios de televisión radiodifundida.

A la luz de lo dispuesto por el artículo 76 de la CP y de la jurisprudencia constitucional antes citada, la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, tiene competencia exclusiva para regular el servicio de televisión emitida en Colombia que emplee el espectro electromagnético. Cuando se trata de la transmisión y recepción de servicios distintos al de televisión que empleen el espectro radioeléctrico, o de televisión emitida a través de un medio distinto al espectro electromagnético, la Constitución le otorga al legislador un amplio margen de configuración para definir el órgano de regulación, pudiendo asignarla a un órgano distinto o a la CNTV. En el caso de la televisión por suscripción, por ejemplo, la Ley 335 de 1996 le asignó tal competencia a la Comisión Nacional de Televisión, CNTV. No obstante lo anterior, siempre que se trate principalmente de la regulación del servicio de televisión, cualquiera que sea el medio a través del cual se transmita, esta competencia es exclusiva de la CNTV.

(...)

No obstante lo anterior, dado que la disposición también emplea simultáneamente las expresiones “servicio de televisión” y “radiodifundida”, esta circunstancia puede inducir a los distintos operadores jurídicos a error sobre una posible disminución de las competencias de la Comisión Nacional de Televisión - CNTV frente a la regulación del servicio de televisión, cuando éste no sea radiodifundido, asunto que sería contrario a la línea jurisprudencial en la materia. En efecto, de la lectura de la norma es posible desprender otros sentidos contrarios a la Constitución. Por ejemplo, podría ser interpretada para atribuir a la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC y no de la Comisión Nacional de Televisión - CNTV, la regulación del servicio de televisión, cuando éste emplee redes principalmente dedicadas a otros servicios como el de telefonía, o cuando a pesar de tratarse de la regulación del servicio de televisión, éste no emplee el espectro radioeléctrico. Frente a este tipo de situaciones en las que un mismo texto normativo puede dar lugar a interpretaciones diversas, algunas de ellas contrarias a la Carta, debe



*la Corte excluir del ordenamiento aquellas que sean inconstitucionales, ya sea expulsando del ordenamiento el término que genera confusión, o haciendo una sentencia aditiva o interpretativa que señale el sentido que se ajusta al ordenamiento superior.
(...)*

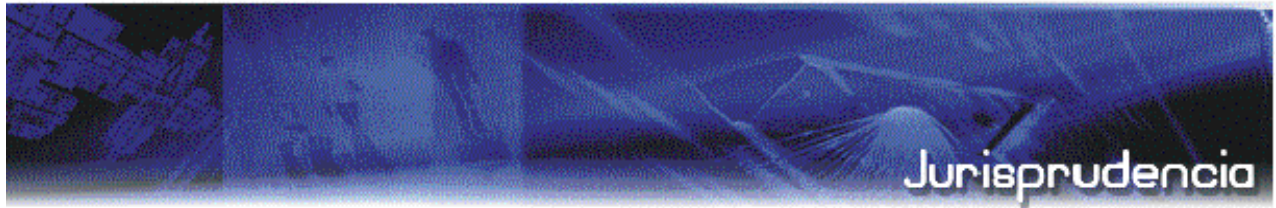
Por lo anterior, para resolver el primer problema que genera interpretaciones inconstitucionales, la Corte declarará inexecutable la expresión “radiodifundida,” y, en segundo lugar, para dar una respuesta a la situación fáctica descrita, condicionará la exequibilidad del artículo 22-4 de la Ley 1341 de 2009, a que se entienda que en los casos en que una misma red sirva para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referiría solo al servicio y a la tecnología que constitucional y legalmente se le hubiera asignado.”

Cuarto cargo: En relación con los cuestionamientos contra el artículo 36 de la Ley 1341 de 2009 relativo a la contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Corte decidió:

“(...)el presente cargo no está llamado a prosperar por falta de certeza. En efecto, excluyendo de la categoría de contribución parafiscal de tipo tributario las erogaciones previstas por el artículo 36 de la norma demandada, es preciso señalar que no opera el principio de la legalidad tributaria, y por ende, los argumentos esgrimidos por el accionante no pueden ser analizados de fondo por esta Corporación.

Una vez demostrado que en el caso de las solicitudes para obtener la habilitación en el uso de las bandas radioeléctricas no sólo no se cumplen los requisitos que la misma Constitución le atribuye a los impuestos y a las tasas, sino también a aquellos respecto de los parafiscales, resulta inocuo analizar los cargos planteados. La Corte debe mantener y conservar el precedente que ha desarrollado, y en este sentido, se ha entendido que la contraprestación de la que habla el aparte demandado en el presente caso, es un precio público, que por su misma naturaleza se excluye de aquellas contraprestaciones de carácter tributario.

Al no tener la contraprestación cuestionada carácter tributario, mal podría el legislador vulnerar el principio de legalidad tributaria, de manera que el cargo no cumple con el requisito de certeza exigido por



la jurisprudencia constitucional a efectos de producir un pronunciamiento de fondo, debiendo la Corte declararse inhíbita para emitir un pronunciamiento de fondo.”

Quinto cargo: En relación con el cuestionamiento contra el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, que prevé un régimen de transición para los operadores y proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que estaban en el mercado al momento de expedición de la ley, la Corte Constitucional decidió:

“(…) Observa la Corte que dentro del propósito del legislador de respetar el título habilitante obtenido bajo un régimen anterior y aplicar, a partir de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que libremente así lo decidan, las nuevas reglas, no establecen en realidad dos tratamientos distintos para situaciones iguales. Se trata de situaciones jurídicas diferentes, una consolidada bajo los parámetros del Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 2870 de 2007, que debe ser protegida para garantizar los derechos y obligaciones originalmente acordados, y otra, que de configurarse va a nacer bajo los efectos de la nueva ley (Ley 1341 de 2009). De esta forma se garantiza la libre competencia, protegiendo situaciones consolidadas bajo el régimen anterior, a las cuales no se les cambian intempestivamente las condiciones bajo las cuales adquirieron el título habilitante y se les permite, durante un tiempo limitado, continuar con la prestación del servicio habilitado bajo dichas condiciones, para luego hacer la transición al nuevo régimen. Adicionalmente, se estimula a los antiguos proveedores a hacer transición al nuevo régimen, permitiendo una única prórroga para la prestación del servicio habilitado bajo las condiciones inicialmente pactadas. Y, finalmente, establece que todos los nuevos proveedores compitan bajo las mismas reglas de juego.

Así las cosas, encuentra la Corte que el legislador se limitó en la disposición demandada a respetar el acceso de los operadores establecidos bajo el régimen anterior y que en esa medida el artículo 68 demandado no introduce tratamientos distintos para situaciones iguales, que vulneren los derechos constitucionales a la igualdad (art. 13 CP) y a la libre competencia (art. 333 CP), y en consecuencia, procederá a declarar la exequibilidad de la norma demandada por el cargo analizado. ”