

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Contenido y alcance / REGULACIÓN EN MATERIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES – Competencias / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

Corresponde a la Sala determinar si los artículo 2º, 3º, 10º, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007, y sus modificatorios, vulneran normas de superior jerarquía por haber sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse: i) por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria [...] [L]a Sala estima pertinente advertir es que, contrario a lo expuesto en la demanda, el Decreto 2870 de 2007, expresamente señala las normas que le otorgan competencia al Presidente de la República para el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia de servicios y redes en materia de telecomunicaciones. En efecto, el decreto indica que se expide en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, especialmente aquellas que le confieren los «artículos 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 72 de 1989 y el Decreto-ley 1900 de 1990». En las leyes citadas, se puede establecer que corresponde al Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación y control de los servicios de dicho sector de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 72 de 1989. El artículo 11 de la misma ley, confiere la facultad al Ministerio de Comunicaciones de establecer políticas de normalización, adquisición de equipos y soportes lógicos de telecomunicaciones acordes con los avances tecnológicos, «para garantizar la interconexión de las redes y el interfuncionamiento de los servicios de telecomunicaciones». Por su parte, el Decreto Ley 1900 de 1990, en su artículo 5º, reproduce la disposición del artículo 1º de la Ley 72 de 1989, respecto de la competencia del Gobierno Nacional asociada al ejercicio de las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, a través del Ministerio de Comunicaciones. En el artículo 6º ibídem se establece que el Gobierno Nacional deberá promover «la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización». En el artículo 12 del citado decreto ley, se establecen los lineamientos que deberá tener el Gobierno Nacional para expedir la reglamentación relacionada sobre redes y servicios de telecomunicaciones, [...] De acuerdo con lo referido, el Presidente de la República, a primera vista, contaba con facultades para reglamentar las redes y servicios de telecomunicaciones, con base en la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Respecto a la obligación de realizar oferta mayorista y de la desagregación de los elementos de red para los operadores con posición de dominio en el mercado relevante / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

[E]videncia la Sala que los artículos 2º, 10º y 13º del Decreto 2870 de 2007 establecen medidas de intervención en el mercado de los servicios públicos con miras a garantizar los principios consagrados en las normas referidas, esto es, la prestación eficiente y continua del servicio, la interconexión en condiciones de la

transparencia y sin discriminación o imposición de condiciones discriminatorias o con abuso de la posición de dominio. Todo lo anterior, con el propósito de garantizar la libre competencia y la transparencia en el mercado. En ese orden de ideas, la Sala establece que, contrario a lo indicado por la parte actora, los artículos 2°, 10° y 13° del Decreto 2870 de 2007, se ajustan a las normas vigentes y desarrollan los principios y criterios de las normas de rango legal que rigen las telecomunicaciones. Por tanto, el Presidente de la República contaba con plenas facultades para consagrar, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, las medidas ahí contenidas. Las cuales, como se estableció, cuentan con respaldo en las leyes vigentes sobre servicios públicos de telecomunicaciones. En esa medida, según la normativa citada, la oferta mayorista y la desagregación de redes son instrumentos regulatorios que buscan garantizar la eficiencia y la libre competencia para la prestación de estos servicios públicos a costos razonables para impulsar el mercado de forma transparente. Además, la Sala considera que, con estas medidas, la comercialización en el sector de las telecomunicaciones permite que se transforme el surtido de productos, servicios o proveedores de acuerdo con lo que los usuarios soliciten, lo que contribuye con la oferta y la demanda. Además, porque los descuentos a nivel mayorista y la desagregación de red permiten a los diferentes niveles de comercialización obtener un beneficio en su estructura de costos. Por ende, en concordancia con los principios del trato no discriminatorio y de transparencia, los operadores que tienen una posición dominante en el mercado deben admitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, para evitar usar componentes innecesarios y se cobre solo por aquellos que efectivamente se usan para la prestación del servicio. A lo cual se agrega que con la materialización de la oferta mayorista se posibilita a las empresas adquirir al por mayor sus servicios y así facilitar su participación en el mercado. De manera que cuando se hace referencia a la oferta mayorista y la desagregación de red en los artículos demandados, lo que el decreto pretende es cumplir con lo establecido en la Constitución y la ley dándole alcance y cumplimiento a los principios de eficiencia, libre iniciativa, competencia, igualdad de condiciones en el acceso y uso de los servicios. Así mismo para contribuir con el desarrollo del mercado de telecomunicaciones y su corrección. Por lo tanto, la Sala concluye que el concepto de oferta mayorista y el de desagregación de red cumplen con los criterios de competencia y necesidad para que el Presidente de la República ejerciera su potestad reglamentaria, sobre este asunto. En consecuencia, se despachará desfavorablemente este cargo.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Para imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de permitir el uso y acceso de sus redes a operadores y proveedores de contenidos y aplicaciones / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

[L]a Sala habrá de reiterar lo manifestado en el acápite precedente de esta providencia, en el que se señaló que existe una obligación legal de todos los operadores de telecomunicaciones de permitir la interconexión, acceso y uso de sus redes a otros operadores de telecomunicaciones y a los usuarios. En ese sentido, los artículos 11 de la Ley 142 de 1994 y 14 de la Ley 555 de 2000, establecen el deber a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones de facilitar siempre el acceso e interconexión a otras empresas que prestan servicios públicos. En la misma línea, el inciso 3° del artículo 28 en la Ley 142 de 1994 establece que es posible exigir la interconexión de redes para proteger al

usuario, garantizar la calidad del servicio y promover la competencia. Por su parte, el artículo 25 del Decreto Ley 1900 de 1990 establece el deber del Gobierno Nacional, de acuerdo con los planes y políticas establecidos, de procurar por «la expansión, modernización, y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, para permitir el acceso y uso de la misma, conforme lo determinado en el presente Decreto, los tratados y convenios internacionales y los reglamentos de los servicios y actividades». En atención a lo dispuesto en los artículos 12 y 25 del Decreto 1900 de 1990, para la reglamentación de redes y servicios de telecomunicaciones el Gobierno Nacional deberá tener en consideración las recomendaciones de la UIT. [...] De lo anterior, se puede concluir que para que se logre el intercambio de mensajes se requiere de los niveles 1 a 4, los cuales constituyen funciones de procesos de telecomunicaciones, mientras que las capas 5, 6 y 7 consisten en procesos de información y adaptación de contenidos, creados por la informática. La UIT hizo más notoria la diferencia entre telecomunicaciones y aplicaciones en la recomendación Y.2001 (12/2004) en la que analizó que debían existir redes que fueran capaces de soportar múltiples servicios, resaltando que dichos servicios debían ser independientes de las tecnologías que se usaran para su transporte. En esa oportunidad denominó las mencionadas redes como Redes de Próxima Generación, NGN por sus siglas en inglés (Next Generation Networking), cuyo objeto es asegurar que los elementos de interoperabilidad y las capacidades de red deben soportar diversas aplicaciones, considerando que se tiene que distinguir entre transporte, servicios y aplicaciones. En la misma línea, ha de recordarse que el artículo 24 del Decreto Ley 1900 de 1990, le otorga competencias al Ministerio de Comunicaciones para formular y dictar los reglamentos de normalización, homologación y adquisición de equipos y soporte lógico de telecomunicaciones, «acordes con los avances tecnológicos, que aseguren la interconexión de las redes y el funcionamiento armónico de los servicios de telecomunicaciones». Por lo tanto, resulta necesario que, en garantía de la debida prestación del servicio, exista una efectiva interoperatividad de las redes y de los sistemas para que sea posible el intercambio de información entre los usuarios. Ahora, la Ley 72 de 1989, en su artículo 2°, es clara en definir las telecomunicaciones como la transmisión, emisión o recepción de información, y señala que las mismas tienen como objeto el desarrollo económico, social y político del país, de manera que, llevan consigo una obligación social de aportar al desarrollo tecnológico. Uno de esos aportes es permitir el acceso a proveedores de aplicaciones y contenidos a las redes de telecomunicaciones, toda vez que su funcionalidad depende de los servicios de telecomunicaciones. En el mismo sentido, el artículo 47 del Decreto 1900 de 1990 establece que los operadores de servicios que se requieran como soporte para la conducción de otros servicios, no podrán negarse a su prestación, a menos que medie justa causa comprobada. Las disposiciones aludidas guardan consonancia con el artículo 6° del Decreto ibídem, que exige del Estado la garantía del pluralismo en la difusión de información y la presentación de opiniones, como derecho fundamental de la persona, y para ello tiene que garantizar el libre uso de los servicios de telecomunicaciones. En esa línea, las medidas que se adopten deberán tender a asegurar la dinámica de las diferentes formas de prestar servicios de comunicaciones, garantizando la interconexión, acceso y uso de redes. Por lo tanto, si bien los servicios de aplicaciones y proveedores de contenidos difieren de los servicios de telecomunicaciones, no debe dejarse de lado que las aplicaciones dependen de las telecomunicaciones para poder operar y es por ello que se debe asegurar que aquellas tengan acceso a las redes de telecomunicaciones. Lo contrario conduciría a que se presentaran obstáculos en el intercambio de información y en el desarrollo de la tecnología, así como al desconocimiento de los principios y criterios establecidos en la Constitución y las leyes sobre redes y servicios de telecomunicaciones. La exigencia de acceso y

uso de las redes de telecomunicaciones a los proveedores de aplicaciones y contenidos, contrario a lo manifestado por la actora, encuentra su justificación en la garantía que prevén la Constitución y las leyes sobre el derecho a la información y al acceso a los servicios públicos en condiciones de igualdad. En consecuencia, la Sala considera que el cargo presentado respecto de la legalidad del artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 no está llamado a prosperar, por cuanto el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República encuentra su respaldo en la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 142 de 1994 y las recomendaciones de la UIT, que exigen del Estado adoptar los mecanismos necesarios para garantizar la interconexión entre sistemas, eliminación de obstáculos que dificulten el intercambio de información y la debida prestación del servicio.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Respecto a la modificación de las condiciones y formas de entrada al mercado de servicios de telecomunicaciones / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

[E]videncia la Sala que, a diferencia de la interpretación de la demandante, el efecto del artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 es permitir que se logre la igualdad de condiciones de acceso a las redes existentes y se permita el desarrollo tecnológico y el pleno ejercicio del derecho a la información de los usuarios. A esa conclusión se arriba previa interpretación y aplicación armónica de las normas vigentes en el sector de las telecomunicaciones, que señalan que deben tomarse las medidas necesarias para garantizar los principios y derechos referidos y que, para ostentar la calidad de operadores, deberán obtener el título habilitante correspondiente al servicio de telecomunicaciones que prestarán.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Respecto a la reclasificación de los servicios de telecomunicaciones al ampliar los servicios de valor agregado la posibilidad de enviar señales de voz / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

[C]ontrario a lo manifestado por la parte actora, el artículo controvertido [artículo 19 del Decreto 2870 de 2007) está aclarando que en ningún caso los servicios de telecomunicaciones podrán ser clasificados ni regirse por las disposiciones consagradas para los de valor agregado cuando éstos no se puedan diferenciar de los básicos en los que se soportan. Por tanto, si un servicio de telecomunicaciones que transporte señales de voz del que no pueda reputarse una diferencia frente al servicio básico en el que se soporta, no podrá considerarse como de valor agregado. La diferencia ha de reflejarse en las facilidades que agregue al servicio básico que lo soporta o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. En ese orden de ideas, al demostrarse con la mera comparación del texto del artículo demandado con el contenido del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990, sin necesidad de hacer un ejercicio de interpretación armónica con las normas vigentes, se puede determinar que no existe sustento para el argumento expuesto por la parte actora relativo a la modificación en la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, a través del artículo 19 del

Decreto 2870 de 2007. Se evidencia, entonces, que el criterio de la actora se soporta en una interpretación equivocada del contenido literal del mismo.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Atribución de facultades de regulación a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – No se configura

[L]a CRT ostenta facultades legales para regular la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones en general, para lo cual puede adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, regular los monopolios, promover la competencia, garantizar la interconexión, reglamentar redes y servicios de telecomunicaciones. También deberá establecer los requisitos generales a que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión. Así las cosas, es claro para la Sala que las atribuciones señaladas en el Decreto 2870 de 2007 son propias de la CRT como ente regulador de las telecomunicaciones. En esa medida, no se están creando por parte del Presidente de la República competencias nuevas para el regulador. En efecto, la CRT cuenta con la competencia en materia de regulación los servicios de telecomunicaciones para definir los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes y la existencia de posición dominante en esos mercados (artículo 10° decreto 2870 de 2007, modificado por el artículo 2° del Decreto 147 de 2008 y el artículo 1° del Decreto 945 de 2008, en cuanto al término que tenía la comisión para definir criterios y condiciones al respecto). Cabe recordar que la posición de dominio se predica de un agente dentro de un mercado específico o relevante. Y, como quiera que de esa posición de dominio se derivan obligaciones, habrán de fijarse los criterios con base en los cuales la autoridad de regulación del servicio de telecomunicaciones va a establecer que alguna empresa ostenta tal condición. De la misma manera, la CRT está facultada para expedir la regulación en materia de redes, incluido el acceso y uso de estas (artículo 12 decreto ibídem), facultades que desarrollan los principios de garantía de la interconexión y de interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones de la Ley 72 de 1989 y del Decreto 1900 de 1990. También tiene plenas facultades la CRT para establecer condiciones técnicas y económicas que garanticen la prestación de los servicios, la remuneración de costos eficientes de la infraestructura (artículo 13 del decreto 2870, modificado por el artículo 3° del Decreto 147 de 2008 y el artículo 2° del Decreto 945 de 2008, en cuanto al término que tenía la comisión para definir criterios y condiciones al respecto). Del artículo 18 del Decreto 2870 de 2007 se observa que la facultad otorgada a la CRT para regular todo el marco de redes y servicios estuviera, conforme con el ambiente de convergencia tecnológica en un término inicial de 6 meses, término ampliado hasta el 31 de julio de 2009, según lo dispuso el artículo 3° del Decreto 945 de 2008, también fue una facultad legítima, porque como lo señala el mismo artículo, esta se orienta a «una regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia». Así las cosas, la Sala concluye que el Presidente de la República no desbordó la facultad reglamentaria

al señalar que la CRT debía regular los aspectos relativos a la determinación de mercados relevantes y posición dominante, sobre el uso y acceso a las redes.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA Y A LA LIBRE COMPETENCIA – No vulneración

Corresponde a la Sala determinar si los artículo 2º, 3º, 10º, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007, y sus modificatorios, vulneran normas de superior jerarquía por haber sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse: [...] ii) violación al derecho a la libertad económica y a la libre competencia; [...] [E]videncia la Sala que los artículos 2º, 10º, 13º y 19º del Decreto 2870 de 2007 establecen medidas de intervención en el mercado de los servicios públicos con miras a garantizar los principios consagrados en las normas referidas, esto es, la prestación eficiente y continua del servicio, la interconexión en condiciones de la transparencia y sin discriminación o imposición de condiciones discriminatorias o con abuso de la posición de dominio. Todo lo anterior, con el propósito de garantizar la libre competencia y la transparencia en el mercado. En consecuencia, la Sala determina que, contrario a lo indicado por la parte actora, los artículos demandados del Decreto 2870 de 2007, se ajustan a las normas vigentes y desarrollan los principios y criterios de las normas de rango legal que rigen las telecomunicaciones y, por tanto, constituyen medidas legítimas de intervención del Estado en la economía, sin que se vean vulnerados los derechos a la libertad económica y a la propiedad.

DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del Decreto 2870 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – Diferencias. Sistemas para su prestación / TÍTULO HABILITANTE CONVERGENTE – Excepciones / TRUNKING DERECHO A LA IGUALDAD – No vulneración

Corresponde a la Sala determinar si los artículo 2º, 3º, 10º, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007, y sus modificatorios, vulneran normas de superior jerarquía por haber sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse: [...] iv) por desconocimiento del derecho a la igualdad. [...] Con miras a resolver el cargo, la Sala encuentra necesario hacer referencia al artículo 13 de la Constitución Política, en tanto lo alegado por la actora tiene relación con un trato aparentemente discriminatorio de los artículos referidos al excluir de las excepciones al servicio de trunking. [...] Frente a la diferencia que existe entre los servicios de TMC, PCS y aquellos que utilizan sistema de acceso troncalizado, en la sentencia del Consejo de Estado de 2005 la cual estudió la legalidad del Decreto 2343 de 1996, se resaltó que, en el mercado de las telecomunicaciones móviles terrestres, no hay un servicio de telecomunicaciones que se preste sin un sistema. En ese sentido, la providencia consideró que si bien los servicios de TMC, PCS y los servicios que se prestan a través de sistemas de acceso troncalizado, son servicios básicos de teleservicios, se diferencian por el sistema por el cual son prestados. De ahí que hubiere aclarado que los dos primeros estén reglamentados de manera especial y requieran de un título habilitante específico, y aquellos que utilizan el sistema trunking requiera de una autorización conforme al artículo 8º de la Ley 72 de 1989. [...] Así mismo, explicó que no podía entenderse que el sistema de acceso troncalizado o trunking como un servicio o una actividad de telecomunicaciones, dado que el Decreto 2343 de 1996 siempre se refirió a este como un sistema, solo que reglamentó los servicios y actividades de

telecomunicaciones ya existentes que escogieran utilizarlo para la prestación de los mismos. En otras palabras, el trunking no es una modalidad de servicio, sino una modalidad que ofrece tecnología para llevar a cabo una comunicación, de ahí que puede ser usado para otros fines. [...] La Sala prohíja el criterio contenido en la providencia citada, en el sentido de establecer no es dable comparar o igualar a los operadores de los servicios de telecomunicaciones de TMC y PCS con los operadores de otros servicios de telecomunicaciones que usan el sistema trunking. Lo anterior encuentra respaldo en que entre unos y otros existen diferencias técnicas para su prestación, y también se distinguen en que a los primeros se les otorgan títulos habilitantes específicos, mientras que a los segundos se les otorgan autorizaciones, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 72 de 1989 y el artículo 18 del Decreto 2343 de 1996. En esa misma línea, esta Sección, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, al analizar la legalidad del Decreto 4239 de 2004, señaló que, de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 2343 de 1996, no se pueden equiparar las concesiones otorgadas a los servicios de TMC y PCS con las de los operadores de servicios que utilizan el sistema de trunking porque difieren en tecnología, mercado, cobertura y capacidad. [...] Finalmente, cabe poner de relieve que en esa misma oportunidad esta Sección consideró que no se podía predicar la violación al derecho a la igualdad de los operadores de TMC y PCS frente a los operadores trunking, dado que aquellos fueron habilitados desde el año 1993 y 2000, respectivamente, mientras que los operadores trunking que apenas vinieron a hacer efectivo el derecho a la interconexión de sus redes a finales del año 2007, pese a que se había reconocido este derecho en el artículo 14 de la Ley 555 de 2000, reglamentado por el Decreto 4239 de 2004. En consecuencia, siendo servicios distintos los de TMC y PCS frente a los de que utilizan servicios de acceso troncalizado, no encuentra la Sala sustento para que se pueda predicar que ameritan un trato igual si sus circunstancias fácticas son disímiles.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 367 / LEY 142 DE 1994 / LEY 72 DE 1989 / DECRETO LEY 1900 DE 1990

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 2 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 3 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 10 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 12 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 13 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 18 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 19 (No anulado) / DECRETO 2870 DE 2007 (31 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 20 (No anulado) / DECRETO 147 DE 2008 (23 de enero) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 2 (No anulado) / DECRETO 147 DE 2008 (23 de enero) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 3 (No anulado) / DECRETO 945 DE 2008 (30 de marzo) GOBIERNO NACIONAL (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00159-00

Actor: JULIANA SANTOS PRADA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Tema: Potestad reglamentaria del Presidente de la República está sujeta al marco legal - Políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos, funciones de inspección y vigilancia y de intervención económica deberán sujetarse a lo determinado por el legislador

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide en única instancia la demanda de nulidad promovida por la señora **Juliana Santos Prada**, quien solicita la nulidad de los artículos 2°, 3°, 10°, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007¹; de los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 23 de enero de 2008², y de la totalidad del Decreto 945 de 2008³, actos administrativos expedidos por el Presidente de la República y por el titular del Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -en adelante MINTIC-, y que modificaron los artículos 10°, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007.

I-. ANTECEDENTES

I.1. La demanda⁴

1. En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la ciudadana **Juliana Santos Prada** demandó a la **MINTIC** con miras a obtener la siguiente declaración:

¹“Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones” Folios 2 a 4 cuaderno principal 1.

² “Por el cual se modifican el numeral 6 del artículo 6°, y los artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007”

³ “Por el cual se modifican los artículos 10, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007.”

⁴ Folios 5 a 117 y folios 121 a 234 cuaderno principal 1.

[...] Que se declare la nulidad de los artículos 2, 3, 10, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 del 31 de julio de 2007 “por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones”; de los artículos 2 y 3 del decreto 147 del 23 de enero de 2008, “Por el cual se modifican el numeral 6° del artículo 6, y los artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007; y el decreto 945 de 2008, “Por el cual se modifican los artículos 10, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007

*Subsidiariamente, en caso de no prosperar la nulidad de los artículos aquí señalados, se declare la nulidad parcial de los apartes o artículos que estén viciados de ilegalidad. [...]*⁵

I.2. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.2.1.- Normas violadas

La demandante enunció la violación de las normas superiores y legales así:

- Artículo 6°, 13, 58, artículos 121, 123, y numerales 7°, 21 y 23 del artículo 150; numeral 11 del artículo 189, y artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política.
- Artículos 1°, 2°, 5, 7, 14 de la Ley 72 de 1989
- Artículos 1°, 3°, 7° y 8° de la Ley 37 de 1993.
- Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Artículos 1°, numeral 6°; artículo 11; numerales 26 y 27 del artículo 14, y artículo 74 de la Ley 142 de 1994.
- Ley 252 de 1995.
- Artículos 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 14 de la Ley 555 de 2000.
- Artículo 27 de la Ley 1150 de 2007
- Artículos 2°, 4°, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 40, 41 y 64 del Decreto 1900 de 1990.
- Artículo 4° del Decreto 741 de 1993.
- Artículo 1°, 2°, 18 y 35 del Decreto 2343 de 1996.

⁵ Folio 122 cuaderno principal 1.

I.2.2.- El concepto de violación

2. La parte actora consideró que los actos administrativos acusados fueron expedidos con violación a las normas procesales y sustanciales en que debería fundarse. Para ello, en resumen, formuló los siguientes reproches:

- i) Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la Republica frente a los servicios públicos de telecomunicaciones.
- ii) Violación del derecho a la libertad económica.
- iii) Violación al derecho a la libre competencia en los mercados.
- iv) Vulneración del derecho a la propiedad.
- v) Vulneración al derecho a la igualdad.

I.2.2.1. Exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República frente a los servicios públicos de telecomunicaciones.

I.2.2.1.1. La regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es de competencia del Legislador

3. La actora señaló que de acuerdo con los artículos **150, 333, 334 y 365 de la Constitución Política** existe una reserva legal en materia de servicios públicos que impide que órganos diferentes al legislador establezcan el régimen especial al cual se someterán. Respaldó su afirmación citando apartes de la sentencia C-150 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, en la que se explicó que debido a que la estructura de la prestación de los servicios se encuentra en zona de reserva legal, la misma solo puede ser derogada o modificada mediante normas de este rango.

4. La demandante puso de presente que la regulación de servicios públicos es una forma de intervención del Estado en la economía que tiene reserva legal, en tanto la intervención del Gobierno Nacional se hará con sujeción a la ley. Hizo alusión a la distribución de competencias en esa materia entre el Legislativo y el Ejecutivo, aduciendo que la intervención de este último estaba condicionada a una autorización legal previa que lo habilite. Para ello, refirió el contenido de los

artículos 2^o y 3^o de la Ley 142 de 1994, normas de las cuales deduce que la intervención del Ejecutivo en la economía solo puede hacerse con base en los criterios, para los propósitos en ella establecidos y a través de los instrumentos indicados por el legislador.

5. La parte actora sostuvo que los artículos 10^o, 12, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007, así como los artículos 2^o y 3^o del Decreto 147 de 23 de enero de 2008 y el Decreto 945 de 2008 son ilegales, por adoptar, en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria, medidas de intervención en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, así como la convergencia de redes y servicios, sin tener un sustento legal. Alegó la parte demandante que, en el acto administrativo demandado, el Gobierno Nacional omitió citar las leyes en las que se sustentan las competencias para su expedición y atribuyó funciones al Ministerio de Comunicaciones y a la CRT, con lo cual se vulneró la Constitución y la ley.

6. Refirió que el **artículo 10^o** del Decreto 2870 de 2007 creó una nueva modalidad de prestación de servicios a través de la obligación de realizar una oferta mayorista y, además, atribuyó funciones a la CRT para que definiera los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes y para establecer la existencia de posición dominante en dichos mercados, dentro de los 6 meses de la expedición del decreto *ibídem*, término que fue ampliado primero por 10 meses y luego, hasta el 28 de febrero de 2009, por el artículo 2^o del Decreto 147 de 2008 y por el artículo 1^o del Decreto 945 de 2008. Adicionalmente, le confirió a la CRT la potestad de intervenir para hacer efectiva la oferta mayorista en el evento en que no se logre un acuerdo entre las partes. Estimó que dichas funciones son de competencia exclusiva del legislador.

7. La misma circunstancia se presenta frente al contenido del **artículo 12** del Decreto 2870 de 2007, norma que previó que la CRT expediría la regulación de carácter general y particular en materia de redes, acceso y uso de estas. Igualmente, creó la obligación para los operadores de telecomunicaciones de

⁶ “ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: [...]”

⁷ “ARTÍCULO 3o. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: [...]”

ofrecer y permitir el uso de sus redes a otros operadores y proveedores de contenidos y aplicaciones. Anotó que ninguno de tales asuntos puede ser atribuido como facultad regulatoria de la CRT, en tanto son materias reservadas al legislador.

8. La parte actora adujo idéntico argumento frente al **artículo 13** del decreto demandado, norma que impone la obligación a los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, para lo cual la CRT contaba con 6 meses desde la expedición del decreto 2870 para definir los criterios y las condiciones sobre este asunto, término que fue ampliado hasta por 8 meses para determinar mercados relevantes y por 10 meses para identificar la existencia de posición dominante en los mercados, según el artículo 3° del Decreto 147 de 2008 y, finalmente, fue prorrogado hasta el 28 de febrero de 2009 por el artículo 2° del Decreto 945 de 2008.

9. En la misma línea, criticó el contenido del **artículo 18** del decreto 2870, norma que estableció que la CRT debía adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones para que se oriente a una regulación de mercados relevantes⁸, para lo cual, la comisión contaba con 6 meses desde la entrada en vigencia del decreto *ibídem*, luego este término fue ampliado hasta el 31 de julio de 2009, por el artículo 3° del Decreto 945 de 2008.

10. Por lo anterior, señaló que las normas demandadas son contrarias al concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el que la Constitución Política ha establecido la reserva de ley en la fijación de los principales aspectos del servicio público en los que mínimo deben señalarse: i) las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientaran la regulación para alcanzarlas; ii) las prestaciones o derechos que busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación, y iii) las reglas a las que se sujeta el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada.

11. Señaló que su argumento encuentra respaldo en los artículos 6°, 121 y 150 de la Constitución Política que atribuyen al Congreso de la República la potestad de

⁸ Según el artículo 18, la CRT para regular debía tener como parámetros, las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información, de acuerdo con las recomendaciones de la UIT

crear y establecer las funciones de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público. También se sustenta en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política que determinaron que las formas de intervención del Estado en la economía, entre ellas, la regulación de los servicios públicos, se ejercerán previa la existencia de una ley que lo autorice y que determine los criterios y las condiciones de tiempo, modo y lugar para dicho ejercicio.

12. En ese mismo sentido, se refirió al artículo 365 superior, norma que atribuye a la ley la fijación del régimen especial de los servicios públicos, por lo que reiteró que la potestad reglamentaria solo puede ejercerse para efectos de fijar las condiciones para la efectiva aplicación de lo establecido en la ley.

13. Indicó que, por lo tanto, el ejercicio de la potestad reglamentaria no puede establecer nuevas disposiciones, requisitos o formalidades diferentes de los contemplados en la ley, ni modificar la norma reglamentada, extendiendo o restringiendo su alcance, creando así una nueva no contenida en aquella. Adujo que el Decreto 2870 de 2007 no encuentra respaldo en las leyes 72 de 1989, 37 de 1993 ó 555 de 2000 ni en el Decreto Ley 1900 de 1990. Expresó, además, que el decreto demandado tampoco era necesario para la implementación de las disposiciones contenidas en ninguna de las normas mencionadas.

14. Agregó que, en esa medida, el Presidente de la República expidió el Decreto 2870 de 2007 con exceso de la potestad reglamentaria, al establecer, vía reglamento, las condiciones y formas de entrada al mercado. Adicionalmente, incurrió en la misma irregularidad, por haber modificado la clasificación de los servicios de telecomunicaciones e incluir la imposición a los operadores de servicios de telecomunicaciones de obligaciones de interconexión con personas que la ley no ha autorizado para la prestación de ese tipo de servicios, como lo son los proveedores de contenidos y aplicaciones informáticas.

15. Como sustento de ello, trajo a colación la sentencia de 29 de mayo de 1985⁹ de la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se determinó que la potestad reglamentaria no puede establecer nuevas disposiciones, requisitos o formalidades distintas a las contempladas en la ley. Manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, ha de considerarse que, por medio de decreto

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 29 de mayo de 1985. Expediente: 4371. Consejero Ponente: Samuel Buitrago Hurtado.

reglamentario, no se puede extender o restringir el alcance de lo dispuesto en la ley, o crear una situación nueva no contenida en ella, y tampoco podrá, so pretexto de reglamentarla, contradecir la finalidad perseguida por el Legislador.

16. Señaló que el decreto demandado no solo crea y desarrolla materias no previstas en la ley, sino que, además, contraría preceptos básicos del ordenamiento. Explicó que la convergencia es una realidad tecnológica que, sin embargo, no ha sido habilitada por ninguna ley vigente y, en tal medida, no puede el Ejecutivo instaurarla y darle viabilidad a través de un reglamento. Puso de presente que tal circunstancia implica abrogarse competencias propias del legislador, al modificar las normas de rango legal vigentes para adoptar la convergencia.

17. Precisó que, si la ley vigente era un obstáculo para la convergencia, no puede acudir al reglamento para eliminar tales obstáculos, so pena de ir en contravía de la ley e invadir la zona de reserva legal. Anotó que no es posible considerar que un régimen legal no se adecúa a las realidades actuales y pretender cambiarlo por reglamento.

I.2.2.1.2. De la reclasificación de los servicios de telecomunicaciones¹⁰

18. La parte actora, en la misma línea del numeral precedente, consideró que el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 está viciado de nulidad, en tanto da un alcance diferente al concepto de servicio de valor agregado, desconociendo el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, la Ley 252 de 1995¹¹, el artículo 1° de la Ley 37 de 1993, el numeral 26 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, los artículos 12, 27, 28, 31 y 64 del Decreto Ley 1900 de 1990 y el artículo 4° del Decreto 741 de 1993¹².

19. Recordó que el artículo 27 del Decreto Ley 1900 de 1990 estableció una definición de las diversas formas de prestación de servicios de telecomunicaciones, las cuales giran en función de las capacidades de

¹⁰ Folios 188 a 195 cuaderno principal 1.

¹¹ "Por medio de la cual se aprueban la "Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", el "Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", el Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias relacionadas con la constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el "Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones" y los Reglamentos Administrativos, adoptados en Ginebra el 22 de diciembre de 1992"

¹² Folios 188 a 195 cuaderno principal 1.

comunicación, tipo de transmisión, facilidades en la telecomunicación o necesidades específicas que provean los diferentes servicios. De dicha definición surge la clasificación en servicios básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

20. Refirió que, con desconocimiento de la clasificación legal referida, el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 modificó el régimen legal de las telecomunicaciones en Colombia, al pretender que un servicio de valor agregado no se catalogue como tal por estar soportado en otros servicios de telecomunicaciones de los cuales pueda diferenciarse, sino que el criterio de diferenciación radique en que no cuentan con red propia. Arguyó que, con ello, se está modificando la clasificación que establecieron la Ley 37 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990.

21. Explicó que el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007, al ampliar para los servicios de valor agregado la posibilidad de enviar señales de voz a través de las redes de telecomunicaciones del Estado, entra en abierta contradicción con las definiciones establecidas en el artículo 28 del Decreto Ley 1900 de 1990 y de la Ley 252 de 1995.

22. Indicó que, de esa manera, el artículo demandado oculta su verdadero alcance, dado que cataloga el intercambio de información por medio de la palabra a través de voz, como un servicio de valor agregado, cuando la ley ha definido que dicho tipo de comunicación constituye telefonía (servicio básico). En ese orden de ideas, el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 reclasifica los servicios de telecomunicaciones al catalogar el servicio de valor agregado como un servicio básico de la subcategoría de los teleservicios, pero conservando las condiciones de prestación y el régimen jurídico del primero.

23. Arguyó que, por tanto, el artículo 19 demandado destruye el régimen legal en materia de telecomunicaciones al redefinir el servicio de valor agregado y autorizarlo a transmitir cualquier tipo de telecomunicación como video, audio, voz, texto y otras, teniendo como único criterio de diferenciación que se soporte en redes de otros servicios. Dicha definición necesariamente deviene en que todos los servicios, sin importar la información que transmitan, y al margen de las facilidades de telecomunicación que provean y de las necesidades de telecomunicación que satisfagan, constituyen servicios de valor agregado. Lo

anterior, por cuanto todos los servicios de telecomunicaciones hacen uso de alguna red para la prestación del servicio al público.

24. Observó que, de acuerdo con los artículos 12 y 64 del Decreto Ley 1900 de 1990, los servicios básicos son suministrados generalmente por una red de telecomunicaciones y son la base sobre la que se pueden prestar servicios suplementarios. Por lo tanto, hay una relación entre el servicio básico y la capacidad básica de la red que lo provee, así que una telecomunicación que agregue prestaciones funcionales al servicio básico necesariamente debe ser considerada como de valor agregado.

25. Preciso que, en ese sentido, un servicio básico, como el de telefonía, tiene como elemento esencial, según la Ley 252 de 1995¹³, el intercambio de información por medio de la palabra, la cual permite el intercambio de información a través de señales de voz originadas por los usuarios del servicio. En tal sentido, si las señales transmitidas por las redes de telecomunicaciones de TPBC son distintas a la voz, no podrá seguir considerándose tal servicio como de telefonía, sino que deberá clasificarse como de valor agregado.

26. Alegó que, en esa medida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990 los servicios de valor agregado están soportados en otros servicios de telecomunicaciones de los cuales pueden diferenciarse y, por tanto, su clasificación no está atada a la red de telecomunicaciones que utilice. Indicó que la reclasificación de los servicios de telecomunicaciones a través de reglamento trae como consecuencia que se confundan los servicios básicos de telefonía con los de valor agregado que, exclusivamente, transmiten señales de voz.

27. Expresó que lo anterior tiene implicaciones que van más allá de la simple diferenciación entre servicios, por cuanto el ingreso al mercado y las licencias o permisos que se necesitan en uno u otro caso, son aspectos que tienen repercusiones importantes en los operadores que se encuentran prestando un servicio u otro. Por lo tanto, el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 que

¹³ Aprueba la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias relacionadas con la constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los Reglamentos Administrativos, adoptados en Ginebra el 22 de diciembre de 1992, revisada por la Corte Constitucional en sentencia C 382 de 1996.

reglamenta los servicios de valor agregado, está modificando la clasificación de servicios establecida previamente en la ley.

I.2.2.2. Del desconocimiento del derecho a la propiedad privada y libertad económica

28. La parte demandante señala que los artículos 2° parcial, 10°, 12 y 13 del Decreto 2870 de 2007 son ilegales por desconocer los derechos a la propiedad y la libertad económica, lo que, además, resulta contrario a los artículos 58, 150 numeral 21, 189 numeral 11, 333 y 334 de la Constitución Política, y desconoce el contenido de los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990.

29. Refirió que **el artículo 10°** del decreto demandado, estableció que los operadores con posición dominante en un mercado relevante están obligados a poner a disposición y en conocimiento del mercado, la oferta mayorista¹⁴ garantizando la prestación de servicios relacionados y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.

30. Por otro lado, señaló que **el artículo 13** del Decreto 2870 de 2007 prevé que los operadores de telecomunicaciones con posición dominante¹⁵ en un mercado relevante tienen que ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada¹⁶, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado de acuerdo con las condiciones que establezca la CRT.

31. La demandante afirmó que, en su criterio, los artículos 10°, 12 y 13 del Decreto 2870 de 2007 establecen restricciones, condiciones y limitantes al derecho de

¹⁴ El decreto establece que la Oferta Mayorista es un proyecto de negocio que un operador de telecomunicaciones pone en conocimiento general y contiene las condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables y no discriminatorias, en las que ofrece al por mayor a terceros para que estos suministren servicios al público, elementos necesarios como minutos, ancho de banda o similares.

¹⁵ La posición dominante en un operador es la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado por parte de alguno o varios participantes en el mismo.

¹⁶ La parte actora explicó que esta modalidad de prestación de servicios de telecomunicaciones es conocida como «*unbundling*», donde un operador distinto del concesionario concurre al mismo mercado de este para prestar servicios de telecomunicaciones mediante la utilización total o parcial de la red del concesionario con posición dominante. Lo que significa que se trata de un acceso nuevo al mercado por parte de los operadores quienes no construyen una red íntegra, de manera que habilita la competencia entre operadores en aquellos mercados donde no se justifica la construcción de 2 redes paralelas.

propiedad de los operadores, así como a su derecho a la libertad económica, sin que las mismas se encuentran previamente contenidas en una ley.

32. Precisó que tales restricciones están representadas en el establecimiento de la obligación de los operadores de telecomunicaciones en el sentido de garantizar el acceso, uso e interconexión a sus redes de terceros que no tienen la calidad de operadores de servicios de telecomunicaciones y que, además, entrarían al mercado a competirles sin necesidad de desplegar una red propia. Así mismo, los obliga a formular una oferta mayorista, según las condiciones de estructura de costos que determine el regulador, y a desagregar sus redes para tenerlas a disposición de sus competidores.

33. La parte demandante adujo que el artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 es ilegal por no distinguir entre operadores de prestación de servicios de telecomunicaciones y proveedores de aplicaciones y contenidos. También lo es, por extender la obligación a los operadores de servicios de telecomunicaciones a ofrecer y permitir el uso de sus redes respecto de los proveedores de contenidos y aplicaciones, otorgándoles a estos últimos un derecho correlativo de acceso y uso de redes cuando ni siquiera este artículo define quiénes son.

34. Indicó que, si bien no desconoce que, de conformidad con los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución Política, se pueden imponer restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos a la propiedad y a la libertad económica, éstas solamente podrán implementarse por ministerio de la ley, y siempre que resulten razonables y proporcionales al bien jurídico que se quiera proteger con las mismas. Señaló que, en esa medida, la Constitución Política reconoce el pleno desarrollo de la propiedad privada y de la libertad económica, cuyo ejercicio solo puede condicionarse por motivos de interés general y utilidad pública. Por lo tanto, no podían ser afectados mediante un decreto reglamentario.

35. Para ilustrar el tema, citó las limitaciones legítimas en materia de telecomunicaciones establecidas en los artículos 7° y 8° de la Ley 37 de 1993, 11.6 de la Ley 142 de 1994 y 14 de la Ley 555 de 2000, en donde se impone la obligación de los operadores de permitir el acceso, uso e interconexión a sus redes por parte de otros operadores de telecomunicaciones para garantizar la posibilidad de los usuarios de un operador de comunicarse con los usuarios de otro.

36. Cuestionó que el derecho de acceso, uso e interconexión de redes, establecido por las leyes referidas en favor de los demás operadores de servicios de telecomunicaciones, fuera extendido, a través de reglamento, respecto de sujetos no previstos en la ley, como así ocurre con el derecho otorgado a los denominados proveedores de aplicaciones y contenidos, en términos introducidos por el decreto demandado y que no están definidos en el ordenamiento jurídico.

37. Reprochó que en el Decreto 2870 de 2007 se pusieran en condición de igualdad a los prestadores de servicios de software o facilidades de comunicaciones y a los operadores de servicios de telecomunicaciones. Refirió que los primeros se dedican a permitir la emisión, transmisión y recepción de información, cualquiera que sea la naturaleza de la señal (signos, escritos, sonidos y datos). Por su parte, los operadores de servicios de telecomunicaciones son personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, responsables de la prestación de un servicio público de telecomunicaciones en virtud de una autorización, concesión o, por ministerio de la ley, según el **artículo 2º del Decreto Ley 1900 de 1990**.

38. Indicó que una cosa es la información objeto de transmisión (signos, señales, escritos, sonidos, datos) y otra, la actividad de transmitirla (telecomunicarla). De manera que el operador de telecomunicaciones emite, transmite y recibe información y no provee la información misma. Explicó que los contenidos y aplicaciones son usados para servicios o actividades de distintos sectores de la economía y, por lo tanto, no tiene sentido sujetarlos al mismo régimen del servicio público de telecomunicaciones, solo porque sean provistos a través de medios electrónicos.

39. Sostuvo que una cosa es ser proveedor de servicios de telecomunicaciones habilitado por el régimen de las telecomunicaciones mediante concesión y otra ser proveedor de contenidos. En esa medida, no puede equipararse, por decreto, al proveedor de aplicaciones informáticas (servicios de software para prestar, por ejemplo, servicios financieros o educativos) con los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, que tienen un régimen legal que regula su actividad y que les impone condiciones de funcionamiento que no serían propias para los proveedores de servicios informáticos.

40. Explicó que, de acuerdo con el artículo 1° de la **Ley 72 de 1989**, conforman el sector de las comunicaciones: el servicio de telecomunicaciones, los especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado, servicios informáticos, servicios postales. Así mismo, refirió que el artículo 28 del **Decreto Ley 1900 de 1990** estableció las diferentes clases de servicios de telecomunicaciones, entre ellos, los servicios básicos, difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales. Todos ellos, según el artículo 14 decreto *ibídem*, deberán prestarse bajo un esquema de habilitación previa (vía concesión, permiso o licencia).

41. Mencionó que, en esa medida, dentro del sector de las telecomunicaciones no se encuentran incluidas las aplicaciones o proveedores de servicios tecnológicos o de software. Y, en consecuencia, el derecho reconocido legalmente a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones a la interconexión, uso y acceso a las redes de otros operadores, no puede extenderse a terceros que no pertenecen al sector y que no están habilitados como tales.

42. De otra parte, arguyó que un reglamento tampoco puede imponer a los operadores la manera de comercializar los servicios que prestan, como lo hizo el Decreto 2870 de 2007, al determinar que es un deber de los operadores de telecomunicaciones, el de formular una oferta mayorista, adoptando las condiciones que establezca el regulador.

43. Indicó que, con esa medida, se restringe la libertad económica de los operadores de telecomunicaciones, al limitar la libertad de contratación y el derecho a estructurar su gestión económica, en tanto el Decreto 2870 de 2007 determina con quién, bajo cuál esquema económico de remuneración y de qué manera deberá contratarse el acceso a las redes propias de los operadores de telecomunicaciones.

44. Citó el artículo 333 de la Constitución Política y anotó que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y que, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos ni requisitos sin autorización de la ley, la cual delimitará el alcance de la libertad económica.

45. Afirmó que la libertad económica comprende conceptos de libertad de empresa (libertad de organización de factores de producción, la cual incluye la

libertad contractual) y libertad de competencia, garantías que se desarrollarán dentro de los fines y las condiciones que establezcan las leyes que regulen las actividades de los servicios públicos de telecomunicaciones. Aseguró que, de acuerdo con la sentencia C-615 de 2002, las restricciones a las libertades económicas son constitucionales, siempre que: **i)** se den por ministerio de la ley; **ii)** respeten el núcleo esencial de la libertad de empresa; **iii)** obedezcan el principio de solidaridad o de alguna de las finalidades expresamente señaladas por la Constitución, y **iv)** respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

46. En esa línea, recordó que la concurrencia al mercado por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones se hace en virtud del ejercicio de su libertad económica, previa habilitación del Estado a través de una concesión, permiso o licencia. La citada autorización tiene por objeto otorgarle al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, por cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

47. Precisó que, dentro de los recursos desplegados por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, se encuentran las redes propias, las cuales, por disposición de los artículos 14 y 15 del Decreto Ley 1900 de 1990, hacen parte de la red de telecomunicaciones del Estado - RTE¹⁷. Explicó que, si bien las redes se encuentran afectas al servicio público de telecomunicaciones y que, para efectos de tal servicio, están dentro del régimen de prestación de los servicios RTE, tal circunstancia no desdibuja que las redes particulares dejen de ser de propiedad privada de los operadores.

48. Concluyó que, en ese sentido, los operadores en el manejo de sus redes estarán sujetos únicamente a las limitaciones, restricciones y gravámenes que establezca la ley, bajo requisitos de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cualquier disposición que limite la actividad del manejo y administración de sus redes que no esté contenida en la ley, les vulnera sus derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa.

¹⁷ Los citados artículos definen la RTE como el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos y a través de la cual se prestan los servicios públicos. Se incluyen las redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones.

49. Señaló, entonces, que con el Decreto 2870 de 2007 se están limitando los citados derechos de los operadores que presten el servicio público de telecomunicaciones al imponerles las condiciones de tiempo, modo y lugar para la organización y gestión económica de las redes de su propiedad, y obligarlos a formular la oferta mayorista, la desagregación de redes y la interconexión de terceros no operadores de servicios de telecomunicaciones.

I.2.2.3. Violación del derecho a la igualdad¹⁸

50. La demandante considera que los artículos 2º, 3º, 13 y 20 parciales del Decreto 2870 de 2007 son nulos por vulnerar el derecho a la igualdad, desde dos perspectivas. La primera de ellas, relativa a la imposición de la obligación de desagregar la red a favor de terceros y, la segunda, con la implementación del Título Habilitante Convergente, en adelante THC.

51. En primer lugar, y en consonancia con lo expuesto en el numeral precedente de esta providencia, la parte actora señaló que con la obligación contenida en el artículo 13 *ibídem* de desagregar la red a favor de terceros, el reglamento está permitiendo, en contravía de la estructura legal para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, que nuevos actores entren al mercado sin necesidad de desplegar red alguna. En esa medida, se sirven de la infraestructura del operador incumbente o el que ostenta el monopolio, sin cumplir las condiciones de habilitación que sí se le exigieron al incumbente en su momento. Indicó que, de esta manera, se prescinden de las concesiones como título habilitante y del pago de los cánones asociados a las mismas.

52. De acuerdo con lo anterior, la actora estimó que con los artículos 2º, 10º y 13 del decreto reglamentario demandado, se modifican las leyes que contemplan la estructura jurídica de la prestación de servicios de telecomunicaciones, al introducir un nuevo esquema de prestación en Colombia, en el que se promueve la libre entrada de operadores al mercado sin necesidad de concesión, sin remuneración alguna a favor del Estado y violando la reserva legal que por mandato constitucional existe en la materia.

¹⁸ Folios 195 a 209 cuaderno principal 1.

53. Recordó que la prestación de servicios y el desarrollo de actividades de telecomunicaciones se estructura rigurosamente bajo un esquema concesional fijado por el legislador, el cual habilita al operador a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones bajo unas condiciones específicas. Adicionalmente, el legislador previó que no pueda promoverse la competencia a costa de las concesiones previamente otorgadas.

54. En ese orden de ideas, resaltó que el artículo **32 de la Ley 80 de 1993** determinó que la concesión administrativa es el elemento medular del régimen jurídico de las telecomunicaciones. Refirió que, en el mismo sentido, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 previó que la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones, al igual que la autorización necesaria para su prestación - por concesión o licencia - será la establecida en Decreto Ley 1900 de 1990.

55. Adujo que, siendo la imposición de las obligaciones de la desagregación de redes y de la oferta mayorista del Decreto 2870 de 2007, una forma de permitir la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones sin que medie autorización o concesión alguna, se está vulnerando el derecho a la igualdad de quienes, en calidad de operadores de servicios de telecomunicaciones tuvieron que participar en concesiones o realizar los trámites de licenciamiento y pagar las tarifas asociadas a tales habilitaciones para prestar el respectivo servicio.

56. En segundo término, la parte demandante indicó que el Decreto 2870 de 2007 también vulnera el derecho a la igualdad de los operadores de servicios de telecomunicaciones al permitir que, exclusivamente, los operadores de sistemas de acceso troncalizado¹⁹, conocido como *trunking*, adquieran el título habilitante convergente, en adelante THC.

57. Señaló que el artículo 3° del Decreto 2870 de 2007 prevé que, a partir del 1° de agosto de 2007, el THC será otorgado para todos los servicios de telecomunicaciones con posibilidad de cobertura nacional y en conexión con el exterior. El THC, según el artículo 2° *ibídem*, comprende las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de

¹⁹ En el Decreto 2343 de 1996 se determinó que los sistemas de acceso troncalizado son definidos como un sistema fijo-móvil terrestre que proporciona la capacidad completa para comunicarse entre usuarios y grupos de usuarios, mediante tecnología de canales radioeléctrico-múltiples compartidos de selección automática.

que trata el Decreto Ley 1900 de 1990 y el inciso 4° del artículo 33 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, la norma establece excepciones para el otorgamiento del THC, excluyendo de tal posibilidad a los servicios de televisión, radiodifusión sonora, auxiliar de ayuda y especial, de TMC²⁰, de PCS²¹, TPBCL²², TPBCLE²³ y telefonía móvil rural.

58. Adujo la demandante que el Decreto 2870 demandado al omitir incluir el servicio de *trunking* dentro de las excepciones de servicios no licenciados a través del nuevo THC desconoce el derecho a la igualdad, dado que otorga una ventaja injustificada a los operadores de *trunking*, como lo es Avantel, sobre los demás operadores del mercado móvil colombiano. Insistió en que con las disposiciones que se habían introducido a los servicios prestados a través de *trunking*, esto es, las consistentes en autorizar la interconexión directa a las redes y contar con una numeración no geográfica, estos servicios concurren al mercado de telefonía móvil a competir con los operadores de TMC y de PCS.

59. Indicó que, por lo tanto, no hay una razón que justifique que frente a unos operadores que prestan servicios similares y que compiten directamente en el mismo mercado de telefonía móvil, se otorgue a unos, mayores facilidades para la prestación de los servicios y a los demás no, especialmente, en el ámbito y conexión con el exterior.

60. Explicó que los artículos 1° y 2° de **la Ley 37 de 1994** regulan la prestación de servicios telefonía móvil celular TMC, normas en las que se establece que este no es domiciliario, pero si es de ámbito y cubrimiento nacional a través de redes de telefonía móvil celular o de redes de telecomunicaciones que interconectadas entre ellas o a través de la red telefónica pública conmutada, permiten el cubrimiento nacional. Agrego que este tipo de concesión se otorgó a las empresas Comcel y Telefónica Móviles Movistar. Aclaró que la comunicación de larga distancia internacional, originada o recibida por el usuario del servicio de TMC, debe hacerse a través de la RTPC, pero en ningún caso los operadores podrán prestar directamente servicios de telefonía de larga distancia internacional, excepto que estén autorizados expresamente para ello.

²⁰ Telefonía Móvil Celular.

²¹ Servicios de Comunicación Personal.

²² Telefonía Pública Básica Conmutada Local.

²³ Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida.

61. Refirió que, de otra parte, se encontraban los servicios de comunicación personal PCS, regulados por **la Ley 555 de 2000**, que los definió como un servicio no domiciliario, pero de ámbito y cubrimiento nacional, los cuales se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones y cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporciona capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS a través de la interconexión con redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Señaló que el operador que presta este servicio es Colombia Móvil TIGO.

62. Subrayó que, al igual que los servicios TMC, los de PCS no pueden prestar servicios de TPBC de larga distancia internacional, la cual deberán realizarla a través de operadores autorizados para la prestación de servicios de telefonía de larga distancia internacional de acuerdo con la Ley 142 de 1994.

63. Indicó que, por su parte, el servicio *trunking* pese a ser un servicio que proporcionaba en sí mismo la capacidad completa para comunicación entre usuarios y grupos de usuarios, no era un servicio de telefonía móvil, dado que carecía de elementos técnicos fundamentales que impedían considerarlo como tal²⁴. Afirmó que dicha circunstancia se modificó con la expedición del **Decreto 4239 de 2004**²⁵ que otorgó la posibilidad de obtener interconexión directa con las demás redes que hacen parte de la red de telecomunicaciones del Estado.

64. Señaló que la CRT, mediante Resolución 1237 de 2005, modificó el régimen unificado de interconexión, y colocó a los prestadores de servicios de *trunking* en plano de igualdad a nivel de interconexión con los operadores fijos y móviles, adquiriendo el operador de servicios *trunking* el primer aspecto técnico que hasta ese momento le impedía ser un operador de telefonía móvil, esto es, la interconexión directa, quedando así facultado para solicitar a la CRT la numeración no geográfica requerida para prestar el servicio soportado en la interconexión de su red con la de otros operadores.

²⁴ La interconexión indirecta para el caso de *trunking* se realizaba a través de la red de abonado de la RTPBC (Red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local). Esta circunstancia tenía como consecuencia que cualquier comunicación de los usuarios de los servicios de *trunking* con usuarios de los otros servicios de telecomunicaciones: i) debía enrutarse a través de las redes de telefonía local y, por tanto, ii) sus abonados no tenían número de identificación propio del operador, sino que tenían numeración que le era asignada por el operador de la telefonía local (numeración geográfica) de la ciudad donde se encontraba el usuario de *trunking*. La interconexión indirecta y la numeración geográfica eran los dos aspectos técnicos que diferenciaba al operador de *trunking* de los operadores de TMC y de PCS.

²⁵ Reglamentó el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 y modificó el Decreto 2343 de 1996.

65. De acuerdo con lo anterior, Avantel, como operador *trunking*, tenía interés en ejercer el derecho de interconexión y fue modificado el contrato de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado y se le asignaron así siete millones de números.

66. Así las cosas, para el momento en que se expidió el Decreto 2870 de 2007, los operadores de TMC, los PCS y los de *trunking* compiten en el mercado de telefonía móvil en igualdad de condiciones; sin embargo, la norma demandada al no incluir dentro de la excepción a los servicios de *trunking*, discriminó a los operadores de TMC y PCS, favoreciendo a los operadores de *trunking*, violando así el artículo 13 de la Constitución.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

67. **El apoderado del Ministerio de Comunicaciones**²⁶ se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual se refirió a cada uno de los cargos propuestos por la actora, pero previamente hizo referencia a los principios fundamentales sobre el derecho de las telecomunicaciones y luego sobre los hechos que la actora relató. Respecto de los cargos expuestos por la demandante se pronunció en los términos que a continuación se indican.

II.1. Exceso de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

II.1.1. De la competencia del legislador

68. La demandada indicó que en el Decreto 2870 de 2007 se mencionan las normas que facultaron su expedición, expresamente el numeral 11 del artículo 189, la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990.

69. Afirmó que, contrario a lo expuesto en la demanda, el Decreto 2870 de 2007 encuentra sustento en normas de rango legal sobre servicios públicos de telecomunicaciones (Leyes 72 de 1980, 37 de 1994, 555 de 2000 y el Decreto Ley 1900 de 1990), las cuales son las reguladas en las disposiciones demandadas. Consideró que la parte demandante realizó una interpretación errada del contenido del decreto demandado, dándole alcances y efectos que el mismo no tiene. Resaltó que el Decreto 2870 de 2007 se encuentra ajustado al marco

²⁶ Folios. 344 a 476 cuaderno principal 1.

constitucional y legal actual, así como a la teoría económica, por lo que se remite al artículo 1° del decreto demandado que contiene el objeto y campo de aplicación de este.

70. De acuerdo con lo anterior, precisó que los artículos 2°, 3°, 10°, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 2007, se expidieron para facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones, con el objeto de asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio, así como para promover la competencia entre los diferentes operadores, fines estos que se ajustan a lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política y que encuentran sustento en las diferentes leyes del sector.

71. Sostuvo que el MINTIC tiene amplias facultades frente al sector de las telecomunicaciones y para regularlo, y que el Decreto Ley 1900 de 1990 es un marco general para el ejercicio de las potestades del Estado en relación con el sector de las telecomunicaciones, en la planeación, regulación, control y el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios.

72. Explicó que no hay exceso respecto de la facultada reglamentaria por parte del Presidente de la República y, por el contrario, consideró que la parte actora se olvida las disposiciones legales que otorgan las competencias tanto al Ministerio de Comunicaciones como a la CRT. A la citada cartera para establecer la política pública en el sector que encabeza, y a la comisión, en materia regulatoria.

73. Refirió que el artículo 18 del Decreto 2870 de 2007 establece que la CRT deberá adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica, con excepción de los servicios de radiodifusión que trata el Decreto 1900 de 1990 y de televisión de que trata la Ley 182 de 1995. Indicó que con lo anterior se busca orientar la regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, así como la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, y cumplir con la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado.

74. Manifestó que el título del artículo 18 del decreto demandado es legal, considerando que los artículos 68 y siguientes de la Ley 142 de 1994, prevén las facultades de las comisiones de regulación, lo que significa que el artículo 18 no

adicionó ninguna atribución de reglamentación, sino que indicó los elementos necesarios para el ejercicio de la CRT de su facultad de regulación, asunto que dista de la interpretación de la parte actora.

75. Resaltó que, en el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley 142 de 1994 se estableció, como instrumento de intervención estatal en los servicios públicos, el relativo a la regulación de la prestación de servicios públicos, teniendo en cuenta las características de cada región, las metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas y la definición del régimen tarifario. De manera que las comisiones previstas en esta ley, entre ellas, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, actúan como reguladoras de tales aspectos.

76. Afirmó que, por su parte, el inciso 3° del artículo 28 en la Ley 142 de 1994, en lo relacionado con las facultades de la CRT de las redes de operadores, establece que las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Agregó que la misma norma dispone que, en ningún caso, se exigirán características específicas de redes o sistemas más allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos.

77. Indicó que el numeral 3° del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 establece, dentro de las funciones de la CRT, la de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y la de 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. Así mismo, la CRT puede establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de la larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado. Refirió que las Comisiones de Regulación también tienen facultades para fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes.

78. Manifestó, en esa misma línea argumentativa, que el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 señala que la CRT tiene entre sus facultades las de promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como la de regular los monopolios cuando la competencia

no sea de hecho posible y la de prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas. Dichas competencias se materializan con la expedición de regulaciones de carácter general o de medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, de conformidad con la ley.

79. Concluyó que, en esa medida y, de acuerdo con lo expuesto, en ningún momento el Decreto 2870 de 2007 le está asignando facultades al Ministerio de Comunicaciones o a la CRT, distintas a las que ostentan en virtud de las leyes vigentes y, por el contrario, las normas demandadas reflejan el ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria. Para complementar sus argumentos, aludió a la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional.

II.1.2. De la reclasificación de los servicios de telecomunicaciones

80. Señaló que el artículo 19 del del Decreto 2870 de 2007 se encuentra en consonancia con el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990, en tanto no está reclasificando los servicios de telecomunicaciones ni desconociendo las normas superiores. Indicó que, para fomentar la competencia, se está autorizando la convergencia de redes y de servicios, asunto que no modifica la naturaleza o clasificación de los servicios que se prestan. Recordó que los servicios de valor agregado seguirán teniendo tal condición, siempre que, como dice la norma, tengan la posibilidad de diferenciarse respecto de los servicios básicos sobre los que se sustentan.

81. Sostuvo que la parte actora considera que el precitado artículo 19 estaría facilitando la prestación de telefonía pública por fuera del marco legal, toda vez que establece que todos los servicios de telecomunicaciones, independiente de la información que lleven, de las facilidades de telecomunicaciones que provean y de las necesidades de telecomunicaciones que satisfagan, resultan ser servicios de valor agregado. Reiteró que tal afirmación de la parte actora carece de sustento, en tanto que los servicios de valor agregado no cambian su naturaleza y el hecho de haber incluido las señales de voz no los convierte automáticamente en telefonía.

82. Señaló que uno de los tantos casos específicos que se presentan es el de voz sobre el protocolo de internet - VOIP, la cual es una tecnología que presta un

servicio eminentemente de valor agregado. Por lo tanto, no es cierto que el intercambio de información por medio de la palabra a través de señales de voz, no se pueda catalogar como un servicio de valor agregado, sino básico. Se cataloga de una u otra manera cuando las señales de voz son inherentes a la red de telecomunicaciones que la soporta.

83. Así las cosas, explicó que, cuando el artículo 19 del decreto en mención señala los casos en que se combinan o se usan servicios de valor agregado con las señales de video, audio, voz, ello no es contrario a lo expuesto en la primera parte del mismo artículo, toda vez que es un complemento, considerando que estas señales no son inherentes a una red de telecomunicaciones, dado que usan redes del Estado, como las redes de servicios básicos, de telefonía móvil, móvil, telefonía pública conmutada y servicios portador o cualquier combinación de estos. Por lo tanto, no pueden considerarse como un servicio básico de telecomunicaciones.

II.2. Del desconocimiento del derecho a la propiedad privada y a la libertad económica.

II.2.1. Por introducir conceptos nuevos como es la desagregación de la red y la oferta mayorista²⁷

84. Manifestó que el Decreto 2870 de 2007 está en consonancia con el artículo 333 de la Constitución Política que previó la existencia de operadores con posición dominante en un determinado mercado, por lo cual estableció que, por mandato legal, se impediría el abuso de tal posición de dominio para lo cual se otorgaron facultades al Estado para la intervención en la economía y establecer límites a la libertad económica. En esa medida, indicó que los términos y definiciones del decreto demandado no hacen más que dar aplicación a los mandatos constitucionales y legales vigentes sobre los servicios de telecomunicaciones.

85. Sostuvo que el concepto de posición dominante que trae el **artículo 2°** del Decreto 2870 de 2007, es concordante con el numeral 5° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, que contiene el régimen general de competencia aplicable a quienes desarrollan actividades económicas y que no están sujetos a un

²⁷ Folios 128 a 164 cuaderno principal 1.

régimen especial, como los operadores de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones.

86. Aseguró que, por ejemplo, el artículo 10 del decreto demandado no crea nuevos operadores, sino que establece otra medida regulatoria para facilitar condiciones de mercado en beneficio de los consumidores. En el mismo sentido, la oferta mayorista no constituye un modo de prestación de servicio, sino una medida de disciplina regulatoria para facilitar el entorno de competencia en el esquema legal de operadores de telecomunicaciones, para optimizar el uso y acceso de las redes por parte de los usuarios. De manera que lo que indica la actora es una interpretación sobre un presunto alcance que el decreto no contempla.

87. Explicó que el concepto de oferta mayorista²⁸ no es nuevo, sino que constituye un desarrollo del artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 y de la propia Constitución Política, en la medida que promueve la competencia, optimiza la utilización de las redes y dinamiza el mercado.

88. Subrayó que el **artículo 13** acusado obliga a los operadores con posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones, a permitir el uso de su infraestructura por parte de otros operadores. Indicó que la medida busca evitar el abuso de la posición de dominio, la prestación eficiente del servicio público y el fomento de la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

89. Explicó que la red es distinta del servicio y que la desagregación de red nunca será una forma de prestación de un servicio. Indicó que la desagregación es la separación de elementos físicos y/o lógicos, así como de funciones o servicios de una red de telecomunicaciones, con el objeto de darles un tratamiento específico y cuyo costo puede determinarse por separado, para permitir que los operadores entrantes de telecomunicaciones puedan hacer uso de algunos de los elementos de las redes²⁹ ya existentes, sin tener que invertir en redes propias o pagar por elementos de red que no vayan a utilizar.

²⁸ Proyecto de negocio en el cual, un operador de telecomunicaciones pone en conocimiento general las condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables y no discriminatorias, para ofrecer al por mayor a terceros los elementos necesarios, como minutos, ancho de banda o similares, para que estos suministren servicios al público.

²⁹ Algunos elementos de la red pueden ser las instalaciones esenciales, cabezas de los cables submarinos y el bucle abonado.

90. Manifestó que la parte actora se equivoca al deducir que el decreto demandado está habilitando que puedan prestarse servicios de telecomunicaciones sin concesión. Indicó que, por el contrario, el Decreto 2870 de 2007 reitera que es necesario contar con un título habilitante para prestar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones y, además, se establece la figura del Título Habilitante Convergente, del que se exceptúan algunos servicios de telecomunicaciones, entre los que se encuentran los de TMC y de PCS.

II.2.2. Falta de distinción entre operadores de prestación de servicios de telecomunicaciones y proveedores de aplicaciones y contenidos

91. Señaló que el decreto demandado reglamenta la infraestructura de telecomunicaciones y no se refiere al contenido de la información que se transmite por ella, lo que apunta a que quienes provean contenidos y aplicaciones como servicios multimedia, mensajes de texto a terminales móviles, y transmisión de video en línea y fuera de ella, puedan tener acceso a las redes de telecomunicaciones, de acuerdo con la obligación legal de los operadores de permitir la interconexión, uso y acceso a redes.

92. Agregó que lo anterior encuentra su sustento legal, entre otros, en el artículo 24 del Decreto Ley 1900 de 1990 que establece que el MINTIC formulará y dictará reglamentos de normalización, homologación, adquisición de equipos y soporte lógico de telecomunicaciones acordes con los avances que aseguren la interconexión de redes y el funcionamiento armónico de los servicios de telecomunicaciones. También refiere que el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 establece que todos los operadores de telecomunicaciones deben permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones a cualquier otro operador.

93. Indicó que el decreto demandado, cuando menciona los servicios informáticos, no está creando una categoría adicional a las previstas en los artículos 27 y siguientes del Decreto Ley 1900 de 1990. Puso de presente que se hace alusión a los servicios de telecomunicaciones informáticos y de telemática, de que trata el artículo 1° de la Ley 72 de 1989. Precisó que lo señalado en el artículo demandado es otro aspecto regulatorio de aprovechamiento de redes existentes, como lo es la provisión de contenidos multimedia y de otro tipo por parte de

proveedores de aplicaciones y contenidos. Por lo tanto, no se trata de operadores sin concesión.

94. Agregó que el uso de redes por terceros proveedores de contenidos y aplicaciones está previsto en el Plan Nacional de Desarrollo contenido en la Ley 1151 de 2007, donde se precisa que en la sociedad de la información se propende por la proliferación de contenidos y aplicaciones para el progreso social, de manera que se trata de un asunto de avance tecnológico.

II.2.3. Del desconocimiento de los derechos a la propiedad privada y libertad de empresa

95. Resaltó que si bien la libertad de empresa, la libre competencia, así como la iniciativa privada, encuentran amparo constitucional, la misma Carta establece que éstas no son garantías absolutas y que el Estado se encuentra habilitado para señalar límites a su ejercicio. Así mismo, la Constitución Política garantiza la propiedad privada, pero refiere que esta ha de cumplir una función social que implica obligaciones.

96. Refirió que, de acuerdo con el artículo 334 Constitucional, la dirección de la economía está a cargo del Estado, quien intervendrá por mandato de la ley en los servicios públicos y privados, con el fin de racionalizar la economía, en aras del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, de la distribución equitativa de las oportunidades y en la búsqueda de los beneficios del desarrollo. En esa medida, la libertad del individuo se encuentra limitada por la prevalencia del interés colectivo, por las competencias de intervención, por la regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

97. Afirmó que el artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 determina que los servicios de telecomunicaciones deben otorgarse de modo tal que se promueva la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones.

98. Aseguró, entonces, que el Decreto 2870 de 2007 determinó medidas de intervención del Estado en la economía, específicamente en el mercado de

servicios de telecomunicaciones, atendiendo los criterios, principios y lineamientos de las leyes vigentes sobre la materia.

II.3.3. Violación al derecho de igualdad

99. Arguyó, en primer término, que los servicios de *trunking* no pueden equipararse con los de TMC ni PCS. Para ello, aclaró que entre estos hay diferencias en calidad del espectro, en la capacidad de los canales, en la tecnología que utilizan, en el servicio que cada uno brinda y, por lo tanto, son modalidades diferentes de servicios de telecomunicaciones.

100. Adujó que, debido a que los servicios *trunking* no pueden asimilarse a los servicios de TMC ni a los de PCS, no se puede afirmar que al establecer la posibilidad del THC para los primeros se esté afectando el derecho a la igualdad. En esa medida, tanto los de TMC como los PCS requieren título habilitante exclusivo para prestar dicho servicio y no pueden prestarse a través del THC.

101. Indicó que el THC de que trata el artículo 2° del decreto 2870, no constituye una nueva figura concesional, sino una denominación para significar la agrupación de licencias y concesiones correspondientes a varios servicios de telecomunicaciones que antes se tramitaban de manera independiente y que, con el decreto, busca consolidarse bajo la denominación de «Título Habilitante Convergente», para facilitar los trámites y gestiones frente a las entidades. Explicó que, por tanto, se otorgará THC a los servicios de telecomunicaciones que utilizan sistemas de acceso troncalizado, siempre y cuando no sean objeto de regulación especial ni requieran de título habilitante especial.

102. Aclaró que lo anterior significa que, una vez otorgado el THC, se permite la prestación de diferentes servicios de telecomunicaciones a través de sistemas *trunking*, a excepción de servicios de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, telefonía móvil rural, larga distancia nacional e internacional, TMC, PCS, o cualquier otro servicio de telecomunicaciones que tenga una regulación especial y requiera de título habilitante específico.

103. Precisó que, en esa medida, no se está privilegiando a ningún operador de telecomunicaciones respecto de otro. Además, aseguró que la normatividad sobre las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso

troncalizado no varió la sustancia de los mismos, ni tampoco lo ha hecho con los servicios de telefonía móvil celular TMC o de PCS.

III. TRÁMITE DEL PROCESO

104. Mediante auto de 24 de junio de 2008 se admitió la demanda y ordenó notificar personalmente al Ministerio de Comunicaciones y al Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado³⁰.

105. El 26 de agosto de 2008 se notificó personalmente al Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado³¹ y el 25 de febrero de 2009, mediante aviso, se notificó a la Ministra de Comunicaciones³².

106. El proceso se fijó en lista por el término de 10 días desde el 5 de marzo de 2009 y se desfijó el 18 de marzo de 2009³³.

107. De acuerdo con auto de 15 de abril de 2009³⁴, el apoderado del Ministerio de Comunicaciones contestó oportunamente la demanda³⁵.

108. Mediante auto de 20 de septiembre de 2011, se abrió a pruebas el proceso por el término de 30 días³⁶.

109. A través de auto de 1° de agosto de 2012³⁷, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. No obstante, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición al advertir que no se había practicado una prueba³⁸. Frente a lo cual,

³⁰ Folios 321 a 323 cuaderno principal 1.

³¹ Folios 328 cuaderno principal 1.

³² Folios 334 cuaderno principal 1.

³³ Folios 336 y 712 cuaderno principal 1.

³⁴ Folio 717 cuaderno principal 2.

³⁵ Folios. 344 a 476 cuaderno principal 1.

³⁶ Folios 724 a 728 del cuaderno principal 2.

³⁷ Folios 781 cuaderno principal 2.

³⁸ Folios 795 a 796 cuaderno principal 2. La prueba consistía en la traducción oficial del documento «Política de telecomunicaciones 26(2002) 415-424 **“Los efectos anticompetitivos de la reventa frente a la entrada basada en la utilización de instalaciones: evidencia del mercado de larga distancia”**» David L. Kaserman/ Marc Ulrich. Departamento de Economía, Auburn University, 203 Lowder Business Bldg., Auburn, AL, 36849, USA./ Econ One Research, Inc. 1004 Prairie Street, Suite 200, Houston, TX 77002, USA. Allegada al expediente el 8 de marzo de 2013, mediante comunicación que obra a folio 806 del Cuaderno principal 2.

mediante auto de 15 de enero de 2013, el Despacho sustanciador repuso el auto recurrido y se dispuso a citar al perito traductor³⁹.

110. A través de auto de 6 de julio de 2015⁴⁰, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

111. En el término para alegar de conclusión, la parte actora⁴¹ y la demandada⁴² se pronunciaron y el Ministerio Público⁴³ emitió concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.1. La actora en su escrito de alegatos de conclusión⁴⁴ reiteró su solicitud de nulidad de los artículos demandados y los argumentos expuestos en la demanda.

112. Adujo que el decreto demandado: **i)** incorpora cambios estructurales en el modelo de prestación de servicios de telecomunicaciones que son competencia del legislador; **ii)** extiende el derecho de acceso e interconexión a sujetos distintos de aquellos contemplados por la ley; **iii)** impone limitaciones a la libertad económica y al derecho de propiedad de los operadores sin mandato o autorización legal; **iv)** cambia la naturaleza jurídica de los servicios establecida previamente por la ley; **v)** otorga a ciertos operadores un trato discriminatorio frente a otros, y **vi)** atribuye funciones al Gobierno por vía del ejercicio de potestad reglamentaria.

IV.2. El apoderado del Ministerio de Comunicaciones⁴⁵ dentro de sus alegatos de conclusión reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y, en síntesis, señaló lo siguiente:

113. Insistió en que la actora no puede incluir las Leyes 37 de 1993 y 555 de 2000 como criterio para definir la estructura de prestación de servicios de telecomunicaciones, además que no se trata de estructura sino de régimen, dado

³⁹ Folios 803 a 804 cuaderno principal 2.

⁴⁰ Folios 352 cuaderno principal 2.

⁴¹ Folios 354 a 367 cuaderno principal 2.

⁴² Folios 368 a 378 cuaderno principal 2.

⁴³ Folio 381 a 395 cuaderno principal 2.

⁴⁴ Folios 354 a 367 cuaderno principal 2.

⁴⁵ Folios 368 a 378 cuaderno principal 2.

que esas son normas especiales y no tienen vocación de constituirse en base del régimen de telecomunicaciones o de ser equivalentes a las normas generales del sector como lo son el Decreto Ley 1900 de 1990 y a la Ley 72 de 1989.

114. Manifestó que el Decreto 2870 de 2007 se encuentra en consonancia con la Constitución y la Ley; no modifica el régimen de clasificación de los servicios de telecomunicaciones ni establece diferencias en favor de ninguno de los operadores de tales servicios. Afirmó que, en esa medida, el objeto y alcance del decreto se puede establecer de la sola lectura de su artículo 1º, sin que pueda haber una interpretación distinta respecto del mismo.

115. En esa medida, concluyó que el objeto del Decreto 2870 de 2007 era establecer un marco reglamentario que permitiera la convergencia en los servicios públicos de telecomunicaciones, así como de las redes de telecomunicaciones del Estado, asegurando el acceso y uso de servicios y servicios a todos los habitantes del territorio y promoviendo la competencia entre los diferentes operadores.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

116. El Procurador Delegado emitió concepto⁴⁶ en el cual consideró que los artículos 2º parcialmente y 10º del Decreto 2870 de 2007 están viciados de nulidad por ser expedidos por falta de competencia y extralimitación de funciones del Presidente de la República, toda vez que creó nuevos criterios de prestación de los servicios de telecomunicaciones, a través un modelo de contratación llamado oferta mayorista.

117. Resaltó que si bien, la Constitución otorgó competencias al Presidente de la República para la configuración de algunos aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos, su facultad reglamentaria está sujeta a lo que establezca la ley. Por lo tanto, el Legislador define el régimen jurídico general en materia de servicios públicos y la reglamentación busca la ejecución de las leyes, estableciendo mecanismos y disposiciones que las hagan operativas y ejecutables dentro de los límites que la ley impone.

118. En ese contexto, señaló que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria mediante los artículos 2º parcial y 10º del Decreto 2870 de 2007,

⁴⁶ Folio 381 a 395 cuaderno principal 2.

por cuanto la **oferta mayorista**, representa una modalidad de contrato que modifica las que la ley contempla, adicionando a la Ley 72 de 1989 y al Decreto 1900 de 1990, un nuevo modelo de prestación de servicios de telecomunicaciones.

119. Por lo anterior, en su criterio, el legislador colombiano no ha contemplado, regulado ni otorgado la posibilidad de que el Presidente de la República, en ejercicio de su facultad reglamentaria, cree nuevos mecanismos para la prestación de servicios, que imponga obligaciones que superen aquellas expresamente preestablecidas por la reserva legal o instituya mecanismos que exceden la legislación existente.

120. Finalizó indicando que los demás artículos demandados se ajustan a la potestad reglamentaria, pues su concepción normativa está en concordancia con lo previamente regulado por el Legislador.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI.1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128⁴⁷ del Código Contencioso Administrativo - CCA, que atribuye a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la competencia para conocer en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, norma que resulta armónica con el artículo 1° del Acuerdo No. 55 de 5 de agosto de 2003⁴⁸ y el Acuerdo 80 de 2019⁴⁹, que contiene las reglas de reparto entre las distintas secciones de la Corporación.

VI.2.- Problema jurídico

⁴⁷ "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades por las autoridades del orden nacional [...]
2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepciones de los de carácter laboral [...]"

⁴⁸ Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado tiene a su cargo conocer los procesos de nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones.

⁴⁹ Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado tiene a su cargo conocer los procesos de nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones.

Corresponde a la Sala determinar si los artículos 2°, 3°, 10°, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007⁵⁰, y sus modificatorios, vulneran normas de superior jerarquía por haber sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse: i) por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria; ii) violación al derecho a la libertad económica y a la libre competencia; iii) por vulneración al derecho a la propiedad, y iv) por desconocimiento del derecho a la igualdad.

VI.3.- Actos demandados

121. La señora Juliana Santos Prada demandó los artículos 2°, 3°, 10°, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007⁵¹; de los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 23 de enero de 2008⁵², y de la totalidad del Decreto 945 de 2008⁵³, normas que modificaron los artículos 10°, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007.

122. Los artículos demandados del Decreto 2870 de 2007 «*Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones*», el cual fue expedido por el Presidente de la República⁵⁴ y por el Ministro de Comunicaciones, en síntesis, establecen lo siguiente:

- (i) El **artículo 2°** establece definiciones respecto de los conceptos de título habilitante convergente, posición dominante y oferta mayorista.
- (ii) El **artículo 3°** trata sobre la obtención del título habilitante convergente.
- (iii) El **artículo 10°** prevé la obligación de los operadores con posición dominante de poner a disposición y conocimiento general de la oferta mayorista -norma que fue modificada por el artículo 2° del Decreto 147 de 2008 y por el artículo 1° del Decreto 945 de 2008-, en el sentido de ampliar el plazo para que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- defina los criterios y las condiciones para

⁵⁰ «*Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones*» Folios 2 a 4 cuaderno principal 1.

⁵¹«*Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones*» Folios 2 a 4 cuaderno principal 1.

⁵² «*Por el cual se modifican el numeral 6 del artículo 6°, y los artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007*»

⁵³ «*Por el cual se modifican los artículos 10, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007.*»

⁵⁴ Folios 2 a 4 del cuaderno principal.

determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en los mercados definidos por ella.

- (iv) El **artículo 12** versa sobre el acceso y uso redes de telecomunicación por parte de los operadores de telecomunicaciones a otros operadores y a los proveedores de aplicaciones y contenidos.
- (v) El **artículo 13** señala la obligación especial de los operadores con posición dominante de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada -norma que fue modificada por el artículo 3° del Decreto 147 de 2008 y, posteriormente, por el artículo 2° del Decreto 945 de 2008-. Ambas modificaciones tenían el propósito de ampliar el plazo allí establecido para que la CRT defina los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, la existencia de posición dominante en los mercados definidos por ella, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red.
- (vi) El **artículo 18** prevé que la CRT deberá adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica con unas excepciones -norma que fue modificada por el artículo 3° del Decreto 945 de 2008 en el sentido de ampliar el plazo allí establecido para que la CRT defina los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en los mercados definidos por ella.
- (vii) El **artículo 19** reglamenta los servicios de valor agregado.
- (viii) El **artículo 20** señaló las derogatorias y la correspondiente vigencia de los preceptos.

VI.4.- Análisis del problema jurídico

VI.4.1. Primer Cargo – Exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República frente a los servicios públicos de telecomunicaciones.

123. La parte actora sostuvo que los artículos 10°, 12, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007, así como los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 2008 y el Decreto 945 de 2008 están viciados de ilegalidad por adoptar, en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria, medidas de intervención en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y la convergencia de redes y servicios, sin tener

un sustento legal. Alega la parte demandante que, en el citado acto administrativo, el Gobierno Nacional omitió citar las leyes en las que se sustentan las competencias para su expedición y atribuyó funciones inexistentes al Ministerio de Comunicaciones y a la CRT, con lo que se vulneró la Constitución y la Ley.

124. En este mismo sentido, refirió que el **artículo 10°** del Decreto 2870 de 2007, creó una nueva modalidad de prestación de servicios a través de la obligación de realizar una oferta mayorista. Además, atribuyó funciones a la CRT para que definiera los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes y para establecer la existencia de posición dominante en dichos mercados, dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del decreto *ibídem*, término que fue ampliado hasta por 10 meses, según el artículo 2° del Decreto 147 de 2008 y, finalmente, hasta el 28 de febrero de 2009 por el artículo 1° del Decreto 945 de 2008. Igualmente, le confirió a la CRT la potestad de intervenir para hacer efectiva la oferta mayorista en el evento en que no se logre un acuerdo entre las partes.

125. La misma irregularidad se presenta frente al contenido del **artículo 12** del Decreto 2870 de 2007, el cual previó que la CRT expediría la regulación de carácter general y particular en materia de redes, acceso y uso de estas. Igualmente, creó la obligación para los operadores de telecomunicaciones de ofrecer y permitir el uso de sus redes a otros operadores y proveedores de contenidos y aplicaciones. Anotó que ninguno de los asuntos puede ser atribuido como facultad regulatoria de la CRT, en tanto son materias reservadas al legislador.

126. La parte actora adujo idéntico argumento frente al **artículo 13** del decreto demandado, en tanto impone la obligación a los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada. Así mismo, estableció que la CRT debía definir los criterios y condiciones sobre este asunto, en un término de 6 meses desde la expedición del decreto 2870, término que fue ampliado hasta por 8 meses para determinar mercados relevantes y por 10 meses para identificar la existencia de posición dominante en los mercados según el artículo 3° del Decreto 147 de 2008 y, finalmente, fue prorrogado hasta el 28 de febrero de 2009 de acuerdo con el artículo 2° del Decreto 945 de 2008.

127. En la misma línea, criticó el contenido del **artículo 18** del decreto 2870 en el que se estableció que la CRT debía adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones para que se oriente a una regulación de mercados relevantes⁵⁵, para lo cual, la mencionada comisión contaba con un término de 6 meses, término que fue ampliado hasta el 31 de julio de 2009, según el artículo 3° del Decreto 945 de 2008.

128. Para resolver, la Sala se referirá al contenido y alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y a las competencias de regulación en materia de servicios públicos, en especial, en el servicio de telecomunicaciones.

VI.4.1.1. Contenido y alcance de la potestad reglamentaria

129. Con fundamento en el principio de separación de poderes, la competencia general para la producción normativa radica principalmente en el Legislador, dado que está dotado de mayor capacidad de deliberación democrática, de ahí que la competencia del ejecutivo para reglamentar esté limitada por la Constitución⁵⁶. Así las cosas, la Constitución distribuyó la capacidad para producir normas entre diferentes autoridades y organismos administrativos, de ahí que fuera catalogado por la Corte Constitucional como un sistema difuso de producción normativa⁵⁷.

130. Como regla general, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución prevé que, como suprema autoridad administrativa, al Presidente de la República le corresponde ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, toda vez que son indispensables para hacer posible su cumplimiento. Adicionalmente, este mismo numeral establece que el acto debe ser suscrito y

⁵⁵ Según el artículo 18, la CRT para regular debía tener como parámetros, las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información, de acuerdo con las recomendaciones de la UIT

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017). Expediente: RDL-004 C- 253 DE 2017. Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto Ley 248 del 14 de febrero de 2017 *“por el cual se dictan disposiciones sobre el Fondo Nacional de Regalías en Liquidación y se dispone de los saldos del mismo para financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”*

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008). expediente D-7260. Sentencia C 1005 de 2008. Demandante: María Olga Jiménez Moscoso. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8 (d), 11 parágrafo 2º y 19 de la Ley 1101 de 2006 *“por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 – Ley General de Turismo – y se dictan otras disposiciones.”*

comunicado también por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente⁵⁸.

131. En esta línea argumentativa, la potestad reglamentaria está relacionada con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la Administración, lo que significa que su ejercicio deberá estar subordinado y dependiente de las normas de carácter superior de acuerdo con el principio de legalidad⁵⁹. En ese sentido, esta Corporación, ha señalado⁶⁰:

*[...] El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hacer explícito lo implícito en ella: No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; **no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria por violaría, además de la ley, la propia constitución.** [...]*
(Resaltado de la Sala).

132. Lo anterior significa que la ley sienta los principios generales de la materia que se regula, sin que deba contener todos los detalles, criterios específicos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. De ahí que el decreto reglamentario sea necesario para hacerla operante o particularizarla para hacerla viable. En esa medida, el ejercicio de la potestad reglamentaria tendrá como límite el ámbito de aplicación, los fines, criterios y requisitos establecidos por la Ley, sin que se le permita al reglamento ir más allá, de tal forma que varíe las disposiciones de rango legal.

133. La Corte Constitucional ha considerado que la potestad reglamentaria del Ejecutivo es proporcional a la extensión de la ley, así que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Sin embargo, tal regla encuentra su excepción respecto

⁵⁸ Artículo 115 inciso 3°.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCION C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813). Actor: Navis Alberto Flórez León. Demandado Nación – Presidencia de la Republica – Departamento Nacional de Planeación

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Concepto del nueve (9) de julio de 1996. Expediente 854.

de aquellas materias que, a pesar de no estar reguladas por la ley tampoco pueden ser establecidas vía reglamento, en tanto están sometidas a reserva legal. En ese sentido, deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos⁶¹:

[...] En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio integro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

*No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras la regulación de materias como impuestos o leyes estatutarias. **Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre superior. [...]** (Resaltado de la Sala).*

134. El Consejo de Estado también ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por los criterios de competencia y la necesidad⁶². El primer criterio hace referencia al ámbito de la regulación que el legislador defiere al ejecutivo, para establecer en detalle los pormenores de la materia a reglamentar. Por su parte, el criterio de necesidad es el marco en el que se debe desarrollar la

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENNCIA C432 DE 2004, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL

⁶² CONSEJO ESTADO, SECCION SEGUNDA, SENTENCIA 21 DE AGOSTO DE 2008, EXP. 0294-04 Y 0295-04 CONSEJERO PONENTE GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

potestad reglamentaria, limitándose a definir los asuntos necesarios para la correcta aplicación de la ley.

135. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación sintetizó que el ejercicio de la potestad reglamentaria conllevaba⁶³:

*[...] i) El ejercicio de una **función administrativa**; ii) tiene como propósito **precisar y detallar la ley** para que de esta forma pueda ejecutarse adecuadamente; iii) **finaliza con la expedición** de actos de carácter general y abstracto, los cuales, en el caso de la Presidencia de la República, reciben en nombre de **decretos reglamentarios**; iv) el acto que resulta **no es una nueva ley, sino un acto complementario** de esta; v) **promueve la organización y el funcionamiento de la administración**; vi) **representa un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo**; vii) **no puede ejercerse en el caso de materias que deben necesariamente regularse a través de una ley** y viii) **no es posible ejercer la potestad reglamentaria cuando se trate de una ley que incorpore disposiciones precisas y claras que no requieren de una regulación adicional para su ejecución.** [...]*

136. Así las cosas, el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República exige que la ley haya configurado una regulación básica, la cual no puede ser alterada o modificada por el reglamento, ni desarrollar aquellas materias reservadas al legislador, so pretexto de precisarlas o aclararlas.

VI.4.1.2. Competencia para la regulación de los servicios públicos domiciliarios

137. De acuerdo con el **artículo 334** de la Constitución Política determina que la dirección general de la economía está a cargo del Estado y este intervendrá, por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Bogotá primero (1) de noviembre de 2019. Numero de radicación: 11001-03-24-000-2011-00162-00. Demandante: José Mario Cardona Ramírez y Miguel Sandoval Zabaleta. Demandado: Nación – Gobierno Nacional (conformado por el presidente de la república y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público)

habitantes. Así mismo, es importante destacar que esta norma establece que el Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos.

138. Por su parte, el **artículo 365** superior establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. El mismo artículo señala que los servicios públicos «*estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley*», y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

139. El **artículo 367** de la Constitución Política dispone que corresponde al Legislador la labor de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación. También deberá la ley establecer las entidades competentes para fijar las tarifas de los servicios públicos.

140. En esa línea, el **artículo 150** de la Constitución Política señala que al Congreso de la República le corresponde expedir las leyes, entre otras, respecto de los siguientes asuntos:

- (i) Las normas a las cuales deberá sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia (numeral 8^o).
- (ii) Expedir normas de intervención económica prevista en el artículo 334 constitucional, en cuyas disposiciones debe precisar tanto sus fines y alcances como los límites y restricciones a la libertad económica (numeral 21^o).
- (iii) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (numeral 23^o).

141. Respecto de la reserva legal en la regulación de los servicios públicos, la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2013⁶⁴ respecto de la determinó:

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[...] La jurisprudencia constitucional ha señalado que corresponde al legislador adoptar, a lo menos, **las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación**^[14]. En palabras de esta Corporación, dicho régimen se compone de **aquellos elementos básicos ‘que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, es decir, que guardan estrecha relación con la configuración y delimitación del derecho prestacional’**^[15] y, agrega la Corte en esta ocasión, **de las actividades que la Constitución o las leyes prevén para garantizarlo**. Se trata de preservar el origen deliberativo, pluralista y participativo del régimen de los servicios públicos, habida cuenta de su trascendencia para la vida cotidiana de los habitantes del territorio nacional.

Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) ‘las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas’^[16]; **(ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo**. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que ‘el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción’^[17]. La Corte también ha dicho que las ‘regulaciones sólo puedan limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta’^[18]. [...]

(Resaltado de la Sala)

142. De acuerdo con los artículos constitucionales referidos y la jurisprudencia citada, la competencia para la regulación y la determinación del régimen jurídico de los servicios públicos será definida por el Legislador, al que, además, le corresponderá determinar los mecanismos de intervención del Estado en la

economía, sus alcances, fines, límites y restricciones a la libertad económica. También expedirá las leyes que determinen el ejercicio de las labores de inspección y vigilancia del Gobierno, la prestación de los servicios públicos y establecerá las competencias y responsabilidades respecto de la prestación de servicios públicos, así como las entidades responsables de fijar las tarifas de servicios públicos.

143. En esa medida, la regulación de los servicios públicos tiene reserva legal, en el sentido de que corresponde al Legislador establecer su régimen jurídico, el cual determinará el marco en el cual se podrá ejercer la potestad reglamentaria del Presidente de la República, «*mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*»⁶⁵.

144. En síntesis, para la reglamentación y regulación de los servicios públicos por parte de las autoridades administrativas deberá existir una ley previa que hubiera establecido las circunstancias básicas de prestación del mismo. En palabras de la Corte Constitucional, los elementos básicos de configuración y delimitación del derecho prestacional. Por ende, la ley deberá contener los fines, criterios, principios de interpretación y competencias que las autoridades administrativas deberán observar en el ejercicio de sus respectivas funciones frente a los servicios públicos.

VI.4.1.3. Resolución del cargo de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria

145. El reproche de la actora se fundamenta, principalmente, en que el Decreto 2870 de 2007 no encuentra respaldo en las Leyes 72 de 1989, 37 de 1993 o 555 de 2000 ni el Decreto Ley 1900 de 1990. Expresó la accionante que el decreto demandado tampoco era necesario para la implementación de las disposiciones contenidas en ninguna de las normas mencionadas.

146. Adujo que el Decreto 2870 de 2007 modificó las leyes referidas con fundamento en las siguientes razones:

⁶⁵ Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

- a) Por crear una modalidad de prestación de servicio de telecomunicaciones al imponer la obligación de realizar una oferta mayorista y de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada.
- b) Imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de ofrecer y permitir el uso y acceso de sus redes a operadores y proveedores de contenidos y aplicaciones.
- c) Modificar las condiciones y formas de entrada al mercado de servicios de telecomunicaciones.
- d) Reclasificación de los servicios de telecomunicaciones al ampliar los servicios de valor agregado la posibilidad de enviar señales de voz.
- e) Atribuir funciones a la CRT para que definiera dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del decreto 2870, término que fue prorrogado hasta el 28 de febrero de 2009, según lo dispuesto por los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 2008 y por el Decreto 945 de 2008,: i) los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, ii) la existencia de posición dominante en dichos mercados, iii) imponer la oferta mayorista cuando no se logre un acuerdo entre las partes, iv) expedir la regulación de carácter general y particular en materia de redes, acceso y uso de estas, y v) adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de servicios de telecomunicaciones que se oriente a una regulación de mercados relevantes, para lo cual la comisión contaba con un término de 6 meses, según el decreto 2870, que luego fue modificado por el Decreto 945, ampliando el mismo término hasta el 31 de julio de 2009.

147. Frente a los diferentes reproches aducidos por la parte actora, lo primero que la Sala estima pertinente advertir es que, contrario a lo expuesto en la demanda, el Decreto 2870 de 2007, expresamente señala las normas que le otorgan competencia al Presidente de la República para el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia de servicios y redes en materia de telecomunicaciones. En efecto, el decreto indica que se expide en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, especialmente aquellas que le confieren los «*artículos 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 72 de 1989 y el Decreto-ley 1900 de 1990*».

148. En las leyes citadas, se puede establecer que corresponde al Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación,

regulación y control de los servicios de dicho sector de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 72 de 1989.

149. El artículo 11 de la misma ley, confiere la facultad al Ministerio de Comunicaciones de establecer políticas de normalización, adquisición de equipos y soportes lógicos de telecomunicaciones acordes con los avances tecnológicos, *«para garantizar la interconexión de las redes y el interfuncionamiento de los servicios de telecomunicaciones»*.

150. Por su parte, el Decreto Ley 1900 de 1990, en su artículo 5°, reproduce la disposición del artículo 1° de la Ley 72 de 1989, respecto de la competencia del Gobierno Nacional asociada al ejercicio de las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, a través del Ministerio de Comunicaciones. En el artículo 6° *ibídem* se establece que el Gobierno Nacional deberá promover *«la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización»*⁶⁶.

151. En el artículo 12 del citado decreto ley, se establecen los lineamientos que deberá tener el Gobierno Nacional para expedir la reglamentación relacionada sobre redes y servicios de telecomunicaciones, la cual deberá considerar *«las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones o del organismo internacional pertinente, de conformidad con los convenios, acuerdos o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso»*. En esa misma línea, el artículo 25 *ibídem* faculta al Gobierno Nacional para que, en armonía con los planes y políticas establecidos, procure *«la expansión, modernización, y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, para permitir el acceso y uso de la misma»*.

152. De acuerdo con lo referido, el Presidente de la República, a primera vista, contaba con facultades para reglamentar las redes y servicios de telecomunicaciones, con base en la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990. Ahora bien, como se precisó en el acápite relativo a la reserva legal en la regulación de servicios públicos, el Presidente de la República para el uso de la

⁶⁶ Según el mismo artículo, el Gobierno Nacional deberá propender porque los grupos de población de menores ingresos económicos, los residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera, las etnias culturales y en general los sectores más débiles o minoritarios de la Sociedad accedan al uso de esta clase de servicios, a fin de propiciar su Desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional.

potestad reglamentaria en esta materia debe ajustarse a los criterios, fines, requisitos y parámetros que le establezcan las diferentes leyes vigentes sobre la materia.

153. En esa medida, habrá de tenerse en consideración, entre otras disposiciones, el contenido de la Ley 37 de 1993⁶⁷, a través de la cual se reguló la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en adelante TMC⁶⁸. Esta ley, en su artículo 6º, otorgó competencia al Ministerio de Comunicaciones para asignar las frecuencias para la prestación del servicio de TMC.

154. Por su parte, el artículo 14 de la Ley 555 de 2000⁶⁹ establece la obligación a todos los operadores de telecomunicaciones de permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la CRT. El artículo determinó que el propósito de la imposición de la obligación referida radica en asegurar: i) el trato no discriminatorio; ii) la transparencia; iii) los precios basados en costos más una utilidad razonable, y iv) la promoción de la competencia.

155. En esa medida, la Sala revisará el contenido de los artículos acusados del Decreto 2870 de 2007, con miras a determinar si se dio un indebido ejercicio de la potestad reglamentaria.

a) De la obligación de realizar oferta mayorista y de la desagregación de los elementos de red para los operadores con posición de dominio en el mercado relevante

156. En primer lugar, la parte actora señaló que el establecimiento de la obligación de realizar oferta mayorista (artículo 10º del Decreto 2870 de 2007), así como del deber que se impone a los operadores con posición dominante en un mercado relevante en el sentido de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de

⁶⁷ ***“Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones.”***

⁶⁸ El servicio de TMC es un servicio público de telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional que proporciona capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada entre aquellos y usuarios fijos, usando la red de telefonía móvil celular donde la parte asignada del espectro electromagnético constituye su elemento principal.

⁶⁹ ***“Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”***, reglamentada parcialmente por el Decreto 575 de 2002.

manera desagregada (artículo 13 del Decreto 2870 de 2007), exceden el ejercicio de la potestad reglamentaria, en tanto son materias de reserva legal.

157. Frente a la obligación de realizar la oferta mayorista, encuentra la Sala que esta fue definida en el artículo 2º del Decreto 2870 de 2007, así:

[...] Artículo 2. Definiciones.

**Oferta mayorista: proyecto de negocio que un operador de telecomunicaciones pone en conocimiento general, y que contiene las condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables y no discriminatorias, mediante las cuales ofrece al por mayor los elementos necesarios, tales como minutos, ancho de banda o similares, a terceros, para que estos suministren servicios al público
[...]*

158. Por su parte, el artículo 10 del mismo decreto establece:

Artículo 10. Aplicación de la oferta mayorista. *Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarán obligados a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.*

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en dichos mercados.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones revisará periódicamente dichos criterios y condiciones, y podrá intervenir, a solicitud de parte, para hacer efectiva la oferta mayorista, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes.

Parágrafo. *La oferta mayorista definida en los términos del presente artículo, deberá estar a disposición y en conocimiento general a los dos (2) meses siguientes a la expedición de las disposiciones que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.*

159. El artículo 13 del citado decreto, señala:

[...] Artículo 13. Obligaciones especiales para operadores con posición dominante. *Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, deberán ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizando la prestación de los servicios relacionados, la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión en modernización de infraestructura y redes de nueva generación. [...]*

160. A fin de establecer si el Presidente de la República contaba con los elementos básicos de la regulación, determinados previamente en una ley, para reglamentar lo concerniente a la oferta mayorista y a la desagregación de redes, la Sala habrá de analizar si tal competencia tiene respaldo en la Ley 72 de 1989, en el Decreto Ley 1900 de 1990 y en las demás leyes que en materia de telecomunicaciones estaban vigentes al momento de su expedición.

161. Para ello habrá de hacerse referencia al artículo 12 del Decreto Ley 1900 de 1990, norma que señala que, para la reglamentación en redes y servicios de telecomunicaciones, el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta las recomendaciones de la UIT, así como, los acuerdos o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso. Una de esas leyes, es la **671 de 2001**⁷⁰ a través de la cual se aprobó el «*Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia*».

⁷⁰ "Por medio de la cual se aprueba el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997"

162. En esa ley se contemplan los compromisos de Colombia en atención a los servicios de telecomunicaciones con miras a incorporar en la regulación interna disposiciones que garantizaran la interconexión, acceso y uso de las redes de manera eficiente y para fomentar la libre competencia. Con esa finalidad, se hizo referencia a las medidas de salvaguarda que se podían adoptar regulatoriamente para evitar el abuso de la posición de dominio en el mercado relevante, respecto de las instalaciones esenciales⁷¹. En ese sentido, señaló que los operadores con posición dominante debían evitar:

[...] a) Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada⁴¹;

b) Utilizar información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos; y

c) No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios. [...]

163. En esa línea, también como medida salvaguarda y con miras a que se garantice en todo momento la interconexión⁷², entre otras, se adoptó el principio de la transparencia de los acuerdos de interconexión, conforme al cual **«el operador con posición dominante debe disponer al público sus acuerdos de interconexión o una oferta de interconexión»**. Con el mismo objetivo, estos operadores deberán desagregar la red, lo cual *«permite a los operadores que se interconectan acceder a un elemento de la red sin la obligación de pagar por otros elementos integrados en un servicio de interconexión»*⁷³.

164. De acuerdo con el manual de reglamentación de las Telecomunicaciones, escrito con el apoyo y asistencia de la UIT⁷⁴ la transparencia es un principio para la interconexión, por lo tanto, se convierte en un objetivo de la política fundamental

⁷¹ Según la ley 671 de 2001, se ha de entender como instalaciones esenciales toda instalación de una red o servicio públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un proveedor o por un número limitado de proveedores; y, b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

⁷² La interconexión como elemento esencial del servicio de telecomunicaciones se define como la facilidad necesaria para *«que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos»*

⁷³ Manual página 3-40

⁷⁴ El manual de reglamentación de las Telecomunicaciones, escrito con el apoyo y asistencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, Página 3-7.

en los acuerdos comerciales internacionales, así como de las políticas nacionales de telecomunicaciones. En esa medida, las regulaciones habrán de disponer normas que impongan a los operadores de telecomunicaciones con posición dominante el facilitar la interconexión: i) en términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas que no sean discriminatorias y, ii) en forma oportuna, en términos y condiciones y con tarifas transparentes, razonables (que tengan en cuenta la viabilidad económica) y suficientemente desagregadas para que el proveedor no deba pagar por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio.

165. Por lo tanto, las medidas que se tomen con el propósito de garantizar la transparencia le deben permitir a los organismos reguladores detectar e impedir conductas desleales estratégicas. Así mismo, las empresas del sector pueden comparar tarifas y condiciones, lo que conlleva a definir mejores prácticas operacionales y administrativas. También permitirá eliminar barreras de entrada que dificultan a nuevos proveedores del mercado tener que pagar por elementos de la red que no requieran para la prestación de su servicio, y evitará, además, la duplicidad de redes o de elementos de red, garantizando el uso eficiente de la infraestructura existente.

166. Así las cosas, para asegurar el acceso a redes y servicios en condiciones no discriminatorias y transparentes en temas de tarifas y calidad, se deben publicar los acuerdos o modelos de oferta de interconexión, para que las empresas del sector comparen condiciones y se definan mejores prácticas operacionales y administrativas. Además, los organismos de control podrán detectar los operadores dominantes en un mercado relevante con actividades desleales que generen restricción a la libre competencia⁷⁵.

167. Ahora, el artículo 2º de la Ley 142 de 1994 establece que el Estado intervendrá en los servicios públicos, para, entre otros fines, lograr la prestación eficiente de los mismos y garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. Por su parte, en el artículo 3º *ibídem* se determinó como unos de los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, la regulación de la prestación de los servicios públicos y el establecimiento de

⁷⁵ El manual de reglamentación de las Telecomunicaciones, escrito con el apoyo y asistencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, Página 3-5.

medidas a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios (principio de neutralidad).

168. Adicionalmente, el artículo 14 de la citada ley señala que la posición dominante de una empresa de servicios públicos se impone frente a sus usuarios y al mercado de sus servicios. De ahí que la ley en comento prohíba las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, de manera que las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

169. El artículo 11 de la Ley 142 de 1994 estableció que, como consecuencia de la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos, deberán asegurar que se preste el servicio en forma continua y eficiente, sin abuso de la posición dominante frente al usuario como de terceros. También, deberán abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia y, en todo caso, facilitar el acceso e interconexión a otras empresas que prestan servicios públicos o que sean grandes usuarios.

170. El inciso 3° del artículo 28 en la Ley 142 de 1994 establece que es posible exigir la interconexión de redes para proteger al usuario, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia.

171. Por otro lado, los artículos 3° de la Ley 72 de 1989 y 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 establecen que las concesiones de servicios de telecomunicaciones deben otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones, con el objeto promover el desarrollo económico, social y político del país, con la finalidad de elevar el nivel y la calidad de vida de sus habitantes.

172. Lo que significa que el concepto de desagregación de redes y la oferta mayorista toman un papel importante para cumplir con los objetivos trazados por la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990, que buscan promover la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la

utilización de las redes y de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones (artículo 13).

173. Lo dicho permite afirmar que la desagregación de redes y la oferta mayorista permite reducir barreras técnicas y económicas de la entrada al mercado, teniendo en cuenta que para los nuevos operadores sería un obstáculo financiar la construcción de nuevas redes, lo que, además, podría constituir duplicidad de componentes. De otro lado, esta medida fomenta la innovación porque estos nuevos operadores combinan nuevas tecnologías⁷⁶.

174. Por su parte, y en consonancia con las demás normas referidas, el artículo 14⁷⁷ de la Ley 555 de 2000 dispone que todos los operadores de telecomunicaciones deben permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicitara.

175. De acuerdo a todo lo referido, evidencia la Sala que los artículos 2º, 10º y 13º del Decreto 2870 de 2007 establecen medidas de intervención en el mercado de los servicios públicos con miras a garantizar los principios consagrados en las normas referidas, esto es, la prestación eficiente y continua del servicio, la interconexión en condiciones de la transparencia y sin discriminación o imposición de condiciones discriminatorias o con abuso de la posición de dominio. Todo lo anterior, con el propósito de garantizar la libre competencia y la transparencia en el mercado.

176. En ese orden de ideas, la Sala establece que, contrario a lo indicado por la parte actora, los artículos 2º, 10º y 13º del Decreto 2870 de 2007, se ajustan a las normas vigentes y desarrollan los principios y criterios de las normas de rango legal que rigen las telecomunicaciones. Por tanto, el Presidente de la República contaba con plenas facultades para consagrar, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, las medidas ahí contenidas. Las cuales, como se estableció,

⁷⁶ Manual página 3- 44 del 2000

⁷⁷ Ley 555 de 2000. [...] **ARTICULO 14. RÉGIMEN DE INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO.** Todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

a) Trato no discriminatorio;
b) Transparencia;
c) Precios basados en costos más una utilidad razonable;
d) Promoción de la libre y leal competencia.[...]

cuentan con respaldo en las leyes vigentes sobre servicios públicos de telecomunicaciones. En esa medida, según la normativa citada, la oferta mayorista y la desagregación de redes son instrumentos regulatorios que buscan garantizar la eficiencia y la libre competencia para la prestación de estos servicios públicos a costos razonables para impulsar el mercado de forma transparente.

177. Además, la Sala considera que, con estas medidas, la comercialización en el sector de las telecomunicaciones permite que se transforme el surtido de productos, servicios o proveedores de acuerdo con lo que los usuarios soliciten, lo que contribuye con la oferta y la demanda. Además, porque los descuentos a nivel mayorista y la desagregación de red permiten a los diferentes niveles de comercialización obtener un beneficio en su estructura de costos.

178. Por ende, en concordancia con los principios del trato no discriminatorio y de transparencia, los operadores que tienen una posición dominante en el mercado deben admitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, para evitar usar componentes innecesarios y se cobre solo por aquellos que efectivamente se usan para la prestación del servicio. A lo cual se agrega que con la materialización de la oferta mayorista se posibilita a las empresas adquirir al por mayor sus servicios y así facilitar su participación en el mercado.

179. De manera que cuando se hace referencia a la oferta mayorista y la desagregación de red en los artículos demandados, lo que el decreto pretende es cumplir con lo establecido en la Constitución y la ley dándole alcance y cumplimiento a los principios de eficiencia, libre iniciativa, competencia, igualdad de condiciones en el acceso y uso de los servicios. Así mismo para contribuir con el desarrollo del mercado de telecomunicaciones y su corrección.

180. Por lo tanto, la Sala concluye que el concepto de oferta mayorista y el de desagregación de red cumplen con los criterios de competencia y necesidad para que el Presidente de la República ejerciera su potestad reglamentaria, sobre este asunto. En consecuencia, se despachará desfavorablemente este cargo.

b) Imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de permitir el uso y acceso de sus redes a operadores y proveedores de contenidos y aplicaciones.

181. La parte actora manifestó que el artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 desconoce las competencias del legislador al imponer la obligación a los operadores de servicios de telecomunicaciones de ofrecer y permitir el uso de sus redes no solo a los operadores de servicios de telecomunicaciones, sino también respecto de los proveedores de contenidos y aplicaciones, cuando estos últimos no se catalogan como operadores de telecomunicaciones. Arguyó que, a través de reglamento, se están extendiendo los derechos propios de operadores de telecomunicaciones a terceros que son proveedores de programas informáticos o de software.

182. Sostuvo que, con ese artículo, además, se está habilitando a los proveedores de aplicaciones y contenidos a prestar servicios de telecomunicaciones sin habilitación para ello.

183. El artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 establece:

*[...] **Artículo 12.** Regulación en materia de redes. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expedirá la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con las redes, incluido el acceso y el uso de las mismas. **Los operadores de telecomunicaciones deberán ofrecer y permitir el uso de sus redes a los otros operadores y a los proveedores de contenidos y aplicaciones, en condiciones transparentes, no discriminatorias y bajo criterios de precios orientados a costos eficientes.** [...]*

(Resaltado de la Sala)

184. Para el análisis de los argumentos de la actora respecto de este artículo, la Sala habrá de reiterar lo manifestado en el acápite precedente de esta providencia, en el que se señaló que existe una obligación legal de todos los operadores de telecomunicaciones de permitir la interconexión, acceso y uso de sus redes a otros operadores de telecomunicaciones y a los usuarios. En ese sentido, los artículos 11 de la Ley 142 de 1994 y 14 de la Ley 555 de 2000, establecen el deber a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones de facilitar siempre el acceso e interconexión a otras empresas que prestan servicios públicos. En la misma línea, el inciso 3° del artículo 28 en la Ley 142 de 1994 establece que es posible exigir la interconexión de redes para proteger al usuario, garantizar la calidad del servicio y promover la competencia.

185. Por su parte, el artículo 25 del Decreto Ley 1900 de 1990 establece el deber del Gobierno Nacional, de acuerdo con los planes y políticas establecidos, de procurar por «*la expansión, modernización, y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, **para permitir el acceso y uso de la misma**, conforme lo determinado en el presente Decreto, los tratados y convenios internacionales y los reglamentos de los servicios y actividades*».

186. En atención a lo dispuesto en los artículos 12 y 25 del Decreto 1900 de 1990⁷⁸, para la reglamentación de redes y servicios de telecomunicaciones el Gobierno Nacional deberá tener en consideración las recomendaciones de la UIT. En esa medida, resulta útil hacer referencia a la Recomendación UIT–T-Q.1300 (10/95) de la UIT⁷⁹, la cual, para efectos de explicar técnicamente cómo funciona la interacción de comunicaciones e información entre sistemas, trajo a colación el modelo de interconexión de sistemas abiertos, sus siglas en inglés OSI, el cual fue creado por la Organización Internacional de Normalización ISO. El modelo de interconexión de sistemas abiertos OSI, se convirtió en un marco de referencia para la definición de arquitecturas de interconexión de sistemas de comunicaciones, necesario para resolver las constantes barreras en la comunicación, dado que se utilizaban redes con diferentes especificaciones e implementaciones y ello generaba dificultades para intercambiar información.

187. Sobre el análisis OSI, la Asociación Colombiana de Ingenieros de Bogotá explicó el funcionamiento de las capas de la interacción de sistemas de comunicación de la siguiente manera⁸⁰:

⁷⁸ Establece que, para la reglamentación en redes y servicios de telecomunicaciones, el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta las recomendaciones de la UIT, así como, los acuerdos o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso.

⁷⁹ la Ley 252 de 1995, se aprobó la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias relacionadas con la constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los Reglamentos Administrativos, adoptados en Ginebra el 22 de diciembre de 1992. Ley que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-328 DE 1996, cuyo magistrado ponente fue el doctor José Gregorio Hernández Galindo.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 252 de 1995, la UIT tiene por objeto promover y proporcionar asistencia técnica a los países en desarrollo en el campo de las telecomunicaciones.

⁸⁰Asociación Colombiana de Ingenieros Bogotá, D. C. Agosto de 2017. La Naturaleza Técnica de los Servicios de Aplicación frente a los Servicios de Telecomunicaciones.

[...] Nivel 1. Capa Física: Encargada del transporte físico de la información por un canal de comunicaciones”.

“Nivel 2. Capa de Enlace de datos: Provee las funciones de intercambio de datos o información entre nodos adyacentes, conectados a un canal de comunicaciones provisto en la capa anterior”.

“Nivel 3. Capa de Red: Se encarga de enrutar la información entre los múltiples nodos de conmutación que componen una red de telecomunicaciones”.

*“Nivel 4. Capa de transporte: Es la capa encargada de dar consistencia extremo a extremo a la información en el proceso de telecomunicaciones, **siendo esta la última capa que provee funciones propias del proceso de telecomunicaciones***

Niveles 5, 6 y 7. Capas de Sesión, Presentación y Aplicación: Proveen las funcionalidades de creación de sesiones de intercambio de información entre sistemas de información, adaptación de contenidos, registros y formatos y la provisión de servicios enfocados a aplicaciones que corren en los sistemas de información, siendo estas capas diseñadas dentro de las funciones propias de la informática y de la interacción de estos sistemas. [...]

188. De lo anterior, se puede concluir que para que se logre el intercambio de mensajes se requiere de los niveles 1 a 4, los cuales constituyen funciones de procesos de telecomunicaciones, mientras que las capas 5, 6 y 7 consisten en procesos de información y adaptación de contenidos, creados por la informática.

189. La UIT hizo más notoria la diferencia entre telecomunicaciones y aplicaciones en la recomendación Y.2001 (12/2004)⁸¹ en la que analizó que debían existir redes que fueran capaces de soportar múltiples servicios, resaltando que dichos servicios debían ser independientes de las tecnologías que se usaran para su transporte. En esa oportunidad denominó las mencionadas redes como Redes de Próxima Generación, NGN por sus siglas en inglés (Next Generation Networking), cuyo objeto es asegurar que los elementos de interoperabilidad y las capacidades

⁸¹ Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT-T Y.2001 SECTOR DE NORMALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES DE LA UIT (12/2004) SERIE Y: INFRAESTRUCTURA MUNDIAL DE LA INFORMACIÓN, ASPECTOS DEL PROTOCOLO INTERNET Y REDES DE LA PRÓXIMA GENERACIÓN Redes de la próxima generación – Marcos y modelos arquitecturales funcionales Visión general de las redes de próxima generación.

de red deben soportar diversas aplicaciones, considerando que se tiene que distinguir entre transporte, servicios y aplicaciones⁸².

190. En la misma línea, ha de recordarse que el artículo 24 del Decreto Ley 1900 de 1990, le otorga competencias al Ministerio de Comunicaciones para formular y dictar los reglamentos de **normalización**, homologación y adquisición de equipos y soporte lógico de telecomunicaciones, «*acordes con los avances tecnológicos, que aseguren la interconexión de las redes y el funcionamiento armónico de los servicios de telecomunicaciones*». Por lo tanto, resulta necesario que, en garantía de la debida prestación del servicio, exista una efectiva interoperatividad de las redes y de los sistemas para que sea posible el intercambio de información entre los usuarios⁸³.

191. Ahora, la Ley 72 de 1989, en su artículo 2°, es clara en definir las telecomunicaciones como la transmisión, emisión o recepción de información, y señala que las mismas tienen como objeto el desarrollo económico, social y político del país, de manera que, llevan consigo una obligación social de aportar al desarrollo tecnológico. Uno de esos aportes es permitir el acceso a proveedores de aplicaciones y contenidos a las redes de telecomunicaciones, toda vez que su funcionalidad depende de los servicios de telecomunicaciones. En el mismo sentido, el artículo 47 del Decreto 1900 de 1990 establece que los operadores de servicios que se requieran como soporte para la conducción de otros servicios, no podrán negarse a su prestación, a menos que medie justa causa comprobada.

192. Las disposiciones aludidas guardan consonancia con el artículo 6° del Decreto *ibídem*, que exige del Estado la garantía del pluralismo en la difusión de

⁸² «Considerando las nuevas realidades del mercado caracterizadas por factores tales como: competencia abierta entre operadores debido a la desregulación de los mercados, explosión del tráfico digital (por ejemplo, debido a la utilización creciente de la "Internet"), demanda creciente de nuevos servicios multimedia, demanda creciente de movilidad general, convergencia de redes y servicios, etc., la NGN (red de próxima generación) se concibe como una implementación concreta de la GII (infraestructura mundial de la información).

Las Recomendaciones de la serie Y proporcionan los fundamentos de las redes de próxima generación. Sin embargo, los aspectos relativos a su implementación no se trataron adecuadamente en la GII. En consecuencia, la NGN hay que entenderla como el siguiente paso en la realización del concepto de GII. **El objetivo de la NGN es asegurar que todos los elementos necesarios para la interoperabilidad y las capacidades de red soporten aplicaciones mundialmente a través de la NGN, pero manteniendo el concepto de separación entre transporte, servicios y aplicaciones.**

El objetivo de esta Recomendación es que se utilice como información básica para contribuir al desarrollo de Recomendaciones, normas y directrices de implementación relativas a las redes de próxima generación.»

⁸³ Cabe recordar que el derecho a la información tiene protección constitucional (artículo 15) y el Estado tiene la obligación de garantizar su debido ejercicio.

información y la presentación de opiniones, como derecho fundamental de la persona, y para ello tiene que garantizar el libre uso de los servicios de telecomunicaciones. En esa línea, las medidas que se adopten deberán tender a asegurar la dinámica de las diferentes formas de prestar servicios de comunicaciones, garantizando la interconexión, acceso y uso de redes.

193. Por lo tanto, si bien los servicios de aplicaciones y proveedores de contenidos difieren de los servicios de telecomunicaciones, no debe dejarse de lado que las aplicaciones dependen de las telecomunicaciones para poder operar y es por ello que se debe asegurar que aquellas tengan acceso a las redes de telecomunicaciones. Lo contrario conduciría a que se presentaran obstáculos en el intercambio de información y en el desarrollo de la tecnología, así como al desconocimiento de los principios y criterios establecidos en la Constitución y las leyes sobre redes y servicios de telecomunicaciones.

194. La exigencia de acceso y uso de las redes de telecomunicaciones a los proveedores de aplicaciones y contenidos, contrario a lo manifestado por la actora, encuentra su justificación en la garantía que prevén la Constitución y las leyes sobre el derecho a la información y al acceso a los servicios públicos en condiciones de igualdad.

195. En consecuencia, la Sala considera que el cargo presentado respecto de la legalidad del artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 no está llamado a prosperar, por cuanto el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República encuentra su respaldo en la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 142 de 1994 y las recomendaciones de la UIT, que exigen del Estado adoptar los mecanismos necesarios para garantizar la interconexión entre sistemas, eliminación de obstáculos que dificulten el intercambio de información y la debida prestación del servicio.

c) Modificación de las condiciones y formas de entrada al mercado de servicios de telecomunicaciones.

196. Precisado lo anterior, la Sala analizará el otro argumento presentado por la parte actora frente a este mismo artículo 12 del decreto demandado, relativo a que de esa disposición se deriva una autorización para los proveedores de aplicaciones y contenidos para prestar servicios de telecomunicaciones sin

necesidad de título habilitante. En criterio de la demandante, con esa imposición de permitir la interconexión de terceros proveedores se está modificando la entrada al mercado de los servicios de telecomunicaciones.

197. Lo primero que advierte la Sala es que del tenor literal del artículo demandado no se puede establecer lo que aduce la demandante. En ese sentido, el argumento planteado alude a una interpretación que ella realiza sobre los efectos que se podrían dar en la aplicación del mismo. Sobre el particular, la Sala debe hacer especial énfasis en que la debida aplicación e interpretación de las normas requiere que éstas deban analizarse de manera sistemática dentro del cuerpo normativo del que hacen parte y de las demás normas sobre la materia que se encuentren vigentes.

198. En esa medida, ha de tenerse presente que el artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 no regula el contenido de la información, sino el uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones, para optimizar la actividad de los proveedores de aplicaciones y contenidos. Como se estableció anteriormente, el artículo está determinando una medida que permite salvaguardar el derecho de acceso y uso de redes a favor de estos últimos, en atención a la protección de los usuarios para que puedan recibir los servicios que demandan.

199. Por lo tanto, el artículo 12 demandado no está creando una forma nueva de prestación de servicio de telecomunicaciones ni dando la categoría de operador de telecomunicaciones a los proveedores de aplicaciones y contenidos. Tampoco está disponiendo que estos entren al mercado de telecomunicaciones, y menos aún, que lo hagan sin contar con un título habilitante.

200. Respecto de los títulos habilitantes, recuérdese que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado presta directamente o a través de concesiones, las cuales se otorgan por contratos o licencias, lo que da lugar al pago de derechos, tasas o tarifas, según lo dispuesto en el artículo 40⁸⁴ del Decreto Ley 1900 de 1990.

⁸⁴ Decreto 1900 de 1990. [...] **Artículo 40.** *Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones serán otorgadas de conformidad con los siguientes criterios:*

Servicios básicos. Podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituidas.

Servicios de difusión. Podrán otorgarse mediante contratación directa, con la salvedad indicada en el artículo siguiente.

Servicios telemáticos y de valor agregado. Se otorgarán mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional.

201. Por su parte, el artículo 50⁸⁵ del mismo decreto ley establece que «*[c]ualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino*».

202. También, la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 previeron que, para el establecimiento, explotación, uso, ampliación, modificación y renovación de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, se requería una autorización del Ministerio de Comunicaciones.

203. Así, para la prestación de servicios de telecomunicaciones se requiere de una concesión, y para explotar, usar, ampliar, modificar y renovar redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones, se requiere de autorización. De lo contrario, el servicio se considera clandestino y las autoridades competentes tendrán atribuciones para suspenderlo y decomisar los equipos asociados al mismo.

204. En consecuencia, evidencia la Sala que, a diferencia de la interpretación de la demandante, el efecto del artículo 12 del Decreto 2870 de 2007 es permitir que se logre la igualdad de condiciones de acceso a las redes existentes y se permita el desarrollo tecnológico y el pleno ejercicio del derecho a la información de los usuarios. A esa conclusión se arriba previa interpretación y aplicación armónica de las normas vigentes en el sector de las telecomunicaciones, que señalan que deben tomarse las medidas necesarias para garantizar los principios y derechos referidos y que, para ostentar la calidad de operadores, deberán obtener el título habilitante correspondiente al servicio de telecomunicaciones que prestarán.

205. Por lo anterior, el presente cargo no prospera.

d) Reclasificación de los servicios de telecomunicaciones al ampliar los servicios de valor agregado la posibilidad de enviar señales de voz

Servicios especiales. Se otorgarán mediante licencia.

Parágrafo. Los concesionarios de servicios básicos no podrán prestar servicios telemáticos o de valor agregado son la correspondiente licencia.[...]

⁸⁵ Decreto 1900 de 1990. «*ARTICULO 50. Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y 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 administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes. Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes. La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989.*»

206. La accionante consideró que el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 modifica el artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990 y con ello, destruye el régimen legal en materia de telecomunicaciones al permitir que los servicios de valor agregado puedan transmitir cualquier tipo de señal, incluidas las de voz. En esa medida, en su criterio, se desdibuja la disparidad entre los distintos tipos de servicios de telecomunicaciones pues no habría ninguna diferencia entre los de valor agregado y los de telefonía.

207. Señalo que, con ese artículo, todos los servicios independientemente de la información que transmitan, de las facilidades de telecomunicación que provean y de las necesidades de telecomunicación que satisfagan, resultan ser servicios de valor agregado, en tanto se soportan en redes de telecomunicaciones, considerando que todos los servicios de telecomunicaciones que pueda ser prestado al público hacen uso de una red.

208. Para abordar el problema planteado por la actora, se considera necesario hacer un paralelo entre el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990 y el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007.

Artículo 31 Decreto 1900 de 1990	Artículo 19 Decreto 2870 de 2007
<p>Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.</p> <p>Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación</p>	<p>Servicios de valor agregado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto-ley 1900 de 1990 y demás normas concordantes, todos aquellos servicios que utilicen como soporte servicios básicos, telemáticos y de difusión, o cualquier combinación de estos, que proporcionen la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades diferenciables del servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones,</p>

<p>de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico.</p> <p>Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.</p>	<p>independientemente de la tecnología que utilice, están sujetos al régimen legal establecido para los servicios de valor agregado y a las disposiciones previstas en este decreto. Tal es el caso de las señales de video, audio, voz, texto y otras, que usan como soporte las redes de telecomunicaciones del Estado entre otras, las redes de servicios básicos de telefonía móvil, Telefonía Pública Básica Conmutada y servicios portadores.</p> <p>Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.</p>
--	---

209. Como puede apreciarse del cuadro comparativo, el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007, por una parte, reproduce el contenido del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990 y, de otra, precisa los servicios que se pueden considerar de valor agregado frente a los señalados, a manera de ejemplo en el artículo 31.

210. En esa medida, se observa que el artículo 19 del Decreto 2870 de 2007 tuvo como propósito precisar y detallar el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990, de manera que no adicionó a este último. Adicionalmente, debe resaltarse que se precisó en el artículo demandado que solo puede considerarse como servicios de valor agregado «*aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos*».

211. Así las cosas, resulta evidente que, contrario a lo manifestado por la parte actora, el artículo controvertido está aclarando que en ningún caso los servicios de telecomunicaciones podrán ser clasificados ni regirse por las disposiciones consagradas para los de valor agregado cuando éstos no se puedan diferenciar de los básicos en los que se soportan. Por tanto, si un servicio de telecomunicaciones que transporte señales de voz del que no pueda reputarse una diferencia frente al servicio básico en el que se soporta, no podrá considerarse como de valor agregado. La diferencia ha de reflejarse en las facilidades que agregue al servicio

básico que lo soporta o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

212. En ese orden de ideas, al demostrarse con la mera comparación del texto del artículo demandado con el contenido del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990, sin necesidad de hacer un ejercicio de interpretación armónica con las normas vigentes, se puede determinar que no existe sustento para el argumento expuesto por la parte actora relativo a la modificación en la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, a través del artículo 19 del Decreto 2870 de 2007. Se evidencia, entonces, que el criterio de la actora se soporta en una interpretación equivocada del contenido literal del mismo.

213. Por lo anterior, este cargo tampoco prospera.

e) Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por atribución de facultades de regulación a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

214. La parte actora señaló que los artículos 10, 12, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007, así como los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 23 de enero de 2008 y el Decreto 945 de 2008 crearon funciones a la CRT cuando estas están sujetas a reserva de ley y no pueden fijarse mediante el ejercicio de funciones administrativas, lo cual es contrario al principio de reserva legal, de manera que desconoce los artículos 6, 121, 122, 123, 150 numerales 21, 23, artículos 333, 334 y 365.

215. Indicó que las anteriores normas demandadas atribuyeron funciones a la CRT para que definiera dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del decreto 2870, término ampliado hasta el 29 de febrero de 2009, de acuerdo con los artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 2008 y con el Decreto 945 de 2008,; i) los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, ii) la existencia de posición dominante en dichos mercados, iii) imponer la oferta mayorista cuando no se logre un acuerdo entre las partes, iv) expedir la regulación de carácter general y particular en materia de redes, acceso y uso de estas y, v) adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de servicios de telecomunicaciones que se oriente a una regulación de mercados relevantes, dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del decreto 2870, término que

fue ampliado hasta el 31 de julio de 2009, según lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 945.

216. Sobre el artículo 10° del Decreto 2870 de 2007 la actora indicó que éste también atribuyó funciones a la CRT para que definiera los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en dichos mercados, dentro de los 6 meses siguientes de la expedición del decreto *ibídem*, término que fue ampliado hasta por 10 meses, según el artículo 2° del Decreto 147 de 2008 y, finalmente, hasta el 28 de febrero de 2009, según el artículo 1° del Decreto 945 de 2008. También le correspondía revisar estos criterios y condiciones para intervenir y hacer efectiva la oferta mayorista en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes.

217. Del artículo 12 del decreto acusado la demandante señaló que este facultó a la CRT para expedir la regulación de carácter general y particular en materia de redes, acceso y uso de estas. Una facultad abierta e indeterminada para regular de manera general y particularmente todas las materias relacionadas con las redes. También adujo que el artículo 13 del Decreto 2870 de 2007 crea por reglamento una modalidad de prestación de servicios que era reserva legal y se atribuyen a una entidad descentralizada funciones legales no existentes en la ley, para aplicar tal modalidad dentro de los 6 meses siguientes del decreto *ibídem*, término que fue ampliado hasta el 28 de febrero de 2009, por el artículo 3° del decreto 147 y el artículo 2° del decreto 945.

218. Adujo que el artículo 18 del decreto demandado facultó a la CRT a adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones en un ambiente de convergencia tecnológica en un término de 6 meses desde la expedición del decreto 2870, término que fue ampliado por el artículo 3° del Decreto 945, hasta el 31 de julio de 2009. Tal facultad permite expedir todo tipo de regulación de redes y mercados en telecomunicaciones sin que exista una ley que establezca los criterios y alcances de la expresión *«adecuación de la regulación a un ambiente de convergencia tecnológica bajo postulados de la sociedad de la información»*, este último concepto que resulta bastante gaseoso.

219. Para resolver el cargo propuesto por la actora, se debe hacer referencia al artículo 12 del Decreto Ley 1900 de 1990 que dispuso que para la reglamentación sobre redes y servicios de telecomunicaciones se tendrán en cuenta las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT, de conformidad con los acuerdos, convenios o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso.

220. Adicionalmente, el artículo 25 *ibídem* se facultó al Gobierno Nacional para dictar medidas para procurar la expansión, modernización y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, para permitir el acceso y uso de la misma, de conformidad con lo dispuesto en ese decreto ley, los tratados y convenios internacionales y los reglamentos de los servicios y actividades.

221. Por su parte, los artículos 334 y 370 de la Constitución Política se determinó que la dirección de la economía estaría a cargo del Estado y que le correspondería al Presidente de la República con sujeción de la ley, dictar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

222. En desarrollo del artículo 370 superior, la Ley 142 de 1994 señaló en el artículo 68, que las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos que le corresponde establecer al Presidente de la República, las realizará a través de las comisiones de regulación y, advirtió que a lo largo de la citada ley establecería los criterios para el ejercicio de las mismas. Adicionalmente, advirtió que en caso de no ser delegadas tales atribuciones por el Presidente de la República, asumiría directamente las facultades legales otorgadas a estas.

223. Para el caso de referencia, la CRT está adscrita al MINTIC como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y presupuestal, la cual se creó a través del numeral 3° del artículo 69 de la Ley 142 de 1994. El artículo 73 *ibídem* determinó, como una de las funciones generales de las Comisiones de Regulación, la de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible. En los demás casos, debería promover la competencia entre quienes presten servicios

públicos, para que las operaciones sean económicamente eficientes, no se haga abuso de la posición dominante y se produzcan servicios de calidad.

224. Asimismo, el artículo 73-22 de la Ley 142 de 1994 facultó a las Comisiones de Regulación a establecer los requisitos generales a que deben someterse las empresas de servicios públicos *«para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión»*.

225. Por su parte, el literal a) del artículo 74.3. de la misma ley, contempló como función especial de la CRT la de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y 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.

226. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54⁸⁶ de la Ley 489 de 1998⁸⁷, el numeral 16⁸⁸ del artículo 189 y el numeral 7⁸⁹ del artículo 150 de la Constitución, el Presidente de la República expidió el Decreto 1130 de 1999 *«por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas»*. En el artículo 37 del decreto *ibídem* compiló las funciones de la CRT, así.

Artículo 37. Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. *Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de*

⁸⁶ *“Artículo 54. Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el gobierno nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional.”*

⁸⁷ *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previas de los numerales 15 y 16 del artículo 180 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*

⁸⁸ *“16. Modificar la estructura de los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”*

⁸⁹ *“7° Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.”*

Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

1. Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, de conformidad con la ley.

2. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios de telecomunicaciones.

3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios. [...]

7. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la Comisión determine.

8. Ejercer las funciones que el artículo 3 de la Ley 422 de 1998 le otorgó al Ministerio de Comunicaciones. Cuando los desacuerdos de que trata el citado artículo se susciten dentro de los procedimientos de interconexión, se resolverán por el mismo procedimiento.

9. Determinar criterios que aseguren la unidad funcional de las redes de comunicaciones y la interoperabilidad de los servicios [...]

13. Imponer, de conformidad con la ley, servidumbres de interconexión y de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión o conexión de redes de telecomunicaciones así

como señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes.

*14. **Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión**, a solicitud de parte [...]*

29. Ejercer las demás funciones atribuidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en los términos de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992. [...]

227. Al tenor de las normas transcritas, la CRT ostenta facultades legales para regular la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones en general, para lo cual puede adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, regular los monopolios, promover la competencia, garantizar la interconexión, reglamentar redes y servicios de telecomunicaciones. También deberá establecer los requisitos generales a que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión.

228. Así las cosas, es claro para la Sala que las atribuciones señaladas en el Decreto 2870 de 2007 son propias de la CRT como ente regulador de las telecomunicaciones. En esa medida, no se están creando por parte del Presidente de la República competencias nuevas para el regulador.

229. En efecto, la CRT⁹⁰ cuenta con la competencia en materia de regulación los servicios de telecomunicaciones para definir los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes y la existencia de posición dominante en esos mercados (artículo 10° decreto 2870 de 2007, modificado por el artículo 2° del Decreto 147 de 2008 y el artículo 1° del Decreto 945 de 2008, en cuanto al término que tenía la comisión para definir criterios y condiciones al respecto). Cabe recordar que la posición de dominio se predica de un agente dentro de un mercado específico o relevante. Y, como quiera que de esa posición de dominio se derivan obligaciones, habrán de fijarse los criterios con base en los cuales la autoridad de regulación del servicio de telecomunicaciones va a establecer que alguna empresa ostenta tal condición.

⁹⁰ Entre otras normas, artículos 73-21, 74-3 literal a) de la Ley 142 de 1994, numerales 1°, 2°, 3, 7° y 9° del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999.

230. De la misma manera, la CRT⁹¹ está facultada para expedir la regulación en materia de redes, incluido el acceso y uso de estas (artículo 12 decreto *ibídem*), facultades que desarrollan los principios de garantía de la interconexión y de interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones de la Ley 72 de 1989 y del Decreto 1900 de 1990. También tiene plenas facultades la CRT⁹² para establecer condiciones técnicas y económicas que garanticen la prestación de los servicios, la remuneración de costos eficientes de la infraestructura (artículo 13 del decreto 2870, modificado por el artículo 3° del Decreto 147 de 2008 y el artículo 2° del Decreto 945 de 2008, en cuanto al término que tenía la comisión para definir criterios y condiciones al respecto).

231. Del artículo 18 del Decreto 2870 de 2007 se observa que la facultad otorgada a la CRT para regular todo el marco de redes y servicios estuviera, conforme con el ambiente de convergencia tecnológica en un término inicial de 6 meses, término ampliado hasta el 31 de julio de 2009, según lo dispuso el artículo 3° del Decreto 945 de 2008, también fue una facultad legítima⁹³, porque como lo señala el mismo artículo, esta se orienta a *«una regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia»*.

232. Así las cosas, la Sala concluye que el Presidente de la República no desbordó la facultad reglamentaria al señalar que la CRT debía regular los aspectos relativos a la determinación de mercados relevantes y posición dominante, sobre el uso y acceso a las redes.

233. Por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

VI.4.2. Segundo cargo.- Del desconocimiento de los derechos económicos de operadores de telecomunicaciones incumbentes

⁹¹ Facultada por el numerales 7o y 9o del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 y por el numeral 73-22 de la Ley 142 de 1994.

⁹² Competencia otorgada por el artículo 73-11 y 73-22 de la Ley 142 de 1994. Igualmente, en los numerales 2º, 3º y 7º del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999.

⁹³ Competencia otorgada por el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999.

234. La actora consideró que los mencionados artículos 2° parcial, 10°, 12° y 13° del Decreto 2870 de 2007 son ilegales por desconocer los derechos a la propiedad y la libertad económica al contemplar disposiciones que van en contravía de los artículos 58, 150 numeral 21, 189 numeral 11, 333 y 334 de la Constitución Política, y de los artículos 14 y 15 del Decreto Ley 1900 de 1990.

235. La demandante afirmó que los artículos 10°, 12 y 13 del Decreto 2870 de 2007 establecen restricciones, condiciones y limitantes al derecho de propiedad de los operadores, así como a su derecho a la libertad económica, sin que las mismas se encuentran previamente contenidas en una ley.

236. A su juicio, la mencionada vulneración se origina en el momento en que se obligó a los operadores con posición dominante a desagregar su red a terceros, a poner en conocimiento general una oferta mayorista y a permitir el acceso, uso e interconexión a sujetos no previstos en la ley.

237. Mencionó que, en esa medida, dentro del sector de las telecomunicaciones no se encuentran incluidas las aplicaciones o proveedores de servicios tecnológicos o de software. Y, en consecuencia, el derecho reconocido legalmente a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones a la interconexión, uso y acceso a las redes de otros operadores no puede extenderse a terceros que no pertenecen al sector y que no están habilitados como tales.

238. De otra parte, arguyó que un reglamento tampoco puede imponer a los operadores la manera de comercializar los servicios que prestan, como lo hizo el Decreto 2870 de 2007, al determinar como un deber de los operadores de telecomunicaciones, el de formular una oferta mayorista, adoptando las condiciones que establezca el regulador.

239. Indicó que, con ello, se restringe la libertad económica de los operadores de telecomunicaciones, al limitar la libertad de contratación y el derecho a estructurar su gestión económica, en tanto el Decreto 2870 de 2007 determina con quien, bajo cual esquema económico de remuneración y de qué manera deberá contratarse el acceso a las redes propias de los operadores de telecomunicaciones.

240. Para resolver el cargo, la Sala reitera el análisis efectuado en los acápites precedentes de la esta providencia, en los que se estableció que el régimen normativo de los servicios públicos tiene reserva legal por cuanto, de acuerdo con el numeral 23 del artículo 150 y el artículo 365 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso determinarlo. En ejercicio de tales facultades, expedirá las normas que regirán la prestación de los servicios públicos, el cual constituirá el marco en el que el Presidente de la República ejercerá la facultad reglamentaria.

241. Debe señalarse que la función estatal de regulación en materia de servicios públicos cumple con finalidades tales como la protección de los derechos de los usuarios, y la consecución de fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C. P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C. P.). También la promoción de la competencia y la prestación eficiente y continua de los servicios públicos.

242. Frente a la libertad económica y al derecho a la propiedad privada en materia de servicios públicos, cuando estos son prestados por particulares, la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2013⁹⁴ señaló:

*[...] Ahora bien, cuando la prestación de servicios públicos se cumple por intermedio de particulares, el desarrollo de su actividad está constitucionalmente amparado por las libertades económicas y en particular por la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia, en los términos del artículo 333 de la Carta Política. **Sin embargo, la misma norma reconoce que esos derechos pueden ser restringidos y señala expresamente que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.***

Adicionalmente, el artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011), asigna al Estado la dirección general de la economía y le impone el deber de intervenir, “por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2013. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

Significa lo anterior que las restricciones a las libertades económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio. En este sentido, refiriéndose justamente a la prestación de servicios públicos domiciliarios, la Corte ha advertido que “en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, por cuanto “además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 CP) y (...) la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP)”¹⁹. Con base en ello la Corte ha precisado que, “en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las Comisiones de Regulación.[...] (Resaltado de la Sala)

243. De conformidad con la jurisprudencia transcrita, si bien la Constitución Política reconoce en la prestación de los servicios públicos, el derecho a la libertad de empresa y a la propiedad, incluidos dentro de estos la libertad de configuración económica y de contratación, también es cierto que dichas facultades deberán ejercerse dentro de los límites que establezca la ley. Así, con el modelo de Estado Social de Derecho, se reconoce una intervención estatal en la economía para proteger el interés general y los derechos de la población más necesitada, de manera que se limitó el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual de los particulares, sometidos a la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.

244. Cabe recordar que como se desarrolló en los acápites precedentes de esta providencia, la reserva legal en materia de servicios públicos no excluye la atribución de funciones de regulación por parte del Presidente de la República, que en el ejercicio de estas competencias en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador. En esa medida, la competencia para la

regulación y la determinación del régimen jurídico de los servicios públicos será definida por el Legislador.

245. También, le corresponderá determinar los mecanismos de intervención del Estado en la economía, sus alcances, fines, límites y restricciones a la libertad económica. Adicionalmente, el Congreso de la República expedirá las leyes que determinen el ejercicio de las labores de inspección y vigilancia del Gobierno, la prestación de los servicios públicos y establecerá las competencias y responsabilidades respecto de la prestación de servicios públicos, así como las entidades responsables de fijar las tarifas de servicios públicos.

246. En ese contexto, explicó la Corte en la sentencia referida, que debido a que en la regulación de los servicios públicos participan igualmente el Presidente de la República y las comisiones de regulación, habrán de someterse los particulares no solamente a las reglas, restricciones y criterios que se establezcan en la ley sino también a los decretos y resoluciones que expidan, y que impliquen medidas de intervención del Estado en la economía.

247. En ese orden de ideas, encuentra la Sala que frente al marco legal en el cual deberá desarrollarse la potestad reglamentaria en los servicios públicos, se contempló el derecho a la libertad de empresa y a la propiedad privada. Sin embargo, también se le establecieron los criterios para limitar su ejercicio. Es así como, los artículos 10° y 11 de Ley 142 de 1994 establecen, por un lado, que la **libertad de empresa** es un derecho que tienen todas las personas que quieran organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, pero dentro de los límites de la Constitución y la ley. Y por otro, que el **derecho de la propiedad privada** de las entidades prestadoras de servicios públicos tiene una función social.

248. Según el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, la función social de la propiedad privada conlleva, entre otras, las siguientes obligaciones:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.

[...]

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

249. Por tanto, en la medida en que las regulaciones sobre servicios públicos se expidan con el propósito de asegurar los criterios señalados en la Ley 72 de 1989⁹⁵, el Decreto 1900 de 1990⁹⁶, la Ley 142 de 1994⁹⁷ y la Ley 555 de 2000⁹⁸, constituirán medidas legítimas de intervención en la economía por parte del Estado, las cuales deberán ser acatadas por los prestadores de servicios públicos.

250. Cabe precisar que el Legislador en el artículo 2º de la Ley 142 de 1994 señaló los criterios y fines que autorizan al Estado intervenir en los servicios públicos. Entre otros fines, determinó que esa intervención se haría para lograr la prestación eficiente de los mismos y para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. Por su parte, en el artículo 3º *ibídem* se estableció como uno de los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, la regulación de la prestación de los servicios públicos y el establecimiento de medidas a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios (principio de neutralidad).

⁹⁵ El artículo 1º de la Ley 72 de 1989, determina que el Gobierno Nacional debe ejercer las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, a través del Ministerio de Comunicaciones. En el artículo 6º *ibídem* se establece que el Gobierno Nacional deberá promover «*la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización*»

⁹⁶ En el artículo 12 el citado decreto ley establece los lineamientos que deberá tener el Gobierno Nacional para expedir la reglamentación relacionada sobre redes y servicios de telecomunicaciones. Mientras el artículo 25 *ídem* faculta al Gobierno Nacional para que, en armonía con los planes y políticas establecidos, procure por «*la expansión, modernización, y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, para permitir el acceso y uso de la misma*».

⁹⁷ Entre otros, los artículos 2, 3, 11, 14, 28 y 68 de la Ley 142 de 1994.

⁹⁸ El artículo 14 de la Ley 555 de 2000 establece la obligación a todos los operadores de telecomunicaciones de permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la CRT. El artículo determinó que el propósito de la imposición de la obligación referida es para asegurar: i) el trato no discriminatorio, ii) la transparencia, iii) los precios basados en costos más una utilidad razonable, y, iv) la promoción de la competencia.

251. El inciso 3° del artículo 28 en la Ley 142 de 1994 establece que es posible exigir la interconexión de redes para proteger al usuario, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia.

252. En sentencia C - 1162 de 2000, la Corte Constitucional sobre la regulación de los servicios públicos como instrumento de intervención del Estado en la economía, consideró:

[...] a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios [...]
(Resaltado de la Sala)

253. De acuerdo con todo lo referido, evidencia la Sala que los artículos 2º, 10º, 13º y 19º del Decreto 2870 de 2007 establecen medidas de intervención en el mercado de los servicios públicos con miras a garantizar los principios consagrados en las normas referidas, esto es, la prestación eficiente y continua del servicio, la interconexión en condiciones de la transparencia y sin discriminación o imposición de condiciones discriminatorias o con abuso de la posición de dominio. Todo lo anterior, con el propósito de garantizar la libre competencia y la transparencia en el mercado.

254. En consecuencia, la Sala determina que, contrario a lo indicado por la parte actora, los artículos demandados del Decreto 2870 de 2007, se ajustan a las

normas vigentes y desarrollan los principios y criterios de las normas de rango legal que rigen las telecomunicaciones y, por tanto, constituyen medidas legítimas de intervención del Estado en la economía, sin que se vean vulnerados los derechos a la libertad económica y a la propiedad.

255. Así las cosas, este cargo tampoco prospera.

VI.4.3. Violación al derecho a la igualdad

256. La actora subrayó que los artículos 2° y 3° del decreto demandado definen el nuevo título habilitante convergente THC, como el que comprende las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de que trata el Decreto 1900 de 1990 y el inciso 4° del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, con posibilidad de cobertura nacional y en conexión con el exterior. Sin embargo, dentro de los servicios que se pueden prestar bajo ese THC se exceptuaron los servicios de televisión, radiodifusión sonora, auxiliar de ayuda y especial, de TMC, y de PCS, telefonía pública básica conmutada local, local extendida y telefonía móvil rural.

257. A su juicio, el nuevo THC comprende las concesiones para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones con posibilidades de cobertura nacional y el exterior, pero dentro de las excepciones no incluyó el servicio de *trunking*, con lo que se desconoció el artículo 13 Constitucional, dado que otorga una ventaja injustificada a los operadores de *trunking*, sobre los demás operadores del mercado móvil colombiano como lo son los operadores de TMC y PCS.

258. Lo anterior porque el servicio de *trunking* en virtud de la interconexión y la numeración no geográfica concurren al mercado de telefonía móvil a competir con los mencionados operadores de TMC y PCS. Por lo tanto, no hay una justificación que permita que en un mismo mercado a una solo clase de operadores se les otorgue mayores facilidades para la prestación de los servicios y a los demás no, causando una discriminación en el ámbito y conexión con el exterior.

259. El artículo 2° del Decreto 2870 de 2007, define el Título Habilitante Convergente, en adelante THC, como aquella que «*comprende las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de*

que tratan el Decreto-ley 1900 de 1990 y el inciso cuarto del artículo 33 de la Ley 80 de 1993». La definición aclara que quedan exceptuados de ese THC, «los servicios de Televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, los servicios de Radiodifusión Sonora, Auxiliares de Ayuda y Especiales de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990, los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC- y de Comunicación Personal -PCS- definidos en las Leyes 37 de 1993 y 555 de 2000, respectivamente, y los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, Local Extendida y Telefonía Móvil Rural contemplados en la Ley 142 de 1994».

260. Por su parte, el artículo 3º del Decreto 2870 de 2007 establece:

*[...] **Artículo 3º.** Obtención del título habilitante convergente. A partir del primero (1º) de agosto de 2007, el Ministerio de Comunicaciones otorgará, a solicitud de parte, el Título Habilitante Convergente, el cual incluye todos los servicios de telecomunicaciones objeto del presente decreto, con posibilidad de cobertura nacional y en conexión con el exterior. Se exceptúan los servicios de Televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, los servicios de Radiodifusión Sonora, Auxiliares de Ayuda y Especiales de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990, los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC- y de Comunicación Personal -PCS- definidos en las Leyes 37 de 1993 y 555 de 2000, respectivamente y los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, Local Extendida y Telefonía Móvil Rural contemplados en la Ley 142 de 1994.[...]*

261. Con miras a resolver el cargo, la Sala encuentra necesario hacer referencia al artículo 13 de la Constitución Política, en tanto lo alegado por la actora tiene relación con un trato aparentemente discriminatorio de los artículos referidos al excluir de las excepciones al servicio de *trunking*.

262. El artículo 13⁹⁹ constitucional establece que todas las personas recibirán «la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos,

⁹⁹ Constitución Política. «**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica». En esa medida, el artículo 13 superior ordena a las autoridades dar igualdad de tratamiento jurídico a las situaciones de hecho iguales, por tanto cualquier diferencia hará que deba darse un trato distinto.

263. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-421 de 2002¹⁰⁰ señaló:

[...] En efecto, como ha dicho esta Corporación en forma reiterada: "En la realización del juicio de igualdad es necesario establecer, cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material y funcional, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado. Realizado esto, es preciso determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima".[...] (Resaltado de la Sala). Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. [...]

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

264. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, para realizar el juicio de racionalidad y proporcionalidad del trato desigual habrá de analizarse si la norma i) es adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido, ii) es necesaria, y, iii) proporcionada.

265. Descendiendo al caso concreto, la Sala habrá de mencionar que el objeto del Decreto 2870 de 2007, es el de adoptar medidas que faciliten la convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones. En el artículo 1º se determina que ese marco reglamentario que permita la convergencia tiene como propósito «*asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio, así como promover la competencia entre diferentes operadores*». En ese mismo artículo 1º excluye de la reglamentación de convergencia de servicios y redes a los servicios de televisión (Ley 182 de 1995 y sus modificaciones) y los servicios de radiodifusión sonora, auxiliares de ayuda y especiales de que trata el Decreto Ley 1900 de 1990.

266. Como se ha venido desarrollando a lo largo de la presente providencia, los artículos demandados del Decreto 2870 de 2007 cumplen con lo establecido en la Constitución y la ley, dándole alcance y cumplimiento a los principios de eficiencia, libre iniciativa, competencia, igualdad de condiciones en el acceso y uso de los servicios. Así mismo para contribuir con el desarrollo del mercado de telecomunicaciones y su corrección.

267. También se pudo establecer que el Decreto 2870 de 2007 consagra medidas de intervención en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones con miras a garantizar la prestación eficiente y continua de los servicios, la interconexión en condiciones de transparencia y sin discriminación o abuso de posición de dominio, todo con el propósito de garantizar la libre competencia y transparencia en el mercado.

268. Como lo indica el mismo decreto, el propósito de las medidas de intervención del Estado en el mercado de las telecomunicaciones es el de lograr la convergencia para asegurar el acceso y uso eficiente de las redes, con el objetivo de garantizar la universalidad del servicio (acceso y uso a todos los habitantes del territorio) y promover la competencia. Uno de los mandatos del Decreto Ley 1900

de 1990 es que el Gobierno Nacional procure por la expansión, modernización y **optimización de la red de telecomunicaciones del Estado** (artículo 25).

269. En esa línea, la convergencia de redes y servicios pretende lograr que varios servicios puedan prestarse a través de una misma red, por eficiencia y optimización de red, y para beneficiar a los usuarios. Sin embargo, la convergencia no se puede predicar frente a todos los servicios de telecomunicaciones pues son distintos y cuentan con diferentes títulos habilitantes y formas de ingreso al mercado.

270. El THC busca que todos aquellos servicios que tengan el mismo tipo de autorización para su prestación, en un solo trámite lograr ante el MINTIC que sean autorizados bajo un solo título habilitante. En ese sentido, la misma norma excluye aquellos servicios que considera, por su regulación especial como el caso de la tv y la radiodifusión sonora, servicios auxiliares y de ayuda, o por su forma de entrada al mercado como los de TMC y PCS, no deben hacer parte del THC.

271. En esa medida, encuentra la Sala que, en principio, los artículos demandados están efectuando una distinción justificada frente a los exceptuados, pues considera que con una misma licencia no debían entrarse a prestar estos servicios que cuentan con unas condiciones especiales de título habilitante y de tarifa a pagar al Estado para entrar al mercado de las telecomunicaciones.

272. Ahora bien, para determinar si esta distinción supera el juicio de proporcionalidad que establece la Corte Constitucional, la Sala deberá establecer si los servicios de *trunking* se pueden o no considerar iguales que los de TMC y PCS y, por tanto, si merecen el mismo tratamiento regulatorio.

273. Con el propósito mencionado, habrá de hacerse referencia a los artículos 1° del Decreto 1448 de 1995 y 2° del Decreto 2343 de 1996, que reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado o *trunking*. En el artículo 2° del Decreto 2343 de 1996, se definió el acceso troncalizado como «*el compartir entre los abonados del sistema, un número limitado de canales radioeléctricos, de manera que los abonados puedan (sic) acceder en forma automática cualquier canal que no esté en uso*».

274. El artículo 3º del citado decreto señala que los sistemas de acceso troncalizado pueden utilizarse tanto para «*el desarrollo de actividades como **en la prestación de servicios de telecomunicaciones que tengan por objeto cursar comunicaciones de voz y/o datos** en las modalidades de despacho y acceso telefónico*». Dispone, igualmente, que los servicios y actividades de telecomunicaciones será prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias, de conformidad con la Ley 72 de 1989, el Decreto 1900 de 1990 y la Ley 80 de 1993.

275. Por su parte, el artículo 18 del Decreto 2343 de 1996 especifica que los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado requerirán, como título habilitante, de una concesión mediante contratación directa. Indica la norma que la concesión que se otorgue «*no autoriza al operador para prestar los servicios de telefonía Básica Pública Conmutada Local, Local Extendida, Larga Distancia Nacional e Internacional, Servicio de Telefonía Móvil Celular, Servicios de Valor Agregado o **cualquier otro servicio de telecomunicaciones que tenga una regulación especial y requiera de título habilitante específico***» (resaltado de la Sala).

276. Lo anterior significa que el Decreto 2343 de 1996 diferenció a los operadores *trunking* con otros operadores, toda vez que, si bien el primero podía acceder a distintas redes, ello no lo habilitaba para operar en otros servicios como los TMC y PCM, los cuales tienen normas especiales que los regulan y, por lo tanto, sus títulos habilitantes específicos.

277. Frente a la diferencia que existe entre los servicios de TMC, PCS y aquellos que utilizan sistema de acceso troncalizado, en la sentencia del Consejo de Estado de 2005¹⁰¹ la cual estudió la legalidad del Decreto 2343 de 1996, se resaltó que, en el mercado de las telecomunicaciones móviles terrestres, no hay un servicio de telecomunicaciones que se preste sin un sistema. En ese sentido, la providencia consideró que si bien los servicios de TMC, PCS y los servicios que se prestan a través de sistemas de acceso troncalizado, son servicios básicos de teleservicios, se diferencian por el sistema por el cual son prestados.

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 14895 de octubre 20 de 2005. Rad.: 11001-03-25-000-1998-0012-00. Exp.: 14.895. Consejera Ponente: **Ruth Stella Correa Palacio**. Actor: Weiner Ariza Moreno. Demandado: La Nación - Ministerio de Comunicaciones

278. De ahí que hubiere aclarado que los dos primeros estén reglamentados de manera especial y requieran de un título habilitante específico, y aquellos que utilizan el sistema *trunking* requiera de una autorización conforme al artículo 8° de la Ley 72 de 1989. En ese sentido, indicó:

[...] v) **Que no es lo mismo servicios que sistemas y que estos últimos solo son objeto de autorización por el Ministerio de Comunicaciones (L. 72/89, art. 8°) y que el Decreto 2343 de 1996 reglamentó los sistemas de acceso troncalizado, que en el entendido de la norma hacen uso del espectro electromagnético y el uso de frecuencias radioeléctricas requiere del permiso previo del Ministerio de Comunicaciones (7), permite concluir que no se requería de ley y que podía reglamentarlos el gobierno, pues se repite, el artículo 33 de la Ley 80 de 1993, remitió a los servicios y actividades del Decreto 1990, y este no se contraría en tanto no hizo referencia a actividades y sistemas de telecomunicaciones y sí a servicios (art. 27), no creándose un nuevo servicio con los *trunking*, pues como se dijo este ya había sido objeto de clasificación.[...]**

279. Así mismo, explicó que no podía entenderse que el sistema de acceso troncalizado o *trunking* como un servicio o una actividad de telecomunicaciones, dado que el Decreto 2343 de 1996 siempre se refirió a este como un sistema, solo que reglamentó los servicios y actividades de telecomunicaciones ya existentes que escogieran utilizarlo para la prestación de los mismos. En otras palabras, el *trunking* no es una modalidad de servicio, sino una modalidad que ofrece tecnología para llevar a cabo una comunicación, de ahí que puede ser usado para otros fines. En ese sentido, la citada providencia señaló:

[...] vi) **Que no es cierta la afirmación del actor de que el *trunking* fue reglamentado en el Decreto 2343 de 1996 como un servicio y una actividad de telecomunicaciones, como quiera que quedó establecido que el gobierno, por lo menos en el Decreto 2343, no fue donde los clasificó; basta reparar en el encabezamiento del acto demandado “por el cual se reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen los sistemas de acceso troncalizado (*trunking*)”. No lo entiende la Sala de otro modo distinto a que el decreto demandado lo que hizo fue disponer el reglamento para**

aquellos servicios y actividades de telecomunicaciones ya existentes que optaran por utilizar el sistema de acceso troncalizado, porque en realidad lo que la norma hizo fue referirse a los trunking como un sistema y no copio una modalidad de servicio o actividad, pues a estos se refiere para aplicarles el sistema.

vii) Que es cierta entonces la precisión que hizo la entidad demandada en el sentido de que **“el sistema “trunking” es una modalidad que ofrece la tecnología para cursar comunicaciones”;** que consiste, tal como lo define el Decreto 2343 de 1996, **“en un sistema fijo-móvil terrestre” conformado por un conjunto de estaciones bases o repetidoras, estaciones móviles terrestres...”** (art. 2º del decreto) y que cuando este sistema se utiliza para prestar servicios de telecomunicaciones, según los define la Ley 80 de 1993 el servicio así prestado generalmente se conoce como trunking, pero nada impide, ni la tecnología ni la ley, que **el sistema sea utilizado para otros fines (como su utilización privada o la prestación de otros servicios), como lo previó el decreto reglamentario demandado.[...]**

2. Con fundamento en lo anterior la Sala concluye que el Gobierno Nacional no violó las disposiciones que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria invocadas por el demandante, toda vez que el Decreto 2343 de 1996 no creó un nuevo servicio de telecomunicaciones, ya que **los sistemas de acceso troncalizado son eso, sistemas, cuya definición determinación de su forma de operación** compete al ejecutivo, conforme a las autorizaciones para reglamentarlos que concedió la Ley 72 de 1989.

280. La Sala prohíja el criterio contenido en la providencia citada, en el sentido de establecer no es dable comparar o igualar a los operadores de los servicios de telecomunicaciones de TMC y PCS con los operadores de otros servicios de telecomunicaciones que usan el sistema *trunking*. Lo anterior encuentra respaldo en que entre unos y otros existen diferencias técnicas para su prestación, y también se distinguen en que a los primeros se les otorgan títulos habilitantes específicos, mientras que a los segundos se les otorgan autorizaciones, de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 72 de 1989 y el artículo 18 del Decreto 2343 de 1996.

281. En esa misma línea, esta Sección, en sentencia de 22 de septiembre de 2016¹⁰², al analizar la legalidad del Decreto 4239 de 2004, señaló que, de acuerdo con el artículo 18¹⁰³ del Decreto 2343 de 1996, no se pueden equiparar las concesiones otorgadas a los servicios de TMC y PCS con las de los operadores de servicios que utilizan el sistema de *trunking* porque difieren en tecnología, mercado, cobertura y capacidad. En tal sentido, precisó:

*[...] De todo lo anterior colige la Sala, que **no se pueden confundir ni equiparar las distintas concesiones a las que están sometidos los operadores interesados en prestar los distintos servicios de telecomunicaciones**, como quiera que cada uno de éstos se rige por marcos normativos especiales y particulares, **que por ejemplo en el caso de los servicios de acceso troncalizado trunking se encuentran regulados en los decretos 2343 de 1996, 4239 de 2004, 2323 y 2324 ambos de 2005, mientras que los Servicios Personales de Comunicaciones PCS encuentran su regulación legal en la Ley 555 de 2000 y los servicios de Telefonía Móvil Celular TMC regulados por la Ley 37 de 1993 y su decreto reglamentario 741 de 1993.**[...] Lo anterior en vista de que no se pueden equiparar los servicios prestados por los operadores de acceso troncalizado trunking, con los servicios prestados por los otros operadores móviles (TMC y PCS), pues además de **diferir en el aspecto tecnológico también son distintos en participación en el mercado, en la cobertura y capacidad de sus redes**”.*

282. Finalmente, cabe poner de relieve que en esa misma oportunidad esta Sección consideró que no se podía predicar la violación al derecho a la igualdad de los operadores de TMC y PCS frente a los operadores *trunking*, dado que aquellos fueron habilitados desde el año 1993 y 2000, respectivamente, mientras que los operadores *trunking* que apenas vinieron a hacer efectivo el derecho a la interconexión de sus redes a finales del año 2007, pese a que se había reconocido

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00318-00. Actor: FERNANDO AUGUSTO GARCIA MATAMOROS. Demandado: MINISTERIO DE COMUNICACIONES.

¹⁰³ El artículo 18 del Decreto 2343 de 1996 establece que «*las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado, se otorgarán mediante contratación directa, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones legales*»

este derecho en el artículo 14 de la Ley 555 de 2000, reglamentado por el Decreto 4239 de 2004.

283. En consecuencia, siendo servicios distintos los de TMC y PCS frente a los de que utilizan servicios de acceso troncalizado, no encuentra la Sala sustento para que se pueda predicar que ameritan un trato igual si sus circunstancias fácticas son disímiles.

284. Téngase en cuenta, además, que el concepto de THC hace alusión a lo que la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990 ya habían considerado en torno a que se podían prestar distintos servicios de telecomunicaciones, pero para ello el operador interesado debía obtener el permiso pertinente. Específicamente, la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990 previeron las diferentes modalidades de títulos habilitantes dependiendo del tipo de servicio. Indicaron que los servicios básicos se otorgan a través de concesiones, los servicios de difusión por contratación directa, los servicios telemáticos y de valor agregado mediante licencia en régimen de libre competencia, pero advirtieron que cuando los concesionarios que prestan servicios básicos quieran prestar servicios telemáticos o de valor agregado deben, además, obtener la licencia específica para el respectivo servicio.

285. Lo anterior significa que los operadores podían prestar servicios que requerían de concesiones y a la vez servicios que requerían licencias, circunstancia que no es contraria a lo que el artículo 2° del decreto 2870 establece sobre el THC.

286. Así las cosas, la Sala considera que este cargo no está llamado a prosperar. Toda vez que los artículos 2°, 3° y 20 del decreto 2870 promovieron la organización y funcionamiento de la administración respecto del otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en condiciones de eficiencia y de optimización de las redes.

287. En este orden, la Sala considera que los artículos 2°, 3°, 10, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007 se encuentran en consonancia con los artículos 13, 58, 150, 189, 334, 364, 365 y 370 de la Constitución Política, así como con las Leyes 72 de 1989, 37 de 1993, 80 de 1993, 142 de 1994, 170 de 1994, 252 de 1995, 489 de 1998, 555 de 2000, 671 de 2001 y el Decreto Ley 1900 de 1990 y, los Decretos 2343 de 1996 y 1103 de 1999.

288. En consecuencia, con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala negará los cargos planteados por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra los **artículos 2°, 3°, 10°, 12, 13, 18, 19 y 20 del Decreto 2870 de 31 de julio de 2007**, así como de los **artículos 2° y 3° del Decreto 147 de 23 de enero de 2008** y el **Decreto 945 de 2008**, actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional y que modificaron los artículos 10°, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007; pronunciamiento que se sustenta en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EJECUTORIADA la presente providencia, por Secretaría, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P(13)