

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-555 DE 2013 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

*Cláusulas De Reversión En Contratos De concesión Para prestación De Servicio De
Telecomunicaciones*

Magistrado Ponente

Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. NORMA ACUSADA	3
3. PROBLEMA JURÍDICO	4
4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	5
5. DECISIÓN.....	9
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	9

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-555 DE 2013 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

***Cláusulas De Reversión En Contratos De concesión Para prestación De Servicio De
Telecomunicaciones***

Magistrado Ponente

Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

1. Introducción

El ciudadano Jorge Arango Mejía, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el artículo 40 de la Ley 422 de 1998 *"Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones"* y el inciso 4° del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 *"Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones"*, a la cual le correspondió el número de radicación D-9470.

2. Normas demandadas

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

A continuación, las normas demandadas y, subrayado, los apartes por los cuales se solicitó la referida inconstitucionalidad:

"(...)

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

(...)"

➤ **ARTÍCULO 68.**

(...)

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

(...)"

3. Problema Jurídico

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

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

Consideraciones de la Procuraduría General de la Nación

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

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

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

4. **Consideraciones de la Corte Constitucional**

La demanda analizada propone cuatro cargos contra las normas censuradas:

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

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

remediar esta desigualdad es declarando la inexecutable de las normas demandadas.

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

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

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

El constituyente de 1991 consagró por diversas vías la importancia de la protección del patrimonio estatal, así por ejemplo, en el artículo 88 se señaló al legislador el deber de establecer las acciones de rigor encaminadas a velar por la protección del patrimonio público, el artículo 267 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, anexo a ello asignó al Contralor General de la Nación, en el numeral 6 del artículo 268, el deber de promover las investigaciones penales o disciplinarias contra quienes causen daño patrimonial al Estado y el artículo 277, en su numeral 7, estableció como función del Ministerio Público la intervención en los procesos judiciales y administrativos cuando sea necesaria la defensa del patrimonio público.

En cuanto al espectro electromagnético ha sido definido, desde el punto de vista técnico, como *“una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales”*. Se trata de un bien de importancia estratégica, en tanto permite *“la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los*

servicios de telecomunicaciones”, debido a su aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia.

De acuerdo con las definiciones suministradas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, el espectro electromagnético es definido como *“el conjunto de ondas electromagnéticas que existen en el universo ordenadas en función de sus frecuencias o longitudes de onda, o de la energía que transportan”*. Dentro del conjunto de ondas electromagnéticas que circulan por dicho espectro se encuentran *“las ondas radioeléctricas (largas, medias, cortas, ultracortas, microondas), la luz infrarroja, la luz visible, la ultravioleta, los rayos X, los rayos gamma y los rayos cósmico”*.

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

Tras la expedición de la Ley 1341 de 2009 se modificó el régimen jurídico de acceso de los particulares a la prestación del servicio público de telecomunicaciones y, con ello, las condiciones para adquirir el derecho al uso del espectro. Mientras la normatividad anterior establecía el contrato de concesión como título que habilitaba a los particulares para concurrir en la prestación de dicho servicio y les daba el derecho al uso del espectro, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 elimina la exigencia de un título habilitante, y en su lugar, establece un sistema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sin embargo, la habilitación para la prestación del servicio de telecomunicaciones no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico, el cual requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (arts. 10 y 11 Ley 1341 de 2009).

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

Frente a la regulación de la cláusula de reversión en la contratación estatal, manifestó la Corte que la regulación de la cláusula de reversión, contenida en las disposiciones expedidas por el legislador, no es un asunto de carácter constitucional, dado que no aparece estipulación específica sobre tal tema en el Texto Superior, obedece a una peculiar forma de razonar, según la cual, solo son cuestiones constitucionales aquellas que tienen regulación específica en la Constitución. Entiende la Corte que la razón que subyace, a esta forma de comprender el instituto jurídico en estudio, es el interés público que el contrato estatal comporta.

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

Considera la Corte que, toda la normatividad emanada del legislador puede ser valorada por el Tribunal Constitucional dado que sus contenidos, sin utilizar un lenguaje similar al del constituyente o sin referirse expresamente a contenidos constitucionales, pueden quebrantar los mandatos superiores y, en tal circunstancia, corresponde a esta Corte cumplir con su deber de guardián de la integridad y supremacía de lo consagrado en la Carta.

Así pues, aquellos pactos de concesión celebrados por la Administración, en los cuales el móvil económico está en la base de la incorporación de la reversión como regla obligatoria, deben atenerse a su cabal cumplimiento. En sentido distinto, los pactos suscritos en vigor de la ley que ha cambiado el carácter de la reversión, se atenderán a lo consignado en los enunciados legales del caso.

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

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

En consecuencia, en aplicación del principio de conservación del derecho, la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de los enunciados legales demandados, excluyendo la interpretación contraria a la Constitución Política.

5. Decisión

La Sala plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

6. Análisis y conclusiones

La sentencia objeto de estudio deja ver lo siguiente:

- De conformidad con los imperativos constitucionales, resulta admisible que se haya conferido al legislador una potestad suficientemente amplia para regular uno de los instrumentos que mayor uso y funcionalidad tienen en la actividad estatal encaminada a la consecución de las metas referidas: tal es el contrato estatal.
- Establecida pues la necesidad del contrato en la actividad estatal y, su vinculación con el Estado Social de Derecho, resulta oportuno advertir, que tan facultad no es ilimitada.
- Al igual que cualquier otra disposición, los preceptos que rigen la contratación administrativa están sometidos a los mandatos de la Constitución. De no atenderse la existencia de tales límites, no tendría sentido predicar la supremacía de la Norma Fundamental.
- Por lo anterior, el Estado no puede transferir la propiedad del espectro electromagnético a los particulares o a empresas que tengan participación estatal. Los particulares que cumplan con las condiciones previstas en la ley para participar en la prestación del servicio público de telecomunicaciones adquieren un derecho al *uso* del espectro electromagnético, más específicamente, al uso de las frecuencias radioeléctricas que les sean asignadas para la prestación de dicho servicio
- Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, debido a su carácter de bien público y a su importancia estratégica para la prestación del servicio de telecomunicaciones, la gestión del espectro electromagnético está sujeta a una especial regulación por el Estado, dentro de la cual no rige, de manera absoluta, el régimen de libre iniciativa, cuya limitación se justifica en aras de garantizar la

igualdad en el acceso y evitar las prácticas monopolísticas en el uso de este bien público.

- La cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal.
- En esta ocasión se afirmó que la cláusula de reversión constituye un elemento ínsito del contrato de concesión, y los argumentos que se ofrecen apuntan precisamente a justificarla con razones de orden constitucional, ligadas a la garantía de la adecuada prestación del servicio público y de la prevalencia del interés general-
- De los pronunciamientos citados se pueden colegir, entre otras cosas, que la reversión salvo disposición legal en contrario, hace parte de la esencia del contrato de concesión, y que, las disposiciones que la regulan son de orden público.
- Así pues, aquellos pactos de concesión celebrados por la Administración, en los cuales el móvil económico está en la base de la incorporación de la reversión como regla obligatoria, deben atenerse a su cabal cumplimiento. En sentido distinto, los pactos suscritos en vigor de la ley que ha cambiado el carácter de la reversión, se atenderán a lo consignado en los enunciados legales del caso.
- Para la Sala, resulta claro que de conformidad con lo mandado en el artículo 75, la intervención del Estado por vía de ley, tiene como finalidad expresa, el evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.
- Encuentra la Corte que no caben razones para desconocer el principio *pacta sunt servanda*, el cual subyace a las reglas transcritas y, tiene expresión legal en el artículo 1602 del Código Civil- el aludido principio significa el acatamiento de las partes al acuerdo realizado y consignado en las cláusulas contractuales.