

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación interna: 2370

Número único: 11001-03-06-000-2018-00042-00

Referencia: Concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora comercial. Espectro electromagnético y espectro radioeléctrico. Reglas para su asignación. Deber de selección objetiva. Libertad de fundar medios masivos de comunicación (artículo 20 C.P.)

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicita el concepto de la Sala sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para la evaluación de las ofertas y la adjudicación de los contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la modalidad comercial.

ANTECEDENTES

El consultante manifiesta que acude a la Sala con el ánimo de que "... se determine si en los procesos de adjudicación de concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora comercial debe aplicarse una regla de selección cuyo objetivo principal sea la maximización (de) los recursos del Estado o, por el contrario, pueden preverse otros mecanismos de selección que no sirvan exclusivamente a ese propósito, al amparo del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009 y las normas pertinentes que, por remisión, resulten aplicables del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

A este respecto, comenta que es necesario establecer si al escoger determinado criterio de selección de ofertas, se debe garantizar la libertad de fundar medios masivos de comunicación, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política.

Como antecedentes, el ministro hace una sinopsis de varios procesos de adjudicación que se efectuaron entre 1997 y 2009, al amparo de las normas generales de contratación pública y de las regulaciones que en materia de

telecomunicaciones estaban vigentes, antes de la promulgación de la Ley 1341 de 2009¹.

De dicho resumen se destaca que en las licitaciones públicas llevadas a cabo durante los años 2008 y 2009, la selección de las ofertas más favorables tuvo en cuenta, tanto la "garantía de igualdad de acceso", con fundamento en la jurisprudencia constitucional², como el criterio económico. De esta forma, fueron escogidas las ofertas que igualaron, o que más se aproximaron, a la "oferta eficiente (OEF)", entendida como el promedio geométrico de todas las propuestas que se presentaron para el municipio y la frecuencia correspondiente.

En relación con las concesiones para el mismo servicio que deben adjudicarse bajo la Ley 1341 de 2009, el ministro destaca que puede haber una dificultad interpretativa, derivada de la

aparente contradicción o falta de armonía entre dos normas del mismo estatuto: los artículos 57 y 72.

En efecto, el artículo 57 regula quiénes pueden ser los concesionarios para la prestación de los servicios de radiodifusión sonora, así como las condiciones generales de los respectivos contratos de concesión, cuya “selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública”. La misma disposición aclara que “la concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico”.

Por su parte, el artículo 72 *ibidem* se refiere a los procesos para la asignación del espectro. En esta materia, la norma contiene varias reglas que deben respetar todas las autoridades del Estado que tengan a su cargo la administración del espectro radioeléctrico, incluyendo el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, “con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado”. En ese sentido, una vez identificado que exista una pluralidad de interesados en una misma banda de frecuencias, el artículo citado dispone que, “...con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta”.

Asimismo, el ministro cita un extracto de la sentencia C-403 de 2010³, en la que la Corte Constitucional se refiere a la necesidad de respetar las reglas fijadas por el Congreso de la República en la Ley 1341 de 2009 para la asignación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, cuando exista pluralidad de interesados. De

¹ “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

² Sentencias T-081 de 1993, C-093 de 1996 y T-460 de 2006, de la Corte Constitucional.

³ Corte Constitucional, sentencia C-403 del 27 de mayo de 2010, expediente D-7907.

esto concluye que, tanto la ley como la jurisprudencia, establecen actualmente que la subasta es un mecanismo de selección objetiva, que sería equiparable a la “oferta eficiente” utilizada en los procesos de licitación pública realizados durante los años 2008 y 2009 para la adjudicación de las concesiones del servicio de radiodifusión sonora comercial.

Siguiendo con esta exposición, el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones plantea que el problema jurídico al que se contrae la presente consulta podría exponerse en los siguientes términos: “[e]n los procesos de selección objetiva de concesionarios del servicio de radiodifusión sonora, en la modalidad comercial: ¿Debe optarse por una regla de selección de ofertas que priorice la maximización de recursos del estado (sic) (por ejemplo la subasta), como lo instituye el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009; o pueden emplearse otras opciones que no sirvan exclusivamente a este propósito y que propendan por una distribución más equitativa del espectro (como los demás mecanismos de selección contemplados en el Estatuto de Contratación Pública)?... en virtud de la remisión que hace el artículo 57 de la Ley 1341 de 2009”.

Para explicar un poco más este aparente dilema, el consultante recuerda que, conforme a lo normado por la Ley 80 de 1993⁴, modificada por la Ley 1150 de 2007⁵, este tipo de concesiones

se tendría que adjudicar por el sistema de licitación pública, dentro del cual existen varias alternativas para efectuar la selección objetiva de las ofertas y adjudicar el contrato, siempre que se respeten las normas y los principios generales contenidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Una de tales opciones sería la de evaluar las ofertas económicas por el sistema de “media geométrica o aritmética”, similar al que se utilizó en los procesos de contratación realizados durante los años 2008 y 2009, y con el cual no se pretende principalmente maximizar los recursos del Estado, sino, más bien, prevenir la presentación de ofertas artificialmente bajas y sus efectos nocivos sobre los fines buscados con el contrato. También señala que esta regla de selección propicia que no necesariamente resulten adjudicatarios quienes tengan las condiciones financieras más favorables.

En contraste, advierte el ministro que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 pareciera exigir que en todos los procesos de asignación del espectro radioeléctrico (en que participen múltiples oferentes), se debiera buscar como objetivo principal el de maximizar los recursos del Estado, con destino a los fondos que señala dicha norma, especialmente el de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

De esta forma, la consulta menciona que es evidente la dificultad hermenéutica que resulta de aplicar simultáneamente las dos normas citadas de la Ley 1341 de 2009,

⁴ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁵ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

junto con el artículo 20 de la Carta Política, lo cual plantea varias particularidades y complejidades para la asignación del espectro electromagnético a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora, que reducen el grado de seguridad jurídica y de certeza con los que debería contar la Administración para estos efectos.

Por lo indicado, señala que para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, es fundamental esclarecer cuál es la norma aplicable en estos procesos de selección y adjudicación, “por las consecuencias políticas, sociales y económicas de la decisión”, y por la necesidad de garantizar el derecho fundamental previsto en el artículo 20 de la Constitución Política, especialmente en cuanto a la libertad de fundar medios masivos de comunicación.

En virtud de lo anterior, el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones formula a la Sala las siguientes PREGUNTAS:

“1. ¿La asignación de espectro y el otorgamiento de concesiones del servicio de radiodifusión sonora comercial, debe efectuarse empleando reglas de selección que prioricen el propósito de maximizar los recursos del Estado, como la subasta; o pueden emplearse otras reglas de selección al amparo del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009 y de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque no necesariamente prioricen el objetivo de maximizar recursos del Estado?

2. En cualquier caso, ¿el proceso de selección debería ser consecuente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución Política?”

CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estas preguntas, la Sala estudiará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) el servicio de radiodifusión sonora; (ii) el espectro electromagnético y el espectro radioelétrico; (iii) el deber de selección objetiva en la contratación estatal;

(iv) el artículo 20 de la Constitución Política y la libertad de fundar medios masivos de comunicación, y (v) conclusiones generales.

El servicio de radiodifusión sonora

Concepto de radiodifusión sonora

El artículo 2º de la Resolución 415 de 2010⁶, expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC), define la radiodifusión sonora como “un servicio público de telecomunicaciones, a cargo y bajo la titularidad del Estado, orientado a satisfacer necesidades de telecomunicaciones de los habitantes del territorio nacional y cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general”.

Asimismo, vale la pena mencionar que, según el Reglamento de Radiocomunicaciones (versión 2016)⁷ de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT o ITU, por sus siglas en inglés), se entiende por “telecomunicación”, “[t]oda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (CS)” (se destaca).

El mismo documento define el servicio de radiodifusión (sonora y televisiva) como aquel “[s]ervicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género (CS)”, y señala que la “radiocomunicación” es “[t]oda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas (CS) (CV)”, también llamadas “radio”, en sentido general.

La combinación de las definiciones anteriores permite señalar que el servicio de radiodifusión sonora es aquel servicio público de telecomunicaciones que permite emitir, transmitir y recibir sonidos por el público en general (y no por una o varias personas determinadas), utilizando exclusiva o principalmente las ondas radioeléctricas (o de radio).

Esta conceptualización muestra la relación ineludible que existe entre la radiodifusión sonora, como servicio de telecomunicaciones, y el uso del espectro radioelétrico, que constituye, como se explicará más adelante, el recurso natural que permite, justamente, la emisión, transmisión y recepción de los sonidos por este servicio.

Ahora bien, desde antes de la Constitución Política de 1991, la radiodifusión sonora había sido considerada como un servicio público cuya titularidad recae en el Estado y que este puede prestar directamente (por intermedio de sus entidades y organismos), o indirectamente, por particulares previamente autorizados.

⁶ “Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones”.

⁷ Disponible en el sitio de internet:

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/1.43.48.es.301.pdf>

Así lo consagraba la Ley 72 de 1989⁸ y el Decreto Ley 1900 de 1990⁹, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por aquella ley, disposiciones

que, en su mayor parte, fueron derogadas por la Ley 1341 de 2009 (artículo 73¹⁰).

Esta característica del servicio de radiodifusión sonora y de los servicios de telecomunicación, en general, como servicios públicos cuya titularidad pertenece al Estado, se mantiene aún bajo la regulación contenida en la Ley 1341, como puede observarse principalmente en su artículo 10, el cual dispone que “la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (subrayamos).

Marco constitucional del servicio de radiodifusión sonora

Sea lo primero advertir que la Constitución Política no contiene disposición alguna que se refiera, en particular, a la radiodifusión sonora. Sin embargo, en su triple condición de servicio público, medio masivo de comunicación social y sistema de telecomunicaciones que utiliza predominantemente el espectro radioeléctrico, a la radiodifusión sonora le resulta aplicable una amplia gama de disposiciones constitucionales, entre las cuales merece la pena destacar las siguientes:

“Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

(...)

⁸ “Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

⁹ “Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”.

¹⁰ “Artículo 73. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos... y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966... la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990... y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.

(...)”. (Subrayamos).

Artículo 73. La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

(...)

Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable 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.

(...)

Artículo 334 (modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 3 de 2011¹¹). La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir... el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...)

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

(...)

(...)

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

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. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Subrayas añadidas).

¹¹ “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”.

Adicionalmente, por su relación indirecta con el servicio de radiodifusión sonora, vale la pena citar, también, los siguientes artículos de la Carta: (i) el **2**, en cuanto señala, como fines del Estado, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”; (ii) el **7**, conforme al cual “[e]l Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; (iii) el **27**, según el cual “[e]l Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra”; (iv) el **44**, que establece los derechos prevalentes de los niños y ordena al Estado, a la sociedad y a la familia “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; (v) el **67**, que consagra el derecho a la educación; (vi) el **68**, en cuanto dispone que “[l]a erradicación del

analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”; (vii) el **70**, en tanto obliga al Estado a “promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades”, dispone que “[l]a cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad” y estatuye que “[e]l Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”; (viii) el **71**, que garantiza la libre búsqueda del conocimiento y de la expresión artística, y ordena al Estado crear incentivos y estímulos especiales a las personas que “desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales”, y (ix) el **101**, que menciona, entre los bienes públicos que forman parte de Colombia, “el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas”, entre otras disposiciones.

Acerca de la naturaleza de la radiodifusión sonora, de su importancia social y del papel del Estado en su regulación, control y vigilancia, la Corte Constitucional, en la sentencia T-391 de 2007¹², manifestó:

“4.8.2.5. La radiodifusión tiene una dimensión de servicio público que es relevante, pero que no hace desaparecer su dimensión esencial de ser un medio para difundir ideas, opiniones e informaciones constitucionalmente protegidas, de tal forma que no se puede invocar el interés estatal en promover la eficiencia o calidad del servicio como justificación para intervenir sobre el contenido de la programación radial; como se indicó anteriormente, la potestad de regulación, inspección y vigilancia que asiste al Estado respecto de la radiodifusión en tanto servicio público que utiliza el espectro electromagnético, se agota en los aspectos meramente técnicos de la prestación del servicio y en la garantía de igualdad y pluralismo en el acceso a las ondas radiales, y no se proyectan sobre el contenido de la programación como tal para establecer qué se puede decir y qué no se puede decir.

(...)

¹² Corte Constitucional, sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007, expediente T-1248380.

En cuanto al impacto del medio, se trata de... un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben -en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita-, surtiendo su impacto sobre espacios privados y públicos indistintamente. Es altamente accesible a toda la población, especialmente los menores de edad. Su recepción de los contenidos radiodifundidos puede ser objeto de supervisión por sus padres y educadores, aunque no siempre de manera oportuna y eficaz. (...).”

Marco legal y reglamentario de la radiodifusión sonora

Con anterioridad a la Ley 1341 de 2009, la radiodifusión sonora estaba regulada por un conjunto de normas legales y reglamentarias, en buena parte dispersas y expedidas en distintas épocas, entre las cuales pueden destacarse las Leyes 74 de 1966¹³, 51 de 1984¹⁴, 72 de 1989 y 80 de 1993, y los Decretos 222 de 1983¹⁵, 1900

de 1990, 1445 de 1995¹⁶, 1446 de 1995¹⁷, 1447 de 1995¹⁸, 348 de 1997¹⁹, 1021 de 1999²⁰, 1981 de 2003²¹ y 2805 de 2008²².

Ahora bien, vale la pena mencionar que al momento de radicarse el proyecto de ley²³ que se convertiría en la Ley 1341 de 2009 e, incluso, cuando se presentó la primera ponencia²⁴, no se tuvo la intención de incluir en dicha normatividad al servicio de radiodifusión sonora, en virtud del régimen especial que lo regulaba, por lo cual se proponía que se siguieran aplicando a dicho servicio las normas que conformaban ese régimen.

¹³ “Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”.

¹⁴ “Por la cual se dictan algunas disposiciones en materia de radiodifusión sonora”.

¹⁵ “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

¹⁶ “Por el cual se adoptan los Planes Técnicos Nacionales de Radiodifusión Sonora en Amplitud Modulada (A.M.) y en Frecuencia Modulada (F.M.) y se dictan otras disposiciones”.

¹⁷ “Por el cual se clasifica el servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan normas sobre el establecimiento, organización y funcionamiento de las cadenas radiales”.

¹⁸ “Por el cual se reglamenta la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta, se define el Plan General de Radiodifusión Sonora y se determinan los criterios y conceptos tarifarios y las sanciones aplicables al servicio”.

¹⁹ “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1446 de 1995”.

²⁰ “Por el cual se determinan los alcances de las expresiones aportes, colaboraciones, auspicios y patrocinios de que tratan los Decretos 1446, 1447 de 1995 y 348 de 1997”.

²¹ “Por el cual se reglamenta el Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones”.

²² “Por el cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones”.

²³ Proyecto de Ley N° 112 de 2007, Cámara de Representantes, “por el cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”, presentado por el entonces Ministerio de Comunicaciones. Gaceta del Congreso N° 426 del 5 de septiembre de 2007.

²⁴ Gaceta del Congreso N° 633 del 5 de diciembre de 2007.

Sin embargo, al modificarse la ponencia inicialmente presentada para primer debate, en la Comisión VI de la Cámara de Representantes²⁵, se reconsideró esta posición y se propuso incluir la radiodifusión sonora dentro del objeto de la ley, debido a que la normatividad que la regulaba se estimaba muy antigua y dispersa, por lo cual se consideró necesario consolidarla y actualizarla, desde los puntos de vista legal, técnico y financiero.

A tal fin, se estimó procedente incorporar al proyecto de ley un nuevo título (el VIII), para establecer los aspectos generales que deberían servir como marco regulatorio del servicio de radiodifusión sonora, el cual debía ser desarrollado luego por el Gobierno Nacional, a través del MINTIC.

Este cambio en la orientación del proyecto de ley, en punto a la radiodifusión sonora, se ratificó y explicó con mayor claridad en la ponencia para primer debate en la Comisión Sexta del Senado

de la República²⁶, así:

“XI. REGIMEN DE RADIODIFUSION SONORA

En Colombia, el sector de la radiodifusión sonora ha venido operando desde hace más de 75 años y se ha extendido por todo el territorio nacional, consolidándose como uno de los medios de comunicación de mayor penetración y de más alto impacto en la población.

Colombia cuenta con 1339 emisoras que operan en 802 municipios, cuya reglamentación se ha orientado, no solo a la garantía de los fines del servicio para los cuales se asignaron, sino a disposiciones técnicas que permiten la optimización en el uso del espectro y la garantía de un servicio libre de interferencias y de la mayor calidad.

La legislación de radio en Colombia tiene su fundamento en los artículos 20 y 75 de la Constitución Política, acorde con el marco constitucional citado, se han expedido decretos que constituyen la estructura básica de la radiodifusión en Colombia e incluyen disposiciones orientadas, no sólo al cumplimiento de las condiciones técnicas del servicio, sino de las responsabilidades de carácter social que asumen los concesionarios.

Dentro del conjunto de normas están, la Ley 74 de 1966, Ley 51 de 1984... Revisado el marco normativo vigente se aplican al servicio de radiodifusión sonora normas expedidas desde el año 1966 hasta el 2003, en las cuales se han ido plasmando disposiciones de diversa índole, que hoy requieren un ajuste orientado a contar con una reglamentación ágil, expresa y que conceptualmente atienda las necesidades del servicio.

Lo anterior, en consideración a que existen vacíos reglamentarios y diferentes normas que hoy requieren una consolidación y modificación, desde el punto de vista legal, técnico y financiero.

En tal sentido, se recogen en la ley, los aspectos generales que deben servir para el marco reglamentario del servicio”. (Resaltamos).

²⁵ Gaceta del Congreso N° 233 del 8 de mayo de 2008.

²⁶ Gaceta del Congreso N° 934 del 12 de diciembre de 2008. Informe de ponencia para primer debate en la Comisión Sexta del Senado de la República, al proyecto de ley N° 112 de 2007 Cámara – 340 de 2008 Senado.

A partir de ese momento el Título VIII del proyecto de ley continuó formando parte integrante del mismo, sin mayores modificaciones, hasta la aprobación definitiva y sanción de la Ley 1341 de 2009. Esto permite inferir: (i) en primer lugar, la intención expresa del legislador de incluir el servicio de radiodifusión sonora dentro de la regulación general de las TIC, contenida en la Ley 1341; (ii) en segundo lugar, el propósito de someter dicho servicio a una regulación especial, dentro de la misma ley, proveniente en buena parte de las leyes y decretos que lo normaban hasta ese momento, sin perjuicio de la aplicación de los principios y las reglas generales sobre las TIC, contenidas en la misma ley, y (iii) el deseo de establecer apenas un marco regulatorio general, dentro del cual le corresponde al Gobierno Nacional, por intermedio del MINTIC y en ejercicio de sus facultades de intervención en este sector, expedir la regulación minuciosa o detallada que se requiera para la adecuada prestación del servicio, en sus aspectos técnico, financiero y legal.

Lo anterior se vio reflejado, finalmente, en el texto de la Ley 1341, de la siguiente manera:

Mediante la aprobación del Título VIII de la ley, denominado “DE LA RADIODIFUSIÓN

SONORA”, en el cual se incluyeron las normas generales a las cuales se sujeta actualmente este servicio.

En virtud de la derogación de las disposiciones que anteriormente regulaban la radiodifusión sonora, como las Leyes 74 de 1966, 51 de 1984 y el artículo 35 de la Ley 80 de 1993, efectuada por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.

Mediante la descripción del objeto general de la Ley 1341, contenido en el artículo 1º de la misma, y dentro del cual debe entenderse incluida la radiodifusión sonora:

“Artículo 1º. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

Parágrafo. El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley”.
(Subrayamos).

Por medio de la alusión que al servicio de radiodifusión sonora hace el parágrafo del artículo 4 de la Ley 1341, que establece los fines de la intervención del Estado en el sector de las TIC. En efecto, dado que el parágrafo citado excluye expresamente a la radiodifusión sonora de lo dispuesto en los numerales 4 y 9 del respectivo artículo, dicha exclusión significa, contrario sensu, que a este servicio de telecomunicaciones se le aplican los fines de la intervención señalados en los restantes numerales del mismo artículo²⁷.

Con la definición de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), contenida en el artículo 6 de la Ley 1341 de 2009, dentro de la cual se entiende incluida la tecnología requerida para la prestación del servicio de radiodifusión sonora. En efecto, la norma citada define las TIC como “el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes” (se destaca).

Mediante el otorgamiento expreso al MINTIC de las siguientes atribuciones, asociadas específicamente al servicio de radiodifusión sonora: (i) Reglamentar el Título VIII de la Ley 1341 de 2009, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma (parágrafo del artículo 58); (ii) reglamentar la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, atendiendo a sus fines y a las condiciones de cubrimiento del mismo (artículo 57, inciso 7º); (iii) establecer los “parámetros técnicos esenciales” que los concesionarios del servicio deben cumplir y respetar para la prestación del mismo (artículo 57, inciso 8º); (iv) señalar los requisitos y las condiciones jurídicas, sociales y técnicas bajo las cuales debe prestarse el servicio comunitario de radiodifusión sonora (artículo 57, parágrafo 2º), y (v) reglamentar el valor de las concesiones y el pago por el uso del espectro radioeléctrico para la prestación de este servicio, atendiendo a los fines del servicio y al área de cubrimiento (artículo 62).

Todo lo anterior sugiere que para estudiar el régimen legal y reglamentario del servicio de

radiodifusión sonora, lo más adecuado, desde el punto de vista metodológico, es empezar por las normas generales del sector, contenidas en la Ley 1341 de 2009, excluyendo solo aquellas que claramente no sean pertinentes ni aplicables a dicho servicio, para continuar con las disposiciones especiales que lo

²⁷ El artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 dispone, en lo pertinente:

“ARTÍCULO 4.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA

INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector... para lograr los siguientes fines:

(...)

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará lo pertinente al cumplimiento de los anteriores fines, teniendo en cuenta las necesidades de la población y el avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como el estado de desarrollo de la Sociedad de la información en el país, para lo cual, se tendrá en cuenta la participación de todos los actores del proceso, en especial a los usuarios. Se exceptúa de la aplicación de los numerales 4 y 9 de este artículo el servicio de radiodifusión sonora”. (Resaltamos).

regulan, integradas, no solamente por las disposiciones del Título VIII de la Ley 1341, sino también por los decretos, resoluciones y demás actos administrativos generales que, en desarrollo de la misma, ha expedido el Gobierno Nacional, el MINTIC, en particular, y la Agencia Nacional del Espectro (ANE).

Régimen general de las telecomunicaciones y las TIC

Habiéndose referido la Sala al objeto general de la Ley 1341 (artículo 1), es pertinente mencionar ahora los principios orientadores que deben aplicarse en esta materia, como lo dispone el artículo 2 ejusdem:

“ARTÍCULO 2.- PRINCIPIOS ORIENTADORES. La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

Son principios orientadores de la presente ley:

Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Estado y en general todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberán colaborar, dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la producción de bienes y servicios, en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los

contenidos y la competitividad.

Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible... Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo

las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

Protección de los derechos de los usuarios. El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria...

Promoción de la Inversión. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Neutralidad Tecnológica. El Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible.

El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC. En desarrollo de los artículos 20 y 67 de la Constitución Nacional el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Adicionalmente el Estado... desarrollará programas para que la población de los estratos menos favorecidos y la población rural tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de Internet y contenidos informáticos y de educación integral.

Masificación del Gobierno en Línea. Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para

garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. (...). (Negrillas del original, subrayas añadidas).

Es importante advertir que el artículo 7 de la misma ley establece expresamente un criterio de interpretación de sus disposiciones, al preceptuar:

“ARTÍCULO 7.- CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Esta ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios”.

 (Se resalta).

Por lo tanto, es necesario recalcar, desde ahora, que todas las normas de la Ley 1341 de 2009, incluyendo aquellas que se refieren en particular al servicio de radiodifusión sonora, deben interpretarse a la luz de los principios orientadores descritos en el artículo 2º del mismo cuerpo legal, enfatizando la garantía y promoción de la libre competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Asimismo, es relevante referirse a los fines y criterios que el Estado debe tener en cuenta para ejercer la intervención en el sector de las TIC, como lo establece el artículo 4º de la Ley 1341:

“ARTÍCULO 4.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. En desarrollo

de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las (sic) Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios.

Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal.

Promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea.

Promover la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red.

Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.

Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a poblaciones vulnerables.

Garantizar el uso adecuado del espectro radioeléctrico, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán jurídica y económicamente por los daños causados a las infraestructuras.

Promover la ampliación de la cobertura del servicio.

Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones...

Imponer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones obligaciones de provisión de los servicios y uso de su infraestructura, por razones de defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública.

Promover la seguridad informática y de redes para desarrollar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Incentivar y promover el desarrollo de la industria de tecnologías de la información y las comunicaciones para contribuir al crecimiento económico, la competitividad, la generación de empleo y las exportaciones.

Propender por la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras de las tecnologías de la información y las comunicaciones por la protección del medio ambiente y la salud pública.

Parágrafo²⁸. El Gobierno Nacional reglamentará lo pertinente al cumplimiento de los anteriores fines, teniendo en cuenta las necesidades de la población y el avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como el estado de desarrollo de la Sociedad de la información en el país, para lo cual, se tendrá en cuenta la participación de todos los actores del proceso, en especial a los usuarios. Se exceptúa de la aplicación de los numerales 4 y 9 de este artículo el servicio de radiodifusión sonora". (Se destaca).

Tal como se esbozó previamente, lo dispuesto en el párrafo transcrito significa, contrario sensu, que los fines perseguidos por el Estado con la intervención en el sector de las TIC, a excepción de los indicados en los numerales 4º y 9º de dicha norma, deben ser buscados igualmente con su intervención en el servicio de radiodifusión sonora, deducción que se ratifica con los demás elementos de interpretación sistemática e histórica explicados previamente y que confluyen para afirmar que la Ley 1341 de 2009 debe aplicarse, con algunas salvedades, al servicio de radiodifusión sonora.

Ahora bien, un aspecto sobre el cual vale la pena detenerse es el relacionado con los permisos, autorizaciones o habilitaciones que se requieran para la provisión de redes y servicios de TIC y, en particular, para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en el territorio nacional, así como para el uso del espectro radioeléctrico que se necesite para ofrecer tales servicios, ya que, en este asunto, la regulación general de las TIC no coincide con la normatividad especial de la radiodifusión sonora, contenida en la misma ley.

En efecto, uno de los cambios más importantes que introdujo la Ley 1341 de 2009, inspirada en la creciente tendencia global hacia la convergencia de los distintos servicios y sistemas de información y telecomunicaciones, así como en la intención de estimular la innovación y la competencia en este mercado, basada más en los servicios que en las redes, fue el de la "habilitación general". Sobre este punto, el artículo 10 de la citada ley estatuye:

²⁸ Este párrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-570 del 14 de julio de 2010, "siempre que se entienda, que la facultad atribuida al Gobierno Nacional para reglamentar lo pertinente al cumplimiento de los fines de intervención en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no se extiende al Servicio Público de

Televisión, por estar radicada dicha facultad reglamentaria, por expreso mandato constitucional, en la Comisión Nacional de Televisión”.

“Artículo 10. Habilitación general. A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico”. (Se subraya).

La Sala destaca tres (3) aspectos principales de esta norma:

Sin dejar de lado el carácter de servicio público que la legislación anterior le daba a los servicios de telecomunicaciones, cuya titularidad pertenece al Estado, la nueva ley “habilita”, es decir, faculta o autoriza su prestación “de manera general”, esto es, por cualquier persona (natural o jurídica) en el territorio nacional y para cualquier servicio (salvo algunas excepciones), con la obligación de registrarse (artículo 15 ibidem) y de pagar una contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Vale la pena comentar, a este respecto, que la doctrina no ha sido pacífica sobre el alcance de esta disposición y la posible contradicción conceptual que involucra²⁹.

²⁹ En este sentido, ALBERTO MONTAÑA PLATA. “Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector”, en AA.VV. Comentarios a la Ley de Tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC–, EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 190 y ss. El autor se refiere a la calificación especial dada por la Ley 1341 de 2009 a los servicios de telecomunicaciones, y señala que esta pareciera antagónica, toda vez que: por una parte, establece que existe una habilitación general para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, razón por la cual cualquiera puede prestar estos servicios sin necesidad de obtener un título habilitante por parte del Estado, y por otra, establece la titularidad del Estado sobre estos servicios, disposición esta última que en virtud de la habilitación general no parecería tener un contenido o efecto útil. Para el autor, esta supuesta contradicción se explicaría “en el sentido que los servicios públicos de telecomunicaciones, con la comprensión de la Ley 1341 de 2009, son de titularidad del Estado que los presta de manera indirecta, en virtud de una habilitación general de la que se desprende la posibilidad de su prestación por sujetos públicos, privados o mixtos; es la ley entonces el título habilitante que se presupone debe existir en un modelo de servicios públicos de telecomunicaciones de titularidad estatal”. Por su parte, TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO. “Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en Colombia”. En AA.VV. Comentarios a la Ley de Tecnologías de la información y las comunicaciones, cit. pp. 28 a 30, menciona la enorme labilidad del concepto de servicio público que, al parecer, surge de la Constitución de 1991 para comprender cosas que antes se consideraban no propias del mismo. Asimismo, la reflexión que supone declarar la actividad de servicio público, que en apariencia quedaría desmentida por el reconocimiento de la habilitación general, solo si se parte del supuesto de que el Estado tiene la facultad de la gestión directa o de otorgarlo mediante concesión.

Asimismo, es pertinente registrar que, en la legislación europea, los servicios de telecomunicaciones (denominados servicios de comunicaciones electrónicas), no son calificados

como servicio público. En su lugar, se utiliza el calificativo de servicio de interés económico general, en la medida en que influyen en la misión de satisfacer el interés general que está a cargo de los Estados.

Aunque el modelo de mercado de la Unión Europea se erige fundamentalmente sobre un régimen de competencia para los servicios de telecomunicaciones, no desaparece la intervención del Estado para preservar el interés general, ya no bajo la calificación de servicio público de la actividad, sino bajo la denominación de servicios de interés general y económico, mediante la imposición de obligaciones de servicio público.

Dicha habilitación incluye la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, sea que se suministren al público o no, e independientemente de que se operen y exploten de forma simultánea con la prestación del servicio o de manera independiente.

Tal habilitación no incluye el derecho a utilizar el espectro radioeléctrico para la provisión de aquellos servicios de telecomunicaciones que lo requieran. Vale la pena aclarar, en este punto, que no todos los servicios de telecomunicación conllevan el uso del espectro electromagnético, pues algunos de ellos utilizan otros mecanismos y redes distintos a las ondas radioeléctricas (como cables, entre otros). Por lo tanto, el uso del espectro requiere un permiso especial y diferente, que el Estado puede dar en las condiciones y con el procedimiento regulados en la misma ley (artículos 11 y 72), y genera el pago de contraprestaciones distintas a favor del Estado.

En el acápite siguiente, la Sala se referirá a las normas que regulan, en particular, el uso del espectro electromagnético para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluido el de radiodifusión sonora.

Ahora bien, dentro de la regulación general de las TIC, aplicable al servicio de radiodifusión sonora, vale la pena referirse también a las autoridades que tienen competencias de regulación, vigilancia y control de estos servicios y del espectro radioeléctrico utilizado por ellos. Dichas autoridades son: el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la Agencia Nacional del Espectro y, para el caso de la televisión, la Autoridad Nacional de Televisión.

Entre las funciones que el artículo 18 de la Ley 1341 de 2009 asigna al MINTIC, merece la pena destacar las siguientes:

“1. Diseñar, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2. Definir, adoptar y promover las políticas, planes y programas tendientes a incrementar y facilitar el acceso de todos los habitantes del territorio nacional, a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a sus beneficios, para lo cual debe:

(...)

b) Formular políticas, planes y programas que garanticen a través del uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad, el acceso a mercados para el sector productivo, y el acceso equitativo a oportunidades de educación, trabajo, salud, justicia, cultura y recreación, entre otras;

(...)

8. Administrar el régimen de contraprestaciones y otras actuaciones administrativas que comporten el pago de derechos, mediante el desarrollo de las operaciones de liquidación, cobro y recaudo, de conformidad con la legislación vigente.

(...)

Vigilar el pleno ejercicio de los derechos de información y de la comunicación, así como el cumplimiento de la responsabilidad social de los medios de comunicación, los cuales deberán contribuir al desarrollo social, económico, cultural y político del país y de los distintos grupos sociales que conforman la nación colombiana, sin perjuicio de las competencias de que trata el artículo 76 de la Constitución Política.

Evaluar la penetración, uso y comportamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el entorno socioeconómico nacional, así como su incidencia en los planes y programas que implemente o apoye.

(...)

19. Preparar y expedir los actos administrativos, para los fines que se relacionan a continuación:

Ejercer la intervención del Estado en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dentro de los límites y con las finalidades previstas por la ley, con excepción de lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política;

Establecer condiciones generales de operación y explotación comercial de redes y servicios que soportan las tecnologías de la información y las comunicaciones y que no se encuentren asignados por la ley a otros entes.

Expedir de acuerdo con la ley, los reglamentos, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o explotación de los

derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico y los servicios del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

(...)” (Subrayamos).

Por su parte, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) le corresponde, como objeto principal, “promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad”, según lo dispuesto por el artículo 19 de la misma ley.

El artículo 22 ibídem señala las funciones específicas de la CRC, dentro de las cuales se resaltan:

“1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.

Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares...

Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el

régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión...

Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión (radiodifundida) y radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados³⁰.

(...)" (Subrayas fuera del texto).

Finalmente, la Agencia Nacional del Espectro, ANE, tiene a su cargo "brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo" (artículo 25). Dentro de sus funciones, listadas en el artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, resultan pertinentes las siguientes:

"4. Ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.

Realizar la gestión técnica del espectro radioeléctrico.

³⁰ La expresión "radiodifundida", que aparece entre paréntesis, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-403 del 26 de mayo de 2010. El resto del numeral fue declarado en la misma sentencia executable, en forma condicionada, "en el entendido que en los casos en que una misma red sirva para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referirá solo al servicio y a la tecnología que legalmente se le haya asignado".

(...)

Estudiar y proponer los parámetros de valoración por el derecho al uso del espectro radioeléctrico y la estructura de contraprestaciones.

Notificar ante los organismos internacionales las interferencias detectadas por señales originadas en otros países, previa coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

(...)

Adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer las sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.

Ordenar el cese de operaciones no autorizadas de redes, el decomiso provisional y definitivo de equipos y demás bienes utilizados para el efecto, y disponer su destino con arreglo a lo dispuesto en la ley, sin perjuicio de las competencias que tienen las autoridades Militares y de Policía para el decomiso de equipos

(...)"

Es importante aclarar que, de acuerdo con el párrafo primero de esta norma, "la atribución y asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico seguirá siendo potestad del Ministerio de

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

Régimen especial para el servicio de radiodifusión sonora. Desarrollo reglamentario

Como ya se explicó, durante el trámite del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1341 de 2009, se incluyó un nuevo título para establecer las normas generales que debían regir, en particular, el servicio de radiodifusión sonora. Este título corresponde al número VIII de la ley y está conformado por los artículos 56 a 62. Para los propósitos de esta consulta, resulta útil transcribir, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 56, 57, 59, 60 y 62:

“TITULO VIII

DE LA RADIODIFUSION SONORA

ARTÍCULO 56.- PRINCIPIOS DE LA RADIODIFUSIÓN SONORA. Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de radiodifusión sonora. Los servicios de radiodifusión sonora contribuirán a difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y a fortalecer la democracia. En los programas radiales deberá hacerse buen uso del idioma castellano.

Por los servicios de radiodifusión sonora no podrán hacerse transmisiones que atenten contra la Constitución y las leyes de la República o la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

ARTÍCULO 57.- PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN

SONORA. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública. La concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico. El Gobierno Nacional garantizará la prestación del servicio de radiodifusión sonora en condiciones similares a las iniciales cuando el desarrollo tecnológico exija cambiar de bandas de frecuencia.

En ningún caso, la declaratoria de desierta de la licitación faculta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para habilitar directamente la prestación del servicio.

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En casos de emergencia, conmoción interna o externa calamidad pública, los proveedores de servicios de radiodifusión sonora deberán colaborar con las autoridades en la transmisión de las comunicaciones que aquellas requieran. En cualquier caso se dará prelación absoluta a las transmisiones relacionadas con la protección a la vida humana. Igualmente permitirán las comunicaciones oficiosas de carácter judicial en aquellos sitios donde no se cuente con otros servicios de comunicación o aquellas comunicaciones que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en favor de la niñez, la adolescencia y el adulto mayor.

Los servicios de radiodifusión sonora podrán prestarse en gestión directa e indirecta. El Estado prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones.

En gestión indirecta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, atendiendo los fines del servicio y las condiciones de cubrimiento del mismo.

Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora deberán prestar el servicio atendiendo a los parámetros técnicos esenciales que fije el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La modificación de parámetros técnicos esenciales requiere autorización previa del Ministerio.

Parágrafo 1°. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico municipal en el que, conforme con los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. (...)

Parágrafo 2° (modificado por el artículo 59 de la Ley 1450 de 2011³¹). El servicio comunitario de radiodifusión sonora será un servicio de telecomunicaciones, otorgado mediante licencia y proceso de selección objetiva, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Los organismos y entidades del Sector Público incluirán, dentro de sus estrategias de comunicación integral de sus diferentes campañas de divulgación públicas de interés y contenido social, a las emisoras comunitarias como plataformas locales de difusión. (...)

ARTÍCULO 59.- CESIÓN Y TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE LA

CONCESIÓN. La cesión por acto entre vivos de los derechos y obligaciones derivados de la concesión requiere autorización previa del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El cesionario deberá cumplir con los requisitos exigidos para ser titular de la concesión en los términos establecidos.

Los concesionarios del Servicio de Radiodifusión Sonora Comercial podrán dar en arrendamiento las estaciones de radiodifusión hasta por el término de la vigencia de la concesión...

El arrendamiento de una estación de radiodifusión sonora no implica modificación del contrato de concesión y el titular será solidariamente responsable con el arrendatario por el incumplimiento de todas las obligaciones emanadas del mismo.

ARTÍCULO 60.- INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS DE

RADIODIFUSIÓN SONORA. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones tiene a su cargo la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora.

(...)

ARTÍCULO 62.- CONTRAPRESTACIONES PARA EL SERVICIO DE

RADIODIFUSIÓN SONORA. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará el valor de las concesiones y pago por el uso del espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión sonora atendiendo, entre otros, los fines del servicio y el área de cubrimiento.

³¹ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

A las concesiones del servicio de radiodifusión sonora se les aplicará el régimen actual en cuanto al pago de contraprestaciones, hasta tanto se expida la nueva reglamentación”. (Subrayas añadidas).

Del artículo 56, es pertinente destacar los siguientes puntos: (i) la necesidad de respetar la libertad de expresión, tanto en los contenidos como en la publicidad que se difunden por el servicio de radiodifusión sonora, y (ii) el hecho de que, sin perjuicio de lo anterior, el citado servicio debe contribuir a “difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y... fortalecer la democracia”, y no debe incluir transmisiones que atenten contra la Constitución Política y las leyes, o contra la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Lo anterior significa que si bien la radiodifusión sonora, como medio de comunicación social, está protegida por las libertades de opinión, de información y, en general, de expresión, que consagra el artículo 20 de la Carta Política, también apareja una responsabilidad social, que se materializa en un conjunto de deberes positivos³² y negativos (o de abstención)³³ impuestos a quienes posean, administren, utilicen o usufructúen estaciones y servicios de radiodifusión, así como a los que, permanente u ocasionalmente, divulguen, por este medio, informaciones, opiniones, manifestaciones artísticas, publicidad o cualquier otra clase de expresión humana.

³² Difundir la cultura; afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana; fortalecer la democracia; hacer buen uso del idioma español, y colaborar con las autoridades administrativas y judiciales en la transmisión de comunicaciones relacionadas con la atención de calamidades públicas, emergencias o situaciones de conmoción interior, avisos judiciales y mensajes a favor de los niños, adolescentes y adultos mayores. También pueden citarse, entre otros, los siguientes deberes positivos que establece el artículo 47, numerales 1, 2, 3 y 4, del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006): “1. Promover, mediante la difusión de información, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y su salud física y mental. // 2. El respeto por la libertad de expresión y el derecho a la información de los niños, las niñas y los adolescentes. // 3. Adoptar políticas para la difusión de información sobre niños, niñas y adolescentes en las cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos. // 4. Promover la divulgación de información que permita la localización de los padres o personas responsables de niños, niñas o adolescentes cuando por cualquier causa se encuentren separados de ellos, se hayan extraviado o sean solicitados por las autoridades competentes”.

³³ No atentar contra la Constitución Política, la ley, la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos. Igualmente, pueden citarse, a título de ejemplo, los siguientes deberes negativos que el artículo 47, numerales 5, 6, 7 y 8, de la Ley 1098 de 2006 impone a los medios de

comunicación social: “5. Abstenerse de transmitir mensajes discriminatorios contra la infancia y la adolescencia. // 6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas. // 7. Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente. // 8. Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si esta fuere desconocida.(...)”.

A este respecto, es importante citar lo que establecen, en lo pertinente, los artículos 5 y 9 de la Resolución 415 de 2010, expedida por el MINTIC con fundamento en lo dispuesto por el parágrafo del artículo 58 de la Ley 1341 de 2009³⁴ (“Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora”):

“Artículo 5°. Principios. La aplicación, cumplimiento, desarrollo e interpretación de las normas relativas al Servicio de Radiodifusión Sonora previstas en esta resolución tendrán por objeto la observancia de los siguientes principios:

Difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y fortalecer la democracia.

Garantizar el pluralismo en la difusión de información y opiniones, así como asegurar los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Hacer efectiva la responsabilidad social de los medios de comunicación en cuanto a la veracidad e imparcialidad en la información, y la preeminencia del interés general sobre el particular.

Asegurar el respeto al pluralismo político, ideológico, religioso, étnico, social y cultural.

Promover el desarrollo político, económico, social y cultural de la población, y la formación de los individuos con sujeción a las finalidades del servicio.

Permitir la libre y leal competencia en la prestación del servicio.

Asegurar el acceso equitativo y democrático en igualdad de condiciones a las concesiones del servicio y al uso del espectro radioeléctrico atribuido para su prestación.

Ejercer los derechos de rectificación y réplica.

Asegurar la libre expresión de las personas, con sujeción a las leyes y reglamentos sobre la materia.

Garantizar como derecho fundamental de la persona la intimidad individual y familiar contra toda intromisión en el ejercicio de la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora.

Garantizar como derecho fundamental de los niños: la vida, la integridad física, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

³⁴ “Parágrafo. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará este título”.

Garantizar que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás.

(...)

Artículo 9°. Continuidad en la prestación del servicio. El Servicio de Radiodifusión Sonora deberá prestarse en forma continua, eficiente y en libre y leal competencia en el área de servicio de la estación con sujeción a las normas previstas en esta disposición.

(...)" (Se destaca).

Por otra parte, del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, la Sala resalta, en primer lugar, que los particulares solo pueden prestar el servicio de radiodifusión sonora en virtud de una concesión expresa, específica y otorgada previamente por el Estado, la cual se materializa, en el caso de la radiodifusión sonora de carácter comercial, mediante la celebración de un contrato de concesión. Por lo tanto, no puede entenderse que este servicio de telecomunicaciones se encuentre cubierto por el régimen de "habilitación general" que la Ley 1341 de 2009 establece para "la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones", sino que, por el contrario, constituye una excepción a dicho régimen.

Esto resulta evidente, en especial, por lo dispuesto en los incisos 5° y 6° del artículo 57:

"Los servicios de radiodifusión sonora podrán prestarse en gestión directa e indirecta. El Estado prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En gestión indirecta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva". (Subrayamos).

La misma conclusión se ratifica cuando el inciso primero de este mismo artículo estatuye: "Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública"; y más adelante, cuando el inciso tercero prescribe: "El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia".

El Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora confirma lo que se viene explicando con mayor claridad. En efecto, los artículos 7, 8 y 17 ejusdem se refieren a la prestación del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa y en gestión indirecta. Sobre la prestación del servicio en "gestión indirecta", la última norma citada la define así:

"b) Gestión Indirecta: El Estado prestará el servicio de Radiodifusión Sonora en gestión indirecta a través de personas naturales o jurídicas colombianas, privadas, previa concesión otorgada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones". (Se resalta).

Las disposiciones anteriores permiten observar que el Congreso de la República, siguiendo la orientación que traía la legislación anterior, consideró que, en materia de radiodifusión sonora, el Estado no debía ser solamente el titular del servicio, como ocurre con todos los servicios públicos de telecomunicaciones, sino que, además, debía prestarlo en forma directa por

intermedio de sus entidades y organismos, o de manera indirecta mediante su autorización a comunidades organizadas (radio comunitaria) o a otros particulares (radiodifusión sonora comercial), pero debiendo respetar, en cualquier caso, las libertades de expresión, de opinión, de información y de prensa.

Por lo tanto, es claro que dicho servicio de telecomunicaciones está excluido del régimen de “habilitación general” establecido en el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, la Resolución 415 de 2010, siguiendo los lineamientos generales establecidos en la Ley 1341, dispone que dicho servicio puede clasificarse en función de diferentes variables, así:

En atención a la forma de gestión o prestación del servicio: en gestión directa y en gestión indirecta, como ya se explicó.

Con respecto a la orientación de la programación: radiodifusión sonora comercial, radiodifusión sonora de interés público y radiodifusión sonora comunitaria.

Por el nivel de cubrimiento: a) cubrimiento zonal (más de un municipio), correspondiente a las emisoras de clases “A” y “B”; b) cubrimiento zonal restringido (un municipio y, accidentalmente, áreas de otros municipios), el cual corresponde a las emisoras de clase “C”, y c) cubrimiento local restringido (zonas o áreas específicas, urbanas o rurales, de un municipio), que corresponde a las emisoras de clase “D”.

En virtud de la tecnología utilizada para la transmisión: a) En amplitud modulada (A.M.); b) en frecuencia modulada (F.M.), y c) radiodifusión digital y nuevas tecnologías (digital terrestre, satelital y otras).

Vale la pena aclarar que, tanto la radiodifusión sonora comercial como la comunitaria, corresponden a la forma de prestación del servicio en gestión indirecta,

pues son modalidades del servicio prestadas materialmente por particulares, previa autorización estatal.

En el caso de la radio comercial, los proveedores del servicio son personas naturales o jurídicas nacionales, previamente escogidas mediante un proceso de contratación que respete el deber de selección objetiva y con quienes el Estado suscribe un contrato de concesión. Tales personas pueden prestar el servicio con fines de lucro, dentro de los límites de la concesión.

Con respecto a la radiodifusión sonora comunitaria, los proveedores del servicio son comunidades organizadas, escogidas también mediante un procedimiento administrativo que respete el deber de selección objetiva, y autorizadas por el Estado mediante licencia. Estos proveedores deben prestar el servicio sin ánimo de lucro, por lo que los ingresos que obtengan con su actividad deben reinvertirlos en la misma.

Finalmente, en el caso de la radiodifusión sonora de interés público, se trata de la gestión directa del servicio por parte del Estado, por intermedio de sus entidades y organismos competentes, algunos de los cuales son facultados por la ley directamente, y otros son autorizados por el MINTIC, mediante licencia otorgada en forma directa.

Con base en lo explicado, la Sala destaca que si la concesión del servicio de radiodifusión sonora comercial y el otorgamiento de las licencias para la prestación de dicho servicio en la modalidad

comunitaria son los mecanismos por medio de los cuales el Estado presta el servicio en “gestión indirecta”, los fines últimos del procedimiento que se lleve a cabo para otorgar dichas concesiones o licencias, según el caso, no pueden ser otros, entonces, que los mismos fines del servicio de radiodifusión sonora, señalados con anterioridad.

Ahora bien, en relación con el procedimiento que el MINTIC debe seguir para adjudicar las concesiones del servicio de radiodifusión sonora comercial, al cual se contrae esta consulta, y celebrar el respectivo contrato de concesión, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, los artículos 45, 55, 56 y

57 de la Resolución 415 de 2010 estatuyen:

“Artículo 45. De la concesión del servicio en gestión indirecta. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Comercial, mediante contrato, previa la realización del procedimiento de selección objetiva, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación y atendiendo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y los demás postulados que rigen la función administrativa, con sujeción al plan técnico nacional dentro del cual se enmarque la tecnología de transmisión de la emisora para la prestación del servicio,

las disposiciones de esta resolución y las normas que las modifiquen, sustituyan o reglamenten.

(...)

Artículo 55. Procedimiento para el otorgamiento de la concesión. Ejecutoriada la resolución de adjudicación, el seleccionado deberá dentro de los seis (6) meses siguientes, prorrogables por una sola vez hasta por un término igual, presentar los siguientes documentos:

Estudio técnico de conformidad con lo establecido en el correspondiente Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora.

(...)

Parágrafo 1°. Si al vencimiento del término anterior el seleccionado no ha presentado o acreditado a satisfacción la documentación señalada en el presente artículo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones cancelará la adjudicación.

(...)

Artículo 56. Pago de los derechos de concesión. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, luego de evaluar y aprobar el cumplimiento de los aspectos administrativos, técnicos y legales de la documentación solicitada en el artículo anterior, comunicará al adjudicatario para que este proceda, dentro de los treinta (30) días siguientes a acreditar el pago de los derechos a que hubiere lugar, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre contraprestaciones. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones cancelará la adjudicación a aquellos seleccionados que incumplan con este requisito en el plazo señalado.

Artículo 57. Otorgamiento de la concesión. Acreditado el pago de los derechos de concesión, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contará con treinta (30) días para otorgar la concesión mediante contrato para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Comercial, para la instalación y operación de la emisora comercial y para el uso del

espectro radioeléctrico asignado. (...). (Se subraya).

En este punto, es importante reiterar que, conforme a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 57 de la Ley 1341, “la concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico”, lo cual significa, a juicio de la Sala que la persona natural o jurídica a quien se le conceda la prestación del servicio de radiodifusión sonora en determinada banda de frecuencia y dentro de cierta circunscripción territorial, no tiene que solicitar el permiso de uso del espectro para esa misma frecuencia y territorio, ni debe someterse, para ello, a un procedimiento administrativo distinto y separado, pues la misma concesión del servicio implica, automática y simultáneamente, el otorgamiento del permiso para utilizar el espectro radioeléctrico en las condiciones y dentro de los límites señalados.

Pero esta disposición no significa que la concesión del servicio se confunda o se identifique con el permiso de uso o asignación del espectro radioeléctrico, pues ambas decisiones están sujetas a principios, condiciones, fines, reglas y limitaciones que no coinciden totalmente, así como al pago de contraprestaciones diferentes.

Esta conclusión se desprende, entre otras normas, de lo dispuesto en los artículos 10, 11, 57 y 62, entre otros, de la Ley 1341 de 2009, en armonía con los artículos

2.2.7.1.3 del Decreto 1078 de 2015³⁵ y 12 del Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora. En particular, el artículo 2.2.2.7.1.3 del Decreto 1078 estatuye:

“Artículo 2.2.7.1.3. Independencia entre la concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora y el permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado. La concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora es independiente y distinta del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado. En consecuencia, la asignación de frecuencias, el ámbito de operación de las mismas y el pago derivado de estos conceptos se registrarán por las normas previstas para el efecto, y darán lugar al pago de las contraprestaciones previstas en el presente título y las normas que lo sustituyan, modifiquen, o adicionen”. (Se destaca).

Por su parte, el artículo 12 de la Resolución 415 de 2010 preceptúa:

“Artículo 12. Permisos. El uso del espectro radioeléctrico para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora, así como para el establecimiento de la red de enlace entre los estudios y el sistema de transmisión de la emisora o de cualquier otra frecuencia adicional y complementaria al servicio, requiere de permiso previo expreso otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dicho permiso se concederá conjuntamente con el acto que otorgue la concesión”. (Subrayas ajenas al texto).

Por lo tanto, es necesario interpretar y aplicar de manera complementaria y, en lo posible, armoniosa, los principios, condiciones, fines, límites y reglas que gobiernan la concesión del servicio de radiodifusión sonora, con aquellos que regulan el acceso y uso del espectro radioeléctrico.

En esa medida, la Sala procederá a estudiar el tratamiento jurídico dado por nuestro ordenamiento al espectro electromagnético y, en particular, al radioeléctrico.

El espectro electromagnético y el espectro radioeléctrico

El artículo 75 de la Constitución Política dispone:

³⁵ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

“Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable 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”.

Vale la pena recordar que a dicho bien se refería igualmente el artículo 76 ibidem, cuando disponía que “la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”; pero esta norma fue derogada por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2011³⁶, que eliminó la Comisión Nacional de Televisión.

En concordancia con dichas normas, los artículos 101 y 102 de la Carta prescriben, en lo pertinente:

“Artículo 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso...

(...)

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”. (Subrayas añadidas).

Como se observa, los citados cánones constitucionales establecen claramente: (i) que tanto el espectro electromagnético como “el espacio donde actúa” son bienes de naturaleza pública que pertenecen a la Nación colombiana; (ii) que el espectro es un bien inalienable (y, por lo tanto, inembargable, acota la Sala) e imprescriptible;

(iii) que está sujeto a la gestión y control del Estado; (vi) que existe igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, en los términos que señale la ley, y (v) que el Estado debe intervenir, por mandato de la ley, en el uso del espectro, para garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, y evitar prácticas monopolísticas.

De acuerdo con el glosario de términos publicado por MINTIC en su página de internet (www.mintic.gov.co), con base en las definiciones adoptadas por la UIT, el

³⁶ “Por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia”.

espectro electromagnético consiste en “el conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza” y comprende un amplio rango de ondas, que va desde las cortas (como los rayos gamma o los rayos x) hasta las ondas largas, como las utilizadas actualmente en las

radiocomunicaciones, pasando por las medias o intermedias, entre las cuales se encuentra la luz visible.

Por su parte, en el mismo glosario aparece definido el espectro radioeléctrico así:

“Conjunto de todas las ondas radioeléctricas. Actualmente el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, tiene atribuciones internacionales a los servicios de radiocomunicaciones en la gama de 9kHz a 275 GHz”.

En la sentencia C-403 de 2010, la Corte Constitucional sintetizó, de la siguiente manera, la evolución que ha tenido en la jurisprudencia de esa corporación el concepto de “espectro electromagnético”:

“En diversas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha tratado de precisar, desde una perspectiva técnica, el concepto de espectro electromagnético. En la sentencia T-081 de 1993,³⁷ lo definió como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia”.³⁸

Posteriormente, en la sentencia C-484 de 1994,³⁹ fue definido como “el conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas (rayos gamma, rayos x), ondas medias o intermedias (luz visible), hasta ondas largas (las radiocomunicaciones actuales). Dentro de este rango de frecuencias hay una escala privilegiada que, con la tecnología actual, corresponde al espectro de las comunicaciones. Obviamente es a esta frecuencia a la que se refiere la Constitución, especialmente en el artículo 76, al establecer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión. Por consiguiente, el espectro electromagnético no es una franja por donde pasan datos, ni tiene que ver con el espacio alrededor de la tierra”.⁴⁰

³⁷ “[64] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

³⁸ “[65] Reiterada en la Sentencia C-423 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz. SV. Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa)”.

³⁹ “[66] MP. Jorge Arango Mejía”.

⁴⁰ “[67] Reiterada en la Sentencia C-310 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), en los siguientes términos: “Sobre el espectro electromagnético, el Diccionario de Ciencias Físicas de F. Baueche (Editorial Reverté) ha señalado que el mismo está conformado por “las diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz ultravioleta, rayos X y rayos gamma”. Es decir que a través del espectro, circulan las diversas ondas electromagnéticas que transmiten los servicios de radio, televisión, telefonía, televisión por cable, telex, etc., siendo éstos sólo algunos de los medios que lo utilizan para enviar y recibir mensajes.” Ver también las sentencias C-815 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa), C-654 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández),”.

Finalmente, en la Sentencia C-369 de 2002,⁴¹ es definido como “el conjunto de las frecuencias de radiación electromagnética. Comprende desde la bajísima frecuencia aproximadamente 10 a 100 Hertzios, que corresponde a los campos generados por las actividades de generación y transmisión de electricidad, hasta frecuencias mayores a los 10 Hertzios que corresponden a la

radiación de los rayos cósmicos. Con todo, la Unión Internacional de Radiocomunicaciones (U.I.T.) define las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión, servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos como un concepto dinámico: “pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones” por tanto este concepto “corresponde al estado de avance tecnológico”. (...).⁴²

Lo explicado permite entender que mientras el espectro electromagnético es el género, el espectro radioeléctrico es la especie; es decir, que el espectro radioeléctrico es una parte o componente del espectro electromagnético, constituida por las ondas o frecuencias de radio que se utilizan para la emisión, transmisión y recepción de comunicaciones (radiocomunicaciones). En consecuencia, es dicha parte del espectro electromagnético la que tiene mayor relevancia para la regulación, la vigilancia, el control y, en general, la intervención del Estado en las telecomunicaciones.

En todo caso, como parte del espectro electromagnético, el radioeléctrico tiene, desde el punto de vista jurídico, la misma naturaleza, idénticas características, igual régimen de propiedad y, en general, la misma protección constitucional que el resto del espectro electromagnético, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Política. Sin embargo, dado que el espectro radioeléctrico es el que permite la transmisión de comunicaciones y, por esta vía, la expresión, divulgación y recepción de informaciones, pensamientos, opiniones, manifestaciones artísticas y otras, por lo que tiene una conexión más directa y cercana con varios derechos fundamentales, es sobre dicha sección del espectro que se concentra la mayoría de derechos, deberes y obligaciones de las personas, así como la mayor intensidad en el ejercicio de los poderes y facultades de intervención del Estado.

A este respecto, la Corte Constitucional, en la citada sentencia, manifestó:

“4.1.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la C.P. el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado... En tratándose de medios de comunicación que requieren el uso del espectro, esta Corporación ha señalado que el legislador está en la obligación de

⁴¹ “[68] MP. Eduardo Montealegre Lynett”.

⁴² “[69] Reiterado en la sentencias C-151 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Alfredo Beltrán Sierra y SV. Jaime Araujo Rentería), C-1153 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Alfredo Beltrán Sierra y SV. Jaime Araujo Rentería), y T-708 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)”.

regular el uso del mismo de manera tal que garantice a todos igualdad de oportunidades para acceder a su uso...

Existen dos elementos adicionales que justifican una mayor intervención Estatal en el acceso al espectro electromagnético: su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo de actividades informativas...

Una de las bases del Estado Social de Derecho, más allá de la importancia que sobre el particular adquiere la defensa de la igualdad material y de la libre competencia, es la consagración de valores democráticos que encuentran pleno asidero en la regulación de la información y su acceso. En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de reglamentación o la

asignación arbitraria de los recursos que sirven de insumo en la actividad informativa, no sólo deplora la igualdad en la prestación del servicio, sino también los más íntimos valores democráticos de una determinada comunidad.

Si bien el recurso del que trata el artículo 75 de la Carta puede ser aprovechado por particulares, -en ejercicio de las libertades económicas que la misma Carta garantiza-

, dicha facultad no está desprovista de límites⁴³. De hecho, se consagra la obligación de las autoridades públicas de evitar prácticas monopolísticas que minen valores fundamentales como el pluralismo informativo y la libertad de competencia –supuesto que también garantiza la Constitución en el artículo 333. Es así como se entiende que la disposición precitada no sólo protege la utilización del espectro electromagnético, sino que introduce en la ecuación constitucional el elemento de la igualdad y de la libre competencia, las cuales deberán ser tuteladas por el Estado mediante acciones positivas, tales como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en la utilización del espectro electromagnético por parte de uno o algunos particulares o las prácticas monopolísticas”. (Se resalta).

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto 1966 de 2009⁴⁴, sostuvo:

⁴³ “[18] Sentencia C-081-93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia también se señaló que la gestión estatal en el uso del espectro electromagnético tiene como finalidad, mantener las condiciones óptimas que hagan posible la transmisión de información, el pluralismo informativo y la competencia. En efecto la sentencia establece lo siguiente: “El espectro electromagnético está sujeto a la gestión y control del Estado. Este tipo de intervención estatal “responde al ejercicio de la potestad del Estado para regular lo que está dentro de su territorio, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético y evitar las prácticas monopolísticas (...) “De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones.”

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 1966 del 5 de octubre de 2009.

“El punto de partida de este análisis se encuentra necesariamente en las declaraciones del artículo 1° de la Constitución sobre el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado Colombiano y del artículo 2° ibídem respecto al deber del Estado de facilitar la participación de todos en la vida política, económica, administrativa y cultural de la Nación, con el fin de promover y garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales.

Dichos artículos se relacionan directamente con el artículo 20 de la Constitución que garantiza la libertad de opinión, prensa e información, esto es, el derecho de toda persona a (i) expresar y difundir libremente su pensamiento; (ii) recibir información y a que ésta sea veraz e imparcial; y (iii) fundar medios masivos de comunicación.

La Constitución entiende que estos derechos y libertades son bienes irrenunciables en una

sociedad democrática basada en el pluralismo, la participación, la opinión informada y el control que ejerce la sociedad sobre sus instituciones:

“A partir de los anteriores presupuestos, los procesos de comunicación que se surten a través de los medios masivos de comunicación... cumplen un papel determinante, como lo ha señalado esta Corporación, en la consolidación o debilitamiento de la democracia, pues ellos, cuyo principal objetivo es “persuadir o disuadir al receptor” a través de la información, contribuyen de manera decisiva a la conformación de la “opinión pública”, que es en últimas la que con sus decisiones legitima o no a los poderes constituidos.”⁴⁵

Adicionalmente, la Constitución establece en el artículo 75 un régimen especial para la televisión...

Es así que el mismo artículo defiere al legislador la fijación de las reglas para el uso y asignación del espacio electromagnético, las cuales deben regirse por un principio de “garantía de igualdad de oportunidades”, con lo que nuevamente se refuerza el carácter participativo del modelo constitucional y la búsqueda de una información plural no monopolizada.

El artículo 75 señala también, en conexión con lo anterior, que con el fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado deberá intervenir, por mandato de la ley, para evitar prácticas monopolísticas en el uso del espacio electromagnético.

En ese sentido existe un énfasis constitucional muy claro en la competencia y la participación en la explotación del espacio electromagnético, en orden a remover las barreras de entrada de quienes pueden tener opiniones contrarias, diversas o minoritarias, a evitar la concentración de las fuentes de información y a prevenir el monopolio de los medios⁴⁶. La Constitución prohíja información plural y para ello busca que se abra, en el mayor grado posible, la participación en el uso del espacio electromagnético.

En este sentido, el artículo 75 se relaciona directamente con el artículo 333 de la Carta, que le ordena expresamente al Estado impedir, por mandato de la ley, las

⁴⁵ “[3] Sentencia C-350 de 1997”.

⁴⁶ “[4] Sentencia T-391 de 2007”.

restricciones a la libertad económica y evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. Todo lo cual se encuentra unido a la responsabilidad social de la empresa y de la propiedad.

Como se observa, la Constitución rechaza la concentración y el monopolio de los medios de comunicación y también las restricciones que sin ser estrictamente necesarias impidan el acceso de más participantes al uso del espacio electromagnético... La participación de un mayor número de personas en la explotación del espacio electromagnético es entendida por la Constitución como presupuesto de pluralidad informativa y competencia y, por ende, como un bien público deseable y tutelable....

Para la Sala es importante tener en cuenta que la libertad de expresión y de fundar medios masivos de comunicación y por ende la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético en condiciones de igualdad, así como el deber del Estado de garantizar competencia en ese sector, sobrepasan los simples intereses individuales de sus titulares, en tanto

que su ejercicio tiene relación directa con el derecho de todas las personas a ser informadas y a serlo de manera veraz y de diferentes y variadas fuentes informativas⁴⁷.

Por ello, desde el punto de vista del derecho de la sociedad a ser informada, adquiere especial importancia la faceta objetiva de la libre competencia... Y cobra relevancia entonces la función del legislador de configurar las condiciones que hagan posible esa competencia en la explotación del espacio electromagnético, no sólo como derecho individual, sino también y especialmente como derecho de toda la colectividad⁴⁸. (...)

Por tanto, en la interpretación de la ley se habrá de tener en cuenta que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético. Así: (i) será más concordante con la Constitución, aquélla hermenéutica que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso,

⁴⁷ “[6] Uno de esos objetivos es asegurar el pluralismo informativo, el cual se manifiesta en la existencia y coexistencia de distintos operadores de televisión que puedan llevar a los usuarios diferentes contenidos que sean reflejo de la realidad circundante, así como en la multiplicidad de puntos de vista en los contenidos de los medios de comunicación ya sea en términos políticos, étnicos, religiosos, culturales, etc. de modo que la inmensa variedad de realidades sociales encuentre su lugar y representación en los medios de comunicación.” (Sentencia C-654 de 2003) Y en otra sentencia: “Lo anterior para afirmar, que así como una comunicación libre es requisito esencial para la existencia de una sociedad libre, una comunicación abierta a todos, en igualdad de condiciones, es indispensable para la realización del Estado democrático.” (Sentencia C-350 de 1997)”.

⁴⁸ “[9] La libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Es por ello que el ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. (Consejo de Estado; sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 1995-11542-00 (11542))”.

competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y (ii) será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso “en igualdad de oportunidades”, así como de los principios de transparencia y objetividad. Y definitivamente, (iii) no será admisible aquélla aplicación de la ley que facilite la concentración de los medios de comunicación o permita que éstos puedan llevar a cabo prácticas monopolísticas”. (Subrayas añadidas).

Ahora bien, dado que el espectro electromagnético y el espectro radioeléctrico, en particular, son recursos naturales, por lo general escasos, no solamente en el plano interno, sino también a nivel internacional, y que las ondas electromagnéticas viajan libremente por el espacio y no conocen fronteras, es evidente que el acceso y el uso del espectro radioeléctrico no pueden ser absolutamente libres e ilimitados, ni por parte de los Estados ni por parte de los individuos.

Por esta razón, ha sido necesario efectuar una ordenación y distribución del espectro radioeléctrico, tanto a nivel internacional como a nivel interno. En el campo internacional, la organización encargada de atribuir el uso del espectro electromagnético a cada región y país del mundo, por acuerdo entre la mayoría de sus Estados miembros, es la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT.

Con base en dicha distribución internacional de frecuencias, la autoridad nacional competente de cada país atribuye las bandas o frecuencias del espectro que pueden utilizarse en el territorio del respectivo Estado, para los diferentes tipos de usos y servicios de telecomunicación que utilizan el espectro. En nuestro medio, esta función se cumple mediante la expedición y actualización permanente del denominado “Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias”, que elabora la Agencia Nacional del Espectro, ANE.

De acuerdo con dicho documento (versión 2016), es necesario distinguir entre atribución, adjudicación y asignación de las bandas de frecuencia que conforman este recurso, así:

“15. atribución (de una banda de frecuencias): Inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencias, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada.

adjudicación (de una frecuencia o de un canal radioeléctrico): Inscripción de un canal determinado en un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas.

asignación (de una frecuencia o de un canal radioeléctrico): Autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”.

Entonces, el concepto que resulta relevante, para los efectos de esta consulta, es el de asignación, que consiste en el permiso que la autoridad competente de cada Estado otorga a una determinada persona para que, mediante una estación, utilice una frecuencia o canal radioeléctrico determinado en las condiciones especificadas.

En Colombia, la autoridad competente para efectuar dicha asignación es el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, tal como se desprende de lo dispuesto en los artículos 11, 13, 26, parágrafo 1º; 37, numeral 1º, 57 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

De la asignación o el permiso para el uso del espectro radioeléctrico, se ocupan principalmente los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, que regulan la materia de forma similar, pero con ciertas diferencias que es necesario precisar. Para estos efectos, resulta útil presentar el texto de los dos artículos a doble columna:

<p>“ARTÍCULO 11.- ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO.</p>	<p>“ARTÍCULO 72.- REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS.</p>
<p>El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el</p>	<p>Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de</p>

<p>Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.</p> <p>El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, <u>en</u> los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así</p>	<p>frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:</p> <p>Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.</p> <p>En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán</p>
<p>como) <u>cuando prime la continuidad del servicio</u>⁴⁹ (o la ampliación de la cobertura)⁵⁰, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.</p> <p>En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno Nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas del pago de contraprestaciones entre otras para Programas Sociales del Estado.</p> <p>Parágrafo 1º. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin</p>	<p>procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.</p> <p><u>Cuando prime</u> (el interés general), la continuidad del servicio⁵¹, (o la ampliación de cobertura)⁵², el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa”.</p>

restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos.

Parágrafo 2º. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”.

<SHAPE>

⁴⁹ El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en la sentencia C-403 del 26 de mayo de 2010, “en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración convoque un proceso de selección objetiva”.

⁵⁰ El aparte encerrado entre paréntesis y subrayado con línea punteada fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la misma sentencia

⁵¹ Las expresiones subrayadas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, en forma condicionada, en la misma providencia, “en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración convoque un proceso de selección objetiva”.

⁵² Los apartes encerrados entre paréntesis y subrayados con línea punteada fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia citada.

Como se puede observar, ambos artículos coinciden en establecer las siguientes reglas principales:

El uso del espectro radioeléctrico, para las respectivas bandas o frecuencias, requiere un permiso previo y expreso del Estado, otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La asignación del espectro debe hacerse mediante un proceso de selección objetiva.

Solo puede asignarse el espectro directamente, en aquellos eventos en que prime la continuidad del servicio. Según el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-403 de 2010, la asignación del espectro por esta vía únicamente puede hacerse por el tiempo que resulte necesario para llevar a cabo el respectivo proceso de selección objetiva.

Por el contrario, las citadas normas legales presentan las siguientes diferencias:

Según el artículo 72, los objetivos principales del procedimiento de asignación del espectro son la transparencia y la maximización de los recursos del Estado. En cambio, aunque el artículo 11 no señala específicamente finalidades, sí establece algunas condiciones que debe tener en cuenta el MINTIC para el otorgamiento de los permisos sobre el espectro. En este punto, dispone que

debe respetarse la neutralidad tecnológica, siempre y cuando los usos para los cuales se solicite el permiso y la tecnología respectiva: a- estén en coordinación con las políticas que, en materia de telecomunicaciones, fije ese ministerio; b- no generen interferencias perjudiciales sobre otros servicios; c- sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, d- no afecten la seguridad nacional, y e- contribuyan al desarrollo sostenible.

El artículo 11 se refiere al procedimiento para obtener el “permiso de uso del espectro” radioeléctrico, sin ningún calificativo o consideración adicional, mientras que el 72 alude, en una parte, a la “asignación de espectro” o de “bandas de frecuencia” y, en otra, al “proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias” (resaltamos), con lo cual deja claro que se aplica tanto a la asignación pura y simple del espectro, en el caso de los servicios de telecomunicaciones cubiertos por la “habilitación general” de que trata el artículo 10 ejusdem, como a los servicios que no están cobijados por dicha autorización, sino que requieren concesión o licencia por parte del Estado, y que usan el espectro radioeléctrico, tal como sucede con la radiodifusión sonora.

Aunque el artículo 72 dispone que el mecanismo de selección objetiva debe utilizarse cuando se determine que existe previamente pluralidad de interesados, no señala expresamente cuál sería el procedimiento aplicable cuando dicha pluralidad no exista, es decir, cuando solo haya una persona natural o jurídica interesada en la asignación de una banda o frecuencia del espectro radioeléctrico.

El artículo 72 menciona, entre los mecanismos de selección objetiva que pueden utilizarse, el de la subasta pública, mientras que el artículo 11 no alude a ninguno en particular.

El artículo 11 preceptúa que en la asignación de las bandas de frecuencia necesarias para la defensa y la seguridad del Estado, se tendrán en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado, y que la información respectiva será confidencial. El artículo 72 no dispone nada al respecto.

El artículo 11 estatuye que el Gobierno Nacional puede establecer bandas de frecuencia de uso libre, de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas de contraprestaciones, para programas sociales del Estado, entre otros. El artículo 72 guarda silencio sobre estos ítems.

El artículo 11 señala que los permisos para el uso del espectro radioeléctrico pueden ser cedidos, previa autorización del MINTIC y en los términos que este determine, “sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro”. El artículo 72 no incluye ninguna regla sobre este punto.

El procedimiento y los mecanismos para la asignación del espectro radioeléctrico, en general, y no específicamente para el servicio de radiodifusión sonora, fueron reglamentados inicialmente por el Decreto 4392 de 2010⁵³, cuyas normas fueron recogidas por Decreto 1078 de 2015. Las disposiciones pertinentes de este último establecen

“Artículo 2.2.2.1.1.1. Etapa Previa: Determinación de Pluralidad de Interesados. Previamente al inicio del proceso de selección objetiva para otorgar permisos para el uso del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará si existe pluralidad de oferentes.

Para el efecto, publicará durante tres (3) días hábiles en su página web, la intención de otorgar

espectro, identificando el objeto del mismo, las frecuencia(s) y/o banda(s) de frecuencias en las que se otorgarán los permisos, su localización geográfica, los

⁵³ “Por el cual se reglamenta la selección objetiva y la asignación directa por continuidad del servicio de que tratan los artículos 11 y 72 de la ley 1341 de 2009”.

usos o aplicaciones permitidas en ellas, así como las manifestaciones de interés que se hubiesen recibido.

Los interesados deberán informar su intención, a través de escrito dirigido al Ministerio de TIC, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al término de la publicación.

Artículo 2.2.2.1.1.2. Apertura del Procedimiento de Selección Objetiva. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar el inicio del procedimiento de selección objetiva mediante acto administrativo motivado, que debe publicarse en su página web, el cual señalará el objeto de la selección objetiva, las frecuencia(s) y/o banda(s) de frecuencias en las que se otorgarán los permisos, su localización geográfica, los usos o aplicaciones permitidas en ellas, las contraprestaciones a que haya lugar, el contenido de la solicitud, el estudio técnico que lo soporte, los requisitos específicos requeridos para cada banda y/o frecuencia, los criterios de selección y el cronograma respectivo.

Cuando el procedimiento se inicie a solicitud de parte se informará directamente al peticionario sobre su apertura.

(...)

Artículo 2.2.2.1.1.4. Evaluación y otorgamiento de espectro. Una vez evaluadas la o las solicitudes, y verificado el cumplimiento de requisitos, mediante acto administrativo motivado, se otorgará el permiso a la mejor oferta o se negará, si a ello hubiere lugar”. (Se resalta).

Como se observa, las normas reglamentarias que desarrollan los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, en relación con los procesos de asignación del espectro, establecen claramente la necesidad de utilizar procedimientos o mecanismos de selección objetiva, pero no se refieren a la subasta, en particular, ni incorporan reglas específicas para la utilización de ese instrumento.

Ahora bien, vale la pena mencionar que el contenido del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, con algunas variaciones, fue incorporado desde el primer “pliego de modificaciones” que se propuso en relación con el texto del respectivo proyecto de ley original⁵⁴, presentado por el Gobierno Nacional, mientras que el actual artículo 72 fue incorporado posteriormente, durante la discusión de la iniciativa en la plenaria de la Cámara de Representantes.

En efecto, en el acta de la sesión plenaria de la Cámara correspondiente al día 18 de junio de 2008⁵⁵, consta que un grupo de representantes presentó una propuesta para que se incluyese el siguiente artículo:

⁵⁴ Dicha norma correspondía al artículo 12 del texto del proyecto de ley propuesto por los ponentes para primer debate, en la Comisión Sexta de la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso N° 633 del 5 de diciembre de 2007, p. 6 a 32).

⁵⁵ Gaceta del Congreso de la República N° 424 del 17 de julio de 2008, páginas 22 a 24.

“Artículo nuevo: Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de

interesados. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radio eléctrico, incluyendo el Ministerio de Comunicaciones, la Agencia Nacional del Espectro y la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas.

Previamente al proceso de asignación o concesión de servicios, que incluya una banda de frecuencia, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondientes.

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicará la subasta como mecanismo de selección". (Destaca la Sala).

Uno de los parlamentarios que propuso esta disposición, explicó su fundamento así:

"(...) Cuando hay solicitud de varias personas, o sea, pluralidad al respecto de asignación de una banda, qué mejor que hacerlo por subasta pública. En Colombia lo que se ha hecho por subasta, primero, ha producido un efecto de total transparencia en nuestro país, que no haya ningún inconveniente al respecto.

Segundo, se han maximizado los recursos, y en tercera instancia se evita todo tipo de demandas porque es a todo riesgo que se adelanta el proceso. Quiero contar unos ejemplos de lo que ha pasado en nuestro país al respecto de las subastas.

En Acerías Paz del Río, el precio base de la acción era de 52 pesos, finalmente quedó a 131 pesos con 42 centavos... y qué tal que se hubiera hecho por subasta el proceso de las acciones de Ecopetrol, que inicialmente tuvo cada una un valor de

1.400 pesos y a los pocos meses ya se ha duplicado.

El deseo nuestro es que desde que haya pluralidad, que el proceso de asignación de bandas de frecuencia respecto al espectro electromagnético, se haga por subasta, de tal manera que nuestro país pueda tener mayores recursos y que se garantice la transparencia del proceso.

(...)". (Se resalta).

La Ministra de Comunicaciones de la época, quien se hallaba presente en la sesión, se opuso inicialmente a la norma propuesta, argumentando lo siguiente:

"Para el Gobierno no es pertinente este artículo, por lo siguiente: Efectivamente el Gobierno Nacional ha asignado por subasta algunas de las franjas de frecuencia, pero no nos puede condicionar a que sea lo único porque, primero, se evita así el acceso democrático al espectro, nos sacarían a los chiquitos, a los radioaficionados y a tantos otros pequeños que requieren el uso del espectro radioeléctrico.

Segundo: Se concentraría en aquel que tenga mayor capacidad de pago.

Tercer argumento que es importante. Se ha demostrado en la Unión Europea que no necesariamente la subasta genera más recursos para el Estado, porque puede generar un incentivo perverso de colusión, inclusive hay un artículo similar que fue sacado en la Comisión Sexta del Senado del proyecto de televisión, y lo que se deja es como una de las alternativas que se pueda

considerar la subasta.

Cuarto. Este Proyecto de ley no toca temas de televisión...

Quinto. Si solo se hiciera por subasta, es tan alto el monto que van a pagar, que genera un desintensivo (sic) a inversiones en innovación y desarrollo, que fue el caso fundamental que vimos en los canales de televisión durante los primeros seis años, y en el campo de los celulares durante los primeros cinco años.

Además, en la Ley de PCS también estaban contemplados unos aspectos que tienen que ver con este tema. Entonces con todo respeto, invito a los honorables Representantes a no acompañar esta iniciativa que a todas luces, en lugar de favorecer el desarrollo del sector, lo puede entorpecer; que sea una de las maneras como se pueda asignar el espectro, pero no la única, además porque el mismo Proyecto de ley que ustedes han venido aprobando desde ayer, tiene contemplada la posibilidad de moverse de unas bandas de frecuencia a otra, cuando el interés general lo prime. Resulta que cuando uno por subasta paga un recurso tan alto, el día de mañana puede haber un espectro (sic) sobre la posibilidad de que se cambien de banda sin que eso tenga alguna repercusión sobre el Estado.

(...)" (Subrayas ajenas al texto).

Frente a estos planteamientos, uno de los congresistas promotores de la norma expuso:

"(...) En ningún momento... queremos que salgan perjudicados los pequeños, sino que dentro del proceso que se adelante exista la mayor transparencia. Los ejemplos de subasta que he dicho, dan claridad total al respecto del beneficio que ha recibido el Estado.

(...) entonces, cuando usted dice que no sea esa la única opción, por qué no especificamos entonces en cuáles, porque definitivamente cuando se ve favorecido el Estado, cómo vamos a evitar que haya un mayor ingreso de recursos". (Se resalta).

Y la ministra respondió:

"Claro, donde haya posibilidades, por ejemplo como se hizo en el caso de los celulares, magnífico, pero el otro tema es que no siempre se debe condicionar a que haya dos, porque se puede dar el caso que no haya sino un solo interesado en esta porción del espectro radioeléctrico para ciertos servicios, entonces queda el Estado atado sin la posibilidad de prestar ese servicio". (Subrayas añadidas).

Ante la postura del Gobierno, se acordó introducir el siguiente ajuste en la norma propuesta:

"Donde dice que se aplicará la subasta como mecanismo de selección, diga, se aplicarán procesos de selección objetivas, entre ellos la subasta, con el fin de que no quede exclusivamente señalado para que sea el único medio, sino que sea uno de los medios que se pueden aplicar" (sic). (Destacamos).

Con este cambio, el artículo fue aprobado finalmente por la Cámara de Representantes, en reunión plenaria, con el siguiente texto⁵⁶:

⁵⁶ Gaceta del Congreso N° 408 del 7 de julio de 2008, páginas 1 a 14.

"Artículo 74. Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados.

Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Comunicaciones, la Agencia Nacional de Espectro y la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

Previamente al proceso de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta". (Se resalta).

Como se observa, el texto de este proyecto de norma corresponde sustancialmente al contenido y a la redacción del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Esta misma disposición se aprobó, como artículo 75, por la plenaria del Senado de la República⁵⁷, con algunas pocas modificaciones, entre las cuales se destaca: (i) se suprimió la referencia a la Agencia Nacional del Espectro, dentro de las entidades que podían llevar a cabo procesos de asignación del espectro, y (ii) se incluyó un inciso nuevo para señalar los casos en los que, de forma excepcional, las autoridades competentes podían asignar directamente bandas o frecuencias del espectro radioeléctrico.

Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre el texto del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes y el aprobado por el Senado de la República, se designó una comisión de conciliación, la cual entregó su informe el 18 de junio de 2009, en el cual recomendó acoger el articulado aprobado por el Senado, con excepción de algunos artículos, para los cuales sugirió adoptar el texto aprobado por la Cámara⁵⁸.

De esta forma, una vez adoptado el citado informe de conciliación por las plenarios de las dos corporaciones legislativas, el artículo 75 del proyecto de ley aprobado por el Senado de la República, con algunos ajustes formales⁵⁹, pasó a ser el artículo 72 del texto definitivo del proyecto, quedando numerado y redactado así en la Ley 1341 de 2009.

El recuento de los antecedentes legislativos de la Ley 1341 y, en particular, de sus artículos 11 y 72, permiten concluir claramente lo siguiente:

⁵⁷ Gaceta del Congreso N° 560 del 8 de julio de 2009, página 45.

⁵⁸ Gacetas del Congreso N° 527 y 528, ambas del 18 de junio de 2009.

⁵⁹ El cambio en la denominación del Ministerio de Comunicaciones, que pasó a ser Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y en el nombre del Fondo de Comunicaciones, que pasó a llamarse Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El artículo 11, con algunos cambios en su contenido, redacción y numeración, se introdujo desde la ponencia para primer debate, con el fin de determinar el procedimiento y las reglas para el otorgamiento de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, al haberse adoptado el mecanismo de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, contenido en el artículo anterior (hoy en día, el 10).

En efecto, como dicha norma establece que la citada habilitación general “no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico”, era necesario que otra disposición determinara el procedimiento, la competencia y las condiciones o requisitos para solicitar y obtener los permisos de uso del espectro requeridos para la prestación de algunos servicios de telecomunicaciones.

Posteriormente, durante el debate del proyecto en la plenaria de la Cámara de Representantes, algunos congresistas propusieron la introducción de un nuevo artículo, destinado a establecer las reglas para los procesos de asignación del espectro radioeléctrico cuando haya pluralidad de interesados, disponiendo que en tales casos era obligatorio utilizar el mecanismo de la subasta, con el fin de lograr transparencia y maximizar los recursos del Estado.

Sin embargo, ante la oposición del Gobierno Nacional, el texto propuesto no fue acogido. En su lugar, se aprobó el nuevo artículo, pero con otra redacción, conforme a la cual la asignación del espectro radioeléctrico, cuando haya pluralidad de interesados, debe llevarse a cabo mediante “procesos de selección objetiva entre ellos la subasta”. En las justificaciones de este cambio se manifestó expresamente que ello se hacía para aclarar que la subasta no sería el único procedimiento que podría utilizarse en estos casos, ya que, en algunas circunstancias y para ciertos servicios, resultaba más conveniente utilizar otros mecanismos de selección objetiva.

Adicionalmente, desde que se propuso el artículo y hasta que fue aprobado en forma definitiva, se dispuso que las reglas allí contenidas se aplicarían a los procesos de “otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias”, con lo cual se dejó en claro que tales reglas son aplicables también a los procesos de concesión de servicios de telecomunicaciones que involucren bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, y no meramente cuando se hagan procesos de asignación del espectro, para los servicios cubiertos por la habilitación general de que trata el artículo 10 de la Ley 1341.

Ahora bien, a conclusiones similares había llegado la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1966 de 2009, antes citado, con base en los mismos antecedentes que se han reseñado de la Ley 1341 de 2009 y, en particular, de su artículo 72.

Es importante aclarar que, aun cuando dicho concepto se refería al procedimiento para la adjudicación del tercer canal de televisión, ante una consulta que formuló también el MINTIC, por lo cual se tuvieron en cuenta las normas constitucionales y legales que regulan dicho servicio público, así como la jurisprudencia pertinente, dos de las preguntas planteadas expresaban lo siguiente:

“2. De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?”

3. ¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través [d]e un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la

evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?” (Subrayas ajenas al texto).

Como se aprecia, estas preguntas se referían a la aplicación del artículo 72 a la concesión de un servicio de telecomunicaciones de radiodifusión, como es la televisión (en su modalidad radiodifundida), sometido igualmente a normas especiales, así como a la determinación de los factores de evaluación y selección de las ofertas, frente a lo dispuesto en la misma norma. Por esta razón, las consideraciones efectuadas en dicho concepto sobre este tema resultan pertinentes en esta ocasión.

Dentro del análisis jurídico efectuado por la Sala para dar respuesta a los interrogantes mencionados, se hicieron las siguientes consideraciones sobre la interpretación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que consideramos útil transcribir in extenso:

“II. SOBRE EL CARÁCTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LA SUBASTA

(...)

Si se establece la pluralidad de oferentes, el artículo⁶⁰ prevé la aplicación de procesos de selección objetiva⁶¹ que permitan mejorar las ofertas, entre ellos la subasta, lo que antes no permitía la Ley 182 de 1995 en materia de Televisión.

Considera la Sala que en el contexto del artículo (reglas para la asignación del espacio electromagnético), la expresión “medios de selección objetiva” no se debe entender como las modalidades de contratación (adjudicación, selección abreviada, contratación directa o concurso –art.2 Ley 1150 de 2007), sino como los mecanismos de adjudicación o de asignación de las respectivas concesiones, entre los cuales se menciona la subasta.

Respecto de este mecanismo, el Consejo de Estado⁶² ha señalado que se caracteriza porque la definición del adjudicatario del contrato estatal se hace únicamente en consideración del precio que el proponente está dispuesto a ofrecer al Estado:

“Es la doctrina la que ha establecido “que son contratos al mejor postor o en pública subasta”, aquellos en los que “una persona ofrece su celebración al público o a cierto grupo de individuos en las condiciones que ella misma señala, pero entendiéndose que el contrato se celebrará con el que ofrezca el mejor precio...Pero difieren en que el precio no está determinado en forma definitiva. Será la subasta la que lo determine; su objeto es precisamente obtener el mejor precio posible... La subasta puede hacerse con señalamiento de mínimum o sin él. En el primer caso, el contrato se celebrará con quien ofrezca el mínimum o un precio superior... **Pero, haya o no señalamiento de mínimum, el contrato se reputará celebrado siempre con el que ofrezca el precio más alto⁶³**”. (Subrayado original, negrilla fuera de texto, pie de página de la sentencia que se cita)

En el mismo sentido, conforme a la doctrina económica, la subasta no se identifica necesariamente con un sistema de pujas sucesivas, que es sólo uno de los varios modelos de adjudicación o de compra de un bien por “subasta”; lo que caracteriza dicho mecanismo, como indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del precio ofrecido, ya sea en uno solo o en varios ofrecimientos...

⁶⁰ Se refería al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

⁶¹ “[89] El artículo utiliza la expresión “se aplicarán” que tiene carácter imperativo”.

⁶² “[90] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, octubre 20 de 2005”.

⁶³ “[91] Los destacados son de la sala. Arturo Alessandri Rodríguez. De los contratos. Ed. Temis.S.A. pags. 116, 117. Juan Carlos Cassagne –El contrato administrativo- por su parte señala que el remate público, también denominado “subasta” “difiere de la licitación pública en cuanto se realiza previa convocatoria al público en general debidamente publicitada, una puja para ofrecer el mejor precio para la Administración. Precisamente, esta puja que se produce entre los concurrentes a la subasta y que no finaliza hasta no tener más postores que la última oferta, constituye una de las principales diferencias con el procedimiento de la licitación. En cambio, si la subasta se realiza con la recepción de ofertas bajo sobre obviando la puja, el procedimiento se asemeja al de la licitación pública”.(p. 48). Para MARIENHOFF, remate público y subasta “trasuntan situaciones de hecho distintas a la licitación”, en cuanto en ésta las ofertas se hacen por escrito, de acuerdo con un procedimiento preestablecido y la adjudicación del contrato no es simultánea con el conocimiento de la mejor oferta, pues esa adjudicación demora un tiempo en trámites ulteriores, en cambio en la subasta, las ofertas se hacen de viva voz en presencia de todos los asistentes al acto, y el contrato se concluye simultáneamente con el conocimiento de la mejor oferta. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A. P.187). (Pie de página corresponde al texto original de la Sentencia que se cita)”.

Ahora bien, al llegar a este punto de los mecanismos de adjudicación (parte final del inciso 3º), la ley otorga un amplio margen de apreciación al utilizar la expresión “entre ellos”, la cual le otorga carácter ejemplificativo, no imperativo, a la palabra “subasta”, pudiendo entonces analizarse por la entidad concedente su procedencia o el uso de otras alternativas que permitan el logro del mismo fin (maximizar los recursos para el Estado en la asignación del espacio electromagnético), sin que necesariamente se ordene abandonar los demás criterios de selección previstos en normas especiales; de lo contrario, la ley habría dicho directamente que la adjudicación “se hará por subasta” y toda la expresión que le antecede “se aplicarán procesos de selección objetiva **entre ellos**”, carecería de todo efecto útil dentro de la norma.

En este sentido los antecedentes legislativos de la disposición son bastante claros. (...)

Por tanto, para la Sala es claro que el artículo en cuestión no impone la obligación de adjudicar por subasta el servicio de televisión (da esa alternativa si se considera viable) y mucho menos deroga los criterios de adjudicación que se establecen en la Ley 182 de 1995 para la concesión de canales nacionales de operación privada.

(...)

De cualquier modo y más allá de esa posible discusión, es claro que la Ley 1341 de 2009 viene a despejar cualquier duda que pudiera existir sobre el particular, permitiendo que las entidades que tienen a su cargo la asignación de frecuencias del espacio electromagnético evalúen la posibilidad de acudir a mecanismos que, como la subasta, permitan mejorar el precio de la adjudicación. Al respecto, como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara al señalar que las entidades estatales no pueden utilizar mecanismos de adjudicación distintos a los autorizados por la ley⁶⁴, lo que se tiene (sic) es que la Ley 1341 de 2009 viene a cumplir esa función de permitir, que no obligar, el uso de la subasta o de otros mecanismos similares en un

ámbito en el que antes, como se vio, estaba totalmente restringido.

En todo caso, también debe tenerse en cuenta que se trata de una autorización general de uso de la subasta en el ámbito de las telecomunicaciones, pero no una orden específica de aplicación para determinado servicio en particular. Como quedó expuesto en los antecedentes de la ley, en cada caso debe armonizarse tal autorización general con las normas que rijan el respectivo servicio (televisión, telefonía móvil, radio, etc.)

(...)

Dados los fines del servicio público de televisión... sin perjuicio de que se estudien mecanismos que permitan maximizar los recursos que recibirá el Estado, la Sala considera que en lo que hace relación concreta con la asignación de un tercer canal

⁶⁴ “[95] El Consejo de Estado ha entendido que existe una reserva de ley que impide incluso que el reglamento establezca formas de adjudicación distintas a las previstas en la ley. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Igualmente auto de suspensión provisional del 27 de mayo de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

nacional de televisión abierta, el precio no puede ser el único criterio de adjudicación aplicable, no sólo porque la ley obliga a tener en cuenta otros parámetros, sino porque ello significaría, en contravía de claros mandatos constitucionales, que el uso del espacio electromagnético destinado a la televisión estuviera determinado exclusivamente por el poder económico del licitante y no por lo que su propuesta pueda significar para el servicio de televisión.

Como ha establecido la jurisprudencia, siendo el espectro electromagnético elemento esencial para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, el Estado ejerce una significativa intervención orientada a dar cumplimiento a sus fines y hacer realidad los principios superiores en los servicios públicos y garantizar su utilización racional, equitativa, eficaz y económica.⁶⁵

(...). (Negrillas y subrayas en el original).

Con base en estas y en otras consideraciones, la Sala respondió las dos preguntas transcritas anteriormente, en los siguientes términos:

“2. De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?

Respuesta. La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudir a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

3. ¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o

por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?

Respuesta. De conformidad con el marco legal vigente, el precio no puede ser el único factor de selección de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, pues en todo caso se deberán tener en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en la Ley 182 de 1995”. (Subrayamos).

⁶⁵ “[97] Corte Constitucional. Sentencia C-838-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis”.

La conclusión a la que se llegó en ese concepto sobre la correcta interpretación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que en esta oportunidad se ratifica, se confirma, además, con la interpretación literal, sistemática y finalista de la citada disposición.

Desde un punto de vista literal o exegetico, debe recordarse que el tercer inciso de esta norma dispone que, en el evento de existir pluralidad de interesados en determinada banda o canal de frecuencia del espectro, “se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta” (se subraya).

Dentro de las acepciones que la preposición “entre” tiene, en español, según el Diccionario de la Lengua Española, la Sala destaca las siguientes: “1. Denota la situación o estado en medio de dos o más cosas... 4 Como uno de” (se resalta). Así, dicha voz sirve para referirse a una cosa entre varias, usualmente del mismo género o de similares características. Entonces, la expresión “entre ellos”, que utiliza el legislador en el artículo 72 de la Ley 1341, significa literalmente que la subasta es uno de los “procesos de selección objetiva” que pueden utilizarse, pero no el único, por lo que el MINTIC podría utilizar otros mecanismos similares, previstos en la ley y que respeten igualmente el principio de selección objetiva.

Desde una perspectiva sistemática, la Sala hace notar que el principal elemento común entre los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, en punto a las reglas para el otorgamiento de los permisos de uso o asignación del espectro radioeléctrico, es la selección objetiva, pero no necesariamente la subasta. En efecto, tal como se demostró anteriormente, ambas normas se refieren a la necesidad de utilizar “mecanismos” o “procesos” de selección objetiva, y solamente el artículo 72 se refiere a la subasta, a título enunciativo.

En tratándose del servicio de radiodifusión sonora, esto coincide, además, con lo dispuesto por el artículo 57 de la misma ley, en tres partes diferentes: i) En el inciso primero, cuando establece que “los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública” (se destaca); ii) en el inciso sexto, cuando estatuye que, para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta, el MINTIC “otorgará las concesiones para la prestación del servicio... mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva” (destacamos), y iii) en el párrafo 2º de la misma norma, modificado por el artículo 59 de la Ley 1450 de 2011, que preceptúa: “El servicio comunitario de radiodifusión será un servicio de telecomunicaciones, otorgado mediante licencia y proceso de selección objetiva...”. (Subrayas ajenas al texto).

Lo anterior permite inferir claramente que lo verdaderamente relevante para el legislador, en relación con la concesión del servicio de radiodifusión sonora y con la asignación de las bandas

de frecuencia necesarias para su prestación, no es

la utilización de la subasta, sino la aplicación de procedimientos o mecanismos que respeten y desarrollen el deber de selección objetiva.

Finalmente, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1341 de 2009, la interpretación de dicha ley (que incluye, como se ha indicado, las normas sobre radiodifusión sonora) debe hacerse en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores previstos en el artículo 2 ibidem, especialmente los de “promoción y garantía de [la] libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios”. En esa medida, la hermenéutica que se prohija armoniza también con este mandato, ya que la conclusión de que la ley exige realizar procesos de selección objetiva, en los cuales puede involucrarse el uso de la subasta, pero sin imponer la obligación de utilizar exclusivamente este mecanismo, permite garantizar la libre y leal competencia, sin detrimento de la protección de los derechos de los usuarios y los demás principios orientadores señalados, al posibilitar la utilización de la licitación pública tradicional (sin subasta) y de otros factores de escogencia que puedan resultar adecuados, en el caso concreto, a los fines buscados con el servicio de radiodifusión sonora, además de la transparencia y la maximización de los recursos del Estado.

Bajo este entendimiento, la Sala no observa que exista una contradicción o antinomia real entre los artículos 57 y 72 de la Ley 1341 de 2009, ni siquiera en cuanto al servicio de radiodifusión sonora, que obligue a elegir entre una u otra norma para la realización del proceso de adjudicación de las concesiones y la asignación del espectro radioeléctrico en las frecuencias correspondientes. Esta aparente oposición, y la consecuente disyuntiva que genera, surgirían solamente de una interpretación aislada y equivocada del artículo 72, según la cual dicha norma impone el deber de utilizar la subasta en todos los casos y erige la “maximización de los recursos del Estado” como el único o el principal objetivo que ha de buscarse en los procesos de asignación del espectro con pluralidad de interesados. Sin embargo, la Sala descarta ambos entendimientos, por las razones que se explican en este concepto.

Por último, desde un punto de vista finalista o teleológico, el recuento efectuado sobre los antecedentes del artículo 72 de la Ley 1341, que revela el verdadero pensamiento del legislador, permite entender que, aun cuando la intención original de quienes propusieron dicha norma sí era la de establecer la obligatoriedad de la subasta en todos los procesos de asignación del espectro con pluralidad de interesados, con el objetivo de “maximizar los recursos” para el Estado, dicha finalidad primigenia se abandonó, luego de haberse escuchado los argumentos del Gobierno Nacional y haberse concertado con este un nuevo texto, en el sentido de autorizar o permitir que se utilice la subasta en esta clase de procesos, cuando resulte el mecanismo más idóneo y conveniente para el interés público, atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento y

a las características del servicio para el cual se soliciten los permisos de uso del espectro.

En esa medida, desde una perspectiva finalista, puede afirmarse que el propósito último o final de dicha norma, según la intención del legislador, fue el de lograr que los procesos de asignación del espectro, con pluralidad de interesados, se realicen de forma transparente y maximizando los recursos del Estado, para lo cual se permitió (pero no se impuso) la realización de subastas públicas, entre otros mecanismos de selección objetiva. Este es el espíritu o verdadero sentido de la disposición, su ratio legis.

Para terminar, es importante aclarar que en ninguna parte de la sentencia C-403 de 2010, antes citada, la Corte Constitucional afirma que la subasta sea un mecanismo obligatoriamente utilizable en los procesos de asignación del espectro radioeléctrico con pluralidad de interesados, así como tampoco que el factor económico o la “maximización de los recursos” del Estado sea el único o el principal objetivo que deba buscarse con dichos procesos. Si bien la Corte transcribió el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, se refirió a su contenido y declaró inexecutable algunos de los apartes demandados (ninguno de los cuales se refería al asunto que nos ocupa puntualmente, sino a los casos en los que el MINTIC puede asignar frecuencias del espectro en forma directa), en varios apartes del fallo se asume que la subasta es, apenas, uno de los mecanismos de selección objetiva que pueden utilizarse para estos fines, tal como puede observarse en los siguientes extractos:

“4.1.2.3. Ahora bien, es evidente que los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 tienen rasgos comunes: introducen una regla general en donde se señala que se adjudicarán los permisos en la utilización del espectro radioeléctrico mediante un mecanismo de selección objetiva, y a la vez establecen circunstancias excepcionales que autorizan la asignación directa de los permisos de uso del espectro radioeléctrico. Dos de las circunstancias excepcionales son comunes a ambas normas: (...)

Aun cuando el artículo 75 Superior le confiere un amplio margen de configuración al legislador, y en esa medida no existe un único mecanismo a través del cual sea posible lograr la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro radioeléctrico y la pluralidad de información, así como evitar prácticas que faciliten la concentración de los medios o monopolios, hasta ahora la jurisprudencia ha encontrado que los mecanismos de selección objetiva sirven de mejor manera a los propósitos fijados por el constituyente. Frente a tal situación, el establecimiento de mecanismos excepcionales de adjudicación directa para otorgar las licencias en el uso del espectro radioeléctrico, a primera vista, parece contrariar lo consagrado en el artículo 75 Superior...”. (Subrayas ajenas al texto).

Teniendo en cuenta la conclusión a la que se ha llegado, en el sentido de que lo verdaderamente importante para el legislador, en esta materia, es que se utilicen procedimientos y mecanismos de selección objetiva para otorgar los permisos de uso o asignar bandas de frecuencia sobre el espectro radioeléctrico, la Sala pasará

a referirse brevemente a lo que debe entenderse por “selección objetiva” en la contratación estatal.

El deber de selección objetiva en la contratación estatal

La selección objetiva es un deber general que la ley impone a todas las entidades y servidores públicos, en relación con la actividad contractual, consistente en que la escogencia de las personas naturales o jurídicas que hayan de ser contratistas y la celebración de los contratos respectivos deben hacerse por razones exclusivamente objetivas, ciertas, demostrables y debidamente justificadas (desde la etapa de planeación), que permitan la mejor prestación de los servicios y las funciones públicas a cargo de dichas entidades, el cumplimiento de sus objetivos, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas⁶⁶, la defensa del patrimonio público y, en general, la prevalencia del bien común, cuya realización es la misma razón de ser de la organización estatal.

En esa medida, el deber de selección objetiva desarrolla varios de los principios que gobiernan la

actividad contractual del Estado, como los de transparencia y economía⁶⁷, así como otros principios generales de la función administrativa que son obligatoriamente aplicables en este campo, por mandato de los artículos 23 de la Ley 80 de 1993⁶⁸ y 13 de la Ley 1150 de 2007⁶⁹, como los de imparcialidad, moralidad, igualdad, publicidad y buena fe, entre otros⁷⁰.

Por lo tanto, se vulnera el deber de selección objetiva cuando la decisión de abrir un proceso de contratación, la escogencia del contratista y/o la suscripción misma

⁶⁶ Vale la pena recordar lo que dispone el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, en su parte pertinente: “Artículo 3°. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (...)”. (Se subraya).

⁶⁷ Artículos 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993.

⁶⁸ “Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. (...)”. (Se resalta).

⁶⁹ “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. (Subrayas añadidas).

⁷⁰ Artículos 209 de la Constitución Política y 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entre otras normas.

del contrato, independientemente del mecanismo o procedimiento de selección que se utilice, se realizan por razones de afecto; afinidad ideológica, religiosa o partidista; familiaridad; amistad; compasión; agradecimiento; interés económico, social o político; temor; necesidad o deseo de figuración, o cualquier otra razón o motivación de índole personal o subjetiva.

Incluso, cuando se haga uso del mecanismo de contratación directa por alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, es obligatorio respetar el deber de selección objetiva, lo que demuestra que este es independiente del procedimiento o mecanismo de selección que se utilice, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación⁷¹:

“5. Los principios que deben regir el proceso de contratación directa.

De tiempo atrás, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que la selección de los contratistas del Estado no está supeditada al arbitrio o a la mera discrecionalidad de la entidad contratante, toda vez que el legislador estableció de manera rigurosa el acatamiento de una serie de requisitos y procedimientos que, al velar por la observancia de los principios de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, libre concurrencia e igualdad, entre

otros, garantizan que el contrato se celebre con la persona más idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas.

En ese sentido, se ha dicho también que si bien en la Ley 80 de 1993 - artículo 24 -, al consagrar el principio de transparencia se previó, como regla general, que la escogencia de los contratistas debía realizarse a través de los procedimientos administrativos de la licitación pública y del concurso público y, de manera excepcional, que podría hacerse a través de la contratación directa en los casos taxativamente previstos en la norma, ello no implicaba una autorización para desatender los principios que la ley dispuso para la licitación o el concurso público. (...)

Ahora bien, en reiterados pronunciamientos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado acerca de la obligación en que se encuentran las entidades del Estado, para efectos de respetar los principios de transparencia y selección objetiva, aun en los eventos de contratación directa. (...)

(...)" (Negritas del original; subrayas añadidas).

Así, el deber de selección objetiva debe respetarse en todos los procesos de contratación, desde la fase de planeación⁷² hasta cuando se realice la escogencia del contratista y se suscriba el contrato, o se declare desierto el proceso de

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2017, radicación N° 25000-23-26-000-2001-00309-01(35163)B.

⁷² Etapa en la cual la entidad pública determina la necesidad o conveniencia de celebrar un futuro contrato para el logro de determinado fin estatal, y diseña las condiciones, reglas, elementos esenciales y demás características que deben tener, tanto el contrato a suscribir como el procedimiento administrativo que se ejecute para ello.

selección. Incluso, este deber es exigible en la escogencia del tercero a quien se deba ceder el contrato estatal o la participación de una persona natural o jurídica en un consorcio o unión temporal con el que se haya celebrado un contrato de esta clase, si llegare a presentarse una inhabilidad sobreviniente (artículo 9 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) u otra situación que, de acuerdo con la ley, pudiera tener la misma consecuencia⁷³.

Por tal razón, el deber de selección objetiva se manifiesta en varias normas e instituciones que forman parte del régimen de contratación estatal. Dichas disposiciones tienen que ver principalmente con dos temas: (i) el procedimiento de selección y (ii) los factores que deben utilizarse para la evaluación y comparación de las ofertas, con el objeto de adjudicar el contrato estatal. Asimismo, debe analizarse la eventual aplicación, en este caso, de las normas de la Ley 1508 de 2012, que desarrollan el deber de selección objetiva en las asociaciones público-privadas.

El procedimiento de selección

Con respecto al procedimiento que debe utilizarse para recibir las ofertas, evaluarlas y escoger al contratista, debe recordarse que la licitación pública es el mecanismo de selección general y principal (y, por ende, residual) en la contratación estatal, tal como lo establecía inicialmente el artículo 24, numeral 1⁷⁴, de la Ley 80 de 1993, y lo dispone actualmente el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007:

“Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

(...). (Se destaca).

La licitación pública fue definida por el párrafo del artículo 30 de la Ley 80, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150, en los siguientes términos: “Para los

⁷³ Por ejemplo, cuando haya lugar a la “asunción” del contrato por parte de los financiadores de un proyecto de asociación público-privada, debido al incumplimiento del contratista, según lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012.

⁷⁴ “Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1°. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...).”

efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”.

Dado que el contrato de concesión del servicio de radiodifusión sonora y, en general, los contratos de concesión, no encajan en principio en ninguna de las excepciones a que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 de la Ley 1150, que permiten la utilización de las otras modalidades de selección (selección abreviada, concurso y contratación directa), es fácil concluir que para la celebración de aquellos contratos debe seguirse el procedimiento de la licitación pública.

Ahora bien, sobre la viabilidad de que el legislador permita la realización de subastas (en este caso, inversas) en los procesos de contratación estatal y, particularmente, en las licitaciones públicas, como lo dispone el inciso segundo del numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la Corte Constitucional, en la sentencia C-713 de 2009⁷⁵, mediante la cual resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra dicha norma, explicó:

“En la medida en que el legislador ha ejercido su competencia dentro de los precisos términos que le confiere la Carta, la Sala entiende que la posibilidad de presentar la oferta total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos licitatorios, no vulnera el principio de interés general ni los fines del Estado, máxime cuando la utilización de este mecanismo constituye una opción para la entidad estatal, que debe determinar si lo emplea o no.

La posibilidad de conformar dinámicamente la oferta en una etapa de la licitación pública, persigue reducir el costo total de la propuesta presentada, siendo posible lograr mejores

condiciones técnicas y económicas. Se habilita un mecanismo de presentación de la oferta en el que la única variable a utilizar no es necesariamente la del precio, pues pueden incluirse otras variables dinámicas de conformidad con el pliego de condiciones. Este alcance de la conformación dinámica de la oferta es radicalmente opuesto a la interpretación que de la misma ha efectuado el demandante, en el sentido de que lo que determina la selección es el menor precio”. (Se resalta).

El procedimiento para efectuar este tipo de subastas en las licitaciones públicas se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015, así:

“Artículo 2.2.1.2.1.1.1. Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública. Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009, expediente D-7663.

En la fecha señalada en los pliegos de condiciones, los oferentes deben presentar los documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la Entidad Estatal. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

La Entidad Estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello para determinar los oferentes que pueden continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones.

En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los Lances hasta la conformación de la oferta definitiva.

Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente Lances en la subasta.

En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.

La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier Lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.

De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso”. (Se destaca).

Igualmente es pertinente señalar que la ley permite expresamente la utilización de la subasta normal (no la inversa) como mecanismo para la enajenación de bienes del Estado (Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 2, literal e.⁷⁶), caso en el cual las

⁷⁶ Esta norma dispone, en lo pertinente:

“Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

entidades públicas deben aplicar el procedimiento descrito en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 para la realización de la “subasta inversa” en el procedimiento de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes⁷⁷, con la diferencia de que, en lugar de buscar el precio más bajo, deben tratar de obtener, como es obvio, el precio más alto para el Estado:

“Artículo 2.2.1.2.2.2. Enajenación directa a través de subasta pública. La Entidad Estatal que enajene bienes con el mecanismo de subasta pública debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del presente decreto, teniendo en cuenta que el bien debe ser adjudicado al oferente que haya ofrecido el mayor valor a pagar por los bienes objeto de enajenación y en consecuencia, el Margen Mínimo debe ser al alza”.

De todo lo anterior se colige que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública consagra expresamente el mecanismo de la “subasta pública” como uno de los instrumentos que, conforme al deber de selección objetiva, pueden utilizar

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

(...)

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

(...). (Resaltamos).

⁷⁷ “Artículo 2.2.1.2.1.2.2. Procedimiento para la subasta inversa. Además de las reglas generales

previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la subasta inversa:

Los pliegos de condiciones deben indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los Lances; y c) el Margen Mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa.

La oferta debe contener dos partes, la primera en la cual el interesado acredite su capacidad de participar en el Proceso de Contratación y acredite el cumplimiento de la ficha técnica; y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente.

La Entidad Estatal debe publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado.

Hay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica.

Si en el Proceso de Contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la Entidad Estatal puede adjudicarle el contrato al único oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, caso en el cual no hay lugar a la subasta inversa.

La subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes y en consecuencia, solamente serán válidos los Lances efectuados durante la subasta inversa en los cuales la oferta sea mejorada en por lo menos el Margen Mínimo establecido.

Si los oferentes no presentan Lances durante la subasta, la Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo.

Al terminar la presentación de cada Lance, la Entidad Estatal debe informar el valor del Lance más bajo.

Si al terminar la subasta inversa hay empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto”.

las entidades públicas para escoger la mejor oferta y adjudicar el contrato al respectivo proponente. Igualmente, destaca la Sala que dicho mecanismo, tal como está concebido en la ley y desarrollado en el reglamento, no constituye un procedimiento de selección autónomo, sino un instrumento que puede utilizarse dentro del procedimiento de licitación pública (en el caso de la subasta inversa) o del procedimiento de selección abreviada (en los casos de la subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, y de la subasta normal para la venta de bienes del Estado), por lo cual dicho mecanismo se inserta en tales procedimientos.

En esa medida, la licitación pública y la subasta pública no constituyen, en la actualidad, procedimientos de selección incompatibles y, por ende, recíprocamente excluyentes, sino que, como se ha demostrado, la licitación pública puede hacerse sin subasta pública (que es la regla general) o con subasta pública, en los casos que permite expresamente la ley.

Por lo tanto, al interpretar en armonía los artículos 57 y 72 de la Ley 1341 de 2009, junto con las normas legales y reglamentarias que rigen la contratación estatal, la Sala concluye que tales

disposiciones permiten al Gobierno Nacional, por intermedio del MINTIC, utilizar, para la adjudicación del servicio de radiodifusión sonora comercial, la licitación pública “normal” o tradicional, o bien la licitación pública con subasta. En este último caso y a falta de otras reglas que se refieran específicamente a la concesión de este servicio, habría que aplicar las normas reglamentarias que disciplinan la “subasta inversa” en la licitación pública⁷⁸, con la diferencia de que, en lugar de buscar el precio más bajo para el Estado, tendría que perseguirse la contraprestación más elevada.

Si bien la jurisprudencia y la doctrina, incluso la de esta Sala⁷⁹, han dicho, en múltiples ocasiones, que los procedimientos que pueden utilizarse en la contratación estatal son reglados, razón por la cual los operadores jurídicos no pueden inventarse o crear procedimientos distintos de aquellos que están previstos en las normas legales, criterio hermenéutico que en esta oportunidad se ratifica, la Sala no encuentra que en el presente caso se viole dicho criterio, porque es la ley directamente (artículo 72 de la Ley 1341 de 2009) la que permite utilizar la subasta

⁷⁸ Estima la Sala que, en el presente caso, no sería aplicable el procedimiento previsto en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, utilizable para la enajenación de activos del Estado, pues dicho procedimiento: (i) se refiere a la enajenación de bienes del Estado, es decir, a los actos traslativos del derecho de dominio sobre dichos activos, pero no al otorgamiento de permisos de uso sobre un bien público inalienable, como ocurre con la asignación del espectro radioeléctrico, y

(ii) la norma citada forma parte de la reglamentación del sistema de selección abreviada y no de la licitación pública, que es el procedimiento de selección aplicable en este caso. Vale la pena recordar que la licitación es el sistema que desarrolla de manera más amplia y vigorosa los principios generales de la contratación estatal, y el que mejor protege, por ende, los derechos e intereses del Estado y de los demás participantes en los procesos de contratación.

⁷⁹ Ver, entre otros, el concepto 1966 del 5 de octubre de 2009.

pública, en conjunto con la licitación pública (como se deduce del artículo 57 *ibídem*, al remitir al Estatuto General de Contratación Estatal). Para hacer operativo y utilizar el mecanismo de la subasta en este caso, sería necesario aplicar, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015, como ya se explicó.

Lo anterior se entiende, desde luego, sin perjuicio de que el Gobierno pueda reglamentar, en forma particular, el modo de efectuar y utilizar la subasta pública en esta clase de licitación para la adjudicación del servicio de radiodifusión sonora comercial. Para tales efectos, el Gobierno tiene suficientes atribuciones relacionadas no solamente con su facultad reglamentaria general (artículo 189 superior, numerales 10 y 11), sino también con la atribución específica de reglamentar los procesos de selección en la contratación estatal (como lo dispone el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007), así como la prestación del servicio de radiodifusión sonora (párrafo del artículo 58 de la Ley 1341 de 2009).

Los factores de evaluación, comparación y adjudicación

Sobre este tema, es pertinente recordar, en primer lugar, lo que dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en sus numerales 5°, 6°, 7° y 8°:

“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: (...)

5°. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). En los pliegos de condiciones:

Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación⁸⁰.

Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

⁸⁰ Este literal fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, “en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas”.

Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

(...)

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6°. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

7°. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

8°. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

(...)”. (Resaltamos).

En el mismo sentido, el numeral 2° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (estructura de los procedimientos de selección), modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, estatuye que “[l]a entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección

y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas” (resaltamos).

Igualmente, en cuanto a los parámetros o criterios para evaluar las ofertas recibidas y escoger al contratista, vale la pena recordar que el deber de selección objetiva estaba regulado principalmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150. En su lugar, el artículo 5 de esta última ley dispone actualmente:

“Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. (...)

(Modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011⁸¹). La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. (...)

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. (...)

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1°. (Modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018⁸²). La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser

entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección (...)

⁸¹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

⁸² “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”.

(...)

Parágrafo 4°. (Adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018). En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

(...)”. (Se destaca).

Este asunto está reglamentado en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, de la siguiente forma:

“Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido”. (Subrayas añadidas).

Como se observa, las normas citadas imponen a las entidades estatales, en desarrollo del deber de selección objetiva, la obligación de escoger la oferta que les resulte más favorable, lo cual no debe entenderse necesariamente como la propuesta más económica o, según el caso, la más alta (en el evento de una subasta o un remate, entre otros), sino como “la mejor oferta” posible para dichas entidades, teniendo en cuenta, en primer lugar, los fines de interés público que se persigan con el respectivo contrato y, en segundo lugar, la “mejor relación costo- beneficio” que se obtenga, en atención a los factores técnicos y económicos de escogencia y a la ponderación precisa y detallada de los mismos, que se hayan establecido de manera expresa, clara, objetiva, factible y comprensible en los pliegos de condiciones o el documento equivalente.

3. La eventual aplicación de la Ley 1508 de 2012 y sus normas reglamentarias (asociaciones público-privadas)

Debe recordarse que los contratos de concesión, definidos en el artículo 32, numeral 4⁸³, de la Ley 80, quedaron incluidos dentro de los esquemas de asociación público-privada (APP) y sometidos, por lo tanto, a las reglas de la Ley 1508 de 2012⁸⁴ y sus decretos reglamentarios. Así lo establece el artículo 2° de dicha ley:

“Artículo 2°. Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”.

Es necesario recordar también que el artículo 33 de la Ley 80 de 1993, que regulaba la concesión de los “servicios y de las actividades de telecomunicaciones”, así como el artículo 35, que regulaba, en particular, los contratos de concesión del

⁸³ “4°. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. (Se resalta).

⁸⁴ “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

servicio de radiodifusión sonora, fueron derogados expresamente por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009. En consecuencia, ante la falta de otras normas que lo definan, el contrato de concesión del servicio de radiodifusión sonora debe entenderse incorporado, hoy en día, en la definición general del contrato de concesión, contenida en el artículo 32, numeral 4°, de la Ley

80.

Lo anterior llevaría a pensar, en principio, que a la concesión del servicio de radiodifusión sonora le serían aplicables, además de las disposiciones generales del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras), los principios y las reglas contenidas en la Ley 1508 de 2012, en las leyes que la han modificado y en sus respectivas normas reglamentarias para las asociaciones público-privadas, entre ellas las que se refieren a los mecanismos de selección y a la aplicación del deber de selección objetiva.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo previsto en el parágrafo segundo del artículo 3° (ámbito de aplicación) de la citada ley:

“Parágrafo 2°. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores”. (Se resalta).

En esa medida, dado que las concesiones del servicio de radiodifusión sonora se rigen por normas especiales, contenidas justamente en la Ley 1341 de 2009 (sin perjuicio de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), y que el Gobierno Nacional no ha reglamentado aún la aplicación de la Ley 1508 para el servicio de radiodifusión sonora, teniendo en cuenta las particularidades de dicho servicio público⁸⁵, la Sala entiende que no resultan aplicables las disposiciones de dicha ley a las concesiones de que trata este concepto.

Adicionalmente, existen algunos aspectos del régimen de las APP que no parecen, a simple vista, compatibles o fácilmente adaptables a las concesiones del servicio de radiodifusión sonora, como el hecho de que la contraprestación o retribución económica del concesionario debe estar condicionada a “la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto”, entre otros requisitos (artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015⁸⁶).

⁸⁵ En contraste, puede observarse, por ejemplo, que los artículos 2.2.2.1.9.1 a 2.2.2.1.9.7 del Decreto 1082 de 2015 contienen reglas especiales para la utilización de las APP en el sector de agua potable y saneamiento básico.

⁸⁶ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país' ”.

En consecuencia, la Sala entiende que tales concesiones se siguen rigiendo, en lo que tiene que ver con el proceso de selección y con la celebración y ejecución del contrato de concesión, por el Estatuto General de Contratación Pública, en todo lo no dispuesto de manera especial por la Ley 1341 de 2009.

El artículo 20 de la Constitución Política. La libertad de fundar medios masivos de comunicación

El artículo 20 de la Carta Política dispone:

“Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Como se aprecia, dicha norma no consagra un solo derecho constitucional, sino varios derechos y garantías de esta índole. En efecto, tal disposición se refiere a la libertad de opinión; a la libertad de expresión; a la libertad de información en su doble faceta de informar y ser informado en forma veraz e imparcial; a la libertad de fundar medios masivos de comunicación; al derecho de rectificación, y a la prohibición de la censura.

Las libertades de opinión, de expresión y de información forman parte, como se sabe, de la primera generación de derechos humanos, por lo que están reconocidas en todos los instrumentos internacionales que se ocupan de la materia, tanto a nivel universal como interamericano. En efecto:

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, establece, en su segundo numeral, que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en Bogotá en 1948, se afirma que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (artículo IV).

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, dispone, en lo pertinente:

“Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección.

(...)

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

(...). (Resaltamos).

Vale la pena recordar que estas disposiciones forman parte integrante de la Carta Política, por vía del denominado “bloque de constitucionalidad”, en la medida en que el artículo 93 de la misma

dispone que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, y ordena que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Ahora bien, como se observa, ninguna de las normas citadas se refiere expresa y específicamente a la “libertad de fundar medios masivos de comunicación”, aunque tal derecho debe entenderse implícito en las disposiciones referidas, cuando facultan a cualquier persona para expresar y divulgar pensamientos, opiniones e información “por cualquier medio”, impreso, oral o de otra forma, sin limitación de fronteras. Por esta razón, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica se refiere a la prohibición de restringir abusivamente algunos de los elementos o insumos que son utilizados normalmente por los medios masivos de comunicación, tales como el papel periódico o las frecuencias radioeléctricas.

Con respecto a este derecho y a su relación con la libertad de expresión y el espectro electromagnético, la Corte Constitucional, en la sentencia C-359 de 2016⁸⁷, explica lo siguiente:

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-359 del 7 de julio de 2016, expediente D-10941.

“4.4.4.3. Del derecho a fundar medios masivos de comunicación

(...)

El derecho a fundar medios masivos de comunicación se ha entendido como la garantía que se otorga a cualquier persona, que acredite los requisitos que se impongan en el ordenamiento jurídico, para crear, desarrollar o emplear una red de difusión de pensamientos, ideas, información, opiniones o juicios de valor. Tradicionalmente se han considerado como tales la prensa escrita, la radio o la televisión. Sin embargo, el auge de los desarrollos tecnológicos ha extendido sus posibilidades de realización, a través de plataformas vinculadas con el uso de la Internet....

4.4.4.3.2. Como lo ha indicado la CorteIDH, la garantía del derecho a fundar medios masivos de comunicación exige, por una parte, que los mismos deben estar virtualmente abiertos a todos sin discriminación, más exactamente, que no debe haber individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a dichos medios⁸⁸; y (ii) que, por la otra, dada su importancia, los mismos deben ser vistos como verdaderos instrumentos de libertad, lo que se refleja en la prohibición de todo monopolio respecto de su acceso y uso, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar. Este panorama se complementa con la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas⁸⁹.

Aun cuando este derecho tradicionalmente se vincula con obligaciones de abstención, como ocurre con los derechos de libertad⁹⁰, también existe una dimensión positiva que le corresponde garantizar al Estado, la cual se expresa, por ejemplo, en la construcción de la infraestructura necesaria para el funcionamiento de medios masivos de comunicación, o en la realización de los procesos de selección (como ocurre con la televisión pública de contenido comercial) que permitan el acceso a uno de tales medios.

En el caso de los medios masivos de comunicación que requieren del espectro electromagnético, como ocurre con la televisión radiodifundida, en vista de su carácter de bien público, inenajenable e imprescriptible, y en atención a su carácter limitado, el Constituyente dispuso su

gestión y control a cargo del Estado con miras a garantizar el acceso equitativo, el pluralismo informativo y el cumplimiento de los

⁸⁸ “[215] Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Citada en la Sentencia C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”.

⁸⁹ “[216] Textualmente, se expuso que: “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”

⁹⁰ “[217] De esta manera, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “(...) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos...”. Un caso sobre el particular, se encuentra en Ivcher Bronstein Vs Perú, CorteIDH, sentencia del 6 de febrero de 2001”.

finés propios de los medios de comunicación⁹¹. Es por ello que, como lo [ha] advertido la Corte, en lo que se refiere a su realización, dicha circunstancia adquiere una connotación especial, pues es imposible que todas las personas puedan acceder al espectro o hacer uso del mismo, ya que existen restricciones tecnológicas y económicas que lo impiden.

En este sentido, al hacer referencia a la televisión radiodifundida, en la Sentencia C- 093 de 1996⁹², se dispuso que:

“El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales, a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión.”⁹³

En conclusión, la libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho que potencia el desarrollo, la participación, el pluralismo, el ejercicio del control y la formación de ciudadanos críticos. Más allá de que en su ejercicio esté prohibida la discriminación, se exige la adopción de medidas concretas que permitan su consolidación como instrumento para garantizar la libertad y la democracia, lo que implica, entre otras, excluir prácticas de monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar. Ahora bien, cuando se requiera para su difusión el uso del espectro electromagnético, como ocurre con la televisión radiodifundida, por su condición de servicio público reservado y por la explotación de un bien público (CP art. 75), debe entenderse que cabe la existencia de un régimen jurídico especial, por virtud del cual es imposible garantizar la libertad de acceso para todas las personas, como lo ha admitido de forma reiterada esta Corporación”. (Subrayas ajenas al texto).

⁹¹ “[218] Sentencias T-081 de 1993 y C-093 de 1996”.

⁹² “[219] M.P. Fabio Morón Díaz”.

⁹³ “[220] En idéntico sentido, en la Sentencia T-081 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se manifestó que: “La libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho fundamental de aplicación inmediata. A través de los medios masivos de comunicación se difunde la información bien sea en forma escrita, oral o audiovisual. En tal sentido, la libertad de fundar estos medios sugeriría la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar. Mientras que en algunos casos sólo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir su pensamiento u opinión -prensa escrita-, en otros se deben utilizar bienes de uso público para ejercer los derechos propios de esta actividad. Esta distinción es importante en lo que respecta al reconocimiento del carácter de derecho de aplicación inmediata de la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial.” (Resaltamos).

Como se observa, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, aun cuando la libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho que, en principio, es de aplicación inmediata debido a su íntima relación con las libertades de opinión, de expresión y de información, en su doble connotación de derecho a difundir informaciones y a ser informado en forma veraz e imparcial, así como por el papel predominante que juegan los medios masivos de comunicación en el control social de la actividad estatal y de los particulares y, en general, en el buen funcionamiento del sistema democrático, la citada libertad exige, al menos, disponer de los mínimos elementos técnicos, económicos y administrativos que se necesiten para organizar y operar los respectivos medios masivos de comunicación. Adicionalmente, cuando el funcionamiento del medio requiere el uso del espectro radioeléctrico, como sucede precisamente con la radiodifusión sonora, la persona interesada en prestar dicho servicio debe someterse a la regulación especial del mismo, como servicio público cuya titularidad es del Estado, en atención al riesgo social y a los fines de interés público que dicha actividad entraña, así como a las reglas impuestas para acceder al espectro radioeléctrico, como bien público de naturaleza generalmente escasa.

En efecto, la libertad de empresa e, incluso, la libertad de fundar medios masivos de comunicación social tienen, en el caso de la radiodifusión sonora y de otros servicios como la televisión radiodifundida (a la cual se refirió la Corte en la citada sentencia), tres grupos de limitaciones jurídicas: (i) las provenientes de la calidad de servicio público de telecomunicaciones, que la ley le otorga expresamente a la radiodifusión sonora, cuya titularidad, gestión (en forma directa o indirecta), vigilancia y control recaen en el Estado (artículos 10 y 56, entre otros, de la Ley 1341 de 2009); (ii) las relacionadas con el adecuado funcionamiento de los medios masivos de comunicación social y su respectiva responsabilidad, y (iii) las derivadas de la regulación internacional, constitucional, legal y técnica del espectro radioeléctrico, como recurso natural de propiedad de la Nación y generalmente escaso.

Lo anterior trae como consecuencia que, si bien el Estado debe proteger y promover la libertad de fundar medios masivos de comunicación, incluso mediante la concesión del servicio de radiodifusión sonora de tipo comercial, no puede garantizar que, a través de dicho proceso o de otros mecanismos, cualquier persona que quiera crear y operar una estación o emisora de radio pueda hacerlo, pues para ello se requiere que esa persona disponga, no solamente de los conocimientos, la experiencia, el personal y los recursos técnicos y económicos mínimos que supone prestar este servicio público en condiciones adecuadas de calidad, seguridad, continuidad, sostenibilidad ambiental y cobertura, sino, además, de los recursos monetarios y las

calificaciones técnicas que le permitan competir con otras personas para acceder al uso del espectro radioeléctrico, en las diferentes bandas de frecuencia y espacios territoriales.

Entonces, aunque el solo hecho de abrir un proceso de contratación para adjudicar la prestación del servicio de radiodifusión sonora de naturaleza comercial en bandas de frecuencia y/o en municipios en los que antes no se prestaba dicho servicio, como entendemos que ocurriría con el proceso que pretende adelantar el MINTIC, constituye, en sí mismo, un estímulo importante para la creación de nuevas emisoras y estaciones de radio y, por lo tanto, para incentivar la libertad de fundar medios masivos de comunicación social, debe tenerse en cuenta que este no es el único instrumento para promover el ejercicio del citado derecho constitucional, no solo por las limitaciones antedichas, sino también porque no podría prohibirse la participación de los grupos de comunicación social y las cadenas radiales ya establecidas, en virtud de los principios de libertad económica y de libre competencia.

Lo anterior tampoco significa que el MINTIC no deba adoptar, en dicho proceso, medida alguna que tienda a proteger y estimular la libertad de fundar medios masivos de comunicación social. Por el contrario, está obligado a hacerlo, porque, como ya se analizó, la jurisprudencia constitucional y la misma Carta Política obligan al Estado a realizar conductas negativas o de abstención y comportamientos activos o acciones afirmativas, y porque tiene el deber de proteger el pluralismo informativo y evitar la conformación de monopolios y la concentración de los medios de comunicación social. Sin embargo, al hacerlo, debe tener en cuenta dos limitaciones principales: (i) la imposibilidad de garantizar o asegurar a todas las personas que quieran hacerlo, el derecho de establecer y operar una estación de radio comercial, y (ii) la necesidad de respetar, proteger y fomentar otros derechos y fines de naturaleza constitucional y legal, involucrados en la radiodifusión sonora, tales como: el derecho de toda la población a recibir información veraz e imparcial, para lo cual el servicio de radiodifusión sonora debe prestarse en óptimas condiciones de calidad y cobertura; la libre competencia económica; la transparencia del proceso de contratación y el deber de selección objetiva; la necesidad de usar en forma eficiente, segura, equitativa y ambientalmente sostenible el espectro radioeléctrico; la seguridad nacional y la integridad territorial; la protección a la honra, el buen nombre, la intimidad, el debido proceso y otros derechos y garantías fundamentales de las personas; los derechos prevalentes de los menores de edad, y la transparencia y pulcritud de la actividad política-electoral, entre otros.

Adicionalmente, no debe olvidarse que, en aras de fomentar la creación y operación de medios masivos de comunicación social, no solamente en el campo de la radiodifusión sonora, sino en relación con otros servicios de telecomunicaciones y medios de comunicación social, en general, el Estado cuenta con otros instrumentos jurídicos, distintos de la concesión del servicio de radiodifusión sonora comercial, muchos de ellos previstos en la Ley 1341 de 2009.

Así, para referirnos solo a la radiodifusión sonora, el Gobierno Nacional podría, en ejercicio de su potestad de intervención en el sector de las TIC (artículo 4° de la Ley

1341 de 2009), y de su facultad de reglamentación de la ley, en general (artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política), y de las normas legales sobre la radiodifusión sonora, en particular (artículo 57, incisos 7° y 8°, y artículo 58, parágrafo, de la Ley 1341), expedir disposiciones adicionales o modificar las vigentes para: (i) impedir la conformación de monopolios y la concentración de la propiedad en el servicio de radiodifusión sonora; (ii) velar por el pluralismo informativo, y (iii) fomentar el desarrollo de la radiodifusión sonora comunitaria. Pasamos a referirnos a algunas de ellas:

Fortalecimiento de la radiodifusión sonora comunitaria

Sobre este punto, la Sala anota que existe una política estatal dirigida a estimular el crecimiento de la radiodifusión sonora comunitaria, cuyos lineamientos generales están contenidos en el documento Conpes 3506 de 2008⁹⁴. Dicho documento, luego de hacer un diagnóstico sobre el estado de este subsector en el año 2008, y explicar la importancia de desarrollarlo, fija como objetivo general, para el mediano y largo plazo, el de “fortalecer la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Comunitaria en cuanto a su capacidad para promover la expresión ciudadana y la convivencia pacífica, facilitar el ejercicio del derecho a la información y a la comunicación, fomentar la participación plural en asuntos de interés público y en el reconocimiento de la diversidad cultural, con el fin de contribuir a la ampliación de la democracia y a la construcción de desarrollo humano en Colombia”. Y como objetivos específicos se establecen los siguientes:

- Promover la participación de los distintos sectores sociales en el control social y en la veeduría a las emisoras comunitarias.
- Mejorar la programación y producción de las emisoras comunitarias, de tal forma que cumplan su misión con responsabilidad social.
- Fortalecer los procesos de gestión de las emisoras comunitarias.
- Fortalecer al Estado en su capacidad de garantizar los derechos ciudadanos a la información y la comunicación.

La Sala estima que el cumplimiento efectivo de estos objetivos de política podría lograr un crecimiento y fortalecimiento de la radiodifusión sonora comunitaria, lo cual, a su vez, fomentaría el ejercicio de la libertad de fundar medios masivos de comunicación social, especialmente en el sector rural y en zonas deprimidas de las ciudades, al estimular la conformación y el desarrollo de este tipo de emisoras, y facilitar su paso hacia la radio comercial. En esa medida, dentro del marco de la Constitución Política y la Ley 1341 de 2009, el Gobierno Nacional podría expedir las normas que resulten necesarias, pertinentes y eficaces para el cumplimiento de

⁹⁴ Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. Documento 3506 del 4 de febrero de 2008, “Lineamientos de Política para el Fortalecimiento del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora”.

la referida política, así como diseñar e implementar programas, planes y proyectos destinados a fomentar la creación de emisoras comunitarias, los cuales podrían ser financiados con recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sobre la importancia de la radio comunitaria, especialmente como instrumento para incentivar el ejercicio de las libertades de expresión, de información y de fundar medios masivos de comunicación social, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente, en la sentencia C-467 de 2017⁹⁵:

“15. Contrario a como sucede con otras modalidades de prestación indirecta del servicio de radiodifusión, guiadas por la obtención de ventajas económicas derivadas de la pauta comercial, la radio comunitaria está vinculada a la noción misma de servicio público, esto es, la utilidad común y el interés social. La radio comercial tiene, al margen de su obligatoria responsabilidad social, el objetivo de aumentar sus niveles de audiencia y,

correlativamente, su rentabilidad en cuanto legítimo esfuerzo empresarial. Esto lleva a que sus contenidos estén unívocamente dirigidos a ese propósito, lo que usualmente lleva a la exclusión, o al menos a la limitación, de aquellos mensajes que no garanticen el propósito mencionado. En cambio, el servicio comunitario de radiodifusión opera bajo una lógica opuesta, que no está guiada por el aumento creciente de audiencia para generar lucro, sino en la difusión de información de interés para la comunidad respectiva, con un propósito decididamente local y participativo.

Por lo tanto, es posible evidenciar que el servicio comunitario de radiodifusión es un elemento esencial para la eficacia material de varios derechos fundamentales, destacándose el derecho a expresar y recibir información, y el derecho a fundar medios de comunicación.

En cuanto a esta relación es importante destacar que en razón de la infraestructura, recursos económicos y fortaleza institucional necesaria para la conformación de medios masivos de comunicación, la radio comunitaria se convierte en una herramienta fundamental para que las comunidades, en especial aquellas en situaciones menos favorables, debido a su ubicación geográfica o condición socioeconómica, puedan ejercer su libertad de información. Adicionalmente, la vigencia de estas garantías constitucionales concurre en el fortalecimiento de la democracia y la participación, puesto que la amplia circulación de ideas contribuye a la deliberación pública, el escrutinio de quienes ejercen funciones estatales y a la conformación de una sociedad respetuosa del pluralismo⁹⁶.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-467 del 19 de julio de 2017, expediente: RE-226.

⁹⁶ “[15] A juicio de la Corte, la vigencia de la libertad de expresión e información “contribuye a la promoción de la democracia porque (i) hace posible la proyección de cada persona como sujeto individual y la realización de sus planes de vida –autonomía personal-; (ii) permite el flujo y confrontación constante de distintas ideas y opiniones –pluralismo informativo-, lo cual permite la formación de posturas críticas y avanzar en el conocimiento de uno mismo y del mundo; (iii) asegura que la sociedad cuente con información suficiente para la toma de decisiones -decisiones informadas-; (iv) es condición para que los partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas y culturales y cualquier otra agrupación que pretenda influir sobre la colectividad pueda alcanzar su

Es con base en este argumento que la Corte ha insistido en que “la radiodifusión sonora comunitaria, como medio masivo de comunicación, cumple un rol fundamental en el fortalecimiento de la democracia y la participación en las pequeñas comunidades rurales o urbanas destinatarias, ya que (i) contribuye a formar redes de solidaridad entre vecinos, (ii) permite la toma de decisiones informadas acerca de los asuntos locales, (iii) promueve el desarrollo social, la convivencia pacífica, la construcción de ciudadanía y de identidades culturales y sociales, y (iv) contribuye a mejorar la provisión de otros servicios y a mejorar la calidad de vida de la población.”⁹⁷

Por último, la radio comunitaria desarrolla el mandato constitucional de acceso equitativo al espectro y prohibición de discriminación en la conformación de medios de comunicación. Al no estar sometida a cuantiosas inversiones o extensas obras de infraestructura tecnológica, el servicio en comento permite, en condiciones más equitativas, que las comunidades interesadas cuenten con oportunidades materiales de

fundar medios masivos de comunicación. Además, no puede perderse de vista el alto grado de penetración que tiene la radio frente a otros medios, merced de la facilidad de transmisión y recepción, así como el bajo costo de los dispositivos para su acceso, lo que la hace ideal para la transmisión de información en comunidades apartadas o carentes de recursos tecnológicos complejos”. (Se resalta).

- Regulación de las cadenas radiales

Asimismo, la Sala registra que el Capítulo II de la Resolución 415 de 2010, expedida por el MINTIC, incluye una serie de normas que definen y regulan lo que se conoce como “cadenas radiales”, es decir, “toda organización debidamente constituida por cinco (5) o más estaciones de radiodifusión sonora, ubicadas en dos o más municipios o distritos del país, con el fin de efectuar transmisiones enlazadas en forma periódica, para la difusión de programación a través de las bandas y frecuencias autorizadas, a cada uno de ellas” (artículo 51).

En el artículo 52 de dicha resolución se establecen los requisitos para que ese ministerio autorice la conformación y la consiguiente inscripción de las cadenas radiales. Dentro de dichos requisitos se encuentra el de que el “encadenamiento” se dé entre cinco (5) o más estaciones de radiodifusión sonora ubicadas en distintos municipios o distritos del país.

cometido; (v) facilita a los ciudadanos el ejercicio de control político sobre los poderes públicos y privados; (vi) hace posible el principio de autogobierno, es decir, que los ciudadanos se gobiernen a sí mismos bien sea eligiendo a sus representantes o participando directamente en la toma de decisiones; y (vii) promueve la resolución racional y pacífica de los conflictos.” Corte Constitucional, sentencia T-460 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Esta decisión, a su vez, reitera lo expuesto por el particular en las sentencias sentencias C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda y T-679 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto”.

⁹⁷ “[16] *Ibíd*em”.

El artículo 53 *ibidem* dispone que los propietarios o administradores de las cadenas radiales deben pagar una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, con destino al Fondo para las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como contraprestación por la autorización que el MINTIC otorgue para el funcionamiento de la respectiva cadena, sin perjuicio de los derechos que deban pagarse por el uso del espectro radioeléctrico, incluso para el funcionamiento de la “red de enlace” de las estaciones pertenecientes a la cadena radial.

Y el artículo 54 de la misma resolución prohíbe, entre otras cosas: (i) que la totalidad de las estaciones de radiodifusión que operen en un mismo municipio o distrito pertenezcan a una misma cadena radial, y (ii) que las estaciones de radiodifusión comunitarias y las de interés público pertenezcan a alguna cadena.

A este respecto, la Sala encuentra que una adecuada y equitativa regulación de las cadenas radiales podría constituir también un instrumento útil y eficaz para evitar la conformación de monopolios en este sector, soslayar la concentración de cadenas y estaciones de radiodifusión sonora en pocas manos, impedir el abuso de posición dominante, estimular la creación de nuevas emisoras y empresas radiales, y por esta vía, garantizar el pluralismo informativo y el derecho de las personas a recibir información veraz e imparcial.

Como se observa, ninguno de los instrumentos jurídicos mencionados a título de ejemplo está relacionado directamente con los procesos de contratación para la concesión del servicio de

radiodifusión sonora de carácter comercial y, sin embargo, podrían servir para proteger y fomentar la libertad de fundar medios masivos de comunicación social en el campo de la radiodifusión, y propiciar, en general, una mayor democratización de este sector.

En todo caso, la Sala concluye que, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, a pesar de que el Estado tiene el deber de respetar, proteger y fomentar la libertad de fundar medios masivos de comunicación social, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política, para lo cual no solamente debe adoptar conductas negativas o de abstención (no impedir, no obstaculizar, no discriminar, no censurar etc.), sino también acciones afirmativas (fomentar, estimular, crear etc.), no puede garantizar que cualquier persona que lo desee, organice y opere medios masivos de comunicación social, especialmente aquellos que requieren el uso del espectro radioeléctrico o de otros bienes del Estado.

Por lo tanto, la Sala considera que ni la decisión de utilizar o no la subasta dentro de la licitación pública para adjudicar la prestación de dicho servicio, ni los factores de selección que se establezcan en los pliegos, vulneran, por sí mismos, la libertad de fundar medios masivos de comunicación social, a menos que la forma en que se lleve a cabo el procedimiento o se diseñen los referidos factores constituyan obstáculos desproporcionados, irrazonables, innecesarios y discriminatorios, que

impidan a muchas personas la posibilidad de crear estaciones de radiodifusión y prestar dicho servicio en la modalidad comercial.

Conclusiones generales

De lo explicado a lo largo de este concepto, la Sala extrae las siguientes conclusiones, que resultan pertinentes para responder, en concreto, las preguntas formuladas:

La radiodifusión sonora constituye, al mismo tiempo, un servicio público de telecomunicaciones, que utiliza principalmente el espectro radioeléctrico, y un medio masivo de comunicación social.

Por lo tanto, dicha actividad está sujeta a los principios, fines, límites y normas constitucionales, legales y reglamentarias que tutelan y regulan: 1) los servicios públicos, en general; 2) las tecnologías de la información y las comunicaciones; 3) el acceso y uso del espectro electromagnético, como bien de naturaleza pública, inalienable e imprescriptible, generalmente escaso y de propiedad de la Nación, y 4) los medios masivos de comunicación social y su ineludible relación con las libertades de expresión, de opinión y de información, entre otros derechos fundamentales.

La radiodifusión sonora es un servicio público cuya titularidad recae en el Estado, que además lo presta en gestión directa, por intermedio de sus entidades y organismos, o en gestión indirecta, mediante concesión a personas naturales o jurídicas colombianas (en el caso de la radio comercial), o por medio de licencia a favor de comunidades organizadas (en el caso de la radio comunitaria).

En cualquiera de los dos casos indicados para la prestación del servicio en gestión indirecta, la escogencia de los proveedores o prestadores materiales debe hacerse mediante procedimientos que respeten y desarrollen el deber de selección objetiva.

Con respecto a la radiodifusión sonora comercial, la prestación de dicho servicio exige el otorgamiento previo de una concesión y la celebración del contrato respectivo con el Ministerio

de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, previa realización de un proceso que debe cumplir con el deber de selección objetiva, conforme a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dicho proceso y la concesión respectiva involucran el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico en las respectivas bandas de

frecuencia y cobertura territorial, sin que ambas decisiones se confundan o se identifiquen en una sola.

Lo anterior implica que la asignación de las respectivas frecuencias está sujeta, también, a los principios y normas que regulan el acceso al uso del espectro radioeléctrico, contenidos principalmente en el artículo 75 de la Constitución Política y en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, de tal manera que es necesario aplicar tales disposiciones en forma complementaria y, en lo posible, armoniosa con aquellas que norman la concesión y prestación del servicio.

En esa medida, se observa que tanto un grupo de preceptos como el otro coinciden en un aspecto fundamental, consistente en la necesidad de utilizar procedimientos que respeten el deber de selección objetiva, los cuales, para el caso de la radiodifusión sonora, son aquellos previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Adicionalmente, el artículo 72 de la Ley 1341 permite utilizar, para estos efectos, el mecanismo de la subasta pública, que desarrolla, en principio, el deber de selección objetiva, sin que dicha norma establezca la obligación de utilizar la subasta de manera exclusiva y en todos los casos.

En tratándose del servicio de radiodifusión sonora, en particular, el MINTIC puede optar, según lo que considere más conveniente para el interés público y, en especial, para el adecuado y eficaz cumplimiento de los fines asociados a dicho servicio, entre la licitación pública tradicional o la licitación pública con subasta. En este último caso, es decir, de considerarse conveniente la realización de una subasta pública, sería menester aplicar las normas que permiten y reglamentan el mecanismo de la “subasta inversa” en la licitación pública (pero dirigida a obtener el mayor ingreso para el Estado y no el precio más bajo). Lo anterior, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional decida reglamentar específicamente la forma de utilizar la subasta para la adjudicación del servicio de radiodifusión sonora.

En cualquiera de los dos eventos señalados, uno de los objetivos que deben buscarse, aunque no el único ni el principal, es el de “maximizar” los recursos para el Estado, destinados, en particular, al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al Fondo para el Desarrollo de la Televisión.

A dicho fin hay que agregarle otros, de índole constitucional y legal, asociados directamente a los fines que debe buscar el Estado con el servicio de radiodifusión sonora, así como con el acceso al uso del espectro radioeléctrico. Entre tales fines se encuentran la protección y promoción de

los derechos fundamentales que consagra el artículo 20 de la Constitución Política; el acceso igualitario y equitativo al espectro electromagnético; el pluralismo informativo; la adecuada prestación de los servicios públicos; la libre competencia económica; el cumplimiento de los fines y principios de la contratación estatal, y la responsabilidad social de los medios masivos de comunicación social, entre otros, todos los cuales deben tenerse en cuenta y equilibrarse de

forma cuidadosa en el proceso que se lleve a cabo, independientemente del mecanismo de selección que se escoja.

Uno de dichos objetivos es el de proteger y promover la libertad de fundar medios masivos de comunicación social, a que se refiere el artículo 20 de la Carta Política. Sin embargo, este derecho no puede garantizarse, en forma absoluta, a cualquiera que desee crear y operar una emisora de radio, pues dado que la radiodifusión sonora es un servicio público a cargo del Estado y un medio masivo de comunicación social que requiere, además, el uso del espectro radioeléctrico, todo esto implica que la prestación de dicho servicio está sujeta a unas condiciones y limitaciones técnicas, económicas, de idoneidad y de experticia que solamente algunas personas, en libre competencia con otras, pueden acreditar.

Por lo tanto, el hecho de que se utilice o no el instrumento de la subasta dentro de la licitación pública, para adjudicar la concesión del servicio, o de que se establezcan determinados factores técnicos y económicos calificables y ponderables, no significa, per se, que se esté violando la libertad de fundar medios masivos de comunicación social a las personas que no puedan participar en dicho proceso o que no resulten seleccionadas.

En atención a las consideraciones anteriores,

La Sala RESPONDE:

¿La asignación de espectro y el otorgamiento de concesiones del servicio de radiodifusión sonora comercial, debe efectuarse empleando reglas de selección que prioricen el propósito de maximizar los recursos del Estado, como la subasta; o pueden emplearse otras reglas de selección al amparo del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009 y de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque no necesariamente prioricen el objetivo de maximizar recursos del Estado?

No, no es obligatorio el empleo de la subasta pública en la licitación para otorgar la concesión del servicio de radiodifusión sonora comercial y asignar las respectivas

bandas de frecuencia, ni tampoco puede buscarse, como único o principal objetivo, la “maximización de los recursos del Estado”, conforme a lo explicado en este concepto.

En efecto, lo que verdaderamente ordena la Ley 1341 de 2009 (artículos 11, 57 y 72) es que se respete, para estos propósitos, el deber de selección objetiva, lo cual se traduce, en primer lugar, en la necesidad de utilizar el procedimiento de la licitación pública, tal como está regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus normas reglamentarias. Dentro de dicho procedimiento puede usarse facultativamente el mecanismo de subasta, si se considera conveniente para el interés público, en atención a los fines y las características particulares del servicio de radiodifusión sonora, así como a las demás circunstancias que sean relevantes en el caso concreto.

En cuanto a los objetivos que deben buscarse con dicho proceso de contratación, la Sala considera que uno de ellos es la “maximización de los recursos para el Estado”, con destino al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al Fondo para el Desarrollo de la Televisión, como lo dispone el artículo 72 de la Ley 1341. Sin embargo, no es este el único objetivo que puede ni debe buscarse con este proceso. Por el contrario, existen varias finalidades que deben perseguirse simultáneamente, balanceándolas de forma cuidadosa, entre las cuales están: (i) la protección y promoción de los derechos constitucionales previstos en el artículo 20

de la Carta Política, especialmente la libertad de expresión, la libertad de opinión, la libertad de información y la libertad de fundar medios masivos de comunicación; (ii) la transparencia; (iii) la buena calidad y cobertura del servicio de radiodifusión sonora; (iv) la garantía de otros derechos fundamentales de las personas, como la honra, el buen nombre, el derecho a la intimidad, el debido proceso y los derechos prevalentes de los menores de edad;

la libre competencia; (vi) la igualdad en el acceso al uso del espectro radioeléctrico; (vii) la seguridad nacional y la integridad del territorio; (viii) la preservación del medio ambiente y de la salud pública; (ix) los valores culturales de la nación colombiana; (x) el acceso de las personas a los beneficios de la educación, el arte y la cultura; (xi) la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico, y (xii) el normal y correcto funcionamiento de los demás servicios y sistemas de telecomunicaciones que utilizan el espectro.

En cualquier caso, ¿el proceso de selección debería ser consecuente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución Política?

En efecto, tal como se indicó en la respuesta anterior, el proceso de selección de los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora debe buscar, entre otros fines, la efectiva protección, garantía y promoción de los derechos y libertades fundamentales previstos en el artículo 20 de la Carta Política y en los instrumentos

internacionales que conforman el “bloque de constitucionalidad”. Por lo tanto, dicho proceso debe ser absolutamente consecuente con el logro de dicha finalidad.

Remítase al Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Presidente de la Sala Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

 logo