

COMISION DE REGULACION - Delegación improcedente. Potestad reglamentaria. Función legislativa / REGULACION DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - Legislador

Las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente otorga, en forma exclusiva, al Presidente de la República en el artículo 370 de la constitución. Las Comisiones de Regulación tampoco pueden ser delegatarias de funciones legislativas. La regulación de procedimientos administrativos es tarea propia del legislador y éste no la puede delegar ni siquiera en el Presidente de la República. Nota de Relatoría: Ver sentencias R-028 del 14 de diciembre de 1995, R-032 del 10 de enero de 1996; 11857 del 25 de septiembre de 1997, 11856 del 21 de septiembre de 2000; 11744 del 13 de julio de 2000

TELEFONIA PUBLICA BASICA CONMUTADA DE LARGA DISTANCIA - Proceso de concesión. Reglamentación / CONTROL DE LEGALIDAD - Vigente del acto. Validez

La resolución N° 028 de 1995, aquí demandada, fue subrogada por el decreto 2542 del 16 de octubre de 1997, que reglamentó todo el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica conmutada de larga distancia, y antes de él, había sido modificada parcialmente por la N° 32 - que también se acusó - y, ambas, por las resoluciones 33, 34, 36 y 39 de 1996. Al respecto, cabe anotar que la desaparición de la vida jurídica de ambas resoluciones, no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia. En efecto, la circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, conservándose los que haya producido en el pasado, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento.

SERVICIOS PUBLICOS - Prestación eficiente / COMISIONES DE REGULACION - Delegación del Presidente / CONCESION DE LICENCIAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE OPERADORES DE SERVICIOS DE LARGA DISTANCIA - Reglamentación. Comisión de regulación de telecomunicaciones

La Constitución establece en su artículo 365 que es deber del Estado asegurar, a todos los habitantes del territorio nacional, la prestación eficiente de los servicios públicos, los cuales están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y a la regulación, control y vigilancia del mismo Estado. La ley 142 de 1994, artículo 68, reproduce el canon previsto en el artículo 370 de la Carta y autoriza al Presidente para que delegue, en las Comisiones de Regulación, el señalamiento de las políticas generales de administración, así como el control de eficiencia de los servicios públicos y, en caso de que no delegara tal función, dispone que las deberá ejercer directamente. Con fundamento en todo lo anterior la Sala negará el cargo; concluye que el acto acusado no está viciado de nulidad por incompetencia material de la CRT, porque lo profirió en ejercicio de funciones otorgadas por los decretos que desarrollan la ley y la constitución, particularmente de la ley 142 de 1994 que, conforme se vio, le dio facultad para reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de larga distancia, nacional e internacional, TPCLD.

DESVIACION DE PODER - Concepto / TELEFONIA DE LARGA DISTANCIA - Regulación del otorgamiento de concesiones. Comisión de Regulación / COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES - Telefonía de larga distancia

El vicio que se analiza se presenta cuando hay disparidad o discordancia entre el fin que pretende la ley con la atribución de una competencia administrativa, el que, en todo caso, debe estar circunscrito al interés general, en los términos del artículo 209 de la C. P., y el propósito concreto que tuvo el funcionario al ejercerla. En el caso concreto la Sala no encuentra demostrada la desviación de poder, teniendo en cuenta el deber que tiene la CRT de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, de conformidad con lo previsto en los artículos 2 y 365 de la Constitución Política, mediante la regulación del otorgamiento de concesiones. La resolución 28 de 1995 no estableció privilegios en favor de Telecom, sólo acató lo dispuesto en los decretos leyes 1.684 de 1947, 2.123 de 1992 y 2542 del 16 de octubre de 1997, por medio de los cuales se creó tal entidad y se regularon funciones a su cargo, tales como la prestación y explotación de servicios públicos, dentro de ellos el de telefonía de larga distancia nacional e internacional. Se tiene así que la actora no probó la disparidad o discordancia entre el fin buscado con la resolución N° 028 de 1995 - de reglar la concesión del servicio de larga distancia nacional e internacional - y la función pública que está a cargo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que básicamente se traduce en la de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho de usar las redes de telecomunicaciones y reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de dicho servicio. Nota de Relatoría: Ver Exp. 4010 del 16 de diciembre de 1991

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Regulación del uso / CONCESION DE LICENCIA - Regulación del uso del espectro electromagnético / LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Objeto. Contenido

La Sala reitera lo expresado por esta Corporación en anteriores providencias, en las cuales se consideró que la regulación del uso del espectro electromagnético, mediante requisitos relativos al número de concesionarios, al costo de la licencia de concesión y a la limitación de las actividades de los nuevos concesionarios, mas que contrariar las normas superiores que regulan la materia, la desarrollan. La libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de 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. El ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien 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. se afirmó que el derecho a la libre competencia económica no es absoluto, ni constituye una barrera infranqueable a la intervención del Estado; que la libertad se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional, por la prevalencia del interés colectivo y por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad; que la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución y que la ley 142 de 1994 reconoce a todas las personas el derecho a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites del bien común (art. 10) en aplicación clara de la libertad de empresa. Nota de Relatoría: Ver Exp. 11744 y 11856 del año 2000; sentencias C-616/01; C- 333/99; C-815/01 de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Límite. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones /

PRINCIPIO DE LA LIBRE CONCURRENCIA - Límite. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones / TELECOM - Trato distinto. Concesionarios de larga distancia

Los principios de igualdad y de libre competencia, no se vulneraron con el acto acusado, toda vez que éste atendió los propósitos de protección de los usuarios y la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución. De igual manera se advierte que el acto acusado desarrolla lo dispuesto en el artículo 74.3 de la ley 142 de 1994, que prevé como facultad de la comisión de regulación de telecomunicaciones, entre otras, "a) promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas de mercado", con lo cual se indica claramente que los principios de igualdad y de libre competencia no son absolutos, que pueden limitarse en cumplimiento de los fines de la prestación de los servicios públicos y del deber de regular la posición de las empresas en el mercado. Además de lo anterior, la Sala en la sentencia 11744 de 2000, al resolver cargos similares a los que hoy se estudian, dijo que los interesados en ser concesionarios están en plano de igualdad y su situación comporta un tratamiento igual para ellos, en tanto que Telecom se encuentra en situación distinta y por ende, por algunos aspectos, recibe trato un trato distinto.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES - Competencia. Regulación de licencias. Larga distancia / TELECOMUNICACIONES - Servicio público. Regulación / MONOPOLIO DE HECHO - Telecom. Inexistencia

La CRT tenía competencia para regular la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético, a cuyo efecto atendió lo dispuesto en el artículo 74, numeral 3, literal d) de la ley 142 de 1994. Las telecomunicaciones son un servicio público, inherente a la finalidad social del Estado, que puede ser prestado directa o indirectamente por él, o por particulares sometidos a la regulación, control y vigilancia del Estado. Por tratarse de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien de uso público, como lo es el espectro electromagnético, su regulación puede comportar limitaciones o restricciones a cualquier actividad económica. La resolución N° 028 no promueve un monopolio de hecho por Telecom, acata disposiciones legales que le otorgan facultades y funciones como operador de servicios de telecomunicaciones. Se tiene así que el demandante no probó la disparidad entre los motivos del acto y los fines legítimos perseguidos con su expedición.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D.C, cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 11001-03-26-000-1996-01855-01(11855)

Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE COMUNICACIONES - COMISION DE

REGULACION DE TELECOMUNICACIONES

Procede la Sala a decidir las pretensiones de nulidad formuladas por las Empresas Públicas de Medellín, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones No. 028 del 14 de diciembre de 1995 y 032 del 16 de enero de 1996 expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A. Demanda:

Se interpuso el día 10 de abril de 1996, en ejercicio de la acción de simple nulidad contra la Nación, Ministerio de Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (fols. 6 a 41 c. Ppal.).

1. Pretensiones:

"PRINCIPALES

1. Se declare la nulidad de la resolución 028 DE DICIEMBRE 15 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, "Por la cual se reglamenta la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de Telecomunicaciones del Estado, se fijan los cargos de acceso e interconexión, se expiden disposiciones para promover la competencia, se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario y se dictan otras disposiciones", por violación de la Constitución Política de Colombia y la ley 142 de 1994.

2. Se declare la nulidad de la resolución 032 de enero 16 de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, "Por la cual se modifican los plazos para la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPBCLD y los plazos para el acceso y uso equivalentes y los cargos de acceso de acuerdo a los costos" por violación de la Constitución Política de Colombia y la Ley 142 de 1994.

SUBSIDIARIAS

1. Se declare la nulidad de los artículos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11, 12, numerales 12.1., 12.2., 12.3., 12.4., 12.5., 12.6., y 12.13, los artículos 13, 14, 17, 24.4 y 24.5, en cuanto sólo se aplica a los operadores que se establezcan o a los nuevos concesionarios, artículos 15, 16, 23, 24 numeral 24.14, 25 y 36 inciso 2º de la resolución 028 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, "Por la cual se reglamenta la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de Telecomunicaciones del Estado, se fijan los cargos de acceso e interconexión, se expiden disposiciones para promover la competencia, se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario y se dictan otras disposiciones", por violación de la Constitución Política de Colombia y la Ley 142 de 1994.

2. Se declare la nulidad de los artículos 1º, 2º y 4º de la resolución 032 de 1996 expedida por la

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, "Por la cual se modifican los plazos para la concesión de licencias para el acceso y uso equivalentes y los cargos de acceso de acuerdo a costos" por violación de la Constitución Política de Colombia y la Ley 142 de 1994" (fols. 15 y 16 c. Ppal).

2. Hechos:

1. Las Empresas Públicas de Medellín son un establecimiento público autónomo, cuyo objeto es la organización, administración y prestación de los servicios públicos de Telecomunicaciones, acueducto y alcantarillado, y el manejo y mejoramiento del medio ambiente en lo que hace relación con la prestación de estos servicios (artículos 1º y 3º del decreto No. 100 de 28 de enero de 1994 expedido por el Alcalde Municipal de Medellín "Por el cual se expiden los estatutos del establecimiento público autónomo "Empresas Públicas de Medellín").

2. El artículo 69 de la ley 142 de 1994 creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como unidad administrativa especial con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, entre sus funciones se señalan las siguientes:

"Promover la competencia en el sector de las Telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de Telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley.

Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión (numeral 74.3 del artículo 74 de la ley 142 de 1994, artículo 5º de la resolución 13 de 1994 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, aprobada por el artículo 1º del decreto 1540 de 1994).

3. El servicio de larga distancia nacional e internacional es un servicio público definido en el artículo 14 de la ley 142 de 1994.

4. La C.R.T., con fundamento en las atribuciones concedidas por los artículos anteriormente citados, expidió la resolución 028 de 14 de diciembre de 1995 y la resolución 032 del 16 de enero de 1996.

5. Anteriormente y sobre las mismas materias a que aluden las resoluciones anteriores, este organismo de regulación había expedido también las siguientes:

"014 del 1º de agosto de 1994 "Por la cual se reglamentó la prestación de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional.

022 del 11 de mayo de 1994 "Por la cual se derogó la resolución 014 del 1º de agosto de 1994 y se establecieron fechas límites para la reglamentación y operación de las concesiones de larga distancia nacional"

025 de 10 de julio de 1995 "por la cual se reglamentó parcialmente la prestación de los servicios de telefonía básica de larga distancia" y

027 de 1995 "Por la cual se reglamento la prestación de los servicios de telefonía básica de larga distancia"

Ninguna de ellas tuvo aplicación práctica, por cuanto básicamente establecían reglas y fechas para regular y permitir, hacia el futuro, la prestación del servicio de larga distancia por parte de otros operadores distintos de TELECOM.

6. Con la expedición de las resoluciones 028 de 1995 y 032 de 1996, se transgredió el ordenamiento jurídico que regula los servicios públicos domiciliarios, porque violaron los principios de igualdad, de libre competencia y la libertad de asociación, al establecer reglas claramente discriminatorias a favor de TELECOM en desmedro de los demás operadores.

7. TELECOM, ante la apertura del servicio telefónico de larga distancia a la competencia y con fundamento en la Constitución Política de Colombia y en la Ley 142 de 1994, debía someterse, sin privilegio alguno, como todos los operadores, a las reglas fijadas por la C.R.T. para la prestación de este servicio, razón que lo indujo a integrar una comisión con el objeto de presentar un proyecto de ley al Congreso de la República "Por el cual se fijan normas relacionadas con empresas prestadoras de servicios públicos del orden nacional en régimen de competencia", el cual, sin embargo y a pesar de su aparente generalidad sólo estaba dirigido a beneficiar a dicha empresa con el fin de que no estuviese sometida a las cargas y trámites que presuntamente le hacían más onerosa su operación frente a sus eventuales competidores.

En ese proyecto de ley se incluyeron disposiciones de excepción que pretendían sustituir el régimen establecido en la Ley 142 de 1994, en cuanto a la igualdad entre los operadores de este servicio, garantizando a TELECOM un derecho adquirido para la prestación de los servicios de larga distancia nacional e internacional sin necesidad de permisos adicionales, concesiones, licencia o pago alguno.

8. Dicho proyecto se radicó con el No. 67 de 1995; sin embargo TELECOM optó por proponer y lograr que lo relativo a los pretendidos "derechos adquiridos" con respecto al no pago de cargo alguno se incluyeran en una nueva resolución derogatoria de la entonces vigente, la número 025 de 1995, reglamentaria de larga distancia, pretensión que se consolidó con la expedición de la resolución 027 del 22 de noviembre de 1995.

En esa resolución, el Ministerio de Comunicaciones y la C.R.T. privilegiaron la posición dominante como monopolio de hecho que, desde la expedición de la ley 142 de 1994 ha venido ostentando TELECOM en la prestación de servicios de Telecomunicaciones, estableció reglas claramente discriminatorias a favor de esta entidad estatal, por lo cual, fue impugnada en acción pública de nulidad por Empresas Públicas de Medellín el 18 de diciembre de 1995; frente a esta situación la C.R.T. expidió la resolución 028, derogatoria de la anterior, al parecer, el 14 de diciembre de 1995, pero cuya fecha de publicación y vigencia es el 16 de enero de 1996 (fols. 4 a 10 c. Ppal).

3. Normas violadas

Se indicaron como normas violadas las siguientes:

- De la Constitución Nacional: el preámbulo y los artículos 2, 13,38, 84, 121,150, numerales 21 y 23, 333, 334, 336, 365, 366 y 367.

- De la ley 142 de 1994: los artículos 2, 3, 9, 10, 15, 18, 22, 25, 26, 73, 74 y 186

- En la adición de la demanda se citaron los siguientes: artículos 15 y 338 de la Constitución Política de Colombia; artículo 1494 del Código Civil y numeral 17 del artículo 1º del decreto 2122 de 1992.

4. Concepto de la violación:

El accionante previamente expuso los antecedentes históricos del derecho al libre ejercicio de la actividad económica, del derecho de propiedad, de los monopolios estatales, en particular de la prestación del servicio de Telecomunicaciones; se refirió al régimen legal vigente para la prestación de servicios básicos y realzó los alcances de la ley 142 de 1994 en cuanto reguló la libertad de entrada de otros operadores, las reglas para la promoción de competencia, los mecanismos reguladores del mercado, los mecanismos de inversión social y la concesión de servicios públicos.

Formuló los siguientes cuatro cargos:

Primer cargo. Incompetencia de la C.R.T.

- Con la expedición de las resoluciones demandadas se violaron los artículos 2, 6 y 121 de la Constitución Política, pues la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se atribuyó competencias que no le estaban reconocidas en la ley.

Las atribuciones de la C.R.T. están contenidas en el artículo 74.3 de la ley 142 de 1994, y se deben desarrollar en concordancia con los artículos 2, 10, 22 y demás de la misma ley 142 de 1994, siendo la función principal de este organismo "la promoción de la competencia para que los fines constitucionales consagrados, entre otros en los artículos 334 y 365 de la Carta, y los legales consagrados en los artículos 2º y 10º de la Ley 142 de 1994, se realicen plenamente"

- La reglamentación de la concesión de la licencia del servicio de larga distancia solamente debió fijar los requisitos para poder operar el servicio y no para habilitar a los sujetos prestadores, pues éstos sólo pueden ser habilitados por la ley, sin más restricciones que las impuestas por ella misma, de acuerdo con los artículos 22 y 74.3, literal d) de la Ley 142 de 1994.

- Los numerales 12.2, 12.3, 12.4, 12.5 y 12.6 del artículo 12º de la resolución 028 de 1995 establecieron condiciones subjetivas no fijadas por la Constitución, ni por la Ley, por lo cual la C.R.T. actuó extralimitando sus funciones, en violación de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

Segundo cargo. Desviación de poder

- La resolución establece condiciones y requisitos para el otorgamiento de la licencia de concesión, de cuyo cumplimiento exime a Telecom, tales como las contenidas en el parágrafo del artículo 5º, en los artículos 13, 14, 17, 23 y 24.4.

Lo anterior muestra que la C.R.T. ejerció sus atribuciones para fines distintos a los consignados en el artículo 74.3, literal d) de la ley 142 de 1994.

- La C.R.T. se apartó de las finalidades expuestas en la parte motiva de la resolución demandada "calidad del servicio, ampliación de cobertura y libertad y promoción de la competencia", por lo cual incurrió en desviación de sus facultades, pues, estableció privilegios para TELECOM.

- El artículo 181 de la ley 142 de 1994 prevé los mecanismos específicos a los que pueden acudir la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquélla o de éstas para garantizar la viabilidad empresarial de las entidades que se transformen, o de las empresas que presten los servicios públicos domiciliarios, pero en ninguno de tales casos se establece la posibilidad de consagrar privilegios reglamentarios para alguno de los operadores de tales servicios.

Con esta conducta se violó el artículo 39 de la ley 142 de 1994 que contiene el principio de neutralidad, consistente en "asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios públicos, y que se propenda por un equilibrio entre las diferentes empresas, respetando los derechos de los ciudadanos y asegurando la prestación de los servicios a los sectores de menores ingresos", así como el artículo 20 de la Constitución Política que consagra, como uno de los fines esenciales del Estado, el de facilitar la participación de todos en la vida económica.

Concluyó que, en las resoluciones impugnadas, existe el vicio de la desviación de poder, porque la C.R.T. se extralimitó en sus competencias.

Tercer cargo. Violación de la regla de derecho de fondo por quebrantamiento del derecho a la libre competencia, del principio de igualdad, del principio de neutralidad, de la libertad de empresa, del derecho fundamental del habeas data y de los derechos de autor

Libre competencia.

- De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Nacional "La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades", y, presupuesto para su ejercicio, es la existencia de pluralismo empresarial, el cual debe ser estimulado por el Estado.

La ley 142 de 1994 tiene, entre sus objetivos a mediano plazo, el de estimular esa competencia con el fin de garantizar la eficiencia y, a largo plazo, aumentar la cobertura de los servicios públicos, conforme consta en la correspondiente exposición de motivos de la ley:

"Una de las razones por las cuales los colombianos no disponen de servicios domiciliarios en cantidad radica en que no ha habido competencia en el sector, en la práctica éste ha estado sujeto a monopolios oficiales. No ha existido en la práctica libertad de entrada al sector de los servicios públicos..." (subraya en el texto original).

Las empresas operarán en igualdad de condiciones, no habrá privilegios para las que tengan capital oficial. Los privilegios no sólo conducen a que se escondan las ineficiencias sino que, además, tienden a que no se pueda aumentar la cobertura de los servicios porque desaniman la participación del sector privado."

- El artículo 50 de la resolución demandada limitó a tres (3) el número de operadores, de los cuales dos (2) serían nuevos concesionarios de licencias. Ese límite arbitrariamente impuesto viola la Ley 142 de 1994, que en su artículo 10 consagra el derecho a la libertad de entrada al sector de las telecomunicaciones.

La C.R.T. puede establecer ciertas barreras o filtros que garanticen la idoneidad de las empresas que pretendan acceder a la prestación del servicio, para asegurar su calidad, continuidad y eficiencia, de tal manera que sólo las entidades que cumplan los requisitos preestablecidos puedan efectivamente participar en el mercado de su oferta. No obstante, la restricción del

número de operadores sólo cabría y sería aceptable desde el punto de vista constitucional y legal, si la única forma en que pudiera prestarse el servicio fuera mediante la utilización del espectro electromagnético.

- El canon inicial de concesión, previsto en los artículos 80 y 90 de la resolución 028 de 1995, que deben pagar únicamente los nuevos concesionarios de la licencia, es una condición de significativa onerosidad, que necesariamente tendrá que reflejarse en las tarifas que cobren a sus usuarios por la prestación del servicio. De esto puede deducirse que las condiciones de competitividad de los nuevos operadores se verían seriamente afectadas frente al operador oficial que no tendrá que pagar este canon y, por consiguiente, podrá salir al mercado con tarifas reducidas.

- Conforme con el 13.1 de la resolución demandada, los concesionarios de licencias que pretendan ser operadores de TPCLD no pueden tener como objeto la prestación de servicios de TBPCL y TBPCLE o de telefonía móvil celular, lo que atenta contra la libre competencia porque a TELECOM se le permite comprender y desarrollar, en su objeto social, la prestación de todos los servicios de Telecomunicaciones.

- El artículo 36 de la resolución 028 de 1995 y el artículo 2o. de la resolución 032 de 1996 disponen la separación estructural de TELECOM en la misma fecha prevista para la entrada en operación de los nuevos operadores; sin embargo tales normas reglamentarias no modifican el régimen de TELECOM, adoptado mediante disposiciones con fuerza de ley, ni tampoco obligan al Congreso de la República a modificar los decretos legislativos vigentes.

Principio de la igualdad

"Por un lado encontramos a TELECOM quien, en su doble carácter de operador actual exclusivo del servicio de larga distancia nacional e internacional y operador local en múltiples regiones del país, detenta una posición dominante sobre el resto de futuros competidores. Por su parte, los restantes operadores locales que participen en el proceso de selección de los nuevos operadores, podrían obtener en un momento determinado una situación de privilegio por tener origen el servicio de larga distancia en los usuarios del servicio de telefonía pública básica conmutada local. Por último, existe un tercer grupo que estará integrado por inversionistas particulares y públicos que, si bien pueden no contar con los beneficios de los otros dos grupos, seguramente compensarán su aparente debilidad con experiencia, tecnología y recursos financieros"

El derecho a la igualdad está consagrado en la Constitución con el carácter de fundamental y el Estado debe hacerlo efectivo a través de reglas que permitan equilibrar el nivel de quienes deseen acceder a bienes, servicios o privilegios determinados.

- La C.R.T. debe adoptar unas reglas que limiten los privilegios de todos los competidores, sancionen los abusos de sus posiciones dominantes y permitan superar las debilidades de éstos en relación exclusiva con la prestación del servicio de larga distancia, mientras que, con las resoluciones demandadas, se consolidó la posición de Telecom como el competidor más fuerte y se limitó, en alto grado, la participación de otras empresas de telecomunicaciones.

Principio de Neutralidad

Las resoluciones demandadas establecieron un trato discriminatorio en beneficio de TELECOM, en detrimento de las causas que debieron motivar las decisiones impugnadas.

Derechos a la Libertad de Empresa, Habeas Data y Derechos de autor.

El literal d), artículo 24.14 de la resolución 028 de 1995 asigna a los operadores de TPBCL y TPBCLE la obligación de poner a disposición de todos los operadores, en igualdad de condiciones, la información mínima referente a toda la base de datos de sus usuarios.

Libertad de Empresa.

El artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, que nadie podrá exigir permisos ni requisitos previos para su ejercicio y que la libre competencia económica es un derecho que asiste a todos. Y el artículo 365 ibídem prohíbe la constitución de monopolios de derecho y busca evitar la existencia de monopolios de hecho mediante la promoción de la competencia.

Concluyó que el ejercicio de la libre empresa implica el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual.

Habeas Data

- De acuerdo con la definición de la Corte Constitucional este derecho fundamental, previsto en el artículo 15 de la Carta, está integrado por el derecho a la autodeterminación informática, que es la facultad que le asiste a la persona titular de los datos para autorizar su conservación, uso y circulación de conformidad con las regulaciones legales y está condicionado por la libertad, que no puede lesionarse con la circulación de datos que no correspondan a la realidad y que no hayan sido autorizados por su titular o por la ley.

Los suscriptores del servicio telefónico que prestan las Empresas Públicas de Medellín son quienes deben autorizar el suministro de la información, pues de lo contrario las Empresas no podrían dar a conocer dichos datos a terceros so pena de ser obligadas a indemnizar los perjuicios que ocasionen con la violación a la reserva que le fue impuesta por el titular de los datos.

- El hecho de que se obligue a un productor de bienes o servicios a revelar la base de datos de sus clientes, protegida legalmente, puede servir de aliciente a sus competidores para la realización de actos de competencia desleal, en los términos de la Ley 256 de 1996.

Derechos de autor

Las bases de datos son protegidas y sus autores tienen la facultad de decidir sobre su divulgación según la decisión Nro. 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Fines de la resolución 028 de 1995.

- De acuerdo con los fines pretendidos por la resolución 028 de 1995, el único que tiene relación con la obligación de suministrar la base de datos de los operadores locales es el establecido en el artículo 2.1, consistente en: "Promover y estimular la sana competencia maximizando la eficiencia en el sector y apoyando el desarrollo económico nacional".

Esa obligación no sirve para promover la competencia cuando los operadores de larga distancia no requieran de dicha información para la prestación de sus servicios, dado que los usuarios accederán a ellos por intermedio de los operadores locales.

- Es válida la obligación impuesta a los operadores locales de garantizar a los usuarios el acceso a los diferentes operadores de larga distancia a través del sistema multiacceso, o sea que finalmente serán los usuarios quienes elijan quien les prestará los servicios de larga distancia nacional e internacional.

- El artículo 16 de la Ley 256 de 1996 establece que: "constituye una conducta de competencia desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos que hayan sido conocidos bajo el deber de reserva".

Cuarto cargo. Falsa motivación.

La parte motiva de la resolución impugnada no corresponde a las decisiones tomadas en ella por lo siguiente:

- El numeral 1° cita en forma parcial el artículo 20 de la Constitución Política pero en la parte resolutive no se garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política. Además, en forma deliberada se omiten algunos de los fines esenciales del Estado consagrados en este mismo artículo y que guardan armonía con lo dispuesto en el artículo 333 de la Carta y con la Ley 142 de 1994, tales como "facilitar la participación de todos en la vida económica".

- En el punto 4., se utilizó como fundamento jurídico el artículo 5 de la Ley 72 de 1989, el cual, en materia de servicios domiciliarios, está subrogada por la Ley 142 de 1994, así mismo, la cita que se hace de la sentencia No. C-318 de 14 de julio de 1994 de la H. Corte Constitucional es desafortunada, por cuanto, con posterioridad a la misma entró en vigencia la Ley 142 de 1994 que excluyó a los servicios públicos domiciliarios, entre ellos el servicio de telefonía pública básica conmutada local y de larga distancia nacional e internacional, de la titularidad pública estatal y consagró para estos la libertad de entrada y competencia, dejando al Estado la función de garante de la prestación de los mismos.

- El numeral 8. de la parte motiva cita, en forma parcial y descontextualizada, el artículo 75 de la Constitución Política de Colombia, lo cual se refleja en las decisiones contenidas en la resolución impugnada. En efecto, la resolución 028 de 1994 confunde la concesión de un bien público, el espectro electromagnético, con la concesión de un servicio público que legalmente no es concesionable.

- El numeral 11 cita de manera correcta las funciones de la Comisión de Regulación contenidas en el artículo 74.3 literal d) de la Ley 142 de 1994, sin embargo esta motivación no se refleja en el contenido de las decisiones impugnadas por cuanto éstas, en vez de reglamentar el otorgamiento de licencias, reglamentan la concesión de un servicio y establecen un complejo y oneroso sistema de adjudicación del mismo.

- El numeral 16 de la parte motiva del acto administrativo impugnado, cita, en forma parcial y sin el complemento necesario, la regla general de competencia a favor del Ministerio de Comunicaciones contenida en el artículo 67.8 de la Ley 142 de 1994 como fuente formal de derecho de la competencia del Ministerio en el otorgamiento de servicio de larga distancia, por cuanto en el ordenamiento jurídico vigente no se encuentra ninguna que asigne al Ministerio esta competencia, y no la hay por cuanto este servicio no es concesionable y por este motivo, la regla general de competencia no tiene aplicación en este caso.

- Las previsiones contenidas en los numerales 18 y 22 de la parte motiva, este último citado de

manera parcial y sin el complemento que precisa su alcance, no se cumplen en la parte resolutive correspondiente, por cuanto la resolución 028 de 1995 prohíja y promueve el establecimiento de un monopolio de hecho por parte del operador TELECOM durante un término determinado, lo privilegia en condiciones manifiestamente discriminatorias y obliga a los competidores a limitar su objeto no obstante que en el sector de Telecomunicaciones existen economías de escala por el uso de una misma red y plataforma tecnológica en la prestación de diferentes servicios de Telecomunicaciones.

- Las resoluciones impugnadas violan el artículo 18 de la Ley 142 que expresa en su inciso final: "Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas."

- El numeral 19 de la parte motiva, citado como fuente jurisprudencial para la fijación de un límite al número de "concesionarios del servicio", sólo hace corroborar lo expuesto por nosotros en el sentido que éste "Puede ser una política general de administración y control que busque la calidad y eficiencia del servicio y evite el abuso de posición dominante". Sin embargo, en todo el texto de la resolución impugnada ni en la parte motiva de la misma, salvo la remisión escueta a la sentencia, no se observa como la limitación del número de concesionarios busca la calidad y eficiencia del servicio o se requiera para el acceso a las redes.

- En el numeral 21 de la parte motiva las normas legales que, según esta exposición, constituyen el fundamento del trato privilegiado dado a TELECOM, olvidando que el numeral 15.6 del artículo 15 de la Ley 142 simplemente consagra una posibilidad legal de prestación del servicio por parte de empresas estatales, la cual no justifica ningún trato de privilegio en favor de una específica y debe interpretarse además en concordancia con lo expresado por los artículos 17 y 180 *ibídem*, en cuanto a la naturaleza jurídica de las ESP y la transformación de las empresas existentes.

- Las previsiones sobre competencia en materia de interconexión contenidas en los artículos 73 numeral 73.22 y 74 numeral 74.3 y que se citan en la parte motiva, numeral 24, como fundamento de las decisiones en materia de interconexión contenidas en el primero de los capítulos V de la resolución impugnada, no faculta a la comisión para obligar, por la vía del reglamento, al alquiler de las instalaciones suplementarias, por cuanto estas no se requieren para la interconexión (artículo 24 numeral 24.6 de la parte resolutive); ni al establecimiento de obligaciones cuyo plazo de vencimiento depende de condiciones meramente potestativas del acreedor artículo 24 numeral 24.14 literal c *ibídem*), ni tampoco a la obligación de entregar la información del mercado de los usuarios. (artículo 24 numeral 24.14. literal d. *ibídem*) (fols. 16 a 41 c. Ppal).

III. Trámite

A. Admisión de la demanda:

Por auto del 13 de junio de 1996 se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional de los artículos 4, 5, 12 y 24.6 de la resolución 028 de 1995, con fundamento en que no se configura la ostensible violación que exige la ley para su procedencia (fols. 50 a 58 c. Ppal).

El 15 de marzo de 1996, la parte actora presentó escritos en los cuales modificó la demanda para agregar fundamentos de derecho y adicionar la solicitud de suspensión provisional (fols. 60 a 65 c. Ppal.). El 4 de abril de 1997, la Sala se pronunció respecto de estos memoriales y resolvió negar la solicitud (fols. 138 a 140 c. Ppal.).

Esas decisiones se notificaron, personalmente, a los demandados (fol. 82).

B. Contestación:

El demandado respondió, dentro del termino legal, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo:

- El objeto de las Empresas Públicas de Medellín no se extiende más allá del Municipio o de otros municipios del Departamento delimitados contractualmente de acuerdo con el artículo 30. del Decreto Municipal 100 del 28 de enero de 1994 "Por el cual se expiden los estatutos del establecimiento público autónomo Empresas Públicas de Medellín".

-. La demandante, en el capítulo de hechos, hace consideraciones de derecho que no vienen al caso, pues para esto existe el acápite de fundamentos de la violación; en varios puntos se confunden supuestos de hechos que se dan por ciertos sin ninguna prueba que los soporte, pues sólo son aseveraciones de tipo personal basadas en una interpretación subjetiva.

En cuanto al concepto de la violación manifestó:

1. La concesión frente a la licencia.

Desde la perspectiva del actor la concesión debe apreciarse como un contrato, mientras que la licencia sería un acto administrativo unilateral; sin embargo esos conceptos no son aplicables a los servicios y actividades de Telecomunicaciones, pues, la propia Ley 142 se refiere a la figura de la concesión y la Ley 80 de 1993 considera que las concesiones pueden otorgarse mediante contratos o licencias.

El Estado, como titular de los servicios públicos que le son inherentes, tiene potestad para asignar o reservar su prestación en los términos de la Constitución y de la ley, como responsable de garantizar la eficiencia del mismo a todos los habitantes del territorio nacional. Esto implica de suyo facultades de regulación general, intervención, fomento, control, vigilancia e imposición de sanciones.

2. Protección de los derechos adquiridos por los operadores estatales de los servicios públicos domiciliarios frente a las normas de apertura de la competencia.

Manifestó que las resoluciones impugnadas no reconocen derechos adquiridos, pues se limitan a tomar en consideración la existencia, objeto y funciones de TELECOM de acuerdo con las disposiciones que la crearon y que establecen su organización y funcionamiento, con el fin de proteger a los usuarios.

Y respecto de cada uno de los cargos formulados consideró:

Primer cargo. Incompetencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Facultad regulatoria.

Competencias otorgadas por la ley para regular los servicios públicos.

La ley 142 de 1994 indica una serie de competencias sobre servicios públicos domiciliarios que deben ser ejercidas por el Presidente de la República pero que este puede delegar en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Delegación de funciones del Presidente de la República en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución, delegó en la CRT todas las funciones que, en materia de Telecomunicaciones, le permite delegar la Ley 142 de 1994; esta norma y los 26 numerales que contienen las funciones y facultades especiales que se atribuyen y otorgan a las Comisiones de Regulación, así como las consagradas en el artículo 74, constituyen el fundamento de la competencia legal de dicha Comisión.

Alcance de la competencia.

La Comisión tiene suficientes atribuciones para regular el sector de las Telecomunicaciones; esas competencias le permiten señalar cuántos operadores pueden concurrir a la prestación del servicio:

"Es en desarrollo de la facultad de regulación general, semejante en sus alcances a la potestad reglamentaria, que la Comisión ha dispuesto los requisitos y las condiciones para acceder a la prestación del servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, en aplicación de reglas establecidas por la Ley 142 de 1994".

Facultad de limitar el derecho de prestación.

La parte de actora desconoció las facultades de la C.R.T., sin tener en cuenta que el artículo 365 de la Constitución dispone que " Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional"

La causal de incompetencia por el uso excesivo de facultades, en ejercicio de la función reguladora, no vulneró el artículo 84 de la Constitución Política, pues, esa facultad es ordenada por el legislador, entre otros, en los artículos 3, 68, 73.2 y 74.3 de la Ley 142 de 1994.

Segundo cargo. Desviación de poder.

La parte actora no probó los fines distintos que presuntamente busca la C.R.T., por lo que no es posible compararlos con los fines establecidos por la ley; tampoco se presentó prueba alguna que permita concluir que la C.R.T. se apartó de los principios del artículo 2 de la Ley 142 de 1994.

Señaló que el estudio de la igualdad parte de la desigualdad:

"De los diferentes estudios y análisis realizados por la C.R.T. y que se presentan como prueba, se desprende que para las decisiones adoptadas se ha tenido en cuenta la condición de TELECOM como sujeto estatal único prestador actual del servicio de larga distancia, dentro de las clasificaciones establecidas por la ley y sus decretos reglamentarios; la distribución actual de la red; el ámbito de prestación de sus servicios; su situación y estructura laboral; su capacidad para adoptar posiciones dominantes lesivas de la competencia y por lo tanto perjudiciales para el usuario - consumidor.

Los mismos factores se han aplicado para analizar los posibles competidores estatales, que

obviamente son diferentes, no sólo por el ámbito de prestación de sus servicios, la clase del servicio que han tenido a su cargo, el orden al cual pertenecen, las entidades responsables de su control de tutela, su capacidad de decisión, su autonomía para adoptar modificaciones estructurales, su actual posición dentro del sector, el ámbito de dominación en el mercado y su capacidad para adoptar posiciones dominantes, factores que determinan claramente una desigualdad que se reconoce en la reglamentación mediante la adopción de mecanismos, que la actora califica de privilegio, pero que, salvo que se pruebe lo contrario, han sido utilizados con el fin de garantizar al usuario una mayor la calidad y continuidad del servicio, la ampliación de la cobertura, la promoción de la competencia, que son exactamente los fines últimos de toda la regulación, pues se encaminan a satisfacer las necesidades del usuario, único respecto del cual hay que estructurar privilegios -no para los operadores de los servicios- y respecto de quien la demandante no ha demostrado que se verá afectado por las medidas adoptadas"

Tercer cargo. Violación de la regla de derecho de fondo por quebrantamiento del derecho a la libre competencia y del principio de igualdad.

Indicó que lo relativo al número de futuros prestadores ya ha sido tratado por el Consejo de Estado y que, por tanto, no procede un pronunciamiento sobre el punto.

Cuarto Cargo. Falsa Motivación.

La demandante fundó este punto en apreciaciones y suposiciones respecto de los criterios que han guiado la reglamentación expedida por la C.R.T., las cuales no constituyen prueba del cargo (fols. 87 a 109 c. Ppal).

IV. Alegatos de conclusión.

Por auto del 18 de abril de 1997 se dispuso el traslado común a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos y rendir concepto (fol. 142 c. Ppal.).

Las partes reiteraron lo argumentado en anteriores oportunidades procesales (fols. 145 a 151, 175 a 197 c. ppal) y TELECOM, sujeto interesado, intervino mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demandante en los siguientes términos:

- No se produjo la violación de los principios de libre competencia y de igualdad entre los operadores; indicó que la C.R.T. dio aplicación a las disposiciones de la ley 142 de 1.994 y reglamentó la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional.
- La Constitución reguló los servicios de Telecomunicaciones, en la modalidad de larga distancia, como servicios públicos y, por ende, la titularidad de los mismos está reservada al Estado, pues, de acuerdo al artículo 365, el Estado mantendrá la función de control y vigilancia.
- TELECOM, como operador legalmente autorizado, tiene derecho a la concesión, en las mismas condiciones, de las nuevas licencias a que se refiere dicho artículo "con excepción del pago de la tarifa inicial de concesión".

Citó jurisprudencia de esta Corporación en la que se expresó que:

"La exoneración de algunos requisitos en relación con TELECOM, obedece a que esa empresa industrial y comercial del Estado, ya venía encargándose de la prestación de este servicio y la ley 142 de 1994, expresamente consagró la continuidad de las entidades descentralizadas que venían

encargándose de la prestación de servicios públicos domiciliarios, con la sola condición de que se transformen en empresas industriales y comerciales del Estado, o en sociedades por acciones

- "LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM- desde su creación ha sido encargada, por sucesivas disposiciones, de desarrollar, en nombre del Estado colombiano, actividades relacionadas con el servicio público de Telecomunicaciones, en sus diferentes proyecciones. Si bien a partir de la Constitución Política de 1.991 la prestación de los servicios públicos (dentro de ellos el de Telecomunicaciones) no es privativa del Estado sino que en los términos de la ley puede ser adelantada también por los particulares, por entidades descentralizadas o por comunidades organizadas (Artículo 365 de la Constitución Política) es lo cierto que las entidades públicas, y entre ellas TELECOM, conservan titularidad y vocación para la prestación de dichas actividades, conforme a las disposiciones orgánicas propias (ley 6' de 1.943. ley 83 de 1.945. decretos 1648 de 1.947, 1233 de 1359. 1184 de 1.954.1635 de 1.960, 3267 de 1.963 y 2123 de 1.992) y de acuerdo con las normas al efecto establecidas, de manera general por la leyes 37 de 1.993 y 142 de 1.994."

- El decreto 2123 de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las especiales atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución de 1.991, reestructuró TELECOM en una Empresa Industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente (artículo 10), cuyo objeto es la prestación y explotación de servicios públicos de Telecomunicaciones dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior; y la prestación de los servicios de Telecomunicaciones que se califiquen como tales, dentro del territorio nacional y en otros países (Artículo 2).

En cumplimiento de su objeto TELECOM está autorizada, para:

"1. Celebrar todos los contratos, acuerdos, convenios y los demás actos necesarios para la prestación de los servicios públicos de Telecomunicaciones;

2. Participar con entidades nacionales e internacionales, públicas y privadas y con organismos internacionales en la instalación, ampliación y mejoramiento de sistemas nacionales e internacionales de Telecomunicaciones y formalizar los acuerdos y convenios comerciales y de asistencia para su instalación y explotación por parte de la Empresa;

3. Participar en sociedades o celebrar contratos de asociación para la prestación de servicios de Telecomunicaciones;

4, Celebrar contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para el cumplimiento de sus objetivos. sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas;

5. Participar en proyectos internacionales de Telecomunicaciones de carácter comercial con empresas de Telecomunicaciones y celebrar los convenios y contratos necesarios para definir interconexiones, tráfico, tarifas y otros de la misma naturaleza;

6. Participar, conjuntamente con las dependencias y organismos autorizados para el efecto, en la evaluación y formulación de los planes, programas y proyectos del sector de comunicaciones y ejecutarlos en su respectivo campo de acción;

7. Liquidar, cobrar y recaudar el valor de los servicios que presta respecto de los cuales sólo podrán concederse franquicias consignadas en la ley o en los estatutos; 8. Producir y comercializar equipos y soporte lógico destinados a la prestación de servicios de

Telecomunicaciones;

9. Atender el bienestar y coadyuvar a la formación del personal a su servicio, así como promover la enseñanza en las especialidades de Telecomunicaciones, electrónica, informática y telemática en sus aspectos técnicos operativos y administrativos".

Parágrafo del Artículo 2 del mismo Decreto 2123 de 1.992 establece que "en todo caso, TELECOM se ceñirá, en el cumplimiento de sus funciones, a lo dispuesto en este Decreto y en sus estatutos internos".

- La atribución de la competencia a TELECOM para la prestación de servicios públicos surge de la ley 142 de 1994, lo que no impide el acceso de otros operadores, por lo cual, no se desconocen los principios constitucionales de la libre empresa y de la libre competencia. (fols. 152 a 161 c. Ppal)

CONSIDERACIONES:

Procede la Sección Tercera del Consejo de Estado a pronunciarse sobre la demanda presentada contra las resoluciones No. 28 del día 14 de diciembre de 1995 y No. 032 del 16 de enero de 1996, proferidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

A. Consideración previa

La Sala encuentra que esta Sección, en anteriores oportunidades, resolvió demandas de nulidad formuladas contra algunas disposiciones de la resolución N° 028 de 1995, mediante las siguientes providencias:

a) Sentencia N° 11857 del 25 de septiembre de 199

Por medio de ella se anularon los artículos 9, 25, 26 y 27 de la resolución 028 de 1995, con fundamento en la inaplicación de los artículos 68 y 74.3 de la ley 142 "por ser violatorios de los artículos 370, 189 numeral 11, 150 y 365 de la Constitución", a cuyo efecto consideró lo siguiente:

- Las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente otorga, en forma exclusiva, al Presidente de la República en el artículo 370 de la constitución:

"No es lógico ni jurídico pensar que cuando el constituyente le otorga al Presidente la facultad de señalar las políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios, le está entregando a su vez el poder que le corresponde al legislador.

Este, por definición, en el sistema jurídico colombiano no podrá "delegar" su competencia legislativa y sólo por excepción, como se expresó atrás, podrá hacerlo en los términos del n° 10 del art. 150.

Lo expuesto define o delimita a grandes rasgos el poder normativo del Presidente y muestra que en este campo no podía delegar en las Comisiones de Regulación la potestad de formular las políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios, así la ley 142 en su art 68 haya permitido esa delegación. Es obvio que para que cualquier delegación opere, el supuesto sine qua non de la misma estará en la competencia que tenga el delegante.

En suma, las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el

constituyente le otorga, en forma exclusiva, al Presidente en el art 370 de la constitución. En esa formulación éste compromete su responsabilidad política y no podrá liberarse de ésta a través del fácil mecanismo de la delegación, que desplaza dicha responsabilidad hacia el delegatario (art 211)."

- Las Comisiones de Regulación tampoco pueden ser delegatarias de funciones legislativas:

"Tampoco la ley podía otorgar ese poder reglamentario a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, porque si esto fuera así se encontraría la sala frente a la delegación de potestades legislativas en un órgano o agencia de la administración (ni siquiera en el superior jerárquico), no autorizada por la carta política.

No puede olvidarse que la constitución le asigna al legislador la competencia para fijar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios (art 365) y no permite ni explícita ni implícitamente su delegación.

(...)

La Comisión al expedir la resolución 028 no formuló ninguna política general de administración. Baste leer su texto para corroborar este aserto, ya que esa resolución es un reglamento contentivo de un procedimiento gubernativo completo para la selección de los operadores de larga distancia, con poderes definitorios y de disposición de tanta trascendencia como los de otorgar títulos habilitantes para la prestación del servicio; disponer restricciones en el número de los concesionarios u operadores de larga distancia; definir las calidades de los operarios; señalar el procedimiento para la expedición de las licencias; fijar las reglas para la interconexión y el uso del espectro electromagnético; precisar el régimen tarifario, etc., etc.

El enunciado mismo de la aludida resolución muestra que la Comisión con ese acto invadió la órbita del legislador, único competente para definir el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, según el art 365 de la constitución.

- La regulación de procedimientos administrativos es tarea propia del legislador y éste no la puede delegar ni siquiera en el Presidente de la República:

"El proceso de expedición de los actos administrativos definitivos o actuación administrativa y su control dentro del seno de la misma administración a través de los recursos de vía gubernativa (reposición y apelación) forman parte del código de lo contencioso administrativo, dentro del cual su normatividad correspondiente constituye su prima (sic) parte.

Dicho estatuto es así de carácter general, entendiendo esta nota en el sentido de que deberá aplicarse a todas aquellas materias que no poseen procedimientos especiales; lo que permite afirmar también que su carácter es subsidiario y no de regulador íntegro de la materia (art 1º del c.c.a.). Así, los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales (mineros, agrarios, tributarios, etc, etc) se regirán por éstas, pero en lo no previsto se aplicarán las normas del citado código que les sean compatibles.

De acuerdo con el N° 2 del art. 150 de la carta le compete al legislador la expedición de los códigos y ni siquiera éste podrá investir al Presidente de la República para que por la vía de las facultades extraordinarias los expida, tal como lo tiene señalado la Corte Constitucional, en especial en su sentencia 252 de 26 de mayo de 1994.

(...)

Se infiere de lo transcrito que los procedimientos administrativos hacen parte del código administrativo y los especiales constituyen materia esencial y básica de su primera parte (como excepciones que son del procedimiento general establecido en el mismo código) hasta el punto que no podrán expedirse, a partir de la vigencia de la carta del 91, sino por el legislador.

Muestra lo hasta aquí expuesto que el procedimiento regulado en la ley 142 en sus arts 106 y ss para la expedición de actos administrativos que la desarrollen, no presenta objeción alguna, puesto que el legislador puede señalar, dada la naturaleza de ciertos asuntos, procedimientos propios diferentes al régimen general establecido en el código administrativo.

Pero si por este aspecto no existe reparo alguno, no sucede igual con el procedimiento especial que por autorización de la misma ley expidió la Comisión mediante la resolución 028 para el otorgamiento de las licencias a los operadores de telefonía de larga distancia nacional e internacional, porque ese procedimiento no lo podía establecer sino la ley.

.....

La Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, so pretexto acatar el mandato contenido en el literal d) del art 74.3 de la mencionada ley, expidió dicha resolución con el fin de "reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión"; y al hacerlo creó un estatuto o reglamento de carácter general y obligatorio contentivo de un procedimiento administrativo especial derogatorio, no sólo del corriente señalado en el código administrativo, sino del regulado en la misma ley 142 en sus arts 106 y ss.

En otras palabras, delegó el legislador en dicha Comisión el poder reglamentario sobre materias de su resorte exclusivo, atinentes a la utilización y manejo del espectro electromagnético, el establecimiento de las fórmulas tarifarias para la operación del servicio de telecomunicaciones, el uso de redes de telecomunicaciones de propiedad del Estado, los cargos de acceso e interconexión, el establecimiento de medidas generales para impedir abusos de posición dominante y de protección del usuario, etc., etc; es decir, le transfirió a la Comisión el poder de legislar todo lo relacionado con la utilización de bienes estatales fiscales y de uso público, ciertos aspectos fiscales, tarifarios, de policía administrativa etc., etc."

b) Sentencia 11856 del 21 de septiembre de 200

En ella se analizó la legalidad de los artículos 5,9, 27,28 y 29 de la resolución N° 028 de 1995 y se negaron las súplicas de la demanda.

La Sala reiteró lo afirmado en la sentencia 11744 del mismo año, que resolvió la demanda de nulidad formulada contra la resolución N° 027 del 22 de noviembre de 1995, por medio de la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reguló la prestación de los servicios de Telefonía Pública Básica de larga distancia hasta que fue revocada por la resolución N° 028 ahora acusada.

Con fundamento en lo anterior se advierte que, no obstante que el actor demandó la totalidad de la resolución N° 028 de 1995, no procede un nuevo pronunciamiento respecto de los cargos formulados contra los artículos 9., 25, 26 y 27 de la misma, toda vez que fueron anulados mediante la sentencia N° 11857 proferida el 25 de septiembre de 1997, decisión que hizo tránsito

a cosa juzgada material.

Se precisa también que se reiterarán algunas de las consideraciones contenidas en las sentencias 11744 del 13 de julio de 200 y 11856 de 2000 porque analizaron cargos similares a los que ahora se estudian.

B. La revocatoria del acto acusado

La resolución N° 028 de 1995, aquí demandada, fue subrogada por el decreto 2542 del 16 de octubre de 1997, que reglamentó todo el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica conmutada de larga distancia, y antes de él, había sido modificada parcialmente por la N° 3 - que también se acusó - y, ambas, por las resoluciones 3, 3, 3 y 3 de 1996.

Al respecto, cabe anotar que la desaparición de la vida jurídica de ambas resoluciones, no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia.

En efecto, la circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, conservándose los que haya producido en el pasado, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento.

C. Los actos acusados

Se trata, en primer lugar de la resolución N° 028 del 14 de diciembre de 1995, por medio de la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reglamentó la expedición de licencias para el establecimiento de operadores de servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido al efecto; y por el cual "se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión; se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; se fijan los cargos de acceso e interconexión; se expiden disposiciones para promover la competencia; se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario; y se dictan otras disposiciones"

Y, en segundo término, de la resolución N° 032 del 16 de enero de 1996 por la cual se fijaron los plazos para la concesión de las licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPBCLD regulados por la resolución N° 028 de 1995 y los plazos para el establecimiento de los cargos por acceso y uso equivalentes y los cargos de acceso de acuerdo a costos, fijados por la resolución N° 031 del 14 de diciembre de 1995.

Se advierte que los cargos fueron formulados unificadamente respecto de las dos resoluciones, bajo el entendido de que la invalidez de la resolución N° 028, conduciría indefectiblemente a la nulidad de la N° 032, que simplemente modificó algunos plazos de las etapas reguladas en la primera.

Por lo anterior, la Sala analizará los fundamentos esgrimidos para desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución N° 028, de cuyo contenido se destacan los siguientes artículos:

"RESOLUCIÓN NUMERO 28 DE 14 DE DICIEMBRE DE 1995

"Por la cual se reglamenta la concesión de licencias para establecimiento de operadores del

servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, se fijan los cargos de acceso e interconexión, se expiden disposiciones para promover la competencia, se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario y se dictan otras disposiciones"

CAPITULO II

CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TPBCLD

Artículo 4°. Objeto de la concesión. El Ministerio de Comunicaciones otorgará la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y del uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio.

Artículo 5°. Número de licencias a conceder. Inicialmente el Ministerio de Comunicaciones otorgará, simultáneamente, en concesión dos nuevas licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPCLD.

Parágrafo. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, como operador legalmente autorizado, tiene derecho a la concesión, en las mismas condiciones de las nuevas licencias a que se refiere este artículo, con excepción del pago de la tarifa inicial de concesión. Telecom deberá cancelar el valor de la tarifa periódica de concesión a que se refiere el artículo 10 de esta Resolución.

Artículo 6°. Duración de la concesión y prórroga. La duración de la concesión será de diez años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que otorga la licencia, prorrogable automáticamente por un lapso igual.

Artículo 7°. Exclusividad de la concesión. No se otorgarán nuevas conexiones de licencias durante los siguientes siete (7) años, contados a partir del inicio de operaciones de los nuevos concesionarios. Transcurrido este período, el otorgamiento de nuevas concesiones de licencias se someterá, como mínimo, a las condiciones y requisitos exigidos a los concesionarios iniciales, con excepción del pago de la tarifa inicial.

Artículo 8°. Fórmula de tarifa por la concesión. La tarifa por la concesión estará compuesta por una tarifa inicial más una periódica que se cobrará y se pagará de conformidad con los artículos siguientes.

Artículo 10°. Fórmula de tarifa periódica por la concesión. Todos los concesionarios deberán pagar como tarifa periódica por la concesión, el dos por ciento (2%) de los ingresos brutos anuales. El pago deberá hacerse al Fondo de Comunicaciones del Ministerio, que, de acuerdo con lo que establezca la correspondiente Ley de Presupuesto, podrá tener como destinación el desarrollo del Plan de Telefonía Social.

Artículo 11°. Inaplicabilidad de la reversión. Al finalizar el término de duración de la concesión, los concesionarios continuarán siendo titulares de la propiedad de los elementos y bienes afectados a la misma y éstos no pasarán a ser propiedad del Ministerio de Comunicaciones.

CAPITULO III

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Artículo 12°. Requisito de los concesionarios. Con el fin de promover la competencia, impedir abusos de posición dominante y garantizar la eficiencia en el servicio, los concesionarios de licencias para establecerse como operadores deberán cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

12.1. El servicio podrá ser prestado por concesionarios oficiales, privados o mixtos que deberán constituirse como Empresas de Servicios Públicos, en los términos de la ley 142 de 1994, o ajustarse a lo dispuesto en la misma ley, para empresas existentes, según sea el caso.

12.2. Un concesionario de licencia para establecerse como operador de TPCLD ni sus socios, podrá tener participación directa ni indirecta en el capital de otro concesionario de licencia.

12.3. Los socios que presten servicios de TPBCL, o TPBCLE no podrán tener directa o indirectamente, en conjunto, más del 35% de los derechos, acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones del concesionario.

12.4. El concesionario de la licencia para establecerse como operador de TPCLD y sus socios o empresas subordinadas que presten servicios de TPBCL o TPBCLE, no podrán operar ni tener, directa o indirectamente, en conjunto, más del 50% de la suma total de la capacidad instalada en planta interna local del país.

12.5. Un concesionario de licencia para establecerse como operador de TPCLD, que cuente entre sus socios con el operador de TPBCL con la mayor capacidad instalada en planta interna, no podrá tener como socios ninguno de los dos operadores de TPBCL, que le sigan en capacidad con excepción de Telecom para efectos de establecer este orden.

12.6. Los demás operadores de TPBCL, podrán participar como socios de un concesionario de licencia para establecerse como operador de TPCLD, en proporción a su capacidad instalada en planta interna.

(..)

12.13. Los concesionarios de TPCLD sólo podrán acceder a los usuarios a través de los operadores de TPBCL, TPBCLE y de telefonía móvil celular, con excepción de los teléfonos públicos que presten este servicio.

Artículo 13. Prohibiciones a los concesionarios. Los concesionarios de licencia para establecerse como operador de TPCLD no podrán:

13.1. Tener como objeto la prestación de los servicios de "TPBCL y TPBCLE" o de telefonía móvil celular.

13.2. Incurrir en prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas que afecten la libre competencia del mercado, en los términos de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones que la desarrollen de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

13.3. Realizar actos, convenios, o acuerdos, que tengan como objeto, propósito o efecto constituir ventaja indebida a su favor o de otras personas, impidiendo o limitando la competencia

o que tiendan al abuso de posición dominante en su mercado o en mercados complementarios al servicio de TPCLD. Particularmente no podrán:

- a. Utilizar o divulgar en forma indebida o asimétrica la información sobre los suscriptores, potenciales y usuarios locales;
- b. Celebrar acuerdos para repartirse el mercado, cuotas o clases de servicios;
- c. Celebrar acuerdos para fijar tarifas creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de las que resultarían en un mercado de competencia.

13.4. Incumplir los acuerdos de interconexión.

13.5. Otorgar un tratamiento desigual o discriminatorio a los demás operadores.

13.6. Adelantar prácticas discriminatorias con los usuarios violando el criterio de neutralidad.

13.7. En general incurrir en prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.

Parágrafo. La transgresión de lo dispuesto en este artículo, que amerite la imposición, será causal de cancelación de la licencia sin perjuicio de las demás sanciones que, de acuerdo con las normas vigentes, puedan imponer el Ministerio de Comunicaciones y la Superintendencia de Servicios Públicos.

Artículo 14. Obligaciones del Concesionario. El concesionario tendrá las siguientes obligaciones:

14.1. Los nuevos concesionarios deberán construir una Red mínima, para conectar o enlazar las redes telefónicas públicas conmutadas de las ciudades de Santafé de Bogotá D.C., Santiago de Cali, Medellín y Barranquilla, en un período no superior a dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de acto administrativo que otorga la concesión. Esta obligación se entenderá cumplida cuando cada uno individualmente la construya, los dos nuevos concesionarios conjuntamente construyan la red, o una persona jurídica distinta de los concesionarios, de la que ellos hagan parte, como socios o accionistas, lo haga.

14.2. Los concesionarios deberán poner a disposición de los demás operadores de TPCLD, la capacidad de transporte o soporte en condiciones de igualdad e idéntica calidad del servicio, garantizando el principio de "acceso igual cargo igual" y cobrando tarifas que contemplen los costos operacionales más una tasa de retorno razonable. El Régimen de tarifas será determinado por la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. Las Condiciones de arrendamiento de la red se establecerán por contrato entre las partes, que deben celebrarse en un plazo a cuarenta y cinco (45) días calendario, contados desde la fecha de solicitud del arrendamiento, y ejecutarse una vez se reúnan los requisitos para el efecto. La Comisión intervendrá para resolver los conflictos que se presenten en los términos de los artículos 73.8, 73.9 y 73.3 b) de la Ley 142 de 1994.

14.3. La distribución del tráfico internacional entrante entre los operadores establecidos, se hará en proporción a la participación de cada uno en el mercado nacional de llamadas internacionales salientes. Las tarifas correspondientes, entre operadores nacionales e internacionales no podrán ser discriminatorias.

14.4. Todos los concesionarios de licencias para el establecimiento de operadores de TPCLD, se ceñirán permanentemente a los planes de numeración, se ceñirán permanentemente a los planes

de numeración, señalización, enrutamiento y sincronización así como a los demás planes técnicos básicos que establezca el Gobierno Nacional.

14.5. Todos los concesionarios de licencias para el establecimiento de operadores de TPCLD, deben garantizar la continuidad, regularidad y disponibilidad del servicio.

Artículo 15. Clandestinidad del servicio. Cualquier servicio de TPCLD no concedido o no autorizado por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de la presente Resolución o de las normas vigentes, es considerado clandestino. El Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de Policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar.

Artículo 16. Protección del mercado. La Comisión Reguladora de Telecomunicaciones someterá a su regulación, a la vigilancia del Superintendente de Servicios Públicos, y a las normas que la ley 142 de 1994 contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios de TPCLD, cuando respecto de ellas existen pruebas de que han realizado o se preparan para realizar conductas que impliquen competencia desleal con éstas, que reduzcan la competencia entre los concesionarios o que conlleven abuso de posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstos ofrecen.

D. Análisis de los cargos de la demanda

1. **Primer cargo. Incompetencia de la C.R.T.**

La parte actora explicó que el acto acusado es violatorio de los artículos 2º, 6º y 121 de la Constitución Política, pues la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se atribuyó competencias que no le estaban reconocidas en la ley y que la C.R.T. solamente debió fijar los requisitos para operar el servicio y no aquellos necesarios para habilitar a los sujetos prestadores, pues tal habilitación está reservada a la ley, sin mas restricciones que las impuestas en los artículos 22 y 74.3, literal d) de la Ley 142 de 1994.

También señaló que, en los numerales 12.2, 12.3, 12.4, 12.5 y 12.6 del artículo 12º de la resolución 028 de 1995, se establecieron condiciones subjetivas no fijadas en la Constitución, ni en la Ley, con lo cual la C.R.T. actuó extralimitando sus funciones, con violación de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

Al respecto la Sala considera:

La Constitución establece en su artículo 365 que es deber del Estado asegurar, a todos los habitantes del territorio nacional, la prestación eficiente de los servicios públicos, los cuales están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y a la regulación, control y vigilancia del mismo Estado.

La ley 142 de 1994, artículo 68, reproduce el canon previsto en el artículo 370 de la Carta y autoriza al Presidente para que delegue, en las Comisiones de Regulación, el señalamiento de las políticas generales de administración, así como el control de eficiencia de los servicios públicos y, en caso de que no delegara tal función, dispone que las deberá ejercer directamente, así:

"Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los

servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, **el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones"** (el resaltado no es del texto).

A la vez que el artículo 73 de la ley 142 dispuso que las Comisiones de Regulación tienen "la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad...".

De igual manera, el artículo 74.3 de la misma ley consagró como funciones especiales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones las siguientes:

- a. Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.
- b. Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.
- c. Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley.
- d. Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión.
- e. Definir, de acuerdo con el tráfico cursado, el factor de las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, actualmente vigentes, que no corresponde al valor de la prestación del servicio. Parte del producto de ese factor, en los recaudos que se hagan, se asignará en el Presupuesto Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, para el 'Fondo de Comunicaciones del Ministerio', que tendrá a su cargo hacer inversión por medio del fomento de programas de telefonía social, dirigidos a las zonas rurales y urbanas caracterizadas por la existencia de usuarios con altos índices de necesidades básicas insatisfechas. Se aplicarán a este fondo, en lo pertinente, las demás normas sobre 'fondos de solidaridad y redistribución de ingresos' a los que se refiere el artículo 89 y los subsidios que se otorguen serán financiados con recursos de ingresos ordinarios de la Nación y las entidades territoriales.
- f. Proponer al mismo consejo la distribución de los ingresos de las tarifas de concesiones de servicios de telefonía móvil celular y de servicios de larga distancia nacional e internacional, para que éste determine en el proyecto de presupuesto qué parte se asignará como recursos ordinarios de la Nación y definir el alcance de los programas de telefonía social que elabore el

Fondo de Comunicaciones".

En desarrollo de las precitadas disposiciones se expidió el decreto 1524 del 15 de julio de 1994 "Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", que en su artículo primero, dispuso:

"Deléganse las funciones del Presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68 y las disposiciones concordantes, de la ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que crea esa ley, para que las ejerzan en la forma allí prevista en relación con cada uno de los servicios públicos respectivos".

Mediante el análisis de la normativa anterior la Sala advierte que la resolución No. 28 acusada, por la cual la CRT reglamentó la "concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se ajusta a las normas constitucionales y legales que regulan la materia, toda vez que dicho organismo está facultado para regular la concesión de los servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

Y si bien es cierto que, de conformidad con la Constitución Política (artículos 150.8, 150.23, 365, 367 y 369), corresponde a la ley establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, definir sus pautas, parámetros generales y aspectos estructurales, definir áreas prioritarias de inversión social, determinar el régimen de participación ciudadana y municipal, e incluir en los planes y presupuestos de la Nación el gasto social, también lo es que la misma Constitución (artículo 370) confirió al Presidente la facultad de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, funciones que puede delegar en las Comisiones de Regulación, circunstancia que demuestra cómo se trata de funciones que no requieren del ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario.

Así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C -272 del 3 de junio de 1998, en la cual, al definir la exequibilidad del artículo 68 de la ley 142 de 1994 consideró, en síntesis, lo siguiente:

- La Constitución de 1886 reservó esa delegación de las facultades del Presidente como suprema autoridad administrativa, en tanto que hoy, después de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se permite al legislador definir las funciones presidenciales susceptibles de delegación, exceptuándose aquellas que requieren una actuación directa del Presidente como sucede con las que comprometen la integridad del Estado y la investidura presidencial.
- La función constitucional del Presidente, prevista en el artículo 370 de la Constitución de 1991, relativa al señalamiento de las políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, es delegable.

Consideraciones que fueron reiteradas en la sentencia C 444 del 26 de agosto de 1998, en la que se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 74, numeral 3 (literales c y d de la ley 142 de 1994, oportunidad en la que dijo:

- El legislador está facultado para regular el régimen jurídico de los servicios públicos de manera integral en tanto que al Presidente le compete fijar las políticas generales sobre administración y control de eficiencia de esos servicios.

- No se opone a los mandatos constitucionales que algunas de las funciones que corresponden al Jefe del Estado, puedan ser ejercidas por organismos dependientes del Gobierno, supeditados a las leyes marco y a los correspondientes decretos reglamentarios.

- Las atribuciones conferidas a las Comisiones Reguladoras de Telecomunicaciones en el literal c) del numeral 3 del artículo 74, se ubican en el campo administrativo y técnico encomendado a la mejor eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que puede ser ejercido por ésta, sin perjuicio de las potestades directas del legislador y del Presidente de la República.

- "Frente a la función que se atribuye a la citada comisión para 'fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley', dicha atribución no implica el ejercicio de derechos, sino el desarrollo de una materia igualmente técnica, operativa, mediante la cual se precisa el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, lo que es susceptible de delegación en los términos indicados en la misma ley, pero, desde luego, supeditada a la reglamentación que sobre dicha materia ejerza el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional (C.P., art. 370) o reglamentaria (C.P., art. 189-11)

... [e]n lo que concierne al literal d), igualmente demandado, según el cual se le asigna a la mencionada Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la posibilidad de 'reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional', la Sala encuentra que las anteriores consideraciones también son aplicables al asunto sub examine, por cuanto no se regula tampoco lo atinente a la determinación de quien puede ejercer la actividad en el servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, lo que es del resorte del legislador, sino que, por el contrario, lo que hace la norma bajo estudio es atribuir a aquellas una función especial de señalar las condiciones que objetivamente deben primar para la concesión de las respectivas licencias de los mencionados operadores, situación que reviste un carácter administrativo, que puede ser ejercida, sin perjuicio de la potestad presidencial, en los términos indicados".

- Las facultades de carácter administrativo, pueden ser ejercidas por la CRT y no excluyen la potestad presidencial, en los términos indicados.

- "[I]a Comisión Reguladora de Telecomunicaciones no puede invadir la órbita de competencia del legislador, en lo relativo a la definición del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, ni en lo concerniente a la fijación de políticas generales de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios que corresponde al Presidente de la República, pero si puede el legislador, sin perjuicio de las competencias descritas, asignar en dichas comisiones, funciones especiales de carácter técnico y operativo, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, por tratarse de organismos especiales que suponen el conocimiento especializado del sector de las telecomunicaciones. De ahí que, cuando se trata de funciones relativas al señalamiento de políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dicha competencia solamente puede ser atribuida por el legislador (C.P., arts. 365, 367, y 370.), si el Presidente de la República lo estima pertinente y procede a efectuar dicha delegación en los términos del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional. Solamente así debe entenderse el alcance de la exequibilidad de las normas acusadas"

Con fundamento en todo lo anterior la Sala negará el cargo; concluye que el acto acusado no está

viciado de nulidad por incompetencia material de la CRT, porque lo profirió en ejercicio de funciones otorgadas por los decretos que desarrollan la ley y la constitución, particularmente de la ley 142 de 1994 que, conforme se vio, le dio facultad para reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de larga distancia, nacional e internacional, TPCLD.

Segundo cargo. Desviación de poder:

La parte demandante sustentó este cargo en que:

- El párrafo del artículo 5° de la resolución 028 otorga a Telecom marcada favorabilidad frente a los demás operadores, porque a estos se somete al cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 13, 14, 17, 23, y 24.4, en tanto que a Telecom se la exime de tales requerimientos;
- con la expedición de estas normas, la C.R.T. ejerció sus atribuciones para fines distintos de los consignados en el artículo 74.3, literal d) de la ley 142 de 1994 y se apartó de las finalidades expuestas en la parte motiva de la resolución demandada relativas "calidad del servicio, ampliación de cobertura y libertad y promoción de la competencia";
- el artículo 181 de la ley 142 de 1994 prevé los mecanismos específicos a los que pueden acudir la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquélla o de éstas para garantizar la viabilidad empresarial de las entidades que se transformen, o de las empresas que presten los servicios públicos domiciliarios, pero no establece la posibilidad de consagrar privilegios reglamentarios para operador alguno.
- con la resolución se violaron los artículos 39 de la ley 142 de 1994, que regula el principio de neutralidad, consistente en "asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios públicos, y que se propenda por un equilibrio entre las diferentes empresas, respetando los derechos de los ciudadanos y asegurando la prestación de los servicios a los sectores de menores ingresos" y el artículo 20 de la Constitución Política que consagra como uno de los fines esenciales del Estado el facilitar la participación de todos en la vida económica.

Al respecto la Sala considera:

El vicio que se analiza se presenta cuando hay disparidad o discordancia entre el fin que pretende la ley con la atribución de una competencia administrativa, el que, en todo caso, debe estar circunscrito al interés general, en los términos del artículo 209 de la C. P., y el propósito concreto que tuvo el funcionario al ejercerla.

Al respecto esta Corporación ha precisado:

"El vicio llamado por la doctrina y por la ley 'Desviación de poder', consiste en el hecho de que la autoridad Administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo externo a las regularidades de forma, la ejecuta no en vista del fin del cual ha sido investido para esa competencia, sino para otro distinto. Por lo tanto, cuando se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, acusado de desviación de poder, el demandante está en el deber demostrar plenamente que la autoridad administrativa proferidora del acto, lo dictó, no en beneficio del buen servicio - lo que se presume - sino con un fin que se aparte de ese criterio".

En el caso concreto la Sala no encuentra demostrada la desviación de poder, teniendo en cuenta el deber que tiene la CRT de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, de conformidad con lo previsto en los artículos 2 y 365 de la Constitución Política, mediante la regulación del otorgamiento de concesiones.

La resolución 28 de 1995 no estableció privilegios en favor de Telecom, sólo acató lo dispuesto en los decretos leyes 1.684 de 1947, 2.123 de 1992 y 2542 del 16 de octubre de 1997, por medio de los cuales se creó tal entidad y se regularon funciones a su cargo, tales como la prestación y explotación de servicios públicos, dentro de ellos el de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

Se advierte que la resolución N° 28, acusada, tuvo en cuenta que Telecom es un operador legalmente autorizado, reguló la posibilidad de que sea concesionario en las mismas condiciones de los nuevos concesionarios, "con excepción del pago de la tarifa inicial de concesión" (art. 5), pero no de la tarifa periódica de concesión prevista en el artículo 10 de la misma resolución.

En efecto, el decreto ley 1.684 de 1947, dispuso la creación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones así:

"Artículo 1. Créase una Empresa Nacional, que se denominará 'Empresa Nacional de Telecomunicaciones', y tendrá por objeto la unificación en la prestación de los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos. Dicha empresa atenderá el manejo y explotación de dichos servicios y los prestará dentro de la República y con el exterior.

Artículo 2. El monopolio de los servicios de que se trata, que corresponde al Estado, según los artículos 137 y 138 del Código Fiscal y 1 de la ley 198 de 1936, será ejercido por medio de la empresa, en lo que se refiere a la prestación de ellos al público ()".

El decreto ley 2.123 de 1992 por el cual se reestructuró a TELECOM como Empresa Industrial y Comercial del Estado y se definió su objeto así:

"Artículo 2. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM tiene como objeto la prestación y explotación de servicios públicos de telecomunicaciones dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior; y la prestación de los servicios de telecomunicaciones que se califiquen como tales, dentro del territorio nacional y en otros países."

A la vez que mediante el decreto 2.542 del 16 de octubre de 1997 se dispuso:

"Artículo 2. Régimen de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, como operador establecido y legalmente autorizado para prestar el servicio de TPBCLD podrá continuar prestando dicho servicio en las mismas condiciones regulatorias de los nuevos operadores, con excepción del pago de la tarifa inicial, duración de la licencia y las demás que establezca el presente decreto".

Los nuevos concesionarios y TELECOM compiten libremente y en igualdad de condiciones en los supuestos iguales, del servicio telefonía de larga distancia mencionada. Y el trato dado a todos ellos debe atender la situación que preexistente, porque los nuevos concesionarios no están en la misma condición de Telecom, toda vez que, como se indicó, esta entidad tiene facultades y competencia derivadas de la propia ley.

Se tiene así que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que el parágrafo del artículo 5°

de la resolución 028 otorgó a Telecom marcada favorabilidad frente a los demás operadores.

El actor tampoco probó que, con la expedición de las resoluciones acusadas, la C.R.T. hubiera ejercitado sus atribuciones para fines distintos de los consignados en el artículo 74.3, literal d) de la ley 142 de 1994, pues la regulación de los requisitos, procedimientos, obligaciones y derechos de los interesados en obtener la licencia de concesión del servicio de larga distancia nacional e internacional, contenida en las resoluciones 028 y 032, precisamente desarrolla los mandatos del literal d) invocado, que ordenó a la Comisión, Reglamentar la concesión de licencias y señalar las fórmulas de tarifas que habrían de cobrarse. No se demostró la manera como tales normas contrariarían los fines públicos y menos aún, que atentaran contra objetivos relativos a la calidad del servicio, la ampliación de cobertura y la libertad y promoción de competencia.

Se encuentra también que las resoluciones acusadas no contradicen lo dispuesto en el artículo 181 de la ley 142 de 1994, que prevé los mecanismos a los que pueden acudir la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas para garantizar la viabilidad empresarial de las entidades que se transformen, o de las empresas que presten los servicios públicos domiciliarios, toda vez que, como se explicó, tales resoluciones no privilegiaron a Telecom, simplemente acataron disposiciones de rango superior, que le otorgaron la condición de operador de servicios públicos de telecomunicaciones.

La parte demandante tampoco probó la desviación de poder por la contradicción de lo normado en el artículo 39 de la ley 142 de 1994, porque las resoluciones acusadas regulan lo relativo a las licencias de concesión para el servicio público de larga distancia, en tanto que dicho artículo 39 refiere a los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos. Mecanismos de concesión, que como se sabe, son sustancialmente diferentes.

Finalmente se advierte que tampoco se probó que la CRT, con los actos acusados, hubiese desatendido lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política, que regula una materia diferente: la relativa a la libertad de opinión, prensa e información.

Se tiene así que la actora no probó la disparidad o discordancia entre el fin buscado con la resolución N° 028 de 1995 - de reglar la concesión del servicio de larga distancia nacional e internacional - y la función pública que está a cargo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que básicamente se traduce en la de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho de usar las redes de telecomunicaciones y reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de dicho servicio.

Por tanto habrá de negarse el cargo.

3. Violación de la regla de derecho de fondo por quebrantamiento del derecho a la libre competencia, del principio de igualdad, del principio de neutralidad, de la libertad de empresa, del derecho fundamental del habeas data y de los derechos de autor.

3.1 Libre competencia y libertad de empresa

Afirmó el actor que, de acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Nacional, "La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades", y que, como presupuesto para su ejercicio, debe existir pluralismo empresarial, el cual debe ser estimulado por el Estado;

que la ley 142 de 1994 dentro de sus objetivos, a mediano plazo, tiene el de estimular la competencia y, a largo plazo, aumentar la cobertura de los servicios públicos; que el artículo 5 de la resolución demandada limitó a tres (3) el número de operadores, de los cuales dos (2) serían nuevos concesionarios de licencias lo que viola el artículo 10 de la ley 142 de 1994, que consagra el derecho a la libertad de entrada y que la restricción del número de operadores sólo sería aceptable desde el punto de vista constitucional y legal, si la forma en que pudiera prestarse el servicio fuera exclusivamente mediante la utilización del espectro electromagnético.

También cuestionó el canon inicial de concesión previsto en los artículos 8 y 9 de la resolución 028 de 1995, impuesto para los nuevos concesionarios, porque lo considera de significativa onerosidad y porque habrá de reflejarse en las tarifas de los usuarios y habrá de alterar las condiciones de competitividad de los nuevos operadores, que se afectarán frente al operador oficial eximido de pagar este canon.

Señaló además que, conforme al artículo 13.1 de la resolución demandada, los concesionarios de licencias, para establecerse como operadores de TPCLD, no pueden tener como objeto la prestación de servicios de TPBCL y TPBCLE o de telefonía móvil celular, lo que atenta contra la libre competencia porque a TELECOM si se le permite comprender y desarrollar en su objeto social, la prestación de todos los servicios de Telecomunicaciones, pues, aunque el artículo 36 de la resolución 028 de 1995 y el artículo 2o. de la resolución 032 de 1996 consagran la separación estructural de TELECOM en la misma fecha prevista para la entrada en operación de los nuevos operadores, son sólo unas normas reglamentarias que no obligan al Congreso de la República a la modificación de decretos legislativos vigentes.

Al respecto la Sala considera:

El actor funda este cargo en que la restricción al número de operadores, el canon inicial de concesión y la dedicación exclusiva al tipo de servicio que se exige a los futuros concesionarios, lesionan el derecho a la libre empresa y alteran la libre competitividad, porque afectan los valores del servicio frente al usuario.

La Sala reitera lo expresado por esta Corporación en anteriores providencias, en las cuales se consideró que la regulación del uso del espectro electromagnético, mediante requisitos relativos al número de concesionarios, al costo de la licencia de concesión y a la limitación de las actividades de los nuevos concesionarios, más que contrariar las normas superiores que regulan la materia, la desarrollan.

La libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de 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.

El ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien 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

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C 333 12 de mayo de 1999, en la que para definir el concepto de libertad económica dijo que:

"...debe ser entendido como la facultad que tienen las personas de realizar actividades de

naturaleza económica, a fin de mantener o incrementar su patrimonio. Sin embargo, las actividades que conforman dicha libertad, están sujetas a las limitaciones impuestas por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P.), y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha establecido con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los diferentes derechos.

Por ende, si bien la libertad de empresa, la libre competencia y la libre iniciativa privada encuentran amparo constitucional, la Carta no se circunscribe a asegurarlas de manera absoluta, sino que pretende igualmente otorgar al Estado y a la comunidad, mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. Por ello, la búsqueda de transparencia, la solidaridad, la interacción de los diferentes agentes y unidades económicas dentro de esquemas que promuevan la prosperidad general, la limitación en el ejercicio del poder monopolístico y del abuso de la posición dominante en el mercado, entre otros, son elementos que permiten limitar la libertad económica y de empresa" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de mayo 12 de 1999. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Y en sentencia C 815 de 2 de agosto de 2001 puntualizó:

"[l]a 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."

De igual manera la Corte, en sentencia C 616 de 13 de junio de 2001, señaló que el Estado, para preservar los valores superiores puede regular cualquier actividad libre "introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia"

La Sección Primera de la Corporación también se ocupó del tema cuando analizó un cargo similar al que ahora se estudia, en sentencia proferida el 14 de julio de 1995, expediente 3072, en la que afirmó que la CRT tiene a su cargo la función de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y de proponer y adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, a cuyo efecto puede establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho de usar las redes de telecomunicaciones.

Dijo respecto de la regulación del número de operadores:

"Por lo demás, la fijación de un número de operadores puede ser una política general de administración y control en procura de la calidad y eficiencia del servicio público de telecomunicaciones e impedir abusos de posición dominante dentro de la competencia de las distintas empresas prestatarias del servicio.

La fijación de un número limitado de concesionarios es, a la luz de lo dispuesto en el literal c) del artículo 74 de la ley 142 de 1994, una función de la Comisión equivalente a establecer un requisito general a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de

larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a usar las redes de Telecomunicaciones del Estado.

El espectro electromagnético es elemento esencial del servicio de telecomunicaciones cuyo uso debe ser regulado habida cuenta de que es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (art. 75 C.N.).

La Corte Constitucional (sentencia T - 081 de 26 de febrero de 1993), ha expresado que, 'las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por parte de los particulares obedecen a que éste es parte del territorio colombiano (art.101 C.N.) y pertenece por lo tanto a la Nación (art. 102 C.N.). Razones de soberanía y seguridad, así como los principios de pluralismo informático, democracia participativa, e igualdad justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De otra parte factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las condiciones óptimas de transmisión y de uso adecuado de este bien público'.

Así mismo la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su artículo 33 al tratar sobre la 'utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios', recomienda a los países miembros limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios y tener en cuenta en la utilización de bandas de frecuencia para las radiocomunicaciones 'que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse en forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo estatuido en el Reglamento de radiocomunicaciones para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países'."

Las anteriores consideraciones fueron reiteradas por esta Sección en las sentencias 11744 y 11856 de 2000, ya reseñadas, en las que se acogió también la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se afirmó que el derecho a la libre competencia económica no es absoluto, ni constituye una barrera infranqueable a la intervención del Estado; que la libertad se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional, por la prevalencia del interés colectivo y por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad; que la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución y que la ley 142 de 1994 reconoce a todas las personas el derecho a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites del bien común (art. 10) en aplicación clara de la libertad de empresa.

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C 815 de 2 de agosto de 2001 en la que al pronunciarse sobre la exequibilidad de literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, regulatoria de la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, dijo:

"El ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones 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.

(...)

El espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la nación (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. De acuerdo con la Constitución, al uso del mismo tienen acceso los particulares, en igualdad de condiciones, en los términos que fije la ley. Sin embargo, es claro que para dicho acceso no se aplican, de manera absoluta, las reglas que gobiernan el sistema de libre iniciativa, en la medida en que, por tratarse de un bien de uso público, la gestión del espectro está sujeta a una especial regulación por el Estado.

(...)

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Para el efecto en el mismo artículo se dispone que, no obstante que pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, o por comunidades organizadas o por particulares, el Estado mantendrá, en todo caso, '...la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.'

Lo anterior comporta que cuando el Estado decide delegar en particulares la prestación de un servicio público, si bien da paso a la concurrencia de éstos en el ámbito de la libertad económica, tiene el deber de intervenir de modo que tal concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público..."

Todo lo anterior resulta suficiente para que la Sala concluya que los actos acusados no son violatorios de las normas constitucionales y legales que consagran el derecho a la libertad de empresa y a la libre competencia.

Se niega el cargo.

3.2 Violación a los principios de igualdad y de neutralidad

La parte actora manifestó que existe desigualdad porque:

- TELECOM, en su doble carácter de operador actual exclusivo del servicio de larga distancia nacional e internacional y operador local en múltiples regiones del país, detenta una posición dominante sobre el resto de futuros competidores.
- Los restantes operadores locales que participen en el proceso de selección de los nuevos operadores, podrían obtener en un momento determinado una situación de privilegio por tener origen el servicio de larga distancia en los usuarios del servicio de telefonía pública básica conmutada local.
- Y el tercer grupo integrado por inversionistas particulares y públicos que, si bien pueden no

contar con los beneficios de los otros dos grupos, seguramente compensarán su aparente debilidad con experiencia, tecnología y recursos financieros"

Al respecto la Sala considera

Los principios de igualdad y de libre competencia, no se vulneraron con el acto acusado, toda vez que éste atendió los propósitos de protección de los usuarios y la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución.

De igual manera se advierte que el acto acusado desarrolla lo dispuesto en el artículo 74.3 de la ley 142 de 1994, que prevé como facultad de la comisión de regulación de telecomunicaciones, entre otras, "a) promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas de mercado", con lo cual se indica claramente que los principios de igualdad y de libre competencia no son absolutos, que pueden limitarse en cumplimiento de los fines de la prestación de los servicios públicos y del deber de regular la posición de las empresas en el mercado.

Además de lo anterior, la Sala en la sentencia 11744 de 2000, al resolver cargos similares a los que hoy se estudian, dijo que los interesados en ser concesionarios están en plano de igualdad y su situación comporta un tratamiento igual para ellos, en tanto que Telecom se encuentra en situación distinta y por ende, por algunos aspectos, recibe trato un trato distinto. Se dijo:

"...los hechos alegados en la demanda no son ciertos; en ningún aparte este artículo fija condiciones para los nuevos concesionarios y en ninguna otra exime a TELECOM de condiciones para estos; sólo refiere a la duración de la concesión.

... al igual que frente a lo dicho respecto del artículo anterior no fija condiciones para los operadores nuevos ni tampoco exime a TELECOM; lo único a que alude es que no se otorgaran más concesiones durante un tiempo determinado, contado a partir del inicio de las operaciones de los nuevos concesionarios. .

...es cierto, como lo aseveró el demandante, que el pago de canon inicial se determinó sólo para los concesionarios **nuevos**, cualificación que implica que TELECOM no tenga que pagarlos, por no ser concesionario nuevo. En consecuencia, de una parte, la norma no exime a TELECOM; el supuesto de pago recae en los **nuevos** concesionarios y, de otra, no hay trato diferencial porque TELECOM aunque es concesionario no es nuevo, es decir no está en la misma situación de los nuevos.

... no fija unas condiciones para los concesionarios nuevos ni tampoco exime a TELECOM; por el contrario fija un canon periódico de concesión para **todos** "los concesionarios"; TELECOM es uno de estos.

... alude a todos los concesionarios para efecto de la protección de la competencia y control de abuso de posición dominante. Sin embargo excluye (num. 4) a la Empresa TELECOM respecto a la prohibición de vincular como socios a los dos operadores locales que sigan en número de líneas en planta interna en el evento de que un socio de TELECOM sea el mayoritario en número de líneas.

Esa exclusión para TELECOM tiene, en criterio de la Sala, una base de razonabilidad de hecho;

TELECOM ya estaba conformada para cuando se dictó la ley 142 de 1994. El legislador no modificó la situación de TELECOM; la ley 142 de 1994 respetó esa conformación y la CRT no tiene competencia para modificar esa situación legal.

(...)

Respecto del Canon inicial de concesión (artículo 5° del acto demandado) la Sala reiterará lo dicho anteriormente: La resolución no eximió a TELECOM del pago del canon inicial de concesión que exigió para "los nuevos concesionarios", porque TELECOM no es nuevo concesionario.

Cuando el concesionario nuevo paga el canon se debe a la diferencia que tiene con TELECOM, que no es nuevo concesionario; ese pago da lugar a acceder por parte de los nuevos concesionarios a libre competencia.

La situación especial de TELECOM tiene su causa en la norma de creación, con fuerza de ley, esto es, el Decreto Ley 1684 de 1947 que lo privilegió como prestador del servicio, por tanto, una norma de menor rango, como es una resolución administrativa del la C.R.T. no podía variar una situación jurídica de origen legal. Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el decreto ley 2.123 de 1992, por el cual se reestructuró a TELECOM en Empresa Industrial y Comercial del Estado, en el cual indicó, nuevamente, el objeto de prestación; y en el artículo 2° del Decreto 2.542 del 16 de octubre de 1997, indicó: que "TELECOM, como operador establecido y legalmente autorizado para prestar el servicio de TPBCLD podrá continuar prestando dicho servicio en las mismas condiciones regulatorias de los nuevos operadores, con excepción del pago de la tarifa inicial, duración de la licencia y las demás que establezca el presente decreto".

¿Por qué se exigió que el objeto social de los nuevos operadores, y no del de TELECOM, debe ser exclusivamente la prestación del servicio de larga distancia (num. 1 art. 7)? El demandante pretende que la CRT debió limitar a TELECOM, al igual que a los nuevos concesionarios, para la prestación exclusiva del servicio de larga distancia. Para la Sala tal situación no es posible, porque fue la ley la que creó a TELECOM y la que le fijó las prestaciones a su cargo (objeto). Por consiguiente la CRT, por otra parte, no tiene competencias para modificar el objeto para el cual la ley creó TELECOM. Cuando la CRT señaló en el acto demandado que el objeto social de los nuevos concesionarios debía ser sólo para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia básica conmutada tuvo su fuente en la competencia para reglamentar la concesión de ese servicio: de larga distancia.

Por consiguiente no se da violación ni a la libre competencia ni a la igualdad. Los nuevos concesionarios y TELECOM compiten libremente y en igualdad de condiciones en los supuestos iguales, del servicio telefonía de larga distancia mencionada. Y no puede haber desigualdad en cuanto a otros servicios que presta TELECOM porque los nuevos concesionarios no están en la misma condición de igualdad que aquel; la condición especial de TELECOM deriva de la ley.

Además de lo anterior cabe tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional sobre el derecho de igualdad y la libre competencia en la sentencia C 815 de 2 de agosto de 2001 ya referida, que si bien refiere al tema desde la perspectiva de la formación de los contratos de concesión, son argumentos igualmente aplicables al proceso de selección de los titulares de una licencia de concesión:

"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.

3.3. Violación de los derechos de Habeas Data y Derechos de autor.

Señaló el actor que el literal d), del artículo 24.14 de la resolución 028 de 1995, asigna a los operadores de TPBCL y TPBCLE la obligación de poner a disposición de todos los operadores, en igualdad de condiciones, la información mínima referente a toda la base de datos de sus usuarios.

Respecto del habeas data, afirmó que la disposición que obliga revelar la base de datos de sus clientes, que se encuentra protegida legalmente, viola los derechos de éstos y puede servir de aliciente a sus competidores para la realización de actos de competencia desleal; que son los suscriptores del servicio telefónico que prestan las Empresas Públicas de Medellín quienes deben autorizar el suministro de la información, pues, de lo contrario, las podrían verse sometidas a indemnizar los perjuicios que ocasionen con la violación a la reserva que le fue impuesta por el titular de los datos.

Indicó que las bases de datos están protegidas y que sus autores tienen la facultad de decidir sobre su divulgación según la decisión Nro. 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Al respecto la Sala considera

La resolución N° 028 de 1995 acusada, en su artículo 24.24, literal d) establece que los operadores de telefonía pública básica conmutada local y local extendida deben poner a disposición de los operadores, en igualdad de condiciones, toda la información mínima de la base de usuarios.

Tal medida tiene por objeto hacer eficiente la operación de los nuevos concesionarios y permitir a los usuarios el acceso a los nuevos servicios.

La Sala advierte que no hay normas legales que restrinjan el acceso de los futuros concesionarios de los servicios de telefonía y que el manejo de las bases de datos se concibió respecto de sujetos que, al ser titulares de la licencia para la prestación de un servicio público, están sometidos a las cargas de legalidad, seguridad y eficiencia propias del ámbito en el cual se obtuvo dicha información.

Con los actos acusados no se violan los principios constitucionales de libertad, finalidad, circulación restringida e individualidad propios de la administración de datos personales, toda vez que la información allí contenida habrá de usarse para la prestación de servicios públicos en beneficio de los propios usuarios.

Tampoco se advierte la violación de las normas que protegen los derechos de autor toda vez que no contradicen las disposiciones que protegen los derechos de los operadores locales sobre sus bases de datos, simplemente se establece el acceso a datos básicos de los usuarios, con el objeto de implementar los nuevos servicios.

Cuarto cargo. Falsa motivación

La parte actora sustentó este cargo en que la parte resolutive de la resolución N° 028 contradice y desatiende las consideraciones contenidas en la parte motiva del acto.

El actor encuentra incoherencia entre las normas constitucionales y legales invocadas como fundamento para la expedición del acto y lo resuelto en el mismo por las siguientes razones:

- En la resolución se omiten los fines esenciales del Estado consagrados en los artículos 10 de la Constitución y 333 de la ley 142 de 1994.
- La ley 142 de 1994 excluyó la titularidad pública estatal respecto de los servicios públicos domiciliarios, entre ellos el servicio de telefonía básica conmutada local.
- La resolución N° 028 confunde la concesión de un bien público, el espectro electromagnético regulado en el artículo 75 de la Carta, con la concesión de un servicio público que no es legalmente concesionable.
- La comisión de regulación desatendió lo dispuesto en el artículo 74, numeral 3, literal d) de la ley 142 de 1994, puesto que en vez de reglamentar el otorgamiento de licencias, reglamentó la concesión de un servicio, mediante un complejo y oneroso sistema de adjudicación del mismo.
- La resolución N° 028 prohija y promueve un monopolio de hecho para Telecom, cuando lo privilegia en condiciones manifiestamente discriminatorias.
- La resolución viola lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 de la ley 142 que faculta a las empresas de servicios públicos para que participen como socias en otras empresas de servicios públicos.
- Se advierte que la limitación del número de concesionarios del servicio se adopta en desarrollo de una política de administración y control que busca la calidad y eficiencia del servicio, no obstante que el texto de la resolución no contiene la manera como se habrá de cumplir este cometido.
- Las normas legales que regulan la creación y funcionamiento de Telecom no legitiman el trato privilegiado que se le dio en la resolución 028 acusada, cuando el artículo 15.6 de la ley 142 sólo consagró la posibilidad de que las empresas estatales prestaran el servicio.
- La disposición que obliga al alquiler de las instalaciones suplementarias no desarrolla lo normado por los artículos 73.22 y 74.3 de la ley 142, referidos en la parte motiva, puesto que las mismas no se requieren para la interconexión. Esas normas tampoco determinan obligaciones sometidas a plazos fijados en forma potestativa por el acreedor, ni tampoco la obligación de entregar la información del mercado de los usuarios.

Al respecto la Sala considera

Lo expuesto para desatar los anteriores cargos de nulidad de los actos acusados, son suficientes

para concluir que no se presenta la falsa motivación que alegó el demandante, toda vez que, como se indicó:

. La CRT tenía competencia para regular la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético, a cuyo efecto atendió lo dispuesto en el artículo 74, numeral 3, literal d) de la ley 142 de 1994.

. Las telecomunicaciones son un servicio público, inherente a la finalidad social del Estado, que puede ser prestado directa o indirectamente por él, o por particulares sometidos a la regulación, control y vigilancia del Estado.

. Por tratarse de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien de uso público, como lo es el espectro electromagnético, su regulación puede comportar limitaciones o restricciones a cualquier actividad económica.

. La resolución N° 028 no promueve un monopolio de hecho por Telecom, acata disposiciones legales que le otorgan facultades y funciones como operador de servicios de telecomunicaciones.

Se tiene así que el demandante no probó la disparidad entre los motivos del acto y los fines legítimos perseguidos con su expedición.

No prospera el cargo.

D. Las pretensiones contra la resolución 032

La Sala precisa finalmente que los cargos de la demanda se formularon en consideración al contenido de la resolución N° 028 de 1995, no obstante haberse demandado la nulidad de la resolución N° 32 del mismo año, que simplemente modificó algunos de los plazos dispuestos para el desarrollo de los procedimientos tendientes a la concesión de las licencias.

Fue por ello que el análisis de los conceptos de violación se circunscribieron al contenido de la referida resolución N° 028.

E. La decisión

Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la legalidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la resolución N° 028 de 1995, en consideración a que los mismos fueron anulados mediante sentencia ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada.

De igual manera, se negarán las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se desvirtuó la presunción de legalidad de que gozan los actos acusados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A

Primero. ESTESE a lo resuelto en la sentencia proferida el 25 de septiembre de 1997, expediente N° 11857, que declaró la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la resolución 028 de 1995 proferida la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Segundo. NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Tercero. Sin costas.

CÓPIESE y NOTIFIQUESE

Ruth Stella Correa Palacio

Presidente

María Elena Giraldo Gómez Alier Hernández Enríquez

Germán Rodríguez Villamizar Ramiro Saavedra Becerra



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 5 de diciembre de 2023 - (Diario Oficial No. 52.582 - 17 de noviembre de 2023)



MINTIC