

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-815 de
2001 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Servicios de Comunicación Personal PCS

Magistrado Ponente

Dr. Rodrigo Escobar Gil

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	NORMAS DEMANDADAS.....	3
3.	PROBLEMA JURÍDICO.....	5
4.	CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO.....	5
5.	DECISIÓN.....	14
6.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	14

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-815 DE 2001 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Servicios de Comunicación Personal PCS

Magistrado Ponente

Dr. Rodrigo Escobar Gil

1. Introducción

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

2. Normas demandadas

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

"LEY 555 DE 2000 (febrero 2)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

En todo caso, se observarán las siguientes reglas:

a) (...)

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

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

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

c) (...).”

Argumentos de la demanda

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

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

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

Intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT

El ciudadano Lorenzo Villegas Carrasquilla, en nombre y representación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, estima que el aparte normativo acusado debe ser declarado constitucional, porque la restricción que impone la

ley está dirigida a procurar la existencia de distintos competidores en la prestación del servicio de la telefonía móvil, garantizando así el mandato constitucional de permitir el uso del espectro electromagnético en distintas personas, y generando a la vez un beneficio para los consumidores al otorgar distintas opciones para escoger entre los prestadores del servicio, al ser PCS una tecnología que ingresa a competir con las existentes.

Intervención del Ministerio de Comunicaciones

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

Concepto del Procurador General de la Nación

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

3. Problema Jurídico

En el presente caso debe la Corte determinar la inconstitucionalidad del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, por estimar que la disposición afecta el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el derecho a la libre competencia económica.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

La disposición objeto de examen constitucional consagra una incompatibilidad, tanto

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

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

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 555 de 2000 define los servicios de comunicación personal PCS como: “[aquellos] servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencia que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones”.

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

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

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

(artículos 74, 333, 334 y 365 de la Constitución).

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

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

El análisis de este cargo debe hacerse a partir de la consideración de que, por las razones anotadas, en el presente caso, la libre competencia se desenvuelve en un ámbito determinado por el legislador, el cual está habilitado para imponer limitaciones y restricciones que consulten el interés general. Debe tenerse en cuenta también, que tales limitaciones no pueden conducir a una limitación injustificada o desproporcionada del derecho de igualdad.

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

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

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

Debe anotar la Corte que la restricción contenida en la disposición demandada se impone precisamente en consideración a una desigualdad de condiciones entre los sujetos. Es claro que quien ya tiene, por virtud de una concesión del Estado, acceso al espectro electromagnético, no está en la misma condición de quien no tiene tal acceso a un bien cuyo uso no está abierto para todos. Y tal diferencia es relevante en función del ámbito de regulación de la norma acusada. Ella incide sobre la oportunidad de acceso al espectro electromagnético, campo en el que se impone distinguir entre quienes en un momento dado tienen ya la posibilidad de hacer uso de una parte del mismo y quienes no la tienen; incide también en la posición de quienes estén interesados en obtener la concesión del servicio, porque quienes ya tienen la calidad de concesionarios, tendrían, por esa misma calidad, ventaja sobre quienes no la tienen, en el momento de proponer condiciones en la licitación o concurso; incide también, finalmente, en el ámbito de la competencia porque en el marco de una actividad de acceso restringido y regulado, es imperativo distinguir entre quienes por virtud de una concesión del Estado tienen la calidad de competidores en esa actividad y quienes no la tienen, ni han podido tenerla precisamente en función de la restricción de acceso impuesta por el Estado.

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

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

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

Por un lado se buscaría garantizar la igualdad de condiciones para los participantes en el proceso licitatorio, al impedir que quienes, por virtud de una concesión previa, ya tienen acceso al uso del espectro electromagnético, participen con ventaja sobre quienes no están en esa misma situación. Tal como se ha señalado en la propia demanda, los actuales concesionarios de TMC, precisamente por su calidad de tales y por las economías de escala que ello les genera, estarían en la posibilidad de ofrecer en la oposición condiciones más favorables que proponentes interesados en ingresar al mercado pero que en la actualidad no tengan acceso al uso del espectro electromagnético. Este propósito de igualdad, que la disposición acusada desarrolla con plena eficacia, tiene sustento en los artículos 13 y 334 de la Constitución, que establecen el derecho a la igualdad y el deber del Estado de intervenir para lograr una distribución equitativa de las oportunidades, y en las normas que, de acuerdo con esos principios, rigen la contratación estatal.

Un segundo objetivo de la restricción sería garantizar el pluralismo en el acceso al uso del espectro electromagnético. De las previsiones del artículo 75 de la Constitución se

deriva para el legislador el deber de garantizar tal pluralismo así como el de evitar la concentración monopolística en el mercado de las telecomunicaciones. La disposición acusada es perfectamente congruente, desde el punto de vista de su eficacia, con tales objetivos.

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

Con todo, los objetivos previstos en los numerales anteriores podrían no resultar suficientes en una evaluación de constitucionalidad si, como lo hace el actor, la restricción que la disposición cuestionada impone para ciertas personas se contrastase únicamente con el interés de las personas que, en principio, se ven beneficiadas por la disposición, (Los potenciales adjudicatarios de PCS) en el contexto del interés más amplio de los usuarios que, en su concepto, también sufriría mengua.

Ello, sin embargo, no es así, por cuanto en uno de los extremos de la comparación no se encuentra simplemente el interés de los potenciales adjudicatarios, sino que toda la sociedad se beneficia de un sistema de contratación dentro del cual no se admiten situaciones de ventaja para algunos y de un mayor pluralismo en el acceso al uso del espectro electromagnético.

De la disposición acusada también es posible derivar el objetivo de minimizar el riesgo que, para la continuidad y permanencia en la prestación de un servicio público en condiciones de eficiencia, se deriva de la concentración del mismo en uno o en pocos sujetos. Dicho objetivo encuentra asidero en el artículo 365 de la Constitución Política y la disposición acusada, en cuanto que busca ampliar el número de quienes tienen acceso a la prestación del servicio, es apta para satisfacerlo.

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

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

Como se señaló con anterioridad, dentro del concepto de libertad de competencia económica se incluye el deber del Estado de velar por la protección de la competencia en sí misma considerada, razón por lo cual, puede, mediante el ejercicio de las

atribuciones consagradas en los artículos 75 y 334 de la Constitución intervenir en la economía para fomentar la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y por lo tanto, evitar la ocurrencia de prácticas monopolísticas y eventuales abusos de posiciones dominantes en el mercado.

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

Para la Corte la limitación impuesta en la norma acusada, no vulnera el derecho a la libre competencia, toda vez que la Ley 555 de 2000, está cumpliendo un mandato constitucional mediante el cual se impone al legislador, la obligación de garantizar el acceso democrático al espectro electromagnético con la finalidad de evitar las prácticas monopolísticas en su uso (artículo 75 C.P). Por lo tanto, la norma demandada no está eliminando la posibilidad a los operadores de TMC y Trunking de competir en el sector de la telecomunicación móvil, toda vez que ya tienen acceso al espectro, por el contrario, promueve el acceso a otros operadores con el objeto de garantizar una competencia suficiente.

Esta Corte se pronunció en idéntico sentido en la sentencia C-711 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz): *“... Le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como la libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, **siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio**, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y específicamente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar mecanismos necesarios para el efecto...”*.

En relación con esto último, habrá de destacarse, además, que la prescripción normativa debatida no comporta una prohibición de carácter definitivo sino eminentemente temporal. A esta conclusión se llega si consideramos, de un lado, que la concesión otorgada para la prestación de los servicios de PCS tiene un término de duración de diez años¹ y, del otro, que por expreso mandato de la norma impugnada, los operadores de TMC, trunking y demás personas vinculadas a dichas actividades, se encuentran en capacidad de participar como accionistas de los concesionarios de PCS, una vez hayan transcurrido los primeros tres años de concesión. Lo anterior, sin desconocer que la propia Ley 555 de 2000, en su artículo 12, prevé, con efecto futuro,

¹ Cfr. Art. 6° de la Ley 555 de 2000.

el otorgamiento de nuevas concesiones para el servicio de PCS -adicionales a las que son materia de controversia jurídica- en las cuales se permite la participación de “... todas las personas jurídicas públicas, privadas o mixtas sin ningún tipo de restricción, siempre y cuando cumplan con las condiciones del proceso licitatorio que para el efecto adelante el Ministerio de Comunicaciones.”.

Respecto a la limitación transitoria impuesta por la norma acusada a los operadores, empresas y accionistas de TMC y trunking, dirigida a permitir su participación accionaria en las empresas concesionarias del servicio PCS después de transcurridos los tres primeros años de concesión, es preciso advertir que, para dar plena aplicación a los objetivos constitucionales que legitiman la adopción de la medida, se hace necesario que el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones previstos en la norma acusada (C.P. art. 75), y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia², regulen en forma específica el tema de la negociación de acciones, la concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

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

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

² Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que el parágrafo único del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, le otorga competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para inspeccionar, vigilar y controlar los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, debiendo aplicar y velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la CRT. En plena concordancia con lo anterior, el artículo 15 del mismo ordenamiento le asigna a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT-, la función específica de promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal -PCS-, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario y regular el régimen de interconexión, entre otras.

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

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

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

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

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

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

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

- Así las cosas, es claro que la primera prohibición impuesta a los operadores, empresas y accionistas de TMC y trunking, consistente en impedir su participación en el proceso inicial de licitación y concesión de los servicios de PCS, se ajusta en todas sus partes a los mencionados propósitos y, por ello, es procedente la declaratoria de

constitucionalidad simple de los incisos 1° y 2° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000.

- No ocurre lo mismo frente a la segunda limitación. La que restringe de manera temporal la participación de ese grupo de personas -operadores, empresarios y accionistas de TMC y trunking- en el mercado accionario de los concesionarios de PCS, pues la posibilidad de que éstos puedan invertir en dicho servicio una vez superada la incompatibilidad de tres años, conlleva una clara reducción del criterio democrático que debe imperar en el uso del espectro electromagnético. Ello, por supuesto, le impone a este organismo de control constitucional hacerle un condicionamiento a la norma citada, dirigido a garantizar la plena observancia de los principios y objetivos constitucionales en los que, como se ha explicado, se encuentra soportada la adopción de las medidas limitativas que han sido materia del presente análisis. En este sentido, la declaratoria de constitucionalidad del inciso 3° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, quedará condicionado al hecho de que el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones a los que se refiere la norma acusada, y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia, regulen en forma específica el tema de la negociación de acciones, la concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

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

La norma dispone:

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

Ciertamente, en cuanto la norma citada limita la posibilidad de que los operadores, empresarios y accionistas de PCS adquieran más del 30% del capital social de un concesionario de TMC o trunking, durante los tres primeros años de otorgada la concesión de los servicios PCS, la misma guarda una clara relación de conexidad material con el inciso 3° del literal b) que, en igual medida, prevé la aludida restricción para los operadores, empresarios y accionistas de TMC y trunking.

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

5. Decisión

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

- Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1° y 2° del literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, en relación con lo acusado.
- Declarar **EXEQUIBLES** el inciso 3° del literal b) y el literal c) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, siempre y cuando se entienda que, vencido el término de tres (3) años previsto en los citados literales, el legislador, de manera especial para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones a que se refieren las normas acusadas, y las demás autoridades dentro de las respectivas órbitas de competencia, deben regular en forma específica el tema de la negociación de acciones, la concentración y los demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de la posición dominante.

6. Análisis y conclusiones

- En cuanto al ámbito de regulación del servicio público de telecomunicaciones señaló la Corte Constitucional que es mucho más amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica. En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público.
- Respecto del alcance en la igualdad de oportunidades en acceso al espectro electromagnético, señaló la Corte Constitucional que cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurren particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que

permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar.

- Con referencia a los límites a la libertad de concurrencia u oposición dentro del concepto de igualdad de oportunidades en contratación administrativa e igualdad de oportunidades en contratos de concesión indicó la Corte Constitucional que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión. Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal.
- Respecto del establecimiento por parte del Estado de límites bajo la modalidad de prohibiciones a los contratos de concesión de servicio público de telecomunicaciones advirtió la Corte Constitucional que es posible que el Estado, al regular las condiciones para la concesión de un determinado servicio de telecomunicaciones, establezca limitaciones, bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven o de la naturaleza de bien público del espectro electromagnético o de la condición de servicio público que la ley atribuye a los servicios de telecomunicaciones, o, en fin de la necesidad de promover la libre competencia.
- Con respecto al alcance de la libre competencia económica señaló la Corte Constitucional que la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

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

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

- Con respecto a la promoción de pluralidad de oferentes en la libre competencia económica, indicó la Corte que la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.
- Con respecto a que los servicios de telefonía móvil celular y los servicios de comunicación personal se encuentran sujetos a la intervención del Estado, señaló la Corte que ambos son servicios que se prestan dentro del sector de las telecomunicaciones y que, no obstante que pueden presentar diferencias significativas, se desarrollan alrededor del mercado de la telecomunicación móvil y tienen como elemento fundamental el espacio radioeléctrico asignado por el Estado. Independientemente de quien preste los servicios, ya sea una entidad de naturaleza pública, mixta o un particular por concesión (como en el caso de PCS y TMC), el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia en su desarrollo, circunstancia por la cual, puede intervenir con la finalidad de promover la productividad, la eficiencia y la competitividad, o para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, o para evitar las prácticas monopolísticas en el mercado.
- Frente a la determinación de condiciones por el Estado para utilización y prestación del espectro electromagnético, señaló la Corte Constitucional que es el Estado quien en desarrollo de la titularidad del espectro electromagnético determina las condiciones para su utilización y prestación, ya sea de manera directa o indirecta (concesión), siendo titular de las potestades de control y vigilancia para garantizar a la comunidad la prestación regular, continua y eficiente del servicio, y de intervención en aras de alcanzar los objetivos que la Constitución impone.