



## Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 666 de 1995 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES. ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Acceso. LICENCIA. CONTRATO DE CONCESION

Las licencias y los contratos de concesión, a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Ley 142 de 1994, deben otorgarse con fundamento en las Leyes que los regulan. Según el artículo 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994, "el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las Leyes especiales pertinentes", pero sin que el artículo 19 de la mencionada Ley se aplique "a bienes distintos de los estatales". El inciso 2o. de la misma disposición agrega que "la remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto". Además, según el párrafo del artículo 39 ibídem, estos contratos se rigen por reglas y principios del Derecho Público. De manera que el acceso al espectro electromagnético, con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios relativos a las comunicaciones, se rige por la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen Legal. SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. LEY POSTERIOR. SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES - Larga Distancia

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 10 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la presente Ley...". Sin embargo, "las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contrato de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrá facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás". La disposición agrega que "cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estará sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa". La Sala considera que la transcrita disposición regula los contratos de las entidades encargadas de prestar servicios domiciliarios y que, en consecuencia, en este aspecto, prevalece sobre el artículo 38 de la Ley 80 de 1993. El artículo 32, párrafo 1o. de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el párrafo 1o. del artículo 332 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de los servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el Derecho Privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo

RADICACION No. 666

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones, relacionada con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Ley 80 de 1993.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Comunicaciones, doctor Armando Benedetti Jimeno, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"- La previsión hecha por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es aplicable a TELECOM como Empresa Industrial y Comercial del Estado que presta servicios públicos de aquellos a los que se refiere esa Ley, y, por tanto, los contratos de TELECOM que tengan por objeto la prestación de esos servicios están regidos por las normas del derecho privado en lo no regulado por dicha normatividad?

- Teniendo en cuenta que los contratos que celebra TELECOM están enmarcados dentro de su objeto, que es la prestación de los servicios de telecomunicaciones, puede entenderse que todos ellos están comprendidos dentro del régimen especial establecidos en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para los contratos que "tengan por objeto la prestación" de los servicios públicos a los que ella se refiere?

- Puede entenderse en general, que la Ley 142 de 1994 sustrajo de la aplicación del Estatuto general de contratación (sic) estatal a las empresas que prestan los servicios públicos o que ella se refiere, para darles un tratamiento especial en razón a la competencia que deben enfrentar con los particulares y a la finalidad social prevalente del Estado?"

LA SALA CONSIDERA:

1o) Como se enuncia en el contexto de la consulta, a diferencia del régimen legal anterior, los contratos de las empresas industriales y comerciales de todos los órdenes quedaron comprendidos por la Ley 80 de 1993 (artículos 1o. y 2o., literal a), ), que los regula de modo general

y específico, a saber:

a) Los contratos que tengan por objeto el ejercicio de actividades que constituyen monopolio, de obra, prestación de servicios, explotación o concesión de bienes de las entidades públicas, en ellos incluidos los de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta asimiladas a aquellas, deben pactar "las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las Leyes nacionales y de caducidad". Las mencionadas cláusulas son obligatorias y se entienden estipuladas aunque no se expresen; sin embargo, en los contratos de suministro son opcionales para las partes (artículo 14, ordinal 2o., de la Ley 80 de 1993).

b) En los demás contratos, entre los cuales se cuentan los "que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales", no procede "la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".

c) El artículo 24, literal m), de la Ley 80 de 1993 exceptúa de la licitación o concurso público -y dispone que se celebren directamente-, entre otros, "los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley". Los contratos excluidos del procedimiento de contratación directa, a que hace referencia la transcrita disposición, son los de obra, consultoría, prestación de servicios, encargos fiduciarios y fiducia pública. d) El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 estableció un régimen especial para algunos contratos de las entidades que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones. Dispuso que "en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios en donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta Ley", sino a los que determinen los estatutos internos, a los cuales también corresponde señalar las cláusulas excepcionales que se deban estipular. Sin embargo, los procedimientos que se adopten deben "desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad" establecidos por la Ley 80 de 1993.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, mediante el Decreto 2123 de 1992, fue convertida en empresa industrial y comercial del Estado. En consecuencia, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 le era aplicable en relación con los contratos a que se refería.

e) El artículo 33, inciso 4o., de la Ley 80 de 1993, dispone que "los servicios y las actividades de telecomunicaciones serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias otorgadas por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1900 de 1993" (artículos 4o., 20, 23, 34, 35, 36, 40 a 48 del Decreto-Ley 1900 de 1990).

f) Del mismo modo, según los artículos 33, parágrafo, de la Ley 80 de 1993 y 3o. de la Ley 37 de 1990, el Estado directamente puede conceder a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones el servicio de telefonía móvil celular.

2o) La Ley 142 de 1994 tiene por objeto regular "los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural" (artículo 1o.). El servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada, según el artículo 14, numeral 26, de la mencionada Ley, tiene por objeto "la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio", "la actividad complementaria de telefonía móvil rural" y el "servicio de larga distancia nacional e internacional". Se exceptúa la telefonía móvil celular que "se regirá, en todos sus aspectos, por la Ley 37 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementan o sustituyan".

3o) La Ley 142 de 1994 regula los contratos de las empresas de servicio público, algunos contratos de entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios y el contrato de servicios públicos, en síntesis, a saber:

a) Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones regidas por disposiciones específicas de la Ley 142 de 1994 y por las reglas y principios del Derecho Privado (artículos 17 a 21 de la Ley 142 de 1994). Sin embargo, aunque, según el artículo 22 ibídem, no necesitan permiso especial para cumplir su objeto social, "para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades". En este mismo orden de ideas, el artículo 25, inciso 1o., ibídem dispone que "quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión con las autoridades competentes, según la Ley, para usar las aguas; para usar el espectro electro-magnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión". Además, de acuerdo con el artículo 26 de la misma Ley, también es menester obtener las licencias y permisos pertinentes de carácter municipal.

Las entidades descentralizadas de todos los niveles, según el artículo 17, parágrafo 1o., de la Ley 142 de 1994, "cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones -de "empresas de servicios públicos", la Sala agrega-, deberán adoptar la forma de las empresas industriales y comerciales del Estado".

Los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, antes referidos, también rigen la actividad de las empresas industriales y comerciales que tengan por objeto prestar servicios públicos domiciliarios.

b) Las licencias y los contratos de concesión, a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Ley 142 de 1994, deben otorgarse con fundamento en las Leyes que los regulan. Según el artículo 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994, "el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las Leyes especiales pertinentes", pero sin que el artículo 19 de la mencionada Ley se aplique "a bienes distintos de los estatales". El inciso 2o. de la misma disposición agrega que "la remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el

contrato o expida el acto". Además, según el párrafo del artículo 39 ibídem, estos contratos se rigen por reglas y principios de Derecho Público.

De manera que el acceso al espectro electromagnético, con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios relativos a las comunicaciones, se rige por la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990.

c) El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 1o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la presente Ley...". Sin embargo, "las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrá facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás". La disposición agrega que "cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

La Sala considera que la transcrita disposición regula los contratos de las entidades encargadas de prestar servicios domiciliarios y que, en consecuencia, en este aspecto, prevalece sobre el artículo 38 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 32, párrafo 1o., de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el párrafo 1o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el Derecho Privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994.

d) En fin, la Ley 142 de 1994 también regula "el contrato de servicios públicos" que, según el artículo 132 ibídem, "se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil".

Además, de acuerdo con el artículo 128, inciso 3o, de la misma Ley, "los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional o internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contienen esta Ley".

Con fundamento en lo expuesto

[Ver el art. 3, Ley 689 de 2001](#)

LA SALA RESPONDE:

1o) El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse mediante licencia o contrato de concesión, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y los artículos 22, 25 y 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994.

2o) El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 subrogó parcialmente el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 y es aplicable a los contratos que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones celebre con el objeto específico de prestar los servicios domiciliarios que le corresponden.

3o) El contrato de servicios públicos, incluido el servicio de larga distancia nacional e internacional, está regulado por los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretario de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala;

Nubia González Cerón,

Javier Henao Hidrón,

Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 24 de febrero de 1995.

*Fecha y hora de creación: 2024-11-08 22:54:03*