



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

ACCIÓN DE NULIDAD. Naturaleza de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Competencia de la Sección tercera del Consejo de Estado. Títulos habilitantes de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 33964 (R-0029)

Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Demandado: La Nación – Ministerio de Comunicaciones

Referencia: **ACCIÓN DE NULIDAD**

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el Decreto Reglamentario 2943 de 1 de septiembre de 2006 proferido por el Presidente de la República y la Ministra de Comunicaciones.

## I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo que detente el decreto demandado, la cual será analizada más adelante, se discute la conformidad con el ordenamiento jurídico del Decreto No. 2463 de 1 de septiembre de 2006 sancionado por el Presidente de la República y la Ministra de Comunicaciones. El texto integral de la norma demandada es el siguiente<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Obra en el expediente la parte correspondiente a la publicación del Decreto demandado, del diario oficial No. 46.378 del viernes 1 de septiembre de 2006.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

**“MINISTERIO DE COMUNICACIONES**  
**DECRETO NÚMERO 2943**  
**DE 2006**  
**01 SEP 2006**

Por el cual se reglamenta el otorgamiento de concesiones de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado en las áreas de servicio departamental y municipal y se dictan otras disposiciones.

**EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA**

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990,

**CONSIDERANDO**

Que el artículo 75 de la Constitución Política establece que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado y que se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso.

Que el artículo 365 de la Constitución Política, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Que el artículo 1° de la Ley 72 de 1989 establece que el Gobierno Nacional; por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, adoptará la política general del sector de comunicaciones y ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector.

Que el artículo 3° de la Ley 72 de 1989 expresa que las telecomunicaciones tendrán por objeto el desarrollo económico, social y político del país, con la finalidad de elevar el nivel y la calidad de vida de sus habitantes.

Que el artículo 5° de la Ley 72 de 1989 manifiesta que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Que el artículo 6° de la Ley 72 de 1989 establece que el Ministerio de Comunicaciones coordinará los diferentes servicios que presten las entidades que participen en el sector de las comunicaciones, según su respectivo ámbito de competencia u objeto social, con miras a garantizar el desarrollo armónico del mismo.

Que el artículo 7° de la Ley 72 de 1989 determina que las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión.

Que el artículo 8° de la Ley 72 de 1989 expresa que el establecimiento, explotación y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requieren la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, y atenderán las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y sus organismos normalizadores CCIR y CCITT.

Que el Decreto 2343 del 26 de diciembre de 1996 reglamentó las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (Trunking), atribuyó las bandas de frecuencias de operación de dichos sistemas y dictó otras disposiciones.

Que el artículo 19 del Decreto 2343 del 26 de diciembre de 1996 reglamentó el procedimiento de contratación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado en el área de servicio nacional.

Que el Decreto 4239 del 16 de diciembre de 2004, reglamentó el artículo 14 de la Ley 555 de 2000, modificó el Decreto 2343 de 1996 y derogó el artículo 20 del mismo Decreto Reglamentario que establecía el procedimiento de concesión de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado en las áreas de servicio departamental y municipal.

Que con el fin de incentivar el cubrimiento territorial de los servicios de telecomunicaciones en razón a los adelantos tecnológicos, a las necesidades nacionales, en especial colaborar de manera integral con la prestación del servicio de transporte público masivo, y en procura de lograr el desarrollo de las tecnologías de telecomunicación e información TICs, se hace necesario establecer el procedimiento de concesión de los servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado en las áreas de servicio departamental y municipal.

En mérito de lo expuesto,

**DECRETA:**

Artículo 1°. El Decreto 2343 de 1996 tendrá un artículo nuevo, del siguiente tenor:

**Artículo 20° • CONCESIÓN PARA LAS ÁREAS DE SERVICIO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL.**

Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

acceso troncalizado en las áreas de servicio departamental Y municipal, podrán ser otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones, a solicitud de parte. Las concesiones se otorgarán a solicitud de parte, salvo cuando se presente alguno de los siguientes eventos, caso en el cual el otorgamiento de la concesión se efectuará previo el desarrollo de un proceso de selección objetiva en los términos y condiciones señalados por la Ley 80 de 1993, por sus decretos reglamentarios, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, el Decreto 2343 de 1996, el Decreto 4239 de 2004 y por lo previsto en el presente Decreto:

1. Cuando el Ministerio de Comunicaciones determine que el espectro radioeléctrico disponible es inferior a las solicitudes que se formulen para determinada banda de frecuencias o área de servicio.
2. Cuando el Ministerio de Comunicaciones establezca que existe escasez de frecuencias en una determinada banda o zona geográfica.
3. Cuando el Ministerio de Comunicaciones considere necesario limitar el número de permisos porque las características técnicas del uso del espectro radioeléctrico impliquen una limitación en el número de asignaciones, y sea preciso garantizar el uso efectivo y la gestión eficaz del mismo.

**Parágrafo:** Las solicitudes deberán cumplir con los requisitos técnicos económicos y jurídicos exigidos en el Decreto 2343 de 1996 o las normas que lo sustituyan, aclaren o adicionen. Los requisitos técnicos deberán enmarcarse dentro de los estándares internacionales, análogos o digitales, para los sistemas de acceso troncalizado.

**Artículo 2º.** CONTRAPRESTACIONES. Las contraprestaciones por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación, cobro, recaudo y pago, se regirán de conformidad con lo establecido por el Decreto 1972 de 2003 o las normas que los sustituyan, aclaren, modifiquen o adicionen.

**Artículo 3º.** VIGENCIA. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

#### **PUBLIQUESE Y CUMPLASE**

Dado en Bogotá, D.C, a los 01 SEP 2006"

## **II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Debe advertirse, que el actor en cumplimiento de este requisito propio de las acciones de nulidad, hizo un manejo bien peculiar y desordenado del mismo; en



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

efecto, en la primera parte de la demanda, se deduce que considera infringidas únicamente algunas normas constitucionales, mientras que en la sustentación que hizo de la violación, aludió también a otras, así como a varias disposiciones legales, que pese al desorden de su presentación, serán también analizadas en esta sentencia.

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Preámbulo y artículos 2,4,6,13,29,75,123 y 209.

Ley: Ley 72 de 1989, Ley 37 de 1993, Decreto - Ley 1900 de 1990, Ley 80 de 1993<sup>2</sup>.

Decretos Reglamentarios: 2343 de 1996 y 1972 de 2003<sup>3</sup>.

La sustentación de la violación, la presentó a través de dos cargos que, aunque supuestamente derivados de la violación de la Constitución Política, recogió del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y son: (1) "desviación de atribuciones del ejecutivo" y (2) "falsa motivación por error del derecho"<sup>4</sup>; en la

---

<sup>2</sup> Dada la particular formulación de los cargos por ilegalidad en la demanda, más adelante, con ocasión de la sistematización de los mismos, se expondrán las disposiciones específicas de estas leyes y decreto con fuerza de ley, señaladas como violadas por el actor.

<sup>3</sup> Estos Decretos citados en distintas oportunidades por el actor, y de los que pareciera cuestionarse su vulneración, no ofrecen ningún cargo específico, razón por la cual lo relativo a ellos no se revisará en esta Sentencia.

<sup>4</sup> Si bien el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo distingue cinco hipótesis para la procedencia de la nulidad de un acto administrativo con ocasión de esta acción ((1) infracción de la normatividad en que debía fundarse; (2) falta de competencia del funcionario o del ente público que lo profiere; (3) producción irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa; (4) falsa motivación; (5) desviación de poder) vale la pena advertir, que las cuatro últimas guardan una estrecha relación con la primera, toda vez implican del juez de su conocimiento una revisión de la legalidad en la que el acto debía fundarse, entendiendo por ella, toda la normatividad de superior jerarquía y no solamente la relativa al concepto formal de "ley". En esta medida podría tener razón el demandante al indicar que se violó la Constitución, con ocasión de la verificación de falsa motivación y desviación de poder, siempre que fundara estas causales en la violación directa de la Carta Política; esto, sin embargo, como se advertirá más adelante no fue así, pues también presentó algunos argumentos dirigidos a cuestionar la violación de normas infra-constitucionales.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

parte final de la demanda agregó un tercer cargo no anunciado e inconexo con la disposición legal aludida: (3) “violación del derecho a la igualdad de todos”.

En la presentación de cada uno de los cargos, en muchas oportunidades se limitó a transcribir disposiciones, y en otras, presentó ideas repetidas; esto, aunado a una transcripción previa de un considerable número de preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, aparentemente inconexo con los tres cargos indicados, genera dificultades de comprensión lógica y denotan carencia de técnica. Pese a lo anterior se procederá a sistematizar lo referido en cada uno de ellos:

### **2.1- El cargo de “desviación de atribuciones del ejecutivo”**

Pese a la confusa redacción, transcripción de disposiciones legales y constitucionales, sin alusión expresa al contenido de ellas y a la evidente confusión entre atentado directo del acto administrativo demandado frente a la Constitución Política y a normas infra - constitucionales, que se evidencian en la demanda<sup>5</sup>, lo expuesto en este cargo se puede sintetizar así:

La potestad reglamentaria que es propia del Presidente de la República (artículo 189 numeral 11 constitucional) implica un desarrollo respetuoso de la ley y no una suposición de ésta. En el caso objeto de análisis, adujo el demandante, que existen distintas disposiciones legales de naturaleza contractual y de derecho de las telecomunicaciones, que exigen títulos habilitantes (contrato de concesión o licencia) para el desarrollo de servicios públicos de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado –en adelante Trunking-. En tal sentido, el acto demandado las contraviene, toda vez que permite la prestación de estos servicios sin que medie autorización alguna de la autoridad de telecomunicaciones, y

---

<sup>5</sup> Folios 15 a 20 del cuaderno principal.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

simplemente, exige que se informe a ésta, de modo que solo excepcionalmente se da desarrollo a los mandatos legales aludidos.

En este orden de ideas, como se aprecia, más que infracción directa de la Constitución Política, lo que plantea el demandante es una infracción indirecta de ella, con ocasión del supuesto irrespeto de algunas disposiciones legales. Si bien hace una alusión genérica de ellas: Ley 72 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 37 de 1993, decreto 1900 de 1990, Decreto 2343 de 1996 y Decreto 1972 de 2003, sugiriendo en muy pocas oportunidades normas específicas<sup>6</sup>, señala de manera enfática que se refiere a las disposiciones relativas a la exigencia del título habilitante para el desarrollo del servicio de telecomunicaciones al que alude el acto administrativo demandado.

Con ocasión de esta advertencia, la Sala revisará la supuesta violación de las disposiciones constitucionales mencionadas por el demandante que guardan relación con este cargo, así como a aquellas de naturaleza legal y reglamentaria en estrecha conexión, con la supuesta imposibilidad de un decreto reglamentario de limitar los requerimientos relativos al título habilitante para el desarrollo del servicio de Trunking.

## **2.2- El cargo de “falsa motivación por error de derecho”**

En este cargo, hizo alusión el demandante a dos disposiciones constitucionales violadas, y de nuevo, centró su atención en las distintas normas legales que son citadas en la parte motiva del acto demandado, e indicó, una a una, la falta de

---

<sup>6</sup> Hace expresa mención al numeral 4 del artículo 32 y al 33 de la Ley 80 de 1993, al artículo 23 del decreto 1900 de 1990, al artículo 7 de la Ley 72 de 1989, a más de las disposiciones constitucionales antes referidas. En un capítulo de la demanda (anterior) que denominó el demandante: “Regulación normativa pertinente y aplicable” sin hacer referencia a cargo alguno, hace una transcripción de las disposiciones supuestamente pertinentes de estos instrumentos normativos.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

correspondencia entre estas y el texto de la parte resolutive. Estas consideraciones se pueden sintetizar así:

- a) La naturaleza inajenable e imprescriptible que le atribuye la Constitución política al espectro electromagnético (artículo 75 constitucional), así como la garantía de que su acceso se realice en términos de igualdad, no es desarrollada sino controvertida por el acto demandado.
- b) Lo consagrado en el texto resolutive del acto demandado, contraviene la inherencia a las finalidades sociales del Estado, de los servicios públicos, así como el deber de éste de garantizar la prestación eficiente de los mismos (artículo 365 constitucional).
- c) El hecho de que a través del artículo 1 de la Ley 72 de 1989 se “delegue en el gobierno la adopción de la política general del sector de las comunicaciones y las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector” no implica que por vía de un Decreto Reglamentario se limiten los requerimientos, iguales para todos, para acceder al servicio objeto de análisis.
- d) El desarrollo económico, político y social del país, así como la calidad de vida de los habitantes (artículo 3 de la Ley 72 de 1989) se pueden ver afectados, antes que garantizados por el acto administrativo demandado.
- e) La coordinación que le es propia al Ministerio de Comunicaciones en su sector (artículo 6 de la Ley 72 de 1989), no le permite limitar los requerimientos para el desarrollo de servicios como el que en esta sede se analiza.





Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

- f) Resulta absurdo soportar la legalidad del acto demandado en el artículo 7 de la Ley 72 de 1989 que justamente establece la exigencia de título habilitante (contrato de concesión o licencia) para el desarrollo del servicio analizado.
- g) De la misma manera indicada en el literal anterior, antes que soporte de legalidad lo que se verifica con el acto demandado es la violación al artículo 8 de la Ley 72 de 1989 que establece que el Ministerio de Comunicaciones debe autorizar actividades relacionadas con el establecimiento, explotación y uso en el país, de redes y servicios de telecomunicaciones.
- h) La mención al Decreto 2343 de 1996, reglamentario de la materia, en nada soporta las limitaciones que se contienen en el acto demandado, relativas al título habilitante para el desarrollo de este servicio de telecomunicaciones.
- i) No puede considerarse motivación del acto demandado, el hecho de que el decreto 4239 de 2004 haya derogado el artículo 20 del decreto 2343 de 1996.
- j) La motivación técnica contenida en el acto demandado, consistente en la búsqueda de éste de “colaborar de manera integral con la prestación del servicio de transporte público masivo” no puede sustentar la conformidad al ordenamiento jurídico del acto demandado.

### **2.3- Cargo de “violación del derecho a la igualdad de todos”**

En lo que respecta a éste último cargo, el demandante aludió a la violación al derecho a la igualdad (artículo 13 constitucional), al debido proceso (artículo 29



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

constitucional) y a la igualdad de oportunidades que deben caracterizar el acceso al espectro electromagnético (artículo 75).

Sustentó dicha violación en la discriminación que el acto demandado produce en los operadores del servicio de *trunking* a nivel nacional, toda vez que para ellos siguen intactos los requerimientos generales y acordes a la ley, no aplicables para la gestión departamental y municipal.

### III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada por el actor ante esta Corporación, el 17 de abril de 2007 y admitida el 29 de junio de 2007. Luego de ser resuelto de manera favorable, un incidente de nulidad propuesto por el representante judicial del Ministerio de Comunicaciones, se procedió a la notificación de la demanda<sup>7</sup>. Dentro del respectivo traslado, la entidad pública procedió a contestarla, donde luego de hacer un extenso recuento normativo sobre las telecomunicaciones en Colombia, de presentar algunas “ilustraciones” y criticar de manera genérica los argumentos del demandante, en síntesis indicó que se oponía a los cargos esgrimidos por el actor por los siguientes motivos:

-El Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente, con base en lo establecido en el Decreto ley 1900 de 1990, es la única autoridad que otorga títulos habilitantes en materia de servicios de telecomunicaciones, y si bien se exceptúan algunos servicios, dentro de estos no se encuentra el “troncalizado de telecomunicaciones”.

-El Decreto 2943 de 2006 no puede leerse de manera aislada, sino “inserto” en el Decreto 2343 de 1996. En éste último ya se encontraban consignadas las hipótesis de contratación referidas en la norma atacada. Agregó, que con la

---

<sup>7</sup> Auto de 4 de abril de 2008. Folio 120 del cuaderno principal.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

expedición del precepto demandado, no se estaba negando la necesaria procedencia de títulos habilitantes, para acceder al espectro electromagnético.

-En la Ley 80 de 1993 se hizo una remisión directa a esquemas diferenciales de contratación, cuando se trate de servicios de telecomunicaciones.

Dentro del término para alegar de conclusión, las partes presentaron sus respectivos escritos. El representante judicial del Ministerio de Comunicaciones, en síntesis ratificó lo sostenido en la contestación de la demanda<sup>8</sup>. La parte actora, por su parte, hizo alusión a los argumentos expuestos por el demandado, y uno a uno se opuso a ellos<sup>9</sup>.

Por su parte la Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación, en su calidad de representante del Ministerio Público, presentó su respectivo concepto<sup>10</sup>, en el que indicó que previo al análisis de fondo, la sentencia que pusiera término a este proceso, debería pronunciarse, en el sentido de que la demanda presentada, era de nulidad simple y no por inconstitucionalidad, toda vez que se cuestionaba la legalidad de un acto proferido en ejercicio de típicas funciones administrativas.

En lo que respecta al fondo del asunto, solicitó se declarara que el Decreto demandado, era acorde al ordenamiento jurídico, toda vez que se limitaba a introducir un artículo adicional al Decreto 2343 de 1996 que no contravenía en absoluto, lo dispuesto en la Ley 72 de 1989 y en el Decreto ley 1900 de 1990.

#### IV. CONSIDERACIONES

---

<sup>8</sup> Folios 151 a 164 del cuaderno principal.

<sup>9</sup> Folios 165 a 170 del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folios 171 a 177 del cuaderno principal.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Dada la particularidad de la demanda que promovió este proceso y según la cual se trata de una “acción de nulidad por inconstitucionalidad contra el decreto 2943 de 2006” la Sala se detendrá, en primer lugar, a analizar su competencia sobre el caso objeto de estudio, y con ocasión de ello, distinguirá las hipótesis en que el conocimiento de los cargos por inconstitucionalidad de los actos administrativos de contenido general corresponde a la Sala Plena de lo contencioso administrativo y cuando a ella (punto 1); en segundo lugar, analizará la naturaleza de acto administrativo del Decreto demandado, aspecto este fundamental para el conocimiento de cualquier acción de nulidad (punto 2); para pasar en tercer lugar a analizar los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad presentados por el actor (punto 3); y así proceder a adoptar una decisión de fondo.

### **1. La competencia de esta Sección, para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad. El caso objeto de análisis.**

La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 4 el principio de la supremacía de ésta, en relación con todas las otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico, y en virtud de ello, le corresponde a todo juez de la República hacer prevalecer las normas constitucionales frente a las otras, en caso de presentarse incompatibilidad entre ambas<sup>11</sup>.

En este contexto, la Carta Política le atribuyó a la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, el control de constitucionalidad, sobre unos precisos instrumentos jurídico - normativos (leyes y decretos con fuerza de ley principalmente) que se encuentran establecidos de manera taxativa en el artículo 241 constitucional<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Se establece en el artículo 4 de la Constitución Política: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” “Es deber de los nacionales y los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

<sup>12</sup> En efecto, precede a la lista de los instrumentos jurídico - normativos susceptibles de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, el siguiente enunciado: (artículo 241) “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

El control de constitucionalidad de los restantes instrumentos jurídico - normativos (principalmente pertenecientes al género de los actos administrativos), es decir, aquellos no contenidos en la disposición constitucional referida, le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de (1) la remisión expresa y residual contenida en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política<sup>13</sup>, así como de (2) su condición de garante de la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos<sup>14</sup>.

Vale la pena observar, que si bien, ambas hipótesis de control de constitucionalidad hallan soporte en la Carta Política, la segunda de ellas encuentra una remisión expresa y directa, que implica, al menos, un fuero orgánico en cabeza del Consejo de Estado.

En este orden de ideas, los Jueces Administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, son jueces constitucionales en virtud del control de legalidad (y constitucionalidad) que deben ejercer sobre todos los actos administrativos<sup>15</sup>, en la forma prevista por el legislador<sup>16</sup>; y el Consejo de Estado es de manera privativa, juez constitucional de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional, en los términos del artículo 241 de la Carta Política (artículo 237 numeral 2 constitucional).

---

estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: ..."  
(Subrayas fuera de texto)

<sup>13</sup> Artículo 237 constitucional: "Son atribuciones del Consejo de Estado:" "2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucionalidad".

<sup>14</sup> En el numeral 1 de la misma disposición constitucional se establece: "Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

<sup>15</sup> El respeto por el principio de legalidad que inspira a las acciones que se ventilan ante estas instancias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, alcanza entonces en virtud del principio de supremacía de la Constitución (artículo 4 constitucional) una lectura amplia y en absoluto restringida, que no se limita a la confrontación de la actuación administrativa con la ley en un sentido formal, sino con todas las normas superiores pertenecientes al ordenamiento jurídico vigente.

<sup>16</sup> Quien en virtud del principio de libre configuración legislativa le corresponde distribuir el conocimiento de los diferentes negocios, entre los distintos órdenes que componen la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

En este panorama, surge entonces la inquietud de qué acción judicial resulta pertinente para cuestionar la inconstitucionalidad de los instrumentos jurídico – normativos, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La respuesta dada por el legislador fue: la acción de nulidad; toda vez que, en la primera de las hipótesis advertida, se trata de un juicio de legalidad que en virtud del principio de supremacía de la Constitución se extiende al de constitucionalidad<sup>17</sup>; y, en la segunda, el texto político hace expresa alusión a la procedencia de esta acción y como consecuencia, con ocasión de la existencia previa de un Código Contencioso Administrativo que debió acomodarse a los mandatos constitucionales, se encontró, en este tipo de acción ordinaria, el instrumento procesal idóneo para dar desarrollo a la prescripción constitucional referida.

Si bien, como se observa, en ambas hipótesis de comportamiento de juez constitucional por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede concretarse un control exclusivo de constitucionalidad, y sólo en la primera de las hipótesis, este puede concurrir con el de legalidad (en sentido formal); surge una ulterior inquietud: ¿La acción de nulidad por inconstitucionalidad a que se refiere el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política es una “acción de nulidad” distinta a la convencional o es la misma?

Si bien la solución constitucional a esta inquietud pareciera, como se dijo, implicar un tratamiento diferenciado, la configuración legislativa que se dio (al menos en una primera etapa) fue la de comprender una única acción. En efecto, se observa en el Título XI, del libro segundo de la Parte segunda del Código Contencioso Administrativo<sup>18</sup> relativo a los “medios de control” que se enuncian las

---

<sup>17</sup> En lo que respecta al juicio de legalidad de los actos administrativos, el legislador ha optado de manera inequívoca, por concebir como acciones conducentes la de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo).

<sup>18</sup> Artículos 83 a 88 del Código Contencioso Administrativo. (éste último derogado en virtud del artículo 4 de la ley 954 de 2005).



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

acciones judiciales ante el contencioso administrativo<sup>19</sup> y dentro de ellas, no se hace alusión a una acción de nulidad por inconstitucionalidad, sino simplemente a una acción de nulidad y a una de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con los actos administrativos.

Es por ello que las acciones allí referidas, son aquellas que se conocen como ordinarias, vale la pena advertir, que al interior del Código Contencioso Administrativo, antes de la Ley estatutaria de administración de justicia y de la Ley 446 de 1998, no se hacía distinción alguna, y sólo con ocasión de la expedición de éstas (artículos 37 y 33 respectivamente), como se señalará enseguida, se expidieron disposiciones que atribuyeron algunas características diferenciadoras a la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se interponga ante el Consejo de Estado<sup>20</sup>.

En efecto, en el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, que introdujo una modificación al artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, que resulta pertinente transcribir, y que hace relación a las funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se estableció:

---

<sup>19</sup> Son estas, en virtud de lo establecido en este capítulo: La acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción de controversias contractuales.

<sup>20</sup> Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Subrogado por el Decreto 2304 de 1989): " Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos." "Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió." (subrayas fuera de texto). Como se observa, se le atribuye una concepción amplia al juicio de legalidad que, en virtud de esta acción, le corresponde hacer al juez de su conocimiento, que hace relación a (todas) las normas en que el acto administrativo debía fundarse, y esto obviamente incluye a la norma superior. Por su parte, y en relación con las peculiaridades de la acción de inconstitucionalidad que se promueva ante el Consejo de Estado, se estableció en el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, relativo a las competencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo "De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a una función propiamente administrativa". Lo relativo al contenido de esta disposición, será analizado mas adelante.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

“La Sala Plena de lo Contencioso administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:” (...)  
“9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”

Del tenor literal de la disposición, así como de una interpretación sistemática de la misma<sup>21</sup>, se desprende de manera inequívoca que aquí no se creó una acción (especial) distinta a la de nulidad convencional, sino que en desarrollo del reparto de funciones entre las distintas Salas y secciones del Consejo de Estado, se le atribuyó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las acciones de nulidad que se presenten para cuestionar la inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional, no susceptibles de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Esta redacción presentaba un ulterior problema: ¿Qué pasa si el cuestionamiento de inconstitucionalidad de un determinado decreto proferido por el Gobierno Nacional es concomitante con el de ilegalidad? ¿Le correspondería conocer de esta acción a la sala plena de lo contencioso administrativo o a la respectiva sección?

Pese a la evidente dificultad de separar el juicio de constitucionalidad al de legalidad en sentido formal, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo pareció inclinarse por hacer esta división y en este sentido anotó:

“En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad por inconstitucionalidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política.

“En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible

---

<sup>21</sup> La disposición aludida se encuentra contenida en el capítulo III del Título III de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, relativo a “De las Corporaciones y despachos judiciales”; es decir, hace parte del reparto funcional al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no de la consagración de mecanismos procesales especiales o acciones judiciales.





Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”<sup>22</sup>.

Quiere esto decir, que a partir de la vigencia de la Ley 270 de 1996, le correspondía a la Sección respectiva del Consejo de Estado<sup>23</sup> conocer en única instancia de las acciones de nulidad que se interpusieran para cuestionar la inconstitucionalidad (exclusiva o concomitante con la ilegalidad en sentido formal) de cualquier acto administrativo proferido por una autoridad del orden nacional, así como la ilegalidad (en sentido formal) de los Decretos proferidos por el Gobierno Nacional; mientras que le correspondía a la Sala Plena de lo contencioso administrativo, conocer de los cuestionamientos de inconstitucionalidad (exclusivamente) contra estos últimos.

Con posterioridad a este cambio legislativo, se expidió la Ley 446 de 1998 relativa a algunas modificaciones en materia procesal, en el marco de una filosofía de “descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, y allí se estableció en el artículo 33, también modificatorio del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, en relación con las funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

“De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.

“La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

---

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo contencioso administrativo. Sentencia de 23 de julio de 1996. Expediente:3367 (S-612). Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

<sup>23</sup> Dependiendo de la materia.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

“En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los consejeros de la sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena.

“Contra los autos proferidos por el ponente solo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso, y los que decreten nulidades procesales, serán proferidas por la sección y contra ellos solo procederá el recurso de reposición.

“El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

“Las acciones de nulidad de los demás decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional se tramitarán y decidirán por las secciones respectivas, conforme a las reglas generales de éste código y el reglamento de la corporación.”

Como se observa, esta disposición implicó un cambio en la distribución de competencias entre la Sala Plena y las Secciones, toda vez que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, dejó de detentar el conocimiento de la totalidad de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se interpusieran contra Decretos proferidos por el Gobierno Nacional (que como se dijo, le había sido atribuido por la Ley 270 de 1996); y pasó a conocer solamente de algunos de ellos: los “que no obedezcan a una función propiamente administrativa”, siempre que se cuestione su inconformidad de manera directa con la Carta Política.

En este orden de ideas, el mandato constitucional contenido en el numeral 2 del artículo 237 constitucional, se continuó cumpliendo, habida cuenta que es el Consejo de Estado la Corporación que conoce de las acciones de nulidad que se interponen por inconstitucionalidad contra los Decretos del Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Lo que cambió con la Ley 446 de 1998, fue la distribución de competencias al interior del Consejo de Estado, de manera que los cuestionamientos de inconstitucionalidad de algunos de los



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Decretos referidos en esta disposición constitucional, resultan de conocimiento de la Sala Plena y otros, de las distintas Secciones de conformidad con la distribución de materias.

Del género de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional que no son objeto de control por parte de la Corte Constitucional, (como lo son los decretos leyes y decretos legislativos), vale la pena advertir que aquellos que constituyen desarrollo directo de la Constitución Política no pueden en estricto sentido catalogarse como ejercicio de la "función administrativa", mientras los que en cumplimiento del numeral 11 del artículo 189 constitucional, son expedidos por el Presidente de la República, constituyen sin duda alguna, un típico ejercicio de la función administrativa<sup>24</sup>.

Habida consideración de que el control de constitucionalidad sobre los Decretos que no constituyan ejercicio de función administrativa, le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; no estima conveniente la Sección Tercera de ésta, entrar a hacer referencia sobre ellos.

En lo referente en cambio, a los que deben conocer las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en razón de la distribución material de funciones, se advierte, que estas son competentes en única instancia, de las acciones de nulidad en las cuales se discuta la inconstitucionalidad (de manera exclusiva o concomitante con la ilegalidad en un sentido formal) en primer lugar, de los Decretos proferidos por el Gobierno Nacional que constituyan ejercicio de la

---

<sup>24</sup> Si bien, en el marco de una propuesta del "reglamento" como categoría que engloba a los distintos actos administrativos de contenido general, el doctrinante colombiano JAIME ORLANDO SANTOFIMIO sostiene al respecto: "La Constitución de 1991 establece un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos, por lo tanto, en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y se confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso de cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente." *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 432. La doctrina extranjera, también, en las más de las veces da por sentado el hecho de que en el marco del poder (función) administrativo, resulte necesario concebir la producción de normas de contenido general que desarrollen la ley: Cfr. JOSE MARÍA BAÑO LEÓN. Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Madrid, Civitas 1991. p. 23.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

función administrativa y no sean de competencia de la Corte Constitucional<sup>25</sup>; y en segundo, de los otros actos administrativos de carácter general proferidos por entidades públicas del orden nacional<sup>26</sup>.

En el primer grupo de actos administrativos cuyo cuestionamiento de constitucionalidad corresponde a las secciones de la Sala de lo contencioso administrativo, se encuentran, según se anotó, los Decretos Reglamentarios proferidos por el Presidente de la República, en desarrollo del numeral 11 del artículo 189 constitucional, por ser estos, típico ejercicio de la función administrativa y en un sentido amplio, ser actos administrativos de contenido general.

En lo que respecta, de manera específica, a la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, vale la pena decir entonces, que le corresponde conocer, en única instancia, de las acciones de nulidad en que se discuta la inconstitucionalidad (de manera exclusiva o concomitante con la ilegalidad en un sentido formal) de todos los actos administrativos de contenido general, proferidos por autoridades del orden nacional, incluyendo los Decretos proferidos por el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos que no constituyan ejercicio de la función administrativa -cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Plena de lo contencioso administrativo de esta Corporación- siempre que las materias de estos, sean la agraria, la contractual, la minera y la petrolera<sup>27</sup>.

En el caso objeto de análisis, no existen dudas sobre la materia contractual que le es propia al Decreto Reglamentario demandado, así como su connotación de

---

<sup>25</sup> En virtud del mandato contenido en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo con las modificaciones que se le han introducido.

<sup>26</sup> En desarrollo del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998). Queda sin embargo pendiente determinar a la Sala Plena de lo contencioso administrativo de esta corporación, como se dijo, si el juicio de constitucionalidad que esta debe hacer sobre los Decretos proferidos por el Gobierno Nacional que no constituyan ejercicio de la función administrativa, se extiende al de legalidad en sentido formal, o si por el contrario, éste último corresponde a las Secciones en virtud de la distribución de materias.

<sup>27</sup> Artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

ejercicio de función administrativa, y como consecuencia del cuestionamiento de inconstitucionalidad e ilegalidad formulado por el demandante, es esta Sección de lo contencioso administrativo, la competente para conocer de la acción de nulidad que promueve esta sentencia.

Finalmente, vale la pena advertir, como se hizo en el auto admisorio de la demanda, que aunque el demandante adujo una supuesta nulidad por inconstitucionalidad; en realidad, en el caso objeto de análisis, se presenta un cuestionamiento de inconstitucionalidad de manera concomitante con la ilegalidad en sentido formal, del Decreto Reglamentario demandado.

## **2. La naturaleza de acto administrativo del Decreto reglamentario 2943 de 2006.**

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos<sup>28</sup>, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos sin contar con la anuencia de éste o éstos.

---

<sup>28</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

En este sentido, vale la pena insistir –pues este aspecto ya se indicó en el numeral anterior- en que los Decretos Reglamentarios, es decir los proferidos por el Presidente de la República en desarrollo del contenido del numeral 11 del artículo 189 constitucional, son típicas expresiones de la función administrativa y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

En el caso objeto de análisis, no cabe duda de la naturaleza reglamentaria del Decreto demandado, no solo por que en su motivación se hace expresa alusión a la función reglamentaria (artículo 189 numeral 11 constitucional) sino, porque también, de su simple lectura se deriva la verificación de unas reglas de juego impuestas por el Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa, cuyo supuesto soporte normativo se encuentra en algunas disposiciones de orden constitucional y legal.

### **3. Los cargos por inconstitucionalidad e ilegalidad propuestos por el actor.**

Antes de pasar a analizar los cargos presentados por el actor, resulta pertinente advertir que el Decreto 2870 derogó de manera expresa el Decreto 2343 de 1996<sup>29</sup>, cuerpo normativo éste que fue adicionado por el Decreto cuya

---

<sup>29</sup> Artículo 20.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

constitucionalidad y legalidad se cuestiona. Esta situación no obsta para que se haga un análisis de fondo, habida consideración de los efectos de la declaratoria de nulidad en el tiempo y la efectiva vigencia que la norma demandada tuvo.

Dada la multiplicidad de consideraciones expuestas por el demandante, el número plural de normas constitucionales y legales aducidas como violadas, así como el desorden de su exposición, procede esta Sala a hacer las respectivas consideraciones en torno a los cargos presentados, a partir de la división que él hizo de los mismos y en idéntico orden:

### **3.1- Consideraciones en torno al cargo por “desviación de atribuciones del ejecutivo”.**

Este cargo, que como se dijo, se puede sintetizar en la convicción del demandante, de que el Presidente de la República por vía de un Decreto Reglamentario no puede limitar los mandatos legales referidos a la exigencia de títulos habilitantes otorgados por la Autoridad competente, en materia de servicios de Trunking, implica una revisión, siquiera superficial, de los alcances de estos títulos.

#### **3.1.1- Los títulos habilitantes para el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones de *Trunking* y la posibilidad de obviarlos por mandato reglamentario.**

La Constitución Política de 1991 introdujo un significativo cambio en materia de servicios públicos que se conoce como “liberalización” o “libre entrada” de los mismos, que no es otra cosa que la posibilidad de que sujetos de derecho distintos a los públicos, puedan prestarlos<sup>30</sup>. Esta situación acarrea, sin asomo de duda, la connotación económica que adquirieron las actividades catalogadas como servicio

---

<sup>30</sup> Al efecto se establece en el artículo 365 constitucional: “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.”.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

público, sin desatender con ello la connotación pública y social que continúan teniendo en virtud de su configuración constitucional<sup>31</sup>.

Este cambio se debe comprender, de manera coherente con la potestad (deber) del legislador, de elaborar el régimen jurídico de las actividades catalogadas como tales (artículo 365 constitucional), ya que en este contexto, éste puede establecer límites a la libre competencia y a la iniciativa privada, como en efecto lo ha hecho, con miras a la proyección y garantía de mercados competitivos, estables y eficientes, así como al desarrollo coherente de los servicios públicos comprendidos como “inherentes a la finalidad social del Estado”<sup>32</sup>.

En este escenario, se deben concebir instrumentos legales como las áreas de servicio exclusivo<sup>33</sup> y los permisos ambientales, sanitarios y municipales<sup>34</sup> en materia de servicios públicos domiciliarios; así como, los títulos habilitantes para desarrollo de los servicios de telecomunicaciones a los cuales se hará alusión más adelante<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Se establece en el mismo artículo constitucional (365): “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

<sup>32</sup> Bastaría la sola connotación económica que detentan los servicios públicos, para justificar la intervención normativa, cuya intensidad cambiará en atención a la voluntad política y a las consideraciones técnicas; la connotación pública y social de los servicios públicos, impone sin embargo, unos rasgos particulares a la intervención normativa, que deben ser atendidos por la autoridad pública competente. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. La doctrina ha resaltado en este sentido, que aún en el escenario más liberalizado y con menor atención a los requerimientos públicos y sociales, se justifica una intervención normativa, toda vez que las reglas del mercado (oferta y demanda) no pueden prescindir, al menos, de un referente normativo suficiente para su atención. NATALINO IRTI. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma, Laterza, 1998. p.p. 3 a 64.

<sup>33</sup> Artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y 9 de la Ley 632 de 2000.

<sup>34</sup> Artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

<sup>35</sup> Sobre la configuración legislativa de los límites a la libertad económica con ocasión de la prestación de servicios públicos, ha sostenido la Corte Constitucional: “La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada, en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos.” Sentencia C-616 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.





Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Situación distinta, aunque estrechamente relacionada con el tema objeto de análisis, es la consagración constitucional de algunos bienes necesarios para la prestación de varios servicios públicos, como el agua y el espectro electromagnético, que detentan un régimen especial de protección, dada su naturaleza de “uso público”.

En el caso que interesa a ésta Sala, vale la pena observar, que en efecto se establece en el artículo 75 constitucional:

“El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.”

“Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.”

Como se observa, la connotación particular de este bien, demanda una intervención del Estado en la que si bien se debe garantizar la igualdad de todos los sujetos de derecho que quieran acceder a él, deben establecerse unas reglas para su acceso y por consiguiente ciertos límites al mismo. También en este caso, como se aprecia, existe una amplia posibilidad de configuración legislativa.

Se deduce entonces, de las dos ideas constitucionales referidas (límites para la libre prestación de los servicios públicos y límites para el acceso al espectro electromagnético), que en los servicios de telecomunicaciones catalogados como públicos, la ley puede, de manera coherente con la Carta Política, determinar algunas exigencias para su prestación; y en caso de hacerse necesario, acceder al espectro electromagnético para desarrollarlos, puede también establecer ciertos requerimientos para ello, de conformidad con la naturaleza especial que en términos constitucionales detenta este bien.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Aunque no ofrece implicaciones para el caso que se estudia, ni para la decisión que se adoptará en esta Sentencia, encuentra la Sala oportuno advertir, que de los desarrollos legales de estas ideas, no se evidencia distinción clara entre los requerimientos, de las Autoridades públicas competentes, orientados a la prestación del servicio y los relacionados con el acceso al espectro electromagnético. Sin duda alguna, en aquellos servicios que no demandan la utilización de este último, el título habilitante se configura en relación exclusiva con la prestación de los mismos; pero en el caso de servicios de telecomunicaciones que demandan el acceso al espectro electromagnético o más específicamente al radioeléctrico, como es el caso del Trunking, surgen dudas lógicas en torno a la naturaleza del título habilitante, pues en estricto sentido, si no se aclarara esta situación (como en efecto se evidencia del análisis legal), pareciera deber inferirse que el título habilitante hace referencia a ambas situaciones, es decir, a la posibilidad de prestar el servicio y al acceso al espectro radioeléctrico (o electromagnético en general)<sup>36</sup>.

Una vez señalado lo anterior, se aprecia que en el contexto constitucional indicado, se estableció en el artículo 5 de la Ley 72 de 1989:

“Las Telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia”.

Y en el artículo 7 de la misma ley se señaló:

“Las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión”.

---

<sup>36</sup> Vale la pena resaltar que el Decreto 1900 de 1990, consagra algunas disposiciones relativas a los permisos para acceder al espectro electromagnético (artículos 18, 19 y 20), sin embargo al momento de materializarse el título habilitante del caso, aparecen las dudas antes referidas.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

En este mismo sentido, se estableció en el artículo 4 del Decreto 1900 de 1990:

“Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto”.

En algunas disposiciones específicas de este mismo Decreto, se hizo alusión específica al modelo de gestión de los servicios de telecomunicaciones en las entidades territoriales en los siguientes términos:

“La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente”. (Inciso final del artículo 34)

“Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo.

Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.” “Para expedir esta autorización el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico”. (Artículo 36)<sup>37</sup>.

Si bien la Ley y el Decreto con fuerza de ley aludidos, son anteriores a la expedición de la Constitución Política de 1991, vale la pena anotar que su contenido resulta compatible con los mandatos constitucionales relativos a las modalidades de prestación (directa o indirecta del Estado o por particulares (artículo 365 constitucional)); así como, a la amplitud de posibilidades que se derivan del principio de libre configuración legislativa, al que se ha hecho relación antes<sup>38</sup>. En este sentido, su interpretación acorde con la Constitución, implica la

---

<sup>37</sup> La exigencia de la autorización del Ministerio, es ratificada en el artículo 43 del mismo Decreto.

<sup>38</sup> Esta interpretación, aunada al reconocimiento de la titularidad estatal de la prestación de los servicios públicos existente antes de la Constitución Política de 1991, pareciera ser reconocida, en



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

comprensión de que en materia de telecomunicaciones, por regla general, no hay lugar al desarrollo de una verdadera liberalización, a menos que se indique lo contrario por la ley<sup>39</sup>, toda vez que para poder prestar estos servicios, sus operadores necesitan estar habilitados para ello, conforme a las reglas establecidas para este fin.

Así mismo, vale la pena anotar, que estas disposiciones legales parecieran ser consecuentes con una práctica reiterada en el derecho comparado, según la cual para la habilitación de un particular para prestar servicios de este tipo, se pueden utilizar instrumentos unilaterales y bilaterales. A través de los primeros se profiere una decisión generalmente de tipo administrativo (licencia) en la que no media sino la voluntad de la entidad pública que la expide; y en el segundo caso, se celebran efectivos negocios jurídicos (contratos de concesión las más de las veces), en el marco de los cuales, se plasman las reglas que le permiten al nuevo operador prestar el servicio determinado<sup>40</sup>.

Pese a existir este reconocimiento en la normatividad referida, vale la pena subrayar que no se hace distinción alguna entre la licencia y el contrato de concesión, sino simplemente se alude a estos instrumentos, como aquellos idóneos para la habilitación de los sujetos de derecho privado o mixtos que quieran prestar servicios de telecomunicaciones.

---

casos similares, por la Corte Constitucional en algunas providencias: C-318 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz y C-407 de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>39</sup> Como por ejemplo acontece en materia de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) en los términos de la ley 142 de 1994.

<sup>40</sup> En la doctrina francesa, de importante referencia en este tema, dada su trascendencia en relación con la construcción teórica de los servicios públicos y sus recientes transformaciones en materia de gestión de los mismos, con ocasión de procesos de liberalización y privatización, se suele distinguir entre "HABILITACIÓN UNILATERAL" y "HABILITACIÓN BILATERAL", de manera similar a la anotada, aunque con una comprensión de la primera, no exclusiva del ámbito administrativo particular, sino extensiva al ejercicio de funciones legislativa y reglamentaria. GILLES J. GUGLIELMI y GENEVIÉVE KOUBI. *Droit du service public*. Paris, Montchrestien, 2000. p.p. 227 a 236.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

En la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación Estatal, expedido ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, se estableció de manera compatible con lo anterior, en su artículo 33 relativo a las “concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones”:

“... Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto – Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”.

Como se observa, se sigue concibiendo en esta Ley, la posibilidad de ambos instrumentos jurídicos para el mismo objeto, sin distinguir los alcances de uno u otro, salvo la deducción lógica de que en un caso se trata de un acto administrativo y en el otro de un contrato con las implicaciones que ello comporta, y para el caso de este último, se indica que se debe prescindir de procesos licitatorios, y como consecuencia, la entidad pública competente debe contratar de manera directa con su contratista.

En lo que respecta al caso específico de los servicios de Trunking, el Presidente de la República expidió el decreto 2343 de 1996<sup>41</sup> en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 constitucional, y allí, dio desarrollo a las disposiciones legales (en sentido formal y material) antes relacionadas y especificó que en éste, por ser un servicio de telecomunicaciones, su prestación por parte de particulares, debe estar precedida por una habilitación: licencia o contrato.

“Los sistemas de acceso troncalizado pueden utilizarse tanto en 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 de acceso telefónico. Los

---

<sup>41</sup> “Por el cual se reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (Trunking), se atribuyen las bandas de frecuencias de operación y se dictan otras disposiciones.”



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

servicios y las actividades de telecomunicaciones serán 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, la Ley 80 de 1993, y las normas que las modifiquen, aclaren o adicionen y conforme a lo estipulado en el presente Decreto<sup>42</sup>. (artículo 3) (subrayas fuera de texto).

En disposiciones posteriores, de este mismo Decreto, se hace alusión a los requisitos para solicitar la concesión, a las condiciones que deben detentar los solicitantes, a algunos requerimientos técnicos en este mismo sentido, así como a algunas particularidades relativas a las licencias y los contratos de concesión.

En síntesis, se puede apreciar, que la posibilidad legal que se deriva del Texto Político, de establecer algunos límites para la prestación de los servicios públicos, ha sido desarrollada en materia de actividades y servicios de telecomunicaciones, y de manera específica en los de Trunking, de manera incisiva, toda vez que para poder desarrollar estas actividades o prestar estos servicios, se exige un título habilitante, que puede consistir en una licencia o un contrato de concesión, proferida o celebrado (respectivamente), con la autoridad competente, según se trate de cobertura nacional o territorial.

Se insiste en que esta situación no se deriva de la Constitución Política, sino de la Ley, y que para el caso específico de los servicios de Trunking, se cuenta inclusive con un desarrollo reglamentario. Alterar esta técnica de gestión del servicio, demanda entonces, una reforma legal, habida cuenta de la existencia constitucional de una reserva en este sentido (artículo 365) y de los desarrollos legales que comprenden esta situación como regla general para todos los servicios de telecomunicaciones y por ende también para los de Trunking.

### **3.1.2- La violación a la ley en el caso concreto.**

---

<sup>42</sup> Esta disposición se inserta en el capítulo 2 del título primero de este Decreto, relativo a las disposiciones generales y de manera particular a la “concesión” de estos servicios de telecomunicaciones. En disposiciones posteriores se alude a particularidades de las licencias y las concesiones en relación con las “actividades” y los “servicios” de telecomunicación.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Si bien ya se hizo alusión, en el numeral anterior, a muchas de las disposiciones aludidas como violadas, resulta fundamental para adoptar una decisión en relación con este cargo, determinar si a través del acto demandado, se introdujo una modificación al esquema de títulos habilitantes aludido (tal y como lo afirma el actor), y en caso de ser así, advierte la Sala, se deberá declarar la nulidad del acto demandado, pues como se dijo, este aspecto, debe ser desarrollado por el legislador y éste por su parte, ha hecho imperiosa la exigencia de licencias o contratos de concesión, para poder desarrollar actividades y servicios de Trunking y acceder al espectro radioeléctrico necesario para ello.

En este entorno se pasará a revisar de manera minuciosa el contenido y los alcances del acto demandado:

El acto demandado, contentivo de 3 artículos, en esencia se refiere, a la modificación del artículo 20 del mencionado Decreto 2343 de 1996<sup>43</sup>. Por este motivo encuentra oportuno la Sala, hacer algunas referencias a la ubicación y contenido original de esta disposición, para efectos de una mejor comprensión de los alcances del cuestionamiento de constitucionalidad y legalidad que aquí se estudia.

El Decreto 2343 de 1996, como se dijo, reglamentó lo relativo a los servicios de Trunking. También se indicó, que en él se estableció, en cumplimiento de disposiciones legales de imperativo cumplimiento, que para el desarrollo de (1) actividades y (2) servicios de este tipo se hacía necesario optar un título habilitante que debía ser la licencia o el contrato de concesión respectivamente, según fuera el caso.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> El artículo 1 contiene el nuevo texto del artículo 20 del Decreto 2343 de 1996, el artículo 2 hace alusión a las contraprestaciones por concepto de "concesiones, autorizaciones, permisos y registros", y el artículo 3 a la vigencia del Decreto. A este reparto, se puede agregar, que como se indicó antes, el actor en la demanda, centró su atención en el artículo 1, es decir en el nuevo contenido del artículo 20 del Decreto 2343 de 1996 introducido con el acto administrativo demandado.

<sup>44</sup> Antes se señaló que se hizo alusión genérica a la exigencia de un título habilitante; sin embargo se indicó que para el caso de actividades de trunking se exigía la expedición de una licencia (



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

En este sentido, el artículo 20 del referido Decreto, se inserta en el contexto de los servicios de Trunking y no en las actividades de este tipo<sup>45</sup> y por consiguiente, el esquema de título habilitante al que se alude es al de contrato de concesión y no al de licencias<sup>46</sup>.

En este entorno se encontraba el artículo 20 original del Decreto 2343 de 1996 que establecía:

“PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION PARA AREAS DE SERVICIO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL. Con el fin de incentivar el cubrimiento territorial de estos servicios, el Ministerio de Comunicaciones otorgará concesiones a nivel departamental y/o municipal y sus áreas de influencia radioeléctrica, a solicitud de parte, siempre y cuando las solicitudes cumplan con los requisitos técnicos, económicos y jurídicos que se señalan en el presente Decreto, exista la disponibilidad de frecuencias las necesidades del servicio así lo aconsejen.

No obstante lo previsto en este artículo, el Ministerio de Comunicaciones no otorgará nuevas concesiones en las siguientes áreas de servicio departamental: Cundinamarca, Antioquia, Valle del Cauca, Santander del Sur y Bolívar. Así mismo no se otorgarán nuevas

---

capítulo 3 del Título III), mientras que, para el desarrollo de servicios de trunking se exigía la celebración de un contrato con la autoridad competente (capítulo 5 del Título III).

<sup>45</sup> En el artículo 2 del Decreto 2343 de 1996 relativo a las definiciones, se indica que por actividad de telecomunicaciones (que utilicen sistemas de acceso troncalizado (trunking)): “Se entiende ... el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados”, mientras que por servicios de telecomunicaciones (que utilicen sistemas de acceso troncalizado (trunking)): “Se entiende ... aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

<sup>46</sup> Se establece en el artículo 18 del Decreto 2343 de 1996: “DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES QUE UTILICEN SISTEMAS DE ACCESO TRONCALIZADO. 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.” “PARAGRAFO. La concesión que se otorgue para los servicios de Telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado de que trata el presente Decreto, 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”.





Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

concesiones en las siguientes áreas de servicio municipal: Santa Fe de Bogotá, D.C., Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga y Cartagena.

Las áreas de influencia radioeléctrica serán determinadas por el Ministerio de Comunicaciones, atendiendo única y exclusivamente criterios técnicos.”

Como se observa, no solo la disposición transcrita hacía alusión a la “concesión”, sino que expresamente establecía unas reglas para ella; hipótesis que fue modificada por el acto demandado en los siguientes términos:

Artículo 1°. El Decreto 2343 de 1996 tendrá un artículo nuevo, del siguiente tenor:

**Artículo 20° • CONCESIÓN PARA LAS ÁREAS DE SERVICIO DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL.**

Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado en las áreas de servicio departamental y municipal, podrán ser otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones, a solicitud de parte. Las concesiones se otorgarán a solicitud de parte, salvo cuando se presente alguno de los siguientes eventos, caso en el cual el otorgamiento de la concesión se efectuará previo el desarrollo de un proceso de selección objetiva en los términos y condiciones señalados por la Ley 80 de 1993, por sus decretos reglamentarios, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, el Decreto 2343 de 1996, el Decreto 4239 de 2004 y por lo previsto en el presente Decreto:

1. Cuando el Ministerio de Comunicaciones determine que el espectro radioeléctrico disponible es inferior a las solicitudes que se formulen para determinada banda de frecuencias o área de servicio.
2. Cuando el Ministerio de Comunicaciones establezca que existe escasez de frecuencias en una determinada banda o zona geográfica.
3. Cuando el Ministerio de Comunicaciones considere necesario limitar el número de permisos porque las características técnicas del uso del espectro radioeléctrico impliquen una limitación en el número de asignaciones, y sea preciso garantizar el uso efectivo y la gestión eficaz del mismo.

**Parágrafo:** Las solicitudes deberán cumplir con los requisitos técnicos económicos y jurídicos exigidos en el Decreto 2343 de 1996 o las normas que lo sustituyan, aclaren o adicionen. Los requisitos técnicos deberán enmarcarse dentro de los estándares internacionales, análogos o digitales, para los sistemas de acceso troncalizado.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Le resulta claro a la Sala entonces, que la modificación introducida por el acto administrativo demandado, de manera alguna puede leerse de forma descontextualizada, sino en el marco del Decreto 2343 de 1996, así como de la normatividad legal que éste desarrolla. De este examen, se deduce de modo evidente, que la disposición objeto de estudio no está suprimiendo la exigencia de títulos habilitantes para la prestación de los servicios de Trunking; por el contrario, hace expresa alusión a “las concesiones” y estas, conforme a la ubicación sistemática de la disposición analizada, se circunscriben únicamente a la celebración de contratos de concesión, pues las licencias como se dijo, proceden solamente para actividades que utilicen sistemas de acceso troncalizado y no para servicios.

Le asiste entonces razón al actor, al señalar que por vía de reglamento no se puede suprimir la exigencia de títulos habilitantes para algunos servicios de telecomunicaciones como el de Trunking, que ha sido creada por la ley. Observa sin embargo la Sala, que en el acto administrativo demandado, no se suprimió dicha exigencia, sino que se establecieron algunas reglas para ello. Por este motivo, este cargo del actor, no está llamado a prosperar.

Finalmente, vale la pena advertir, que aspectos específicos desarrollados en el acto administrativo demandado, como que sea el Ministerio de Comunicaciones quien deba celebrar el contrato de concesión para habilitar la prestación del servicio por parte del operador entrante; y que se indiquen algunas hipótesis en las que el contrato de concesión se podrá celebrar únicamente en cumplimiento de las reglas propias de selección objetiva contenidas en la Ley 80 de 1993<sup>47</sup>, son

---

<sup>47</sup> Si bien estas inquietudes, no fueron expresamente referidas por el demandante, si se señalaron las disposiciones legales referidas y se subrayaron los apartes de los que éstas se derivan. Así mismo, en lo relativo a este primer cargo, se hizo alusión a la imposibilidad de que por vía reglamentaria se altere el sentido de la ley. Folio 6 y 15 a 19 del cuaderno principal.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

aspectos que no fueron referidos ni cuestionados por el actor en la demanda, y por ende, no pueden ser analizados en esta sentencia.

### **3.2- Consideraciones en torno al cargo de “falsa motivación por error de derecho”**

Como se indicó en la primera parte de esta sentencia, este cargo pese a que en la comprensión del actor, se constituye por una inconstitucionalidad del acto administrativo demandado, fue estructurado por él, principalmente, con base en el análisis de la supuesta inconformidad que existe entre el contenido normativo del decreto y las normas legales en que éste se soportaba, referidas en sus consideraciones.

De la sistematización hecha de tales inconformidades en los antecedentes de esta sentencia<sup>48</sup>, se evidencia que debe excluirse el análisis de una gran cantidad

---

<sup>48</sup> A) La naturaleza inajenable e imprescriptible que le atribuye la Constitución política al espectro electromagnético (artículo 75 constitucional), así como la garantía de que su acceso se desarrolle en términos de igualdad, no es desarrollada sino controvertida por el acto demandado.

B) Lo consagrado en el texto resolutivo del acto demandado, contraviene antes que garantizar la inherencia a las finalidades sociales del Estado de los servicios públicos, así como el deber de éste de garantizar la prestación eficiente de los mismos (artículo 365 constitucional).

C) El hecho de que a través del artículo 1 de la Ley 72 de 1989 se “delegue en el gobierno la adopción de la política general del sector de las comunicaciones y las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector” no implica que por vía de un Decreto Reglamentario se limiten los requerimientos, iguales para todos, para acceder al servicio objeto de análisis.

D) El desarrollo económico, político y social del país, así como la calidad de vida de los habitantes (artículo 3 de la Ley 72 de 1989) se pueden ver afectados, antes que garantizados por el acto administrativo demandado.

E) La coordinación que le es propia al Ministerio de Comunicaciones en su sector (artículo 6 de la Ley 72 de 1989), no le permite limitar los requerimientos para el desarrollo de servicios como el que en esta sede se analiza.

F) Resulta absurdo soportar la legalidad del acto demandado en el artículo 7 de la Ley 72 de 1989 que justamente establece la exigencia de título habilitante (contrato de concesión o licencia) para el desarrollo del servicio analizado.

G) De la misma manera indicada en el literal anterior, antes que soporte de legalidad lo que se verifica con el acto demandado es la violación al artículo 8 de la Ley 72 de 1989 que establece que el Ministerio de Comunicaciones debe autorizar actividades relacionadas con el establecimiento, explotación y uso en el país, de redes y servicios de telecomunicaciones.

H) La mención al Decreto 2343 de 1996, reglamentario de la materia, en nada soporta las limitaciones que se contienen en el acto demandado, relativas al título habilitante para el desarrollo de este servicio de telecomunicaciones.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

de ellas, en cuanto guardan relación directa con el cargo analizado en el anterior numeral, relativo a la supuesta improcedencia de que por vía reglamentaria se eliminen títulos habilitantes que la ley exige, para la prestación de servicios de trunking, o para el acceso al espectro radio eléctrico o más genéricamente electromagnético, necesario para la prestación de estos servicios.

No relacionados con este aspecto y por ende no analizados en el numeral anterior, resultan entonces, los cargos presentados en los antecedentes de esta sentencia, en los numerales B, D, I y J, que se procede a estudiar a continuación:

B) Lo consagrado en el texto resolutivo del acto demandado, contraviene antes que garantizar la inherencia a las finalidades sociales del Estado de los servicios públicos, así como el deber de éste de garantizar la prestación eficiente de los mismos (artículo 365 constitucional).

Sin mayor argumentación, al respecto, el actor presenta esta afirmación, de la cual, en términos generales, no se evidencia contradicción normativa alguna, toda vez que del desarrollo de unas reglas relativas a la habilitación para la prestación del servicio de trunking, no puede colegirse que por ello este tipo de servicios dejen de ser inherentes a la finalidad social del Estado, o que se violen los deberes de éste derivados de esta connotación de los servicios públicos en general.

D) El desarrollo económico, político y social del país, así como la calidad de vida de los habitantes (artículo 3 de la Ley 72 de 1989) se pueden ver afectados, antes que garantizados por el acto administrativo demandado.

---

I) No puede considerarse motivación del acto demandado, el hecho de que el decreto 4239 de 2004 haya derogado el artículo 20 del decreto 2343 de 1996.

J) La motivación técnica contenida en el acto demandado, consistente en la búsqueda de éste de "colaborar de manera integral con la prestación del servicio de transporte público masivo" no puede sustentar la conformidad al ordenamiento jurídico del acto demandado.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Situación similar acontece con este "cargo" que sin demostración y argumentación alguna presenta el actor.

I) No puede considerarse motivación del acto demandado, el hecho de que el decreto 4239 de 2004 haya derogado el artículo 20 del decreto 2343 de 1996.

Lo relativo a la vigencia en el tiempo de los aludidos Decretos, y la forma como el acto administrativo demandado, se integra a estos, fue analizada también en el numeral anterior, y de dicha situación, no puede colegirse de manera alguna, una falsa motivación.

J) La motivación técnica contenida en el acto demandado, consistente en la búsqueda de éste de "colaborar de manera integral con la prestación del servicio de transporte público masivo" no puede sustentar la conformidad al ordenamiento jurídico del acto demandado.

Si bien es cierto, en las consideraciones del acto administrativo demandado, se hace alusión a la colaboración del servicio con el desarrollo del transporte público masivo, lo cierto es que esta no es la única motivación del mismo, y analizada de manera aislada, sin mayor argumentación al respecto, no se observa la contradicción con el ordenamiento jurídico alegada.

Como se observa, la totalidad de los elementos aludidos por el actor, en relación con el cargo que se analiza en este numeral, no están llamados a prosperar; primero, porque algunos hacen alusión al otro cargo presentado y que según el análisis de la Sala no resulta procedente; y segundo, porque la forma como son planteados, es absolutamente genérica y sin ninguna argumentación que indique los motivos de ilegalidad con que pretende sustentar su demanda.

### **3.3- Consideraciones en torno al cargo de "violación del derecho a la igualdad de todos"**



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Como se señaló en los antecedentes de esta sentencia, el actor, en relación con este cargo, hizo alusión a algunas disposiciones que no guardan relación directa con su encabezado, como es el caso del derecho fundamental al debido proceso.

Para una mejor comprensión del mismo, dada su confusa configuración en la demanda, se procede a transcribir la parte fundamental de lo señalado por el actor:

"Para entender este cargo, respetuosamente nos remitimos al análisis fáctico de los dos cargos anteriores, por efectos de economía y nos fuerza concluir que el Decreto 2943 de 2006, al alivianar la carga de requisitos, vigilancia y pago de las expensas y contraprestaciones, en la obtención de la concesión, para los operadores de telecomunicaciones troncalizadas de nivel departamental y municipal, origina desequilibrios en los contratos de concesión ya otorgados, en comparación con los que están por otorgarse, bajo esta modalidad establecida por el decreto objeto de la impetración de nulidad; desde luego, crea un desequilibrio competitivo entre los operadores que concurren al mercado de las telecomunicaciones, pues en las telecomunicaciones troncalizadas departamentales y municipales, se modificó la naturaleza y el alcance delimitado en la ley, porque la regulación de carácter general e impersonal de la ley de telecomunicaciones y de contratación administrativa, en cuanto a las telecomunicaciones troncalizadas del sector departamental y municipal, hasta en la exposición de motivos se volvió personal y particular y en esa medida, se socabaron (sic) los pilares de la igualdad y del principio de leal y libre competencia; entonces, al vulnerarse, obviamente, el debido proceso (Art. 29 C.P) y el derecho fundamental de la igualdad (Art. 13 C.P), para los operadores de telecomunicaciones, el Decreto 2943 de 2006, atenta contra normas de rango constitucional e inalienables y por ello, demanda su nulidad y así, respetuosamente lo solicito."

Pese a la extraña redacción que utiliza el actor, se infiere que en su sentir, el Decreto demandado crea una situación que vuelve más ligeras las cargas de los concesionarios, así como el control sobre los mismos, de servicios de trunking a nivel departamental y municipal, y con ello, se atenta contra la igualdad que debe caracterizar a la totalidad de los concesionarios de ese servicio.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Al respecto, vale la pena indicar, que el artículo 1 del Decreto demandado hace expresa mención a su objeto: "Concesión para las áreas de servicio departamental y municipal". No existen dudas entonces, de que en la comprensión del Decreto 2943 de 2006, unas son las reglas que deben regir las concesiones del servicio de Trunking a nivel nacional, y otras diferentes, cuando se trate de su prestación a nivel territorial (departamental y municipal).

Esta diferencia de tratamiento a los concesionarios del servicio en atención a su cobertura geográfica (nacional o territorial), sin embargo, no nace del Decreto demandado; el régimen legal de los servicios de telecomunicaciones en Colombia, no solo permite, sino que consagra esta distinción de regímenes; en efecto, en los artículos 34 y 36 del Decreto 1900 de 1990, que se ubican en el capítulo 2, relativo a las formas de prestar los servicios de telecomunicaciones, se establece:

"34- <FORMAS DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES>.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa, por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.

La Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de estos servicios en el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas en los dos incisos anteriores, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.



Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

"36- <PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES A CARGO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES>. Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

Para expedir esta autorización el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico".

Como se observa, existe una desigualdad en el tratamiento entre concesionarios de servicios de Trunking, promovida por la ley, que simplemente es retomada por el Decreto, que *per se* no es contraria a la Constitución Política, toda vez que pareciera lógico que se fijen reglas para la prestación de los servicios públicos distintas, según se trate de una prestación con cobertura nacional o territorial.

Así mismo, como ya se anotó, las reglas contenidas en el Decreto demandado, de manera alguna desnaturalizan, la existencia de títulos habilitantes para la prestación de servicios de Trunking a nivel departamental o municipal, ni la condición de concesionarios de los prestadores, motivos por lo que, no comprende la Sala, porque el actor supone que se están aligerando cargas y controles para estos últimos, toda vez que no hace alusión específicamente a ellas y estos.

De la misma manera, suponer que con estas modalidades de prestación se producen desequilibrios en las ecuaciones contractuales de los concesionarios pre-existentes, no deja de ser una suposición que no le compete a la Sala, con ocasión de una acción de nulidad, establecer con alcances generales.





Expediente No. 33964. Radicación: 110010326000200700029 00  
Actor: Bernardo Henao Jaramillo

Por los motivos expuestos, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**Primero. DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, con base en los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
**Presidente**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

**ENRIQUE GIL BOTERO**