



RESOLUCIÓN N° 000240 DE 03/06/2021

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Expediente N° 3057

**LA SUBDIRECTORA DE VIGILANCIA Y CONTROL
DE LA AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO**

En ejercicio de las facultades legales establecidas en los numerales 4° y 10° del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, el numeral 10° del Decreto N° 93 de 2010 y la Resolución N° 545 del 8 de noviembre de 2011 proferida por esta Entidad,

CONSIDERANDO;

ANTECEDENTES

Que, las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. allegaron a esta Entidad, sendos documentos contentivos de denuncias en contra de las compañías PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S y AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, los cuales se identificaron con los radicados N° GD-007326-E-2020, GD-007423-E-2020, del 26 y 28 de julio de 2020, respectivamente; GD-007627-E-2020 del 31 de julio de 2020, GD-007840-E-2020 y GD-007858-E-2020 del 5 de agosto de 2020; GD-008030-E-2020 del 10 de agosto de 2020 y GD-008103-E-2020 de 11 de agosto de 2020 y GD-008231-E-2020 de agosto 12 de la misma anualidad.

Que, en virtud de lo denunciado, el Grupo de Control Técnico del Espectro de esta Subdirección llevó a cabo verificación y monitoreo en la ciudad de Bogotá durante los días 12 y 13 de agosto de 2020, en las bandas de frecuencia de 700 MHz y AWS, asignadas para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, hallándose ocupación y uso de las frecuencias 723 MHz–733 MHz (uplink) y 778 MHz–788 MHz (downlink), individualizándose además cómo su posible responsable a la sociedad AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN con NIT. 830.016.046-1, tal como consta en el Análisis de Visita N° 7316 remitido por parte del referido grupo interno de trabajo.

Que, este Despacho, mediante Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020, ordenó iniciar un proceso administrativo de carácter sancionatorio y en consecuencia elevó pliego de cargos en contra de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, en virtud de la posible incursión en una infracción al ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, específicamente la que se encuentra descrita en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Que, de acuerdo con el artículo séptimo del citado acto administrativo, se tuvieron como terceros interesados en la investigación a las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Que, los hechos, las imputaciones jurídicas y los cargos en los cuales se fundamentó la presente actuación administrativa, se indicaron en el acto administrativo de formulación de cargos.

Que, el citado acto fue notificado personalmente por medios electrónicos a los interesados en este proceso, por conducto de los oficios del 18 de agosto de 2020, recibidos por sus destinatarios ese mismo día, los cuales se identificaron con los radicados GD-008330-E-2020, GD-008334-E-2020 y GD-008335-E-2020, de acuerdo con las preceptivas del Decreto 491 de 2020.

Que, dentro del término legal, la sociedad investigada a través de apoderado especial presentó escrito de descargos el cual fue radicado con el N° GD-009467-E-2020 del 7 de septiembre de 2020, y, en el que deprecó que fueran tenidas en cuenta las pruebas documentales allegadas con una solicitud de nulidad previamente radicada en esta dependencia.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Que, con ocasión de la solicitud de nulidad mencionada en el considerando anterior, este Despacho profirió la Resolución N° 253 del 8 de septiembre de 2020, la cual fue notificada a la investigada y a los terceros intervinientes mediante radicados GD-009572-E-2020, GD-009576-E-2020 y GD-009578-E-2020, respectivamente, del 9 de septiembre hogaño, siendo recibida ese mismo día por parte de sus destinatarios.

Que, mediante Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020, se dio apertura al correspondiente periodo probatorio por el término treinta (30) días contados a partir de su expedición.

Que, el auto referenciado en el punto anterior gozó de la respectiva publicidad, comoquiera que a través de los oficios N° GD-0015775-E-2020, GD-0015776-E-2020, GD-0015777-E-2020, GD-015778-E-2020 y GD-0015779-E-2020 del 30 de diciembre de 2020, enviados por medios electrónicos, se puso a disposición –tanto de la investigada como de los terceros intervinientes– copia del mismo, comunicaciones que fueron recibidas ese mismo día, tal como consta en los certificados de entrega de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. “4-72” que reposan en el expediente.

Que, una vez concluido el periodo probatorio, por conducto de los oficios radicados bajo los N° GD-004791-E-2021; GD-004792-E-2021 y GD-004793-E-2021 del 16 de abril de 2021, remitidos por medios electrónicos ese mismo día, según dan cuenta los certificados N° E44272737-R, E44273531-R y E44296690-R de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. “4-72”, se corrió traslado a la investigada y a los terceros intervinientes, respectivamente, para que alegaran de conclusión, en aplicación al artículo 48 de la Ley 1437 de 2011, por expresa remisión de la modificación al artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, introducida por el artículo 28 de la Ley 1978 de 2019.

Que, la implicada a través de radicado N° GD-005348-E-2021 del 29 de abril de 2021 allegó escrito de alegatos de conclusión, el cual debe entenderse presentado en tiempo, comoquiera que el plazo para su remisión vencía el 30 de abril de 2021.

Que, por su parte, las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por conducto de los radicados N° GD-005266-E-2021 del 28 de abril de 2021 y GD-005347-E-2021 del 29 de abril de 2021, respectivamente, remitieron en tiempo también sus alegaciones finales.

Que, el día 21 de mayo de 2021 a través de correo electrónico, la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. arrimó a este expediente un documento que denominó como “alcance a alegatos de conclusión” el cual se identificó con el radicado N° GD-006575-E-2021 del 24 de mayo de 2021.

Que, el problema jurídico a resolver en el caso bajo examen se centra en determinar si para el momento de los hechos que comportaron el accionar sancionador del Estado en cabeza de esta Entidad, la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN habría hecho uso del espectro radioeléctrico en las frecuencias 723 MHz – 733 MHz (uplink) y 778 MHz – 788 MHz (downlink) sin contar con un permiso previo y expreso del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo cual podría ser constitutivo de la infracción prevista en el numeral 3° del artículo 64 *ibidem*. O si por el contrario le asiste algún tipo de legitimación y amparo para el uso de estas frecuencias en la prestación del servicio de telecomunicaciones IMT.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Que, el Estado como autoridad suprema debe atender a unos fines, derechos, obligaciones y deberes que es menester cumplir, tales como: servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución y, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo al servicio de la comunidad, así como propender por la garantía del interés general.

Que, en este contexto, la Constitución Política en su artículo 2° dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en el país en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Que, desde el ámbito del derecho internacional, y específicamente desde los lineamientos y definiciones dadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT–, de la cual hace parte el Estado colombiano, se ha entendido el espectro radioeléctrico como un recurso natural escaso, el cual debe ser utilizado de forma eficiente a efectos de procurar la garantía de acceso al mismo por parte de todos.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Que, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, el citado recurso se encuentra incluido en el capítulo segundo de la Constitución Política, que hace referencia a los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹, y específicamente en el artículo 75 se consagra que el espectro electromagnético es un bien público, inenajenable (sic) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, idea que por su importancia y amplitud será retomada, examinada y expuesta en expansión en un acápite específico del presente acto administrativo.

Que, a su turno, al gozar de rango constitucional, ha tenido oportunidad la Corte Constitucional como guardiana y máxima interprete de nuestra Carta Política, de reconocer que el espectro radioeléctrico es uno de los elementos constitutivos del territorio colombiano y, en su condición de bien público, su propiedad es de la Nación y su administración compete al Estado².

Que, el mandato del numeral 8° del artículo 95 de la norma superior impone sobre todos los miembros del territorio nacional la responsabilidad de proteger los recursos naturales del país³.

Que, en desarrollo de los principios de intervención derivados de la Constitución Política, los cuales denotan un mandato imperativo para el Estado, este, a través del artículo 4° de la Ley 1341 de 2009 dispuso la intervención en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el objetivo de lograr fines como el establecido en su numeral 7° –posteriormente modificado por el artículo 4° de la Ley 1978 de 2019– y que a su tenor literal reza:

“ARTÍCULO 4o. 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 Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

(...)

7. <Numeral modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, 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.” (Subrayas añadidas)

Que, por otra parte, el artículo 11 de la referida Ley, modificado por el artículo 8° de la Ley 1978 de 2019, en un sentido unívoco, específico y puntual establece que el uso del espectro radioeléctrico requiere de permiso previo y expreso, otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y que dicha autoridad es la única investida de potestad para autorizar cualquier cesión de estos permisos, así como además informa que el Gobierno nacional goza de potestad reglamentaria tratándose justamente de la figura de la cesión del espectro. Al respecto dispone:

“ARTÍCULO 11. ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

(...)

¹ Esta tipología de derechos hace referencia a los denominados derechos humanos de segunda generación, los cuales gozan de una finalidad cual es, garantizar el bienestar de los seres humanos en orbitas y dimensiones que tienen que ver con las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida digna, refiriéndose de esta forma a aspectos tales como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente sano, la cultura, etc.

Al respecto consúltese <https://www.escri-net.org/es/derechos>

² Corte Constitucional. Sentencia C – 634 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

³ Constitución Política: “Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.” (Realzado)

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

PARÁGRAFO 2o. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos hasta por el plazo del permiso inicial o el de su renovación, 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 previamente establecidos en el acto de asignación del mismo. Se deberá actualizar la información respectiva en el Registro Único de TIC. La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico solo podrá realizarse siempre y cuando el asignatario, a la fecha de la cesión, esté cumpliendo con todas las obligaciones dispuestas en el acto de asignación, dentro de los plazos definidos en el mismo, incluyendo la ejecución de obligaciones de hacer cuando estas hayan sido establecidas. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones incorporará en el acto que autoriza la cesión las condiciones técnicas y económicas de mercado, que se evidencien al momento de la autorización.

El Gobierno nacional reglamentará la materia teniendo en cuenta criterios, entre otros, como el uso eficiente del espectro, el tipo de servicio para el cual se esté utilizando el espectro radioeléctrico objeto del permiso, y las condiciones específicas del acto de asignación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico a ceder e igualmente, un término mínimo a partir del cual se podrá realizar la cesión.” (Subrayas fuera del texto original).

COMPETENCIA DE LA AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO

Que, por mandato del legislador, se creó la Agencia Nacional del Espectro (artículo 25 de la Ley 1341 de 2009), a la que a través del artículo 2° del Decreto 4169 de 2011 le fue modificada su naturaleza jurídica de una Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, a una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía técnica, administrativa, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el objeto de brindar soporte técnico para la gestión, planeación y ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico.

Que, de conformidad con lo previsto en los numerales 4°, 10° y 11 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, a la Agencia Nacional del Espectro le compete:

“ARTÍCULO 26. FUNCIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO. La Agencia Nacional del Espectro tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

(...)

4. Ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política⁴.

(...)

10. 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.

11. 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.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control, la Agencia Nacional del Espectro podrá contar con Estaciones Monitoras fijas y móviles para la medición de parámetros técnicos; la verificación de la ocupación del espectro radioeléctrico; y la realización de visitas técnicas a efectos de establecer el uso indebido o clandestino del espectro, en coordinación y con apoyo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”

⁴ Téngase en cuenta que por virtud del artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2011, el artículo 76 de la Constitución Política fue derogado: De manera que este postulado constitucional en la actualidad ya no surte efectos.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Que, además, con la expedición de la Ley 1978 de 2019, el legislador determinó que esta Agencia gozaría de competencia para adoptar todas aquellas medidas necesarias para disponer del cese del uso no autorizado del espectro, para lo cual preceptuó lo siguiente:

“ARTÍCULO 35. CESE DE OPERACIONES NO AUTORIZADAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. La Agencia Nacional del Espectro podrá tomar todas las medidas que considere necesarias para que cese el uso no autorizado del espectro radioeléctrico y, en caso de flagrancia, dicha entidad o las Fuerzas Militares o de Policía impondrán la medida cautelar de decomiso provisional de manera inmediata.

En los casos en que el espectro radioeléctrico sea usado sin autorización, la Agencia Nacional del Espectro podrá ordenar, mediante resolución motivada, el registro y decomiso preventivo de los bienes para cuya ejecución contará con el acompañamiento de las Fuerzas Militares o de Policía o se realizará por estas directamente. En los casos en que dicho uso provenga de lugares de habitación, la Agencia Nacional del Espectro y las Fuerzas Militares y de Policía deberán solicitar autorización judicial para adelantar la inspección y registro de estos lugares, ante el juez civil municipal o, en caso de que este no exista en el lugar, ante el juez promiscuo. El juez ante quien se radique la solicitud dará respuesta a la misma dentro de las 72 horas siguientes a su presentación.

Dentro del año posterior a la entrada en vigor de la presente ley, la Agencia Nacional del Espectro reglamentará las actividades y procedimientos que conllevan el cese de operaciones del uso no autorizado del espectro radioeléctrico.

(...)”

Que, a propósito de la antedicha facultad, la Agencia Nacional del Espectro, expidió la Resolución N° 134 del 28 de mayo de 2020, a través de la cual se reglamentó el artículo 35 arriba citado de la Ley 1978 de 2019.

Que, además, en la Ley 1341 de 2009 reside el régimen de infracciones y sanciones para los casos de desconocimiento al ordenamiento de las telecomunicaciones, e igualmente allí se fijó el procedimiento sancionatorio que debía surtirse, cuerda procesal que posteriormente fue modificada por el artículo 28 de la Ley 1978 de 2019, en donde el legislador determinó que a esta clase de trámites administrativos punitivos se les aplicarían las reglas del procedimiento sancionatorio general dispuestas en el CPACA, el cual debe estar precedido de las garantías del debido proceso.

Que, el numeral 10° del artículo 7° del Decreto 93 de 2010 establece que es función de la Subdirección de Vigilancia y Control de la Agencia Nacional del Espectro adelantar las actuaciones administrativas para establecer posibles infracciones al régimen nacional del espectro.

Que, con relación a la facultad sancionadora, la competencia del Estado para hacer cumplir el orden jurídico cuenta con algunos lineamientos y principios de carácter constitucional y legal que son de obligatorio cumplimiento. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-233 del 4 de abril de 2002 con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis, señaló:

“Al respecto cabe recordar a título de ejemplo el análisis efectuado por la Corte en relación con el régimen sancionatorio en materia administrativa. Así al examinar algunas competencias atribuidas al Banco de la República esta Corporación señaló lo siguiente:

“5.1.2. En la doctrina⁵ se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras)

⁵ Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso –régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta⁶), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem.”⁷

Estos principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el ius puniendi del Estado. Legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem-, resultan aplicables a los diferentes regímenes sancionatorios establecidos — penal disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario-, o que se establezcan por el legislador para proteger los diferentes bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas...”

Que, en línea con lo anterior, el citado tribunal, ha efectuado consideraciones referentes al debido proceso aplicable a las actuaciones administrativas que se cumplen en ejercicio del poder punitivo del Estado y, en particular, el de policía, en los siguientes términos:

“El artículo 29 de la Constitución establece que el debido proceso ha de aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas. Significa lo anterior, como lo ha establecido esta Corporación en reiterados fallos, que cuando el Estado en ejercicio del poder punitivo que le es propio y como desarrollo de su poder de policía, establece e impone sanciones a los administrados por el desconocimiento de las regulaciones que ha expedido para reglar determinadas materias, y como una forma de conservar el orden y adecuado funcionamiento del aparato, ha de ser cuidadoso de no desconocer los principios que rigen el debido proceso, entre ellos, los principios de legalidad, tipicidad y contradicción...”⁸

Que, de acuerdo con lo expuesto, la Subdirección de Vigilancia y Control es competente para proferir el Acto Administrativo por el cual se decida de fondo esta actuación.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Como quedó consignado en los antecedentes de esta Resolución, el apoderado de la investigada, a través del radicado N° GD-009467-E-2020 del 7 de septiembre de 2020, ejerció el derecho de defensa y contradicción, a fin de obtener su archivo, para lo cual realizó una extensa exposición de diversas razones por las cuales considera que la actuación debe ser resulta de manera favorable a su prohijada, desbordando con ello su ejercicio de defensa en distintos aspectos, situaciones y circunstancias que no presentan relación directa o concomitante con el fundamento de este asunto.

Pertinente es entonces precisar que, para efectos metodológicos y de esta forma concentramos en las razones que convocaron el inicio de esta actuación, la Subdirección advierte entonces que, prescindirá de cualquier referencia, transcripción o mención de situaciones que no tengan que ver directamente con la imputación endilgada y que aquí deberá resolverse.

Advertido lo anterior, y centrándonos en los argumentos de la defensa, estos se agruparán de la siguiente manera:

1. Indebida notificación del Acto Administrativo de formulación de cargos.

Luego de citar los diferentes documentos que la investigada recibió por parte de esta Subdirección con ocasión del inicio de la investigación, así como de mencionar las normas del CPACA que contienen las reglas de notificación de los actos administrativos, afirmó su apoderado, que, en esta actuación no se dio cumplimiento a tales preceptos, por dos razones:

⁶ Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-564 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

1. Porque se pretendió notificar por medios electrónicos el Acto N° 28 de 18 de agosto de 2020 sin que mediara autorización de su representada, lo cual comporta una violación al debido proceso.
2. Porque, no se dio acceso al expediente sino hasta dos días después de notificado el pliego de cargos.

A renglón seguido advierte que, pese a estos reproches, su representada se dio por notificada el día 19 de agosto de 2020, a través de la figura de la conducta concluyente, en el momento en que interpuso una solicitud de nulidad sobre todo lo actuado.

2. Objeciones frente a las afirmaciones de los quejosos.

Toda vez que este trámite cuenta con la intervención de terceros a quienes se les reconoció dicha calidad, el apoderado de la implicada efectuó una serie de objeciones, tal como el mismo las denominó, respecto de las denuncias de aquellos por considerarlas falsas, además de asegurar, que, esas sociedades no pueden tener la calidad de terceros interesados pues no acreditaron que pudieran resultar afectadas con la conducta de su poderdante, de donde se destaca lo siguiente:

- No es verdad que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. tuviera el control operativo, financiero y societario de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y que por ello funcionaran como una sola empresa desde el 12 de febrero de 2020, pues se trata de dos compañías claramente diferenciadas que hacen parte de un mismo grupo empresarial, pero con personería jurídica y autonomía patrimonial, técnica, administrativa y financiera.
- No es verdad que el otorgamiento de unas garantías mobiliarias *per se*, constituyera una cesión de espectro sin acudir a los mecanismos y autoridades que la Ley establece, así como tampoco que hubiese existido una cesión, ni de derecho, ni de facto, del permiso de uso de espectro.
- Tampoco es cierto que la investigada o la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. hubiesen incumplido sus deberes de información a las autoridades.
- No es cierto que AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN no tenga vigentes permisos para uso del espectro radioeléctrico y que esta haga uso del espectro sin el respectivo permiso debidamente otorgado por el MINTIC.
- Tampoco es cierto que el espectro que le fue autorizado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. este siendo utilizado por la investigada de forma ilegal y clandestina.
- No pueden ser de recibo las pruebas técnicas aportadas por los denunciantes a través de las cuales informaron de un uso, posiblemente ilegal, del espectro por parte de la investigada, toda vez que no cuentan con facultad para ello.
- No es ilegal que dos PRST realicen actividades conjuntas de colaboración o cooperación.

De otra parte, aseguró la defensa de la encartada que, el procedimiento adelantado por el Grupo de Control Técnico del Espectro de esta Subdirección, y que constó en el Informe Técnico N° 7316 es abiertamente inconducente puesto que su propósito no fue otro que el de recaudar material que evidenciara quién ostentaba la propiedad o el control de las estaciones radioeléctricas operativas en el bloque de frecuencias asignado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

3. Falta de competencia de la Agencia Nacional del Espectro.

El mandatario sustenta este argumento en el hecho de que en el acto de formulación de cargos, la Subdirección invocó como cláusula de competencia el numeral 10 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, lo que le lleva a concluir que las únicas conductas que pueden ser consideradas como infracciones son las que se encuentran tipificadas en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, lo que significa que le está vedado a este Despacho considerar como infracciones los comportamientos que pudieran establecerse en el “régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, aun cuando se halle definido por el Ministerio por vía de Resolución.

Por consiguiente, señala que, la motivación del pliego de cargos solo puede entenderse en el sentido que la única infracción aplicable es la dispuesta en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, y en ese sentido, esta Subdirección no podría aplicar ningún otro régimen, como tampoco darle una dimensión a dicho precepto el cual este no contempla.

En consecuencia, considera que, el pliego de cargos viola la exigencia prevista en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 según la cual, deben señalarse con precisión y claridad las disposiciones presuntamente vulneradas, e incluso se desconoce el principio de legalidad, toda vez que, se invocó como conducta constitutiva de

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

infracción, el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8° de la Ley 1978 de 2019 en donde no se hace una descripción normativa de algún tipo de falta al régimen del espectro.

Quiere decir que, el Despacho incurrió en una indebida tipificación de la conducta infractora, así como en una errada atribución de competencias e imprecisión y falta de claridad en la formulación del cargo.

Para soportar estos argumentos, cita fragmentos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a saber, sentencias: T-1341 de 2001; T-928 de 2010 y C-329 de 2000.

4. Defectos procedimentales de la actuación que violan el debido proceso.

Refiere que, con la expedición del acto de formulación de cargos, se quebrantó el derecho fundamental al debido proceso puesto que, no se tramitó de forma separada tanto el inicio de la actuación como la formulación de cargos, sino que estos se hicieron en un solo momento procesal.

Además, señala nuevamente que se ha desconocido el criterio de claridad y precisión que prevé el artículo 47 del CPACA en tanto que no resulta diáfano para la investigada el procedimiento adelantado ni el fundamento de este, ya que observa una confusión entre la ritualidad que disponía la Ley 1341 de 2009 y la prevista en el CPACA, lo que le lleva a concluir que el único procedimiento válido y aplicable era el previsto justamente en el Código, además que:

- El CPACA es una norma posterior y especial a la Ley 1341 de 2009, la cual establece específicamente un procedimiento sancionatorio, lo que significa que dicha norma posterior sustituyó cualquier otra norma.
- En la Ley 1341 de 2009 no se previó que el procedimiento allí dispuesto pudiera ser aplicado por la ANE ya que según su artículo 63, solo se otorgó competencia al MINTIC.
- Finalmente, cualquier duda que pudiera cernirse quedó despejada con la expedición de la Ley 1978 de 2019, la cual en su artículo 29 dispuso una remisión al procedimiento fijado en el artículo 47 del CPACA.

Así las cosas, concluye que el acto de inicio de la investigación es confuso y por lo tanto está viciado y comporta una vía de hecho, por cuanto allí se hizo alusión al régimen general del Título III del CPACA y en otros apartes se indica que el procedimiento sancionatorio será el del artículo 47 *ibidem*, pero además se citan normas de infracciones y sanciones de la Ley 1341 de 2009 y su modificación de la Ley 1978 de 2019, lo que atenta contra la obligación fijada en el tantas veces citado artículo 47 del CPACA e imposibilita a la investigada ejercer una efectiva defensa.

Por otra parte, asegura que, al acto de formulación de cargos, debió precederle el agotamiento de una averiguación preliminar, la cual era obligatorio comunicar a la implicada, situación que en este asunto no aconteció, desconociéndose así el debido proceso y el derecho de defensa, ya que, en su sentir, el sujeto en esa etapa puede participar, rendir sus opiniones, presentar y controvertir las pruebas recaudadas, así como solicitar la cesación del procedimiento.

De manera que, solo agotada la fase preliminar, le quedaba habilitado el camino a la Administración para formular cargos en donde debía señalarse con precisión y claridad los hechos originadores de la investigación, las personas objeto de la misma, así como las disposiciones presuntamente vulneradas y las medidas que serían procedentes, actuación preliminar que al haber sido pretermitida, vicia el Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020 puesto que viola la presunción de inocencia y riñe con los principios de favorabilidad, imparcialidad, economía, eficacia y publicidad que son de obligatoria observancia para la Administración, conforme al artículo 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011.

Como fundamento en lo anterior, informa que la Corte Constitucional ha señalado que el derecho de defensa no se satisface solo con la posibilidad de brindar al investigado la oportunidad de presentar descargos y de interponer recursos. No obstante, deja de informar el soporte jurisprudencial en el que basa tal argumento.

Señala también que, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado, es palmario que, existen dos fases completamente distintas y obligatorias, que no pueden tramitarse de manera conjunta, cuales son, la de inicio de la actuación y la de la formulación de cargos, las cuales, en consecuencia, es menester llevar en actuaciones separadas (Sentencia Rad. 08001233100020110145501. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López).

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Concluye este apoderado que, con base en la jurisprudencia contencioso-administrativa, al expedirse de forma conjunta tanto el inicio de la actuación como la formulación de cargos, se pretermite la posibilidad que el investigado tenía para solicitar la cesación del procedimiento sancionatorio, lo cual a su vez, limita las posibilidades de defensa de este, al dejarle sólo la posibilidad de ejercerla hasta la presentación de descargos, lo que se traduce que este vicio, *per se*, es suficiente para que sea archivado el expediente N° 3057.

Considera además que, su derecho de contradicción oportuna a las pruebas recaudadas se ha quebrantado en la medida que en el acto de formulación de cargos se ordenó incorporar y tener como pruebas las que fueron allí enunciadas, sin que se le dieran a conocer al sujeto procesal y sin identificarse, individualizarse y justificarse su conducencia y pertinencia.

Advierte entonces que, no puede adelantarse un procedimiento administrativo sin que al investigado se le den a conocer las supuestas pruebas que tanto los quejosos con la misma Administración recaudan en su contra y más grave aún, que con esas pruebas ocultas se formularan cargos, lo que significa que se estaría juzgando anticipadamente con pruebas que tendrían la calidad de espurias.

Existe, en su sentir, una indebida interpretación y aplicación de la infracción que fue imputada, esto es, la contenida en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, pues señala que esta conducta es necesariamente culposa y la misma no cumple con los requisitos previstos por la Corte Constitucional para que exista responsabilidad objetiva en el régimen administrativo sancionatorio.

Al respecto adiciona, haciendo mención a la sentencia C-329 de 2000, que la infracción imputada conlleva necesariamente la acción voluntaria de aprovecharse de una cosa de manera activa e ilícita y que además, es a la ANE a quien le corresponde probar que el investigado efectivamente pretendió hacer uso del espectro radioeléctrico de manera clandestina, frente a lo cual concluye que una vez revisado el expediente no se encontró evidencia alguna de que esa carga de la prueba se hubiera satisfecho para determinar el mérito del cargo imputado.

En cuanto al alcance de la conducta imputada, arguye que el texto del numeral 3° multicitado, no exige que el correspondiente permiso sea de titularidad del investigado quien usa el espectro y manifiesta que lo que exige la norma es que cualquier uso que se haga del espectro esté amparado por un permiso de uso otorgado a cualquier título, bien sea por el Estado o por la persona a la que el Estado le haya reconocido la posibilidad de usar las frecuencias, que dicho permiso esté vigente, que corresponda al espectro que se usa y finalmente que ese usuario a su vez esté amparado por el permiso que se confiere.

Como ejemplo de lo anterior, argumenta que, el espectro radioeléctrico se usa por personas que no son titulares del permiso como ocurre con los usuarios de los terminales móviles o los OMV y aclara que en ambos casos se hace uso legítimo del espectro al contar con el permiso del titular de la asignación, por lo tanto concluye que, el alcance de la conducta imputada es hacer uso del espectro radioeléctrico sin permiso ya sea porque el Estado no lo ha otorgado o porque no ha sido conferido a cualquier título por el asignatario del mismo.

Adicionalmente agrega que, el acto administrativo de apertura de investigación quebranta los principios contenidos en el artículo 3° del CPACA. Al respecto, refiere que la Administración al adelantar un procedimiento con pruebas secretas y sin informar de las quejas al interesado, quebrantó el principio de buena fe con el que está obligada a actuar.

Igualmente, la Administración al imputar el cargo basándose en suposiciones y deducciones contenidas en los documentos de los quejosos, no presumió la buena fe y la inocencia del investigado y el escaso esfuerzo investigativo estuvo encaminado a tratar de probar lo manifestado por los quejosos y no a determinar la verdad del comportamiento del sujeto implicado y el alcance la infracción imputada.

Dedica también parte de sus censuras y reproches a la orden de cese de operaciones dictada por este Despacho, para destacar que aquella constituye un prejuzgamiento repudiable, ilegal, injustificado y carente de todo soporte probatorio, que se convierte en una grave sanción anticipada y es evidencia irrefutable de la violación de la presunción de inocencia y del actuar arbitrario e injustificado de la ANE.

Por otra parte, considera que la investigación contiene otros vicios de procedimiento que se resumen en los siguientes ítems:

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

- En el artículo primero del acto de apertura no se incorpora expresamente el cargo único, los motivos del cargo requieren ser inferidos a partir de los considerandos.
- El cargo es violatorio de los artículos 3 y 47 del CPACA por cuanto no se precisa cuál es la norma infringida.
- En la formulación de cargos se cita el artículo 11 y el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, normas que tutelan dos bienes jurídicos distintos, frente a lo cual señala que, en materia sancionatoria, no hay lugar a aplicar la analogía, la sistematicidad o “englobamiento”, por lo que el juzgador debe ceñirse a las conductas que estén tipificadas en la norma.

5. Falta de mérito del cargo único.

Previo a desarrollar este punto, realizó una serie de afirmaciones personales según él a título de precisión, las cuales tienen que ver con lo siguiente:

- AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN es un PRST debidamente registrado en el registro TIC, circunstancia que la ANE conocía o debía conocer; siempre ha utilizado el espectro radioeléctrico que le ha sido asignado en los permisos y ha cancelado las contraprestaciones correspondientes a estos.
- Su poderdante puede dar en arrendamiento sus bienes y equipos.
- Dicha compañía tiene una importante base de usuarios a los que les presta un servicio público esencial de telecomunicaciones móviles terrestres.
- Mediante la Resolución N° 2103 del 31 de julio de 2019 el MINTIC le otorgó un permiso para usar unas frecuencias. El objeto de dicho permiso fue asegurar la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones en las zonas del país de mayor criticidad por la concentración de clientes, este permiso fue renovado a través de la Resolución N° 1903 de 2019 y en virtud de ello dicha empresa realizó una inversión en radio bases marca Nokia para asegurar la continuidad del servicio.
- La compañía adelantó un proceso de reorganización al cual fue admitida mediante Auto del 11 de diciembre de 2019, por lo que no materializó su intención de participar en la subasta para la banda de frecuencias 700 MHz tramitada por el MINTIC.
- AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. son empresas independientes entre sí con autonomía patrimonial, técnica, administrativa y financiera, y solo hacen parte del mismo grupo empresarial pues están controladas por la misma matriz.
- La investigada no tuvo la oportunidad de explicar, antes de la formulación de cargos, que en uso de sus facultades legales celebró un acuerdo de uso de capacidad en la red inalámbrica; de arrendamiento de infraestructura, y, un plan piloto.
- La ejecución del plan piloto finalizaba el 31 de agosto de 2020 pero fue suspendida debido a la orden de cese de operaciones contenida en el pliego de cargos, sin embargo, señala que dichas operaciones están autorizadas y no constituyen ni un uso indebido ni un aprovechamiento ilegal del espectro radioeléctrico.
- AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, bajo confidencialidad, puso en conocimiento del MINTIC y de la ANE, las pruebas que acreditan que está autorizada por PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. como titular de la red para hacer uso de esta.

Asegura que, el cargo no goza de sustento ya que su prohijada hizo uso legítimo de una red que le fue provista por PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. de manera voluntaria, previa y expresa como consecuencia de un contrato oneroso ajustado a la Ley y a la política pública del actual gobierno, lo que le permitía completar su red de telecomunicaciones en aras de prestar este servicio público esencial.

Con base en lo anterior, reafirma que, no resulta ser cierto que su mandante haya hecho un uso no autorizado del espectro radioeléctrico, pues contaba con autorización como ya se mencionó, lo cual se corresponde con las prácticas habituales de la industria y del sector TIC.

Asevera que, los acuerdos celebrados entre las dos empresas mencionadas no tuvieron, ni han tenido la finalidad ni el efecto de recibir ni ceder los permisos del uso de espectro radioeléctrico asignado a quien le proveyó capacidad necesaria de red radioeléctrica. Esto es, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., pues dicha sociedad es la que utiliza directamente el espectro para la conformación de las redes y servicios que presta y tiene contratados AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN. De manera que, el supuesto del que parte el acto de formulación de cargos es inexistente, ya que el espectro se ha utilizado de forma legítima por su titular y a la luz del ordenamiento los contratos celebrados son válidos y el titular de los permisos goza con libertad para prestar, operar, autorizar y permitir la provisión de todo tipo de redes y servicios de telecomunicaciones.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Continúa su disertación enfatizando en que la investigada cuenta con autorización y permiso previo y expreso, en este caso del titular de la licencia de uso de espectro –PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.– lo cual se corresponde tanto con la Ley y la regulación, como con las políticas públicas del presente gobierno presidencial.

A manera de colofón, advierte que, en la investigación se ha pretendido invertir la carga de la prueba para que sea justamente la investigada, bajo un supuesto factico de ilegalidad que no se halla probado, quien deba acreditar que ha obrado dentro del marco legal.

Reitera que, acuerdos entre PRSTM como los celebrados en este caso encuentran soporte legal tanto en la Constitución Política como en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019 y en normas de derecho público internacional y que desarrollan además las políticas del actual gobierno, para lo cual presenta un análisis de los conceptos de redes y servicios de telecomunicaciones y lo que estos comprenden, a efectos de poder concluir que el espectro radioeléctrico es un bien que conforma una red y como perteneciente a esta puede ser objeto de comercialización a terceros, lo cual para el abogado está en línea con el régimen de las redes de telecomunicaciones.

Prosigue en su análisis exponiendo las distinciones históricas que han tenido los conceptos de provisión de redes y provisión de servicios de telecomunicaciones, para lo cual presenta una descripción de cada una de estas figuras a partir de lo que otrora contempló el derogado Decreto-Ley 1900 de 1990, puntualizando en que desde aquellas épocas se imponía el deber a todos los operadores de poner a disposición de los demás las redes y capacidades que les fueran solicitadas.

Con base en el aludido Decreto derogado en la actualidad, cita la definición que allí se contempló para el servicio de telecomunicaciones denominado “servicio portador”, el cual tuvo como objeto promocionar la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de una red de telecomunicaciones, señalando algunas de las normas a través de las cuales este servicio ha sido reglamentado, a saber: Decretos 1119 de 1997; 556 de 1998; 1367 de 2000; 447 de 2004, así como también citó documentos de la antigua Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –ahora CRC–.

Lo anterior, a efectos de concluir que desde el año 1990, proveer capacidad de red es una imposición legal para los operadores, y que, al expedirse la Ley 1341 de 2009 esta circunstancia se profundizó ya que el Estado debe promover el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos como el espectro, y que, en la Ley 1978 de 2019, el despliegue de infraestructura hace parte de la obligación de permitir la conectividad mediante la provisión de red de telecomunicaciones, lo cual debe ser reconocido y asegurado por parte de las autoridades del sector TIC en Colombia.

Afirma además que, el concepto de habilitación general previsto en el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019, faculta a los PRSTM a proveer todos los servicios públicos de telecomunicaciones; proveer, instalar, ampliar, modificar, operar y explotar las redes de telecomunicaciones que se suministren al público, dentro de lo que está comprendido ofrecer, contratar y suministrar dichas redes y sus capacidades a otros PRSTM y a otras personas que no sean PRSTM, lo que significa que para ello pueden empelar elementos o capacidades propias, de terceros o una combinación de unos y otros.

Menciona también que, los permisos de uso de espectro radioeléctrico son elementos de la red de telecomunicaciones según el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8° de la Ley 1978 de 2019, que deben, (i) respetar la neutralidad tecnológica, (ii) no generar interferencia con otros servicios, y (iii) ser compatible con las tendencias internacionales del mercado.

Advierte que, por el hecho de que algunos PRSTM no cumplan con dichos mandatos y que las autoridades no velen por su exigencia, no se deroga la fuerza vinculante de las normas que prohíben negarse a compartir las redes.

Asimismo, menciona que, respecto del uso compartido de redes no hay norma que lo prohíba y que con base en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 los actos y contratos de los PRSTM, se rigen por las normas del derecho privado. De modo que, no requieren de permiso previo salvo que expresamente se halla previsto dicha atribución en la Ley, como sería el caso de la cesión de permisos de espectro, lo que significa que las autorizaciones para la provisión y compartición de redes no requieren de la aquiescencia previa del MINTIC.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En consecuencia, sería un error concluir que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada se encuentre sometida a la aprobación previa del Estado, y como ejemplo de dicho principio en el sector TIC refiere contratos tales como arriendo de equipos, conectividad, de fibra oscura, IRU de fibra óptica, *bearer channel*, última milla, co-ubicación, compartición de infraestructura, provisión de instalaciones esenciales, interconexión, OMR, OMT, RAN, entre muchos otros celebrados a lo largo de la historia por parte de los distintos agentes del mercado, máxime cuando en la actualidad –derivado del artículo 11 de la Ley 1978 de 2019– los PRSTM tienen el derecho de proveer todos los servicios de telecomunicaciones (y por ende las redes ya que no hay servicios sin red).

A lo anterior agrega que, la Ley 1341 de 2009, ahondó mucho más en la libre competencia y amplió la liberación de los servicios de telecomunicaciones como efecto de la inclusión del concepto de habilitación general, imponiendo el principio de neutralidad tecnológica el cual se extiende hasta el aprovechamiento de las frecuencias radioeléctricas asignadas, y que la interpretación de la Ley debe hacerse en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en ella, con énfasis en la promoción de la libre competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

6. Autorización y permiso para uso del espectro en cabeza de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

El defensor de la encartada arguye que, la Agencia Nacional del Espectro, no cuenta con competencia para conocer, examinar y tampoco opinar frente a la legalidad de los acuerdos privados suscritos entre AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. ya que en la Ley 1341 de 2009 se faculta la libre celebración de estos contratos.

Ahora bien, asegura que, en desarrollo de sus facultades legales, estas dos empresas ejecutaron tres contratos, a saber:

- Contrato de arrendamiento de infraestructura.
- Acuerdo de plan piloto.
- Acuerdo de provisión y uso de capacidad en la red inalámbrica por el cual se autoriza el uso de la red.

A través de los cuales se acredita el uso de una red de telecomunicaciones debidamente autorizado y permitido por el titular de dicha red, en los estrictos términos y condiciones de un acuerdo de uso de capacidad en la red inalámbrica.

Lo anterior por cuanto AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, requería mejorar la calidad en la prestación de sus servicios de telecomunicaciones terrestres como reiteradamente lo ha asegurado en su defensa. Pero que, estos contratos no pueden entenderse como una cesión expresa o tácita, directa o indirectamente, parcial o totalmente, del permiso de uso de espectro del cual su titular es PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., a renglón seguido expone de manera gráfica la conformación y topología de la red de cada uno de estos operadores a efectos de dilucidar los elementos relacionados en la autorización recibida como resultado de la celebración de los citados contratos.

7. Desestimación del cargo único por falsa motivación del Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020.

Reitera que, no es verdad que haya hecho uso del espectro sin autorización o que se haya dado un uso indebido del permiso, puesto que el permiso se derivó de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. quien voluntariamente le ha provisto y dotado red y es quien goza de la titularidad de un permiso.

También vuelve a informar que, de conformidad con el principio de la neutralidad tecnológica del artículo 11 de la Ley 1978 de 2019, los PRST cuentan con libertad para prestar o proveer todos servicios de telecomunicaciones para los cuales se puedan emplear las frecuencias radioeléctricas sin restricciones más allá de las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente del recurso escaso.

A propósito del uso eficiente, considera que en este caso se ha generado precisamente un uso muy eficiente tal como lo han previsto el MINTIC y la ANE desde tiempo atrás, según se lee en el documento denominado Manual Nacional de Gestión del Espectro Radioeléctrico, razón por la cual desconocer dicho principio de neutralidad implicaría un retroceso en la política pública formulada en el Plan de Desarrollo 2018-2022.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

A su vez, y frente a los diferentes documentos de prueba empleados por los terceros intervinientes en sus denuncias, refiere –como anteriormente ya lo había hecho– que, no constituyen prueba alguna que permita inferir la infracción imputada pues son inconducentes, impertinentes, irrelevantes e ilegales, y que además esta entidad usurpa las funciones del MINTIC al incluir en esta investigación las quejas falsas y temerarias de los denunciantes por lo que estas debían excluirse.

8. Abuso del derecho por parte de los terceros intervinientes.

Asevera que las reiteradas peticiones y denuncias pueden constituir un abuso del derecho, esto, con base en lo establecido en los artículos 95 de la Constitución Política, 830 del Código de Comercio, 76 del CPACA y en la jurisprudencia nacional, y agrega que, existe una obligación por parte de las entidades estatales de protección el cumplimiento de los principios constitucionales y legales, especialmente el de responsabilidad.

9. Configuración de un perjuicio irremediable por el orden de cese de operaciones.

Antes que nada, es imperioso resaltar que en este punto la defensa de la investigada se refiere a las circunstancias y particularidades que configuran el concepto de operador entrante en cabeza de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., pese a que dicha empresa no es un sujeto investigado en este expediente, razón por la que estas manifestaciones no serán citadas ni tenidas en cuenta en esta Resolución por cuanto no se corresponden con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se circunscribe esta actuación.

Aclarado lo anterior, observa la Subdirección que, el mandatario menciona que la orden de cese de operación desconoce los artículos 20 y 75 de la Constitución Política y, por tanto, atenta contra los derechos a la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de recibir y dar información veraz e imparcial, a la educación, a la ciencia y a la cultura, además que, como consecuencia de dicha orden, su mandante no ha podido mejorar la calidad del servicio de IMT.

Asegura que no debe estudiarse el caso de un operador clandestino por cuanto existen dos PRSTM que, en cumplimiento de sus permisos y la Ley, celebraron un convenio para proveerse mutuamente bienes y servicios, además que, las Leyes 74 de 1966 y 16 de 1972 prohíben los controles excesivos e injustificados sobre los medios empleados para el ejercicio de la libertad de expresión y sobre el espectro o las frecuencias radioeléctricas.

Luego de señalar que las frecuencias radioeléctricas son un medio para desarrollar derechos tales como el de la libertad de expresión, destaca que, el abuso por acción u omisión de la vigilancia y control como el evidenciado, pueden llevar a una forma de censura indirecta lo que implica graves afectaciones al sistema democrático, además que iría en contra de las políticas del gobierno actual en materia de acceso a las comunicaciones, de promoción a la libre competencia e inversión extranjera.

10. Desconocimiento de las Políticas Públicas de Inversión Extranjera.

Informa que, con esta investigación y el inicio de las innumerables acciones legales por parte de los denunciantes que además configuran un abuso del derecho, se pretende impedir y dificultar el ingreso de una mayor competencia al mercado, lo que contradice, igualmente, las políticas públicas del presente Gobierno.

Advierte que, el Plan de Desarrollo del actual Gobierno instauró como objetivos, aumentar la cobertura de banda ancha y posibilitar la transformación digital, esto con el fin de lograr el cierre de la brecha digital, y que con la expedición de la Ley 1978 de 2019 se crearon las condiciones específicas para cumplir con ese fin, estableciendo particularmente que “la asignación del espectro procurará la maximización del bienestar social y la certidumbre de las condiciones de la inversión. Igualmente, deben preverse los recursos para promover la inclusión digital”.

Finalmente, señala que, los servicios contratados con la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. hacen parte del plan de reorganización empresarial que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades con el fin de salvar la viabilidad económica de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, lo que significa que las decisiones de la ANE no solo causan perjuicio por la disminución significativa del tráfico que se venía generando con base en los acuerdos celebrados, sino que además podría causar su eventual liquidación.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

PRUEBAS DECRETADAS

Como se enunció en el acápite de antecedentes, a través del Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020, se abrió a pruebas esta investigación y allí se tuvieron por tales las que se pasa a enunciar:

Documentales

- ✓ Copia de los certificados de existencia y representación legal de las sociedades AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., COMUNICACIÓN CELULAR S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.
- ✓ Copia del Registro TIC de las sociedades AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.
- ✓ Copia de correos electrónicos contentivos de documentación de respuestas dadas al MINTIC, por parte de las empresas AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. frente a requerimientos que dicha autoridad administrativa les efectuó en los meses de julio y agosto de 2020.
- ✓ Copia de documentos contractuales confidenciales suscritos entre las empresas AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.
- ✓ Copia de un documento de respuesta proferido por el MINTIC a la petición radicada bajo el N° 201032522, en el que además se dio un alcance al radicado N° 201034603 de dicha entidad.
- ✓ Análisis de Visita N° 7316 del uso de espectro radioeléctrico en la banda de frecuencia 700 MHz, caso N° 9324 elaborado por el Grupo de Control Técnico del Espectro y remitido al Grupo de Investigaciones de esta Subdirección mediante memorando interno N° GD-008278-I-2020 del 18 de agosto de 2020.
- ✓ Memorando Interno del Grupo de Control Técnico del Espectro con destino al Grupo de Investigaciones de esta Subdirección, distinguido con el radicado N° GD-008279-I-2020 del 18 de agosto de 2020.

Pruebas de Oficio:

- ✓ Copia del Acta de Visita en Sitio Móviles N° VI-MOV-16/07/20 – TÉCNICO, practicada el día 16 de julio de 2020 por parte del consorcio RED MÓVIL contratista del MINTIC, el cual fue allegado a la ANE a través de radicado MINTIC N° 201047334 del 19 de agosto de 2020.
- ✓ Copia del INFORME DE VERIFICACIÓN JULIO DE 2020 AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN CONTRATO ESTATAL DE CONSULTORÍA N° 0645 de 2019, emitido por el consorcio RED MÓVIL el cual fue allegado a la ANE a través de radicado MINTIC N° 201047334 del 19 de agosto de 2020 en lo que se refiere al análisis de resultados de la verificación de obligaciones técnicas (páginas 1 a la 28).
- ✓ Copia del documento AVA CR-003 JUL20_AN01 Verificación Cobertura desde los gestores de AVANTEL; AVA CR003 JUL20_AN02 Cubrimiento Localidades, y AVA CR003 JUL20_AN03 Comunicado respuesta MINTIC.
- ✓ Copia del acto administrativo N° 720 del 24 de septiembre de 2020 emanado del MINTIC, a través del cual se ordenó el archivo de unas averiguaciones preliminares evacuadas por aquella autoridad administrativa.
- ✓ Copia del memorando interno N° GD-000230-I-2021 de 12 de enero de 2021 a través del cual el Coordinador del Grupo de Control Técnico del Espectro da respuesta a solicitud remitida mediante radicado GD-015779-I-2020 de 30 de diciembre de 2020.
- ✓ Copia del radicado N° GD-000543-E-2021 de 19 de enero de 2021 a través del cual la CRC da cumplimiento a lo ordenado en el artículo duodécimo del acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 por el cual se decretaron pruebas.
- ✓ Copia del radicado N° GD-00978-E-2021 de 29 de enero de 2021 con el que el MINTIC da cumplimiento a lo ordenado en el artículo duodécimo del acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 por el cual se decretaron pruebas.
- ✓ Copia del radicado ANE N° GD-000990-E-2021 de 29 de enero de 2021 a través del cual el MINTIC en cumplimiento a lo ordenado en el artículo duodécimo del acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 por el cual se decretaron pruebas remite los siguientes informes: AVA CR-003 JUL20_AN01 Verificación Cobertura desde los gestores de AVANTEL; AVA CR003 JUL20_AN02 Cubrimiento Localidades y AVA CR003 JUL20_AN03 Comunicado respuesta MINTIC.
- ✓ Copia del radicado N° GD-01301-E-2021 de 4 de febrero de 2021 a través del cual el MINTIC da cumplimiento a lo ordenado en el artículo duodécimo del acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 por el cual se decretaron pruebas.
- ✓ Copia de la Resolución MINTIC 330 de 2020 “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT. 901.354.361-1”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

Como quedó descrito en los antecedentes de esta Resolución, por conducto del radicado N° GD-005348-E-2021 del 29 de abril de 2021, el apoderado de la investigada allegó escrito de alegatos cuyos puntos se resumen a continuación:

Reitera que, los hechos en que se sustentan sus argumentos de defensa quedaron debidamente acreditados en el curso de esta investigación y que este Despacho no demostró la tipificación del cargo imputado, lo cual redundaría en perjuicios para su representada por cuanto no ha podido ejecutar unos acuerdos para el uso de una capacidad de red, válidamente celebrados.

Asevera, además, que, autoridades como el MINTIC y la CRC, ya desestimaron las denuncias presentadas en contra de su mandante y que han asegurado que los convenios entre estas dos empresas están avalados por el ordenamiento y no requieren autorización previa de aquellas, además de que su ejecución no conlleva el uso o aprovechamiento ilegal, irregular o clandestino del espectro. Por el contrario, son usuales en el sector y se amparan en las mismas leyes que conforman el régimen jurídico de las telecomunicaciones en Colombia.

A renglón seguido, hace mención del proceso de subasta llevado a cabo en el año 2019 por el MINTIC con el objetivo de indicar que no existe evidencia de que su poderdante haya violado reglamentación alguna y mucho menos defraudado al Estado colombiano como se señaló en las denuncias que según él este Despacho asumió como propias en la formulación de cargos.

Además de las anteriores consideraciones, este Despacho agrupará los demás argumentos de cierre del mandatario, que valga decir, en su mayoría son una reproducción idéntica de las razones presentadas en el escrito de descargos del 7 de septiembre de 2020. De manera que, encuentra esta Subdirección lo siguiente:

Vicios de Nulidad Absoluta en la Investigación.

- Por graves fallas de procedimiento.

Reitera que se pretermitieron las etapas del procedimiento sancionatorio administrativo, y hace énfasis en que este Despacho nunca comunicó a la investigada la existencia de una etapa de averiguaciones preliminares, para que de este modo esa sociedad pudiese ejercitar su derecho de defensa, rendir sus opiniones y controvertir las pruebas aportadas, etapa que en su criterio debe ser de obligatoria existencia en toda actuación que entrañe el ejercicio de la actividad punitiva de la Administración.

En consecuencia, el trámite de averiguación preliminar no se adelantó con el concurso de la investigada y de forma sorpresiva esta debió asumir una actuación con formulación de cargos y una orden ilegal de cese de operaciones, que a la postre se convirtió en una sanción de facto, aspectos reprochables a esta dependencia, además que, se han pretendido aplicar disposiciones legales ajenas a la actuación, lo que significa que la Subdirección también desconoce las modificaciones introducidas al ordenamiento por las Leyes 1437 de 2011 y 1978 de 2019.

Asegura, además que, la Subdirección ha obrado de forma omisiva y en contravía del artículo 10 del CPACA el cual se refiere al deber que recae sobre las autoridades de aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, así como también el deber de tener en cuenta las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado en donde se interpreten dichas normas. Pues, de manera certera y sin dubitación, informa que este Despacho ha desconocido y dejado de obedecer jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, relativa al imperioso deber de adelantar en actuaciones separadas tanto el inicio de una investigación como la formulación de cargos, puesto que se trata de etapas que difieren entre sí tanto en su objeto como el procedimiento y para ello cita nuevamente la jurisprudencia consignada en el escrito de descargos.

- Por pretermisión de la obligación de impulso, diligencia y celeridad.

Afirma que se han dejado de atender deberes de diligencia, celeridad e impulso comoquiera que, una vez formulado el pliego de cargos, la ANE ha hecho gala de una lentitud injustificada en contra de las expresas solicitudes de la investigada para que se imprimiera el impulso debido a la actuación y que paradójicamente el inicio de este trámite si fue pronto y celeridad violando la suspensión de términos que existía en ese momento, inclusive.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Para reafirmar su tesis hace referencia a otra actuación administrativa surtida en contra de la misma investigada al interior del expediente 3048, en donde, según el apoderado, aquel procedimiento se adelanta por una denuncia presentada en el mes de enero de 2020, y que de acuerdo con información de la que dispone, entre los meses de mayo a agosto de 2020 la Entidad recibió 159 denuncias, lo que le lleva a concluir que no se cumplió el derecho al turno y que este solo fue importante cuando AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN solicitó impulso al proceso.

Concluye que, el procedimiento solo ha tenido avances a partir de las exigencias hechas por la misma investigada, quien incluso tuvo que requerir a la Entidad a efectos de interponer una acción constitucional de cumplimiento.

Por otra parte, entiende que el administrado no puede verse sometido de manera indefinida a la voluntad de la Administración por el tiempo que discrecionalmente esta considere y que es equivocado tener como límite temporal el término de la caducidad administrativa del CPACA, máxime cuando en este caso se le ha sometido a una medida cautelar que se convirtió en una sanción de facto ilegítima e ilegal.

Acusa a este Despacho de dilatar la actuación al negarle –bajo el exótico e ilegal argumento de que el derecho de petición no tiene cabida en las actuaciones administrativas– la solicitud de traslado de alegatos de conclusión, so pretexto del respeto a los turnos asignados, y que mantuvo su comportamiento dilatorio y prolongó indebida e innecesariamente la actuación violando así el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011.

- Por no corregirse errores puestos de presente desde el 20 de agosto de 2020.

Se refiere nuevamente a las afirmaciones efectuadas en la solicitud de nulidad que fue resuelta mediante Resolución N° 253 del 8 de septiembre de 2020 y destaca que para la adopción de dicha decisión este Despacho se basó en un informe de monitoreo que indicó que la investigada estaba utilizando la capacidad de red de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. dando por sentado de forma equivocada que su mandante no podía hacer uso de esa capacidad de red, cuando quedó visto y así lo reconocen otras autoridades que el ordenamiento jurídico no lo impide.

- Por negación reiterada e injustificada de todos los derechos de petición de la investigada.

Relata que en diferentes escritos ha solicitado obtener una pronta decisión sobre la investigación como es su derecho, así como exigir las garantías mínimas de celeridad del proceso, pues la ANE ha sido renuente al impulso debido aun cuando está obligada a resolver la investigación, incluido el archivo en cualquier momento comoquiera que desde el mes de agosto de 2020 acreditó no haber violado ninguna disposición normativa.

- Por quebrantamiento del régimen legal probatorio.

Tal como lo consignó en el escrito de descargos, culpa a este Despacho de recaudar e incorporar pruebas secretas y a espaldas de su mandante, a lo cual agrega que esto sucedió en un momento en el que estaban todos los términos procesales suspendidos por expreso mandato del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 lo cual se encontraba reconocido por la ANE en la Resolución N° 113 del 16 de marzo de 2020.

Refiere entonces que, durante los días 12 y 13 de agosto de 2020 la ANE recaudó material que evidencia el supuesto uso clandestino del espectro por parte de la investigada, pese a que solo a partir del 18 de agosto de 2020 fue levantada la suspensión de términos.

Tilda de espuria la prueba técnica recaudada por la ANE pues concluye que en ella no se determina de ninguna forma que su procurada estuviese incumpliendo el ordenamiento y mucho menos sirve para demostrar que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. no tuviera legitimación para proveer capacidad de red, ni sirve como un instrumento para controvertir los acuerdos entre estas dos empresas.

Asevera que su representada nunca tuvo oportunidad de conocer los elementos de prueba recaudados en su contra y que además, la inspección técnica practicada nada informa acerca de quién era la persona o sujeto que realizaba las emisiones, a que red de telecomunicaciones estaban asociados los equipos transmisores, quién era el sujeto que estaba haciendo uso del espectro radioeléctrico y por qué razón o con fundamento en qué la investigada estaba haciendo provecho de tales redes, equipos y frecuencias. Así que, las conclusiones a las que llegó esta dependencia son violatorias de la presunción de inocencia y del principio de buena fe y solo se trata de suposiciones sin fundamento.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

- **Por comportamientos del investigador.**

Reprocha el tiempo que ha tardado esta Subdirección en concluir la investigación, y afirma que de manera extraña el Despacho fue diligente y ágil para dar inicio al procedimiento, pero que luego de iniciada la actuación esa diligencia, en la toma de decisiones sin fundamento y sin prueba, se esfumó para dar paso a una demora, ineficiencia y lentitud que ha dilatado el procedimiento, al punto que han transcurrido más de siete (7) meses sin que esta investigación sea resuelta, manteniendo una medida cautelar con graves consecuencias para dicha empresa.

- **Por falta de justificación de la conducencia y pertinencia de las pruebas.**

Reitera que su representada no conoció de las pruebas que conformaron el plenario antes de la formulación del pliego de cargos y que ello le imposibilitó controvertirlas previo la expedición de aquella decisión, y que además, en dicho acto no se hizo un análisis de conducencia y pertinencia del material probatorio, por el contrario, las pruebas fueron incorporadas de manera genérica y lo que considera más grave, dejando a un lado el derecho de contradicción que tenía la investigada, máxime cuando los hechos demostrados con tales pruebas no pueden arribar a las conclusiones a las que llegó el Despacho para dar inicio a la investigación.

- **Por rechazo infundado e ilegal de pruebas con el argumento de la extemporaneidad.**

En este acápite menciona que al existir el artículo 40 del CPACA relativo a la actividad probatoria en toda actuación administrativa, este debía primar sobre el artículo 48 de la misma codificación que se refiere expresamente a la etapa probatoria en los procesos sancionatorios. De manera que, en todo el curso de la investigación era imperioso permitírsele aportar elementos de prueba hasta antes de la adopción de la decisión porque así lo ordena el inciso primero del artículo 47 *ibidem*.

Entiende entonces, que, existe una norma expresa en el CPACA que regula la oportunidad probatoria en las actuaciones administrativas y la forma en que estas deben ser decretadas y que hacer remisiones al Código General del Proceso es equivocado, puesto que la función de esta Agencia no es de carácter jurisdiccional.

Además, señala que dentro de las pruebas rechazadas se encuentra un concepto del director general de esta Agencia, a través del cual se demuestra la errónea y equívoca conclusión del pliego de cargos sobre el uso de redes radioeléctricas, pues afirma categóricamente que aquel documento confirma la facultad que tienen los operadores para convenir libremente y sin autorización estatal previa, la contratación de la capacidad de red tal como sucedió en este caso.

- **Por adelantarse pruebas improcedentes, inconducentes e irrelevantes.**

Menciona que el 14 de septiembre de 2020, esta Agencia dio traslado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de unas consultas elevadas por parte de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., bajo el argumento de que no era la competente para absolverlas. Pero dicho traslado no se dio en los mismos términos en que fue presentada la petición, sino que se “replantearon” las preguntas, dejando en evidencia que lo pretendido fue controvertir la legalidad de los acuerdos contractuales presentados por la investigada como prueba de su legal proceder.

Informa asimismo que, a través del Acto de decreto de pruebas N° 126 de 29 de diciembre de 2020, se hicieron preguntas irrelevantes a la CRC, al punto que esa misma Entidad advirtió de ello en sus respuestas.

Relata también que, este Despacho solicitó al MINTIC información relativa a unos informes sobre obligaciones no relacionadas con el cargo único, por lo que aquellos documentos deben ser rechazados y excluidas de la investigación, comoquiera que tienen que ver con obligaciones de cobertura y de compromisos asumidos por la investigada ante ese Ministerio y no a la falsa acusación de haber hecho uso de las frecuencias asignadas a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

- **Por falta de precisión y claridad de las disposiciones presuntamente vulneradas y del procedimiento y fundamentos normativos aplicables.**

Las razones aquí ofrecidas, en su integridad se corresponden con las que fueron expuestas en el escrito de descargos, las cuales se encuentran consignadas a partir de la HOJA 8 de la presente Resolución.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

- **Por quebrantamiento de los principios del artículo 3° del CPACA.**

Al evacuarse esta investigación con pruebas secretas y sin informar de las quejas al interesado, además de hacerse suposiciones y deducciones, se desconoció el principio de la buena fe, a lo que además agrega, como otro agravante, el hecho de tramitar este asunto en vigencia de una suspensión de términos procesales, máxime cuando el escaso esfuerzo investigativo estuvo encaminado a tratar de probar lo manifestado por los quejosos y no a determinar la verdad del comportamiento del sujeto implicado.

Vuelve a enfatizar que, se ha hecho una interpretación errada del ordenamiento, especialmente del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, al punto que se han desconocido las pruebas del expediente, en especial las documentales del Ministerio y el concepto elaborado por una firma de nombre Tachyon que fue remitido por aquella autoridad administrativa en el marco de las pruebas decretadas por este Despacho.

Destaca, además, que, la imposición de la medida de cese de operaciones no solo fue precipitada, sino abiertamente ilegal e injustificada y que ello es un prejuzgamiento repudiable que carece de todo soporte probatorio, con lo que reafirma la tesis según la cual este Despacho ha obrado de manera arbitraria e ilegal.

Dilaciones y demoras innecesarias e injustificadas en la actuación

Como quedó visto, asegura que no existe razón ni justificación alguna para haber impuesto la medida de cese de operaciones, lo cual le ha causado daño a su representada y a los usuarios de esa empresa, y que, más grave aún, es el hecho que este Despacho haya tardado más de siete (7) meses en dar traslado para alegar de conclusión cuando desde el día siguiente al inicio de la investigación tuvo conocimiento de la prueba de la legalidad con que obró su defendida.

Hechos probados

El mandatario en este acápite de sus alegaciones finales expone los hechos y circunstancias que encuentra acreditados y que demuestran la legalidad con que ha obrado su mandante así:

Refiere que, con el registro TIC tanto de la investigada como de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., existe prueba suficiente de que dichas empresas son PRSTM debidamente registradas en Colombia y que por tanto gozan de los beneficios y prerrogativas derivados del concepto de habilitación general, razón por la cual, para el caso de la investigada, esta puede conformar sus redes con elementos propios o de terceros, y sus negocios se hayan gobernados por el derecho privado, así como también que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. cuenta con facultad para proveer servicios, entre ellos los de acceso a telefonía Móvil Celular, Telefonía Móvil Rural y portador (transporte) para proveerse a sí mismo y a terceros la capacidad de transporte, transmisión y acceso de red para soportar y prestar servicios de telecomunicaciones.

Posteriormente, se refiere al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, a través del cual se informa la época en que se dio inicio al proceso de reorganización empresarial de la investigada.

Asimismo, puntualiza y se detiene en cada uno de los acuerdos celebrados entre su mandante y la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con los que asegura haber demostrado la legalidad del uso del espectro, además de señalar que obra en el plenario prueba del permiso del cual es titular esta última sociedad, a través del cual puede proveer capacidad de uso de red de telecomunicaciones a terceros y que de acuerdo con el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias, las bandas de frecuencia para servicios móviles terrestres están atribuidas a servicios de radiocomunicaciones fijo-móvil y así se asignan.

Destaca como prueba a favor de su mandante, el hecho de haber acatado la orden de cese de operaciones impartida en el Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020 y que además puso en conocimiento de este Despacho los perjuicios que dice haber sufrido la investigada con ocasión de esta actuación administrativa.

Como otro hecho probado hace alusión a la solicitud de nulidad presentada a esta Subdirección en el mes de agosto de 2020, la cual fue resulta a través de Acto Administrativo N° 253 del 8 de septiembre de 2020 que califica de infundado y asegura además que, las consultas formuladas por esta Subdirección al MINTIC solo denotan una falta de conocimiento básico y de objetividad.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Asevera que se constituye en plena prueba del obrar lícito de la investigada el documento remitido a esta Subdirección el 25 de septiembre de 2020 por parte de la CRC, con el cual concluye que no se infringió el ordenamiento, pues dicha Comisión a la fecha no ha expedido ninguna disposición regulatoria de carácter general o particular que impida a un PRSTM suministrar capacidad de transmisión a otros PRSTM mediante acuerdos o contratos privados, los cuales no están sujetos a su validación. De manera que, este documento era suficiente para que la ANE tomara la decisión de revocar la medida de cese de operaciones y archivara la actuación.

Cita como prueba demostrativa de la legalidad de la investigada, la Resolución N° 720 del 24 de septiembre de 2020 del MINTIC, en donde por los mismos hechos, aquella Entidad rechazó las quejas infundadas de los denunciantes, comoquiera que el Ministerio pudo verificar que no hubo cesión del permiso de uso de espectro y que dicha entidad comprobó que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. estaba proveyendo de manera legal a la AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y que el uso que esta última hacía no requiere de autorización ni permiso para ello.

Hace referencia a la Resolución N° 6093 de 2020 de la CRC, a fin de sustentar que aquella Entidad desestimó todas las quejas y denuncias presentadas por las sociedades aquí denunciantes.

Menciona como hecho probado, la solicitud de archivo de la investigación y la revocatoria de la medida de cese de operaciones presentada el día 6 de octubre de 2020 ya que allí el mandatario consideró que estaba demostrada su inocencia frente a los hechos que se le imputaron a la investigada.

Con relación a la prueba documental proveniente de la CRC en respuesta a lo ordenado en el Acto de pruebas de esta investigación –N° 126 de 29 de diciembre de 2020–, infiere que allí se confirmó a la ANE que un acuerdo de aprovechamiento temporal de capacidad necesaria para la transmisión en la red de telecomunicaciones, sí podría enmarcarse como servicio portador y que no se había expedido regulación general o particular que impida a los PRSTM suministrarla mediante acuerdos privados y que los mismos no están sujetos a la autorización ni validación de la CRC, así que no existe regulación que impida suministrar capacidad de red (emisión, transmisión y recepción) incluida la capacidad inalámbrica a otro PRSTM.

Señala que, la Dirección de Industria de Comunicaciones del MINTIC a través de oficios con Radicados N° 23102020 y 06012021 de 23 de octubre de 2020, los cuales fueron rechazados en este procedimiento como extemporáneos, aseguró que acuerdos como los celebrados entre AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. se someten al derecho privado y no requieren de autorización de aquella Entidad y que el uso del espectro por parte de un usuario no constituye cesión del espectro.

En igual sentido, afirma sin dubitación que, el director general de esta Agencia, mediante Radicado GD-010405-E-2020 de 6 de noviembre de 2020, conceptuó que los contratos para la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones que celebran los PRSTM con los usuarios, no implican la cesión de los derechos sobre las frecuencias radioeléctricas asignadas por el MINTIC a aquellos y que los PRSTM que cuentan con una asignación no requieren autorización previa de aquella Entidad para celebrar contratos con sus usuarios.

Adicionalmente, destaca que en dicho concepto se precisó que los usuarios de las redes y/o servicios, acceden al uso de las frecuencias radioeléctricas que tienen asignadas los PRSTM y que el acceso y uso al espectro radioeléctrico que brindan los prestadores en la provisión de redes y/o servicios es diferente a la cesión de los permisos para el uso de frecuencias.

Refiere nuevamente que, el acto de pruebas rechazó indebidamente estos documentos, cuando, por el contrario, debieron ser incorporados en observancia a lo dispuesto en los artículos 3, 5 y 9 del Decreto 19 de 2002 (sic) y atendiendo a los principios de moralidad y economía de las actuaciones administrativas al tratarse de documentación que reposa en los archivos de la misma Entidad.

Encuentra que en la prueba documental arribada el 4 de febrero de 2021 por el MINTIC en cumplimiento a lo ordenado en el acto de decreto de pruebas, en donde además anexó un documento de consultoría elaborado para aquella Entidad por parte de la firma TACHYON CONSULTORES S.A.S., se hace evidente lo siguiente:

- ✓ El MINTIC carece de competencia para autorizar acuerdos privados mediante los que se definen condiciones de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

- ✓ La celebración de acuerdos mediante los que se definen condiciones de acceso e interconexión, venta de servicios mayorista y minoristas, entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones no constituye cesión y no se enmarca en lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.
- ✓ El ordenamiento jurídico colombiano permite que entre los PRSTM se den relaciones de acceso en donde uno es el responsable de la operación de las redes y otro es quien se sirve de ellas y de los elementos que la componen para prestar servicios de telecomunicaciones a terceros.
- ✓ El MINTIC aclaró a la ANE que tanto la provisión de redes como la provisión de servicios de telecomunicaciones implican el suministro a terceros de la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones.
- ✓ Se explicaron cuáles son las normas que regulan el uso y explotación de los permisos de espectro radioeléctrico, y queda en evidencia la falta de conocimiento de la ANE frente a aquella regulación.
- ✓ Este documento prueba que no existe ninguna limitación para un PRSTM asignatario de un permiso de uso de espectro radioeléctrico frente a un tercero y que los acuerdos celebrados para ello no constituyen cesión.
- ✓ También prueba que compartir el espectro por parte de un asignatario para que otro preste un servicio es una de las opciones que la regulación permite como provisión de red o de servicio y lo único que se requiere para ello es la incorporación en el Registro TIC y el posterior sometimiento a todas las condiciones legales, reglamentarias y regulatorias para la prestación del servicio.
- ✓ Es legalmente factible que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S como un Operador Móvil de Red pueda disponer su red de telecomunicaciones inalámbrica para ser usada por otros Operadores Móviles de Red u Operadores Móviles Virtuales, tal y como sucedió con el acuerdo celebrado con la investigada.
- ✓ Del concepto emitido, se concluye que es completamente legal que PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S sea un proveedor de acceso, pues al ser responsable de operar su red inalámbrica permite que los usuarios de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, puedan acceder a los servicios de telecomunicaciones móviles ofrecidos por esta.
- ✓ Según la normatividad vigente en Colombia, la red se puede conformar con elementos de propiedad del PRSTM o con elementos de otros PRSTM y en ningún caso se exige acreditar la propiedad.
- ✓ PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S, como Operador de Red Móvil y bajo el amparo de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puede hacer uso del espectro para proveer servicios de telecomunicaciones móviles terrestres a sus propios usuarios o puede prestar servicios de acceso o de capacidad de red a otros PRSTM, como el ofrecido a la investigada, y la compartición de capacidad de red incluye los elementos denominados activos, entre los que se encuentra el espectro radioeléctrico.
- ✓ Esta documentación es demostrativa de que la operación de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN no constituía un uso indebido o un aprovechamiento ilegal del espectro.

En consecuencia, concluye que está debidamente acreditado que mientras exista una autorización del PRSTM que es titular del permiso a favor de otro PRSTM, este último puede usar y explotar tanto la red como el espectro que la integra.

Para cerrar este acápite, manifiesta que, el informe emitido por el Grupo de Control Técnico es susceptible de objeción por error grave, puesto que dicha verificación no informa de manera suficientemente adecuada y univoca las conclusiones de aquel reporte.

Además, menciona que aquel informe no contiene el detalle del elemento de medición que brinden esta identificación (MNC+Banda operativa), y los registros obtenidos en campo, dado que en el informe se observan gráficos de receptores espectrales que están en rangos de no emisión de la banda 9460, cercanos a los -122 dBms, pero la información adicional y detallada que no contiene el informe es fundamental para verificar la veracidad y precisión por cuanto se puede generar registros distorsionados de la red, en los cuales se cruzan por ejemplo MNCs y niveles de portadoras que no corresponden con la realidad.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Fundamentos Normativos

Transcribe nuevamente el grueso de sus argumentos de descargos relacionados con que esta Entidad hizo una indebida interpretación y aplicación del alcance de la infracción del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y que el amparo para el uso del espectro dado se hallaba en los documentos privados celebrados con la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

Refiere que, gracias a la habilitación general, los PRSTM gozan de facultad para:

- Proveer todos los servicios públicos de telecomunicaciones;
- Proveer, instalar, ampliar, modificar, operar y explotarlas redes de telecomunicaciones que se suministren al público, facultad que comprende ofrecer, contratar y suministrar dichas redes y sus capacidades a otros PRST y a otras personas que no sean PRST.

Finalmente, considera que los PRSTM se convierten en usuarios de otros PRSTM y se da una relación de proveedor a usuario mayorista y que respecto de los contratos celebrados entre su representada y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., específicamente el contrato denominado ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL, este no entró en vigor por cuanto estaba condicionado a la finalización del plan piloto que finalizó el 18 de agosto de 2020.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.

Reiteró las disertaciones expuestas en cada uno de sus escritos y alcances de denuncia, refiriéndose nuevamente a la unidad empresarial existente entre PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. y la investigada.

De otra parte, cita la normatividad prevista en la Ley 1341 de 2009 y la Resolución 3078 de 2019 del MINTIC, la cual dio apertura al proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta para la asignación de frecuencias radioeléctricas en las bandas de 700 MHz, entre otras, a efectos de significar que es solo dicho Ministerio quien otorga permisos para uso del espectro a través de actos administrativos de carácter particular, y a renglón seguido informa que desconoce si el MINTIC autorizó una cesión de espectro entre PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. y la investigada.

Asegura que se encuentra probado en el expediente de forma contundente, a partir de las verificaciones evacuadas por el Grupo de Control Técnico del Espectro de esta Subdirección, que la implicada se hallaba haciendo uso del espectro de forma ilegal.

Señala que la investigada y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. han pretendido revestir de apariencia de legalidad a una cesión de espectro de facto y no autorizada por el MINTIC, llamándola “*acuerdo*”, el cual califica como posterior a los hechos investigados y que no puede desconocerse el carácter constitucional del espectro radioeléctrico como bien público, para lo cual cita artículos de la Constitución Política y hace alusión además a la reglamentación relativa a los topes de espectro para informar que esta norma quedaría en desuso si se permitiera la cesión libre del espectro.

Manifiesta que en los contratos celebrados por la investigada tampoco se dan los supuestos para un acuerdo de Roaming Automático Nacional (RAN); de Interconexión, o un acuerdo de Operador Móvil Virtual y que es importante mencionar que los acuerdos de compartición y acceso de infraestructura están regulados en Colombia, pues es esta una facultad legalmente conferida a la CRC, según se desprende de los numerales 3, 4 y 6 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por la Ley 1978 de 2019.

Indica que la investigada ha incumplido y violado cuando menos, las siguientes normas: Artículos 13, 75, 101, 102 y 365 de la Constitución Política; Leyes 1341 de 2009 y su modificatoria ley 1978 de 2019, en sus artículos 2° numeral 2°, numeral 3°, numeral 5°, artículo 4° numeral 7°, artículo 11, artículo 18, numeral 19, literal c) y artículos 26 y 72, así como el artículo 35 de la ley 1978 de 2019 y la Resolución N° 3078 de 2019 modificada por la Resolución 3121 del mismo año, Resoluciones 328 y 329 de 2020 y Resolución 330 del mismo año que confieren el uso del espectro a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

Por otra parte, el Despacho al evidenciar que esta sociedad el día 21 de mayo de 2021 al remitir un documento de “alcance” a sus alegaciones finales pretendió introducir nueva información que no se relaciona con el objeto particular de esta investigación, además de haber sido puesto en conocimiento de este Despacho por fuera de

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

las oportunidades legales previstas en el inciso final del artículo 48 del CPACA. La Subdirección deberá abstenerse de efectuar cualquier tipo de transcripción y valoración al mismo y por tanto no se tendrá en cuenta el radicado N° GD-006575-E-2021 del 24 de mayo de 2021.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P

Destaca que, tanto la investigada y la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., son personas jurídicas autónomas, distintas e independientes, pues si bien existe un acuerdo de reorganización en el cual se aprobó la fusión por absorción de la sociedad investigada con PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., dicho proceso no se ha realizado, y que no pueden evadir el régimen de telecomunicaciones y obviar con ello los permisos requeridos para el uso del espectro.

Por otra parte, indica que, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S en su calidad de asignataria debe cumplir con las obligaciones derivadas del permiso y no facilitar la violación de normas de orden superior por parte de terceros.

No solo la sociedad que aquí se investiga incurrió en una conducta contraria a derecho, sino que además PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S permitió el uso del espectro por parte de la investigada, pues se requieren configuraciones que implican la realización de actividades conjuntas por parte de las dos empresas.

Resalta que, si lo pretendido era que AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN utilizara el espectro radioeléctrico asignado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S lo procedente era adelantar el trámite de cesión del permiso en virtud de lo establecido en la Ley 1978 de 2019 y que de acuerdo con las consultas realizadas ante la CRC y el MINTIC entre las mencionadas sociedades no existe un acuerdo de Roaming Automático Nacional, de acceso o interconexión.

ANÁLISIS PROBATORIO Y DECISIÓN

Resulta pertinente comenzar el estudio del caso a partir del abordaje del principio de tipicidad, para lo cual es necesario citar lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2015, con ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos, en donde se estableció lo siguiente:

“... Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.”

De esta manera para satisfacer el principio de tipicidad, deben concurrir los siguientes elementos: (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción; (...) (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la tipicidad representa la correcta y concreta adecuación o subsunción de la conducta generadora de posible responsabilidad a la figura normativa en la que aquel comportamiento se prevé como sancionable.

Es así como este principio debe tenerse en consideración de cara a la realización del derecho fundamental al debido proceso, el cual, en palabras de la misma Corte, y en el marco de las actuaciones administrativas y la potestad sancionatoria de la Administración, implica:

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

“(…) El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: “a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.”

Las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas. El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

(…)

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso...”⁹

En el caso que ocupa la atención de esta dependencia, se tiene que, el cargo imputado se fundamentó en un uso del espectro radioeléctrico posiblemente no autorizado, de acuerdo con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, frente a lo que la investigada basó principal y fundamentalmente su defensa en la existencia de una serie de permisos derivados de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. la cual es a su vez titular de una autorización de uso de espectro emanada del MINTIC, como resultado del proceso de selección objetiva a través del mecanismo de subasta llevado a cabo en el año 2019, lo que en su sentir es permitido por el ordenamiento jurídico colombiano ya que la infracción enrostrada se relaciona con la carencia de una autorización, pero esta puede provenir no solo del Estado sino también de los particulares asignatarios del espectro.

De acuerdo con lo anterior, y al ser este el punto de mayor discusión de la investigación el cual se formula en la mayoría de numerales del escrito de descargos y se enfatiza y profundiza en toda la extensión del numeral 6° de dicho documento, así como se vuelve a mencionar en los alegatos de conclusión, la Subdirección de manera previa a su estudio procederá a analizar los demás argumentos de discusión, manteniendo así el mismo orden en que fueron propuestos a fin de centrarse posteriormente en el mencionado aspecto de defensa.

En consecuencia, sea lo primero estudiar lo siguiente:

1. Indebida notificación del Acto Administrativo de formulación de cargos

Si se observa en el documento remitido a esta Agencia por parte de la sociedad investigada a través de correo electrónico del 18 de agosto de 2020, el cual se encuentra suscrito por la señora Alexandra Turbay Arango en su calidad de Representante Legal, se tiene que, de forma clara e inequívoca allí se dijo: “...por medio de la presente me permito informar que siendo las 13:42 horas del día 18 de agosto de 2020, esta sociedad fue notificada electrónicamente del Acto Administrativo No. 28 expedido por la Agencia Nacional del Espectro – ANE...”.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Con relación a lo anterior, mediante oficio identificado con el radicado N° GD-008528-E-2020 se le recordó que en el derecho colombiano prima y existe el principio y la doctrina de los actos propios como manifestación del principio de la buena fe el cual enseña que nadie puede variar de conducta injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento.

A propósito de lo dicho, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional¹⁰ ha establecido lo siguiente frente al citado principio:

- a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.
- b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.”

Así las cosas, no se halla configurada una violación al debido proceso por indebida o inexistente notificación porque esta se surtió con el rigor jurídico que las normas prevén, teniendo en cuenta, además, las circunstancias especiales de orden público en materia de salubridad generadas a causa de la propagación de la enfermedad COVID-19, en virtud de las cuales se han proferido normas transitorias a nivel procesal en materia del funcionamiento de las autoridades administrativas (V.gr. Decreto 491 de 2020), y aún, en gracia de discusión, si la notificación del Acto Administrativo N° 28 de 18 de agosto de 2020 hubiese carecido de los requisitos previstos en el CPACA, esta situación fue subsanada por el hecho de la manifestación de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN a través de su Representante Legal arriba referenciada.

Significa que, es contrario a la buena fe y a la lealtad para con este proceso, lo cual podría rayar en la temeridad, el hecho de que su apoderado sin reparo alguno afirme en esta investigación que hubo fallos o deficiencias en la notificación cuando las manifestaciones de su propio mandante han ido en dirección diametralmente opuesta.

Téngase en cuenta además que, de conformidad con las disposiciones procesales previstas en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, resulta claro que en el acto de notificación de la decisión por la cual se formulan cargos, no se prevén exigencias tales como las de remitir copia íntegra y completa del expediente al investigado a fin de entender suficientemente, y en legal forma, satisfecho el deber de notificación.

Quiere decir que, resulta infundada y a todas luces alejadas de las preceptivas legales la afirmación efectuada por la defensa de la investigada según la cual se vulneró el debido proceso de su prohilada al contar con acceso al expediente tan solo dos (2) días después de notificado el pliego de cargos. Pues lo cierto y probado es, que, una vez solicitó AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN el acceso al expediente, esta Subdirección inmediatamente se lo garantizó y así se le informó a través del oficio distinguido con el radicado N° GD-008528-E-2020.

En consecuencia, resultan ser desacertadas y desafortunadas las conclusiones del defensor de la encartada al atacar de manera contradictoria a las manifestaciones y actitudes de su propio mandante, la notificación del Acto Administrativo de formulación de cargos N° 28 del 18 de agosto de 2020, lo que significa que por este hecho no existe mérito a declarar algún tipo de vicio en la investigación que goce de la virtualidad suficiente para afectar su legalidad y que por tanto deba archiversse la actuación como lo pretende el defensor.

2. Objeciones frente a las afirmaciones de los quejosos

Encuentra la Subdirección que, las manifestaciones relacionadas con los documentos de denuncia presentados por las sociedades reconocidas como terceros intervinientes, constituyen afirmaciones personales y son una muestra chocante de los conflictos comerciales existentes entre estas tres empresas, lo cual dista y tiende a distraer y confundir el objeto de esta investigación, razón por la que este Despacho en ello no encuentra motivación ni razón para detenerse a efectuar algún tipo de pronunciamiento y mucho menos valoración, puesto que sus conflictos deberán ser ventilados y resueltos ante los tribunales e instancias competentes de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, es necesario precisar lo siguiente:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Así como otras autoridades administrativas lo han reconocido y en ese sentido se han pronunciado, tanto AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN como PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. son empresas diferentes entre sí, dotadas de plena capacidad jurídica y por tanto susceptibles de ser sujetos de derechos y obligaciones de forma independiente. De manera que, esta Subdirección no es ajena a dicho entendimiento, máxime cuando en este proceso así ha quedado acreditado, incluso con las manifestaciones del mismo apoderado de la implicada.

Quiere decir que, aspectos propios de una integración económica no son del resorte o competencia de la ANE y mientras exista como persona jurídica la sociedad aquí investigada, la potestad sancionadora de la Administración podrá desarrollarse frente a aquella, además que, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. no es un sujeto procesal dentro de este trámite administrativo, lo que significa que las acusaciones, señalamientos o por el contrario los argumentos que tienden a ejercer algún tipo de defensa de esta empresa, no podrán ser tenidos en cuenta, como tampoco aquellos que se refieren al proceso de selección objetiva llevado a cabo por el MINTIC en el año 2019 y en donde no tuvo participación la sociedad aquí investigada, pues son circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenas a las que dieron lugar a este asunto.

Es de precisar que, el objeto de esta investigación –de acuerdo con el cargo formulado– consiste en determinar si el comportamiento de la investigada se adecua a la infracción del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en virtud del uso de unas frecuencias radioeléctricas autorizadas por el Estado a un tercero, y no, si la constitución de unas garantías mobiliarias *per se* implicaba una cesión de los permisos de uso de espectro, pues de conformidad con la justificación dada por la misma investigada para dicho uso, este se dio únicamente con base en la celebración de unos contratos particulares de colaboración empresarial, de los cuales aportó copia para su valoración.

Además de lo anterior, respecto de las manifestaciones y objeciones relacionadas con el informé técnico N° 7316, ha de precisarse que de la lectura a dicho documento y de la respuesta remitida por el Grupo de Control Técnico del Espectro de esta Subdirección en su memorando interno N° GD-000230-I-2021 del 12 de enero de 2021, en el marco de la etapa probatoria, se afirmó lo siguiente:

“El procedimiento de verificación de uso del espectro, o también denominado monitoreo y comprobación técnico de espectro radioeléctrico, tiene como objetivo identificar las emisiones que ocupan una frecuencia, o una banda de frecuencias, además de localizar la fuente de dichas emisiones, lo cual refiere a la ubicación de una o varias estaciones radioeléctricas que hacen parte de una red de telecomunicaciones inalámbricas. Cabe mencionar que estos procedimientos están descritos en el Manual de Monitoreo y Comprobación Técnica de Espectro de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Ahora bien, el procedimiento de verificación de uso del espectro adelantando los días 12 y 13 de agosto de 2020, tuvo como objetivo el recaudo de material que evidenciara:

- El uso de espectro radioeléctrico (ocupación) en la banda de frecuencias 778 MHz-788. MHz.
- El tipo de emisión radioeléctrica, el cual correspondió a una emisión digital OFDM, de la tecnología inalámbrica LTE.
- La ubicación de la estación radioeléctrica, o las estaciones radioeléctricas que estuvieran operando (haciendo uso de espectro) en la banda de frecuencias 778 MHz-788 MHz, con georreferenciación WGS-84. Las cuales en este caso fueron ubicadas en Hotel Clarión Bogotá Plaza Calle 100 con carrera 19, en el parqueadero del centro de entretenimiento Maloka, y en un separador de la calle 26 frente al centro empresarial Sarmiento Angulo.
- El PRST que ostenta la propiedad o control de las estaciones radioeléctricas ubicadas, del cual se tuvo como indicio en la verificación, que las estaciones base también tenían infraestructura de telecomunicaciones operando en la banda de frecuencias 2110 MHz-2125 MHz, la cual se encuentra asignada al operador AVANTEL S.A.S.
- Los códigos de identificación global y local de las estaciones radioeléctricas, dentro de la red de telecomunicaciones, en el caso de que la red sea utilizada para la prestación de servicios de IMT. Para el caso de la verificación, se encontraron los códigos MCC: 732, correspondiente a Colombia, conforme a la recomendación UIT-T E.212, que define códigos de países para operadores de telecomunicaciones móviles (MCC). MNC: 130, correspondiente al operador AVANTEL S.A.S., conforme a la recomendación UIT-T E.21, (sic) y al Sistema de Información y Gestión de Recursos de Identificación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. El MNC o código de red móvil, es único a nivel

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

nacional para el operador AVANTEL. Finalmente, el código EARFCN: 9460, conforme a las normas 3GPP TS 36.508, ETSI TS 136 508, que identifican la canalización para bandas de frecuencias E-UTRA (LTE), banda 28, frecuencia central downlink 783 MHz, ancho de banda de emisión de 10 MHz (778 MHz-788 MHz) y frecuencia central uplink 728 MHz (723 MHz-733 MHz). Este código también es único a nivel nacional para todas las estaciones de LTE que operen bajo las condiciones técnicas evidenciadas a las estaciones

Respecto del procedimiento aplicado los días 12 y 13 de agosto de 2020, se tiene que:

- Monitoreo de la banda de frecuencias 778 MHz-788 MHz, con las estaciones del Sistema Nacional de Monitoreo de Espectro Radioeléctrico de la Agencia Nacional del Espectro, ubicadas en Bogotá D.C., esto con el fin de evidenciar en qué zonas de la ciudad se podrían encontrar las estaciones base.
- Posteriormente, con la unidad móvil de monitoreo y radiolocalización se procedió a ubicar, en las zonas de la ciudad identificadas por las estaciones de monitoreo, el emplazamiento donde se encuentran instaladas y en operación, las estaciones base que hacen uso de la banda de frecuencias 778 MHz-788 MHz.
- Seguidamente, en el lugar donde se encontraron las estaciones base que hacen uso de la banda de frecuencias 778 MHz-788 MHz, se realizó un monitoreo en diferentes bandas de frecuencias asignadas para IMT, usando un analizador de espectro portátil y una antena directiva. Lo anterior con el fin de verificar que otras bandas de frecuencias podrían estar siendo usadas en dichas estaciones base.
- Luego, se realizó la inspección de cada una de las estaciones base con el fin de recolectar pruebas sobre la propiedad de estas (Marquillas, logos, etc.), además de indagar con el personal que labora en el emplazamiento sobre la propiedad de estas.
- Finalmente se realizó un monitoreo con un receptor de radiocomunicaciones móviles, con el fin de identificar a través de los códigos de identificación globales y locales de estación, cuál operador móvil es el que ostenta el control de la operación de las estaciones base identificadas, las cuales se encontraron operando y haciendo uso del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias 778 MHz-788 MHz.”

Lo que significa, que, contrario a las afirmaciones y entendimiento sesgado del apoderado de la investigada, las verificaciones de los días 12 y 13 de agosto de 2020, no tuvieron como único propósito recaudar material en el que se evidenciara la propiedad o control de las estaciones radioeléctricas operativas en el bloque de frecuencias asignado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. sino que, se trató de todo un procedimiento técnico de comprobación de uso del espectro en la banda de 700 MHz, para inspeccionar no solo las estaciones base y así recolectar información de su propietario o responsable, sino además y principalmente, para detectar el uso de este bien público en aquella porción, y a su vez identificar a quien podría atribuírsele dicho uso, así como para establecer el lugar de procedencia de las emisiones y el tipo de servicio.

Además de lo anterior, y respecto de las objeciones a este informe por supuesto error grave que mencionó el defensor en su escrito de alegatos de conclusión, ha de precisar este Despacho que, el elemento de medición, –equipo receptor de radiocomunicaciones marca Rohde and Schwarz–, modelo TSMA, es un instrumento diseñado conforme a las recomendaciones de UIT para medición de ocupación de espectro radioeléctrico. De manera que, este registró con total fiabilidad, no solo el ancho de banda de emisión en un bloque de frecuencias asignado para la prestación de servicios de IMT, sino además los códigos MCC, MNC y de banda de frecuencias utilizado, conforme a la canalización establecida para las bandas empleadas en la prestación de los mencionados servicios, lo que significa que la afirmación de posibles registros distorsionados carece de validez.

Ahora, como se dejó descrito en el acápite de esta Resolución denominado “Competencia de la Agencia Nacional del Espectro”, resulta claro que el agotamiento de visitas de inspección y monitoreos relacionados con el uso del espectro radioeléctrico, comportan el cumplimiento de un mandato legal que reside en esta Entidad y el cual es atendido de forma idónea con instrumentos, equipos y personal altamente calificados y especializados.

A propósito de las visitas de inspección que puede efectuar la Administración, la Corte Constitucional ha considerado que:

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

“De esta forma, la Corte considera que es importante analizar que (i) las visitas de inspección tienen fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 la Constitución; (ii) la revisión, búsqueda y retención de documentos que las superintendencias realizan durante las visitas de inspección no vulneran el derecho a la intimidad y no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones privadas en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución; y (iii) el ingreso de funcionarios de las superintendencias al domicilio corporativo de los sujetos investigados no vulnera la garantía de inviolabilidad del domicilio pues no constituye un registro de domicilio en los términos del artículo 28 de la Constitución.

(...)

la Corte concluyó que las facultades administrativas otorgadas a las superintendencias por virtud de lo dispuesto en el artículo 59.4 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 20 de la Ley 1778 de 2016 no son contrarias a la Constitución, siempre que las mismas sean ejercidas a la luz de lo dispuesto en el CPACA y en el CGP, por cuanto: (i) el CPACA y el CGP permiten integrar el régimen normativo aplicable a las facultades administrativas de las superintendencias en lo relativo a: (a) los medios de prueba que pueden ser practicados; (b) el trámite aplicable al ejercicio de las facultades administrativas, y en particular, al decreto y práctica de pruebas; y (c) el régimen de impugnación y control de los actos administrativos que se profieran en el marco de las investigaciones; (ii) las atribuciones de las mencionadas superintendencias en las disposiciones demandadas están delimitadas en cuanto al *objeto* y *tema* de la prueba pues tienen como finalidad que en el curso de investigaciones administrativas adelantadas por la SIC y la Superintendencia de Sociedades, pueda determinarse el cumplimiento de las normas de protección al consumidor (en el caso particular de las normas demandadas) y de aquellas que prohíben el soborno transnacional; y (iii) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados. Los medios probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente. Finalmente, la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima, en el sentido de permitir recaudar las pruebas necesarias para definir si las entidades investigadas están dando cumplimiento a sus obligaciones legales. Dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el “factor sorpresa” pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante.”¹¹

Se encuentra entonces que el informe del Grupo de Control Técnico N° 7316 incorporado como prueba documental de este expediente a través del Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020, no adolece de ningún tipo de error grave y por el contrario goza de absoluta idoneidad, aptitud y capacidad demostrativa para este asunto, porque:

1. Su objeto no fue únicamente el de identificar quien era el propietario de unos equipos utilizados en la prestación de un servicio de telecomunicaciones, como equivocadamente parece entenderlo –o al menos así lo informa– el apoderado de la investigada.
2. Su obtención se dio a partir del ejercicio de competencias legales, en el marco de averiguaciones preliminares siendo posteriormente incorporado al expediente administrativo para conocimiento del sujeto implicado, al punto que este pudo ejercer su contradicción, tal como quedó plasmado en el documento de alegatos de conclusión.
3. Los datos obtenidos, fueron producto de la utilización de equipos debidamente certificados, calibrados y especializados para la medición de ocupación espectral, los cuales fueron utilizados por personal de esta Agencia que goza de las más altas calidades y experticia para el empleo de esta clase de dispositivos.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

3. Falta de competencia de la ANE

Respecto de la supuesta falta de competencia de la ANE, sustentada en la idea según la cual en el acto de formulación de cargos se sugiere un catálogo de sanciones dispuesto en un régimen de espectro definido por el MINTIC, este Despacho observa que tal afirmación es equivocada y comporta un argumento falaz, puesto que considerar que por la posible existencia de un régimen del espectro definido por la citada autoridad *per se* llevaría implícito o inmerso un régimen de infracciones y sanciones, no se ajusta a la realidad normativa de nuestro ordenamiento, máxime cuando el artículo 63 de la Ley 1341 de 2009 dispone:

“ARTÍCULO 63. DISPOSICIONES GENERALES DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.”

Entonces, asegurar que un “régimen del espectro definido por el MINTIC” conlleva implícita la definición de un régimen de infracciones y sanciones diverso del previsto en el artículo 64 y 65 de la Ley 1341 de 2009, significa una proposición diferente a la que debería probar o concluir.

Pues, si bien en el marco del espectro radioeléctrico coexisten algunos regímenes V. gr. régimen de contraprestaciones, régimen de radiodifusión sonora, etc. ello no significa que el Ministerio en algún momento haya previsto normas con infracciones o sanciones distintas de las que la Ley 1341 de 2009 ya establecía, y en consecuencia, riñe con la realidad lo aseverado por el apoderado de la investigada en cuanto a que a su defendida le fue imputada infracción distinta a la del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Basta con leer el artículo primero de la parte resolutive del acto de formulación de cargos para constatar que la infracción prevista en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 fue la enrostrada en la presente investigación, así:

“ARTÍCULO PRIMERO: Iniciar investigación administrativa y formular el cargo anteriormente mencionado en contra de la sociedad AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, con NIT. 830.016.046-1, en virtud de una posible vulneración al artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8° de la Ley 1978 de 2019, y **puediéndose configurar la infracción del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.”** (énfasis añadido)

Por otra parte, y con relación a que el acto de formulación de cargos es violatorio del artículo 47 del CPACA, al no ser claro y preciso en cuanto a señalar cuales fueron las disposiciones presuntamente vulneradas, lo cual reitera la investigada en sus alegatos de conclusión. El Despacho encuentra oportuno e imperioso destacar que, como se lee en el mismo Acto Administrativo N° 28 de 18 de agosto de 2020, la conducta constitutiva de infracción se trató de la prevista en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, y se le mencionó además a la investigada que su comportamiento podría vulnerar o desconocer el mandato de obligatorio cumplimiento dispuesto en el artículo 11 de la misma Ley.

Lo anterior quiere decir que, el incumplimiento a la obligación que establece el citado artículo 11 *ejusdem*, implica su violación, su desconocimiento y conculcación, siendo precisamente esto lo que se dijo en el artículo primero del acto de apertura que además en el párrafo segundo del cargo único se menciona con mucha mayor claridad así:

“Que, en virtud de lo anterior, **al no hallarse acto administrativo alguno en el que se evidencie permiso previo y expreso, otorgado a AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN por la autoridad competente para el uso del espectro radioeléctrico, se torna probablemente la operación de la antedicha sociedad en un uso clandestino, a la luz de las disposiciones de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.”**

Es decir que, de forma redundante y para evitar cualquier suspicacia, se le informó de manera unívoca a la investigada que si no se hallaba acto administrativo en el que se soportara un permiso para las bandas inspeccionadas del cual fuese su titular (es decir, si violaba el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009), ello desencadenaría y le haría incurrir en la configuración, materialización y adecuación a la infracción dispuesta en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Entonces, la interpretación que pretende ahora su defensor comporta una tergiversación de lo previsto en el Acto N° 28 de 18 de agosto de 2020, al punto que el mismo apoderado reconoce que el deber de imputar infracciones se halla en la Ley 1341 de 2009, tal como lo refiere así:

“Al respecto cabe precisar que el régimen sancionatorio administrativo aplicable por la subdirección en desarrollo de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política y el CPACA solo puede considerar las conductas tipificadas como infracciones y **previstas expresamente y de manera exclusiva y taxativa en el numeral 3 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009**”

(...)

“...debe entenderse que solo es aplicable la infracción prevista y tipificada expresamente en el numeral 3 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.”

(...)

“Se reitera que la conducta que está tipificada como infracción al régimen del espectro **es solo la definida en el numeral 3 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 que se refieren específicamente al uso del espectro.**” (Énfasis añadido).

En consecuencia, es absolutamente claro que la infracción posiblemente cometida por la sociedad AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y por la que aquí se le investiga, y de la que se observa un claro entendimiento de su defensor, quien ha podido reprochar y censurar todos y cada uno de los aspectos que han enmarcado este procedimiento con sendos y extensos documentos, goza de plena tipificación en el numeral 3º del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, y que dicha conducta de manera colateral podría vulnerar no solo el mandato del artículo 11 *ibidem*, sino muchos otros preceptos tanto legales, constitucionales, reglamentarios e incluso jurisprudenciales.

Adviértase además que, la causal de falta de competencia, formulada expresamente por la investigada, según lo enseñado por la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo consiste en que la autoridad administrativa adopta una decisión sin encontrarse legalmente facultada para ello, teniendo en cuenta que no se puede salir del marco constitucional y legal que le señala su competencia¹².

En esa medida, el análisis de la falta de competencia se circunscribe exclusivamente en la revisión de si normativamente la autoridad cuenta con capacidad para adoptar o emitir una decisión, es decir, si la Ley le ha otorgado dicha prerrogativa de poder, más no, como lo sugiere la defensa, en la definición o tipificación de la conducta investigada, lo cual se enfocaría más a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y las sanciones, aspecto este que será analizado más adelante por ser otro de los tantos argumentos empleados por la defensa.

La valoración de la competencia administrativa en sede de la investigación y la emisión de un acto corresponde a una ponderación más global y general de su capacidad legal y administrativa, y el punto de la forma en que se invocan los cargos, corresponde a otro tipo de alegación.

Así, según lo indicado en el Acto Administrativo N° 28 de 18 de agosto de 2020, esta Subdirección adoptó dicha decisión y ha adelantado la presente investigación, en ejercicio de las facultades legales establecidas en los numerales 4º y 10º del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, en el numeral 10º del artículo 2 del Decreto N° 93 de 2010, en la Resolución N° 545 del 8 de noviembre de 2011 proferida por esta Entidad, y, en el Título III de la Ley 1437 de 2011, sin que se advierta en este estado del procedimiento reparo alguno a esta competencia subjetiva por el investigado o los demás intervinientes.

Vale la pena traer a esta decisión, lo considerado por el Tribunal Superior de Bogotá en su decisión de 2ª instancia en la acción de tutela interpuesta por la investigada con ocasión de esta actuación, quien concluyó que las decisiones adoptadas por la ANE se realizaron conforme a sus facultades y competencias definidas en la Ley, pues así lo precisó al indicar que la “decisión fue emitida por la ANE en ejercicio de las funciones conferidas por la Ley 1341 de 2009, luego de constatar los hechos objeto de queja, y que dieron origen a una actuación administrativa sancionatoria en contra de la empresa AVANTEL S.A.S.”.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08).

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Resulta ser tan concreta y ostensible la facultad con que cuenta esta Entidad para proferir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto como en cualquier otro en el que se encuentre relacionado el uso del espectro radioeléctrico, que entidades como el MINTIC y la CRC respetan y reconocen las atribuciones legales que descansan sobre esta Agencia y sobre ello no ejercen ningún tipo de injerencia o descalificación contrario a lo asegurado y pretendido por la investigada en este expediente.

A modo de ejemplo basta con leer documentos públicos expedidos por estas entidades en donde se ha consignado lo siguiente:

“Por lo demás, sea de aclarar que le corresponde a la ANE determinar si PTC o AVANTEL S.A.S. están o no realizando un uso indebido del espectro, sin que la conclusión acá plasmada pueda tener repercusión en las investigaciones que pueda adelantar dicha Agencia al respecto, pues se trata de dos asuntos diferentes. En efecto, en tanto que a la CRC concierne la verificación de la aplicación de la regulación general en el presente trámite, a la ANE le correspondería verificar si por parte de PTC o AVANTEL S.A.S. se ha generado un uso ilegal del espectro radioeléctrico como bien público”¹³. (Énfasis añadido).

Así como también:

“En estas condiciones, teniendo en cuenta que la conducta en que presuntamente habría incurrido AVANTEL ya se encuentra siendo investigada por la Agencia Nacional del Espectro, entidad competente para el efecto...”¹⁴ (Negrillas y subrayas fuera del original).

Por otra parte, y dado que en sus alegaciones finales refiere el apoderado que este Despacho no gozaba de competencia para imponer la medida de cese de operaciones consignada en el artículo segundo del Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020, puesto que entiende y así lo defiende, que, una medida semejante solo podía ser adoptada por el director general de la Entidad, de conformidad con el manual de funciones de la ANE y que ello nunca le fue confiado ni delegado a esta Subdirección, se torna relevante para este Despacho informar al defensor lo siguiente:

En un análisis exhaustivo y detenido a la Resolución N° 724 del 6 de diciembre de 2018, por la cual se modificó el manual específico de funciones de esta Entidad y que actualmente se encuentra vigente y surte efectos jurídicos como acto administrativo que es, se observa que dentro del amplio catálogo de funciones del director general, taxativa y textualmente se encuentran previstas las que se pasan a enunciar:

- “1. Planear, dirigir, controlar y evaluar las políticas, planes, programas, proyectos y actividades que desarrolle la ANE para el cumplimiento del objeto y funciones determinadas por la ley y asuntos aprobados por el Consejo Directivo.
2. Adoptar las decisiones administrativas con el lleno de los requisitos establecidos en la ley, inherentes a sus funciones.
3. Administrar en forma eficaz y eficiente los recursos financieros, administrativos y de personal para el adecuado funcionamiento de la ANE.
4. Con sujeción al presupuesto, y a las normas que rigen la materia, velar por la ejecución presupuestal y el recaudo y manejo de los recursos de la ANE.
5. Nombrar y remover, así como aprobar las situaciones administrativas de los funcionarios, adscritos a la planta de personal de la ANE, de conformidad con la normatividad jurídica vigente.
6. Presentar para aprobación del Consejo Directivo el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la ANE y velar por su cumplimiento.
7. Crear los grupos internos de trabajo necesarios para atender las necesidades y funciones propias de la ANE en concordancia con los lineamientos que el Gobierno Nacional estipule para la Función Pública.
8. Suscribir los informes de ley que soliciten autoridades competentes, sobre las funciones de la ANE.

¹³ Cfr. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Resolución N° 6127 de 28 de diciembre de 2020. Hoja N° 65.

¹⁴ Cfr. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Resolución N° 720 de 24 de septiembre de 2020. Hoja N° 25.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

9. Supervisar el ejercicio del Control Interno, su efectividad y la observancia de sus recomendaciones, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 87 de 1993, y aquellas normas que la modifiquen o deroguen.
10. Supervisar el ejercicio del Control Disciplinario con sujeción a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, y aquellas normas que la modifiquen o deroguen.
11. Fijar las políticas y procedimientos para la atención de peticiones, quejas, reclamos, sugerencias y denuncias (PQRSD) y la recepción de información que los ciudadanos formulen en relación con la misión y desempeño de la ANE.
12. Notificar ante los organismos internacionales, previa coordinación con el MINTIC, las interferencias detectadas por señales originadas en otros países.
13. Asesorar y acompañar al MINTIC en las negociaciones internacionales, cuando se requiera.
14. Actualizar, mantener y garantizar la seguridad y confiabilidad de la información que se genere de los actos administrativos de su competencia.
15. Actuar como segunda instancia de los actos administrativos por infracciones al régimen del espectro.
16. Las demás funciones inherentes a la naturaleza del cargo y las que le sean asignadas por el Jefe Inmediato o que le atribuya la Ley.”

Quiere decir que, dista de la realidad y no le dan crédito a la verdad las aseveraciones del jurista representante de la investigada, además de contraponerse de forma directa y patente con el mismo manual de funciones de esta Agencia en donde al cargo de Subdirector(a) de Vigilancia y Control le corresponden, entre muchas otras, las funciones y tareas de:

6. Ordenar la suspensión de transmisiones no autorizadas, detectadas en desarrollo de los planes de vigilancia y control.

7. Adelantar las investigaciones por el uso clandestino del espectro con base en los procedimientos establecidos y efectuar el decomiso preventivo de los equipos utilizados en dicha actividad.

(...)

10. Adelantar todas las actuaciones administrativas para establecer las posibles infracciones al régimen nacional del espectro y actuar como primera instancia en la imposición de las sanciones pertinentes, así como resolver los recursos de reposición que se interpongan sobre los actos administrativos correspondientes.” (Énfasis añadido)

Téngase en cuenta además, que, de conformidad con el artículo 1° de la Resolución 545 del 8 de noviembre de 2011 de esta Agencia, se le asignó a la Subdirección de Vigilancia y Control la función de adelantar en primera instancia las actuaciones administrativas orientadas a determinar si existe una infracción al régimen de espectro.

Quiere decir, que, la orden de cese de operaciones impuesta y el trámite surtido hasta el momento en esta investigación, gozan de plena validez, respeto y reconocimiento al ordenamiento y de ninguna manera implica o raya en algún tipo de extralimitación en que pudiese incurrir esta Subdirección como parece sugerirlo el apoderado de la investigada.

Adicionalmente a lo expuesto, resulta de capital importancia, aclararle al apoderado de la defensa, que, muy al contrario de sus consideraciones e interpretaciones al ordenamiento, la orden de cese inmediato de operaciones impartida no configura una sanción de facto, como lo asegura, puesto que esta Entidad no puede sustraerse del cumplimiento de normas como el precitado artículo 35 de la Ley 1978 de 2019, el cual prevé que la ANE podrá tomar todas las medidas que considere necesarias para que cese el uso no autorizado del espectro radioeléctrico, lo cual no significa *per se* que deba agotarse previamente toda una investigación a fin de imponer este tipo de medidas.

En consecuencia, resulta prístina la impertinencia de las afirmaciones de la defensa de la investigada respecto a que este Despacho no goza de competencia para adelantar el presente procedimiento administrativo sancionatorio o que ha desbordado los límites de sus facultades.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

4. Defectos procedimentales de la actuación que violan el Debido Proceso

Tal como quedó consignado en el escrito de descargos y posteriormente reiterado en el documento de alegatos de conclusión, el apoderado de la encartada enuncia múltiples aspectos y circunstancias que él entiende como “defectos procedimentales” de la investigación los cuales atentan contra su legalidad y que además ponen de manifiesto una nulidad absoluta que irradia a toda la actuación, razón por la que estos se estudiarán y desatarán bajo los siguientes subtítulos:

❖ Confusión de procedimientos.

Uno de los factores mencionados como defecto y vicio del acto de apertura de la investigación, se relaciona con una supuesta confusión de procedimientos, de donde concluye la defensa que el único aplicable a este asunto era el previsto en el artículo 47 y siguientes del CPACA.

Con relación a este argumento, encuentra la Subdirección que de forma inadvertida parece olvidar el mandatario de la encartada que los preceptos adjetivos que han servido de base al Acto Administrativo que incesantemente ataca, son precisamente los de la norma que echa de menos y que reconoce es el canal procesal por el cual debía transitar esta actuación. Pues bien, en el Acto de formulación de cargos se consignó lo siguiente, entre otros muchos apartes:

“Que, tal como se relató líneas atrás, el procedimiento sancionatorio en esta materia se encuentra regulado en la Ley 1437 de 2011, por expresa remisión del artículo 28 de la Ley 1978 de 2019. De manera que, tanto el impulso como la publicidad, comunicación y notificación de los actos administrativos que sean proferidos con ocasión de la investigación, deberán atender las exigencias de dicha norma.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En este orden de ideas, y como el mismo apoderado es conecedor, la Ley 1978 de 2019 dispuso:

“ARTÍCULO 28. Modifíquese el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, que quedará así:

Artículo 67. Procedimiento general. **Para determinar si existe una infracción a las normas previstas en esta ley se deberá adelantar una actuación administrativa que estará siempre precedida de las garantías del debido proceso, el cual incluye el derecho de defensa y contradicción. A dicha actuación se aplicarán las reglas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”**

Es decir que, a partir del 25 de julio de 2019, el legislador previó que la cuerda procesal para evacuar actuaciones administrativas de índole sancionatoria por incumplimientos al ordenamiento de las telecomunicaciones sería la dispuesta en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– y exactamente es lo que este Despacho ha aplicado en el caso *sub examine* con la formulación del pliego de cargos, su notificación, la práctica de pruebas, el término probatorio, el traslado para alegar de conclusión, etc. todo ello debidamente acreditado en este expediente y que extrañamente pretende interpretar y redimensionar la defensa hacia ámbitos oscuros y confusos para de esta forma obtener un provecho para su prohijada.

Ahora, en materia de tipicidad y legalidad de las infracciones y sanciones, normas que son entendidas como de carácter sustancial¹⁵ y no procesal como equivocadamente parece comprenderlo el mandatario del sujeto procesal, se tiene que, con fundamento en la Ley 1978 de 2019, los presupuestos de los artículos 64 y 65 de la Ley 1341 de 2009 se mantuvieron incólumes, pues no fueron objeto de adición, modificación y mucho menos derogación, razón por la cual las entidades investidas de competencia para adelantar procedimientos sancionatorios en el marco de las telecomunicaciones deben acudir al catálogo dispuesto en dichos artículos,

¹⁵ Al respecto, en distintos fallos del Consejo de Estado, se ha reconocido lo siguiente: “Desde el ángulo de la categoría normativa, como lo ha expresado la Sala en innumerables oportunidades, **la ley “sustancial” es aquella que confiere derechos a las personas, declara, constituye, extingue o modifica, obligaciones. Por ende, las disposiciones que tipifican sanciones, incluidos sus presupuestos y tasación, tienen el carácter de “ley sustancial”.** Las normas procesales, o adjetivas, son aquellas que regulan el procedimiento para hacer efectivo el derecho sustancial. **Se advierte entonces, que las normas que regulan conductas e imponen sanciones tienen carácter “sustancial” y no procedimental,** y para el caso del tema que ocupa la atención de la Sala, el hecho de su ubicación en el Libro V del Estatuto Tributario, que comprende “procedimiento tributario, sanciones y estructura de la Dirección.” no les confiere a dichas disposiciones la naturaleza de normas instrumentales o procedimentales.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente. Juan Angel Palacio Hincapié. Sentencia del 10 de noviembre de 2000. Radicado N° 25000-23-27-000-1999-0715-01-10870.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

máxime cuando en el CPACA no existe disposición alguna que tipifique y describa infracciones y mucho menos sanciones por violaciones al uso del espectro radioeléctrico en Colombia.

Quere decir que, no se compece con la realidad y la verdad la afirmación del apoderado en cuanto a que esta Subdirección incurrió en una confusión de procedimientos, pues el único que se ha aplicado es justamente el dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como lo evidencia el trámite surtido hasta esta etapa procesal en donde el cargo formulado acató las exigencias del artículo 47 de aquella codificación y se corrieron los términos de traslado para el ejercicio de defensa de la implicada con base en esa misma norma. Pero la imputación se dio con base en las infracciones y sanciones –artículos 64 y 65– dispuestas en la norma sustancial –Ley 1341 de 2009– que a la fecha no ha sido objeto de eliminación o sustitución en el ordenamiento jurídico, como ya se vio.

De otra parte, asegurar que de forma exclusiva lo dispuesto en el artículo 47 y siguientes del CPACA son las únicas normas válidamente aplicables frente al resto del Código, reviste un argumento violatorio de la legalidad que tanto propende y campea por defender el sujeto procesal y deja entrever un contrasentido con sus mismas afirmaciones contenidas en los alegatos de conclusión, pues allí informa que debió darse aplicación al artículo 40 *ejusdem* respecto de la etapa probatoria en la investigación. De manera que, tales elucubraciones llevarían al absurdo de afirmar que los principios dispuestos en el artículo 3° *ibidem* no son extensibles al régimen sancionatorio por el simple hecho de hacer parte de otro título y capítulo de aquella codificación, así como tampoco podría entonces tenerse en cuenta la manera de formar los expedientes, o de hacer parte a quienes gozaran de un interés en calidad de terceros, o practicar correcciones a los actos administrativos, o seguir las reglas de la notificación y comunicación de los mismos, puesto que todas estas normas no hacen parte de los artículo 47 y siguientes del Código, lo cual es una idea abstrusa y de falta de lógica jurídica.

Ahora, no solo riñe con los criterios y postulados del buen juicio sino con el principio de especialidad que rige la aplicación de las normas, afirmar de manera contradictoria en sus alegatos de conclusión, que, la recepción y valoración probatoria debía hacerse bajo los estrictos mandatos del artículo 40 del CPACA porque así lo manda el inciso primero del artículo 47 de dicho Código, a sabiendas de la existencia de una norma especial y posterior como la consignada en el artículo 48 de aquel cuerpo normativo, que de manera suficientemente metodológica fija tanto las reglas para la evacuación de la etapa probatoria en una actuación de carácter sancionatorio, como las dinámicas para el ejercicio de contradicción por parte del investigado.

Además de lo anterior, y por su pertinencia, encuentra el Despacho imperioso reiterar lo afirmado en el Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020 en donde a propósito de este tópico se le informó a la investigada:

“Ahora, en tratándose de la oportunidad procesal para aportar y solicitar pruebas por parte del investigado, enseña el inciso 3° del artículo 47 del CPACA, que, este lo podrá hacer dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del pliego de cargos. Es decir, el ordenamiento ha previsto una etapa preclusiva a nivel probatorio para el ejercicio del derecho de contradicción con que cuentan los sujetos procesales en el marco de un proceso administrativo sancionatorio de carácter general.

(...)

...no considerar el término dispuesto en el artículo 47 del CPACA como perentorio¹⁶, así como el de la etapa probatoria del artículo 48 *ibidem*, llevaría a la peligrosa conclusión según la cual en el procedimiento sancionatorio se encontraría habilitada la Administración para decretar, recaudar, practicar y valorar, de manera constante, todo tipo de pruebas sin respetar el término máximo de treinta (30) días, lo cual iría en detrimento y perjuicio del debido proceso del investigado, y asimismo, tampoco se tendría un solo término de diez (10) días para la presentación de alegaciones finales por parte de los sujetos procesales, sino que este tendría que correrse tantas veces como se practicaran pruebas, yendo ello en un claro contrasentido

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 012 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería. “Los términos procesales “constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley, o el juez, a falta de señalamiento legal, establecen para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia”. Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras estaban aún vigentes.”

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

con principios tales como el de eficiencia¹⁷, igualdad, efectividad, celeridad e imparcialidad que rigen la función pública y poniendo en riesgo el término máximo de caducidad previsto en el artículo 52 de la misma codificación.”

A propósito de los principios de celeridad y eficiencia, los cuales también destaca infundadamente el apoderado como conculcados por parte de este Despacho, podría pensarse que estos resultarían sacrificados si una idea semejante a la formulada en su escrito de alegaciones finales pudiese siquiera tener cabida en nuestro ordenamiento, ya que desconocer las reglas tanto del inciso 3° del artículo 47 y del artículo 48 del CPACA, a efectos de aplicar de forma excluyente y exclusiva el artículo 40 de dicho Código, configuraría una carta blanca y un medio para que los sujetos procesales o cualquier interviniente en una actuación sancionatoria se sintiese tentado de emplear todo tipo de maniobras dilatorias con la presentación o solicitud constante e incesante de elementos de prueba a fin de entorpecer y retrasar el ejercicio del *ius Puniendi* del Estado y de esta forma en un momento dado poder obtener los beneficios de la figura de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Es imperioso destacar y dejar constancia, que, durante el curso de esta actuación la Subdirección nunca ha hecho alusión ni referencia a **oportunidades probatorias** distintas de las previstas en el CPACA. Es decir, solo se le ha mencionado al investigado el artículo 47 *ibidem* como la norma que fija los términos para la presentación o solicitud de pruebas en este tipo de asuntos. De manera que, resulta ser ajena a la realidad la afirmación del apoderado relativa a que el Despacho tomó como oportunidad probatoria la establecida en el artículo 173 del Código General del Proceso y que ha obrado como si se tratase de una actuación jurisdiccional.

Por lo anterior, de forma incontrovertible se tiene que no se halla llamada al éxito la argumentación empleada por el defensor de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, relativa a una supuesta confusión de procedimientos y menos una aplicación normativa indebida y por tanto tendrá que estarse a lo resuelto en este punto, toda vez que esta investigación se ha evacuado conforme a las normas que le son aplicables y respetando cada una de las etapas previstas, así como los términos procesales y de caducidad de la actuación.

❖ **Falta de participación de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN en las actuaciones previas.**

Como otro raciocinio que lleva al abogado de la investigada a considerar que este Despacho ha incurrido en violaciones al debido proceso que afectan de nulidad esta actuación, se encuentra el presupuesto de no haber hecho partícipe a su representada de la evacuación de las averiguaciones preliminares desarrolladas por la Subdirección de Vigilancia y Control, y por el contrario desarrollar esta fase de manera oculta y a sus espaldas, lo que en su sentir comporta una vía de hecho.

En relación con lo anterior, de forma amplia y pormenorizada se le aclaró y explicó a la investigada en la Resolución N° 253 del 8 de septiembre de 2020, la cual le fue debidamente notificada, que, en el trámite de averiguaciones preliminares no se desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso. Así que, por su importancia se le reitera lo consignado en aquella decisión y deberá el sujeto procesal estarse a lo dispuesto en dicha oportunidad en donde con total precisión se le dilucidó este mismo punto de descargo que presenta ahora en esta etapa:

“Frente a las anteriores aseveraciones encuentra este Despacho útil preguntarse ¿cuál es la naturaleza de las averiguaciones preliminares de que trata el artículo 47 del CPCA? (sic) a efectos de establecer si en toda actuación sancionatoria de la Administración estas deben estar presentes.

Para dar respuesta al anterior interrogante debe partirse del concepto de indagaciones previas, averiguaciones preliminares, averiguaciones previas, etc., el cual se halla referido dentro de un ámbito de incertidumbre fáctica y jurídica que comporta así, todos aquellos trámites anteriores a la existencia de una actuación administrativa, que encuentra la Administración necesarios de ejecutar con el propósito de obtener justamente un mayor grado de certeza frente a la ocurrencia de hechos u omisiones posiblemente constitutivos de una infracción al ordenamiento jurídico, así como a determinar sus posibles autores.

¹⁷ V.gr. Corte Constitucional. Sentencia C – 416 de 1994 citada en la Sentencia 875 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub “El proceso es una institución de satisfacción de pretensiones esencialmente dinámica; en tal virtud, el proceso se proyecta y desenvuelve en el tiempo, a través de la sucesión de una serie de actos o de etapas dirigidas a una finalidad, cual es la constatación de una situación jurídica en un caso concreto mediante una sentencia. El proceso se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia”

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

De lo anterior resalta entonces, y como lo ha dicho la doctrina que: “Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona, cuando exista fundamento por lo menos sumario a partir de la solicitud fundada, o del acervo recaudado o que le fuera allegado a la administración, que le permita adoptar esta decisión oficiosamente, en cumplimiento, entre otras, de funciones administrativas de inspección, control o vigilancia, si es del caso. **Si la administración tiene en su poder suficiente información que le permita razonablemente sustentar fáctica y jurídicamente una infracción al ordenamiento con sujetos plenamente identificados podrá iniciar un trámite administrativo sancionador.**”¹⁸ Énfasis fuera del texto original).

Como el mismo tratadista Santofimio lo enseña: “No teniendo suficientes argumentos de ese orden, pero teniendo noticia de posibles infracciones, o debiendo cumplir funciones de inspección, control, o vigilancia debe, con el propósito de obtener un mayor grado de certeza en la posible infracción al ordenamiento jurídico, o del cumplimiento adecuado del ordenamiento jurídico por los vigilados o controlados, abrir actuaciones previas al proceso sancionatorio, en lo que el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 denomina “averiguaciones previas”, **instancia anterior al trámite sancionatorio propiamente dicho, fundamentalmente documental y probatorio, de clarificación, pero igualmente de profunda sumisión al debido proceso, y de plena aplicación y vigencia de las garantías procesales definidas en la convención americana de derechos humanos, en la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, sobre todo existiendo persona o personas identificadas como posibles infractores o con vocación de ser investigados.**”¹⁹ Énfasis fuera del texto original)

En un entendimiento armónico de la doctrina citada y de la definición aquí propuesta se encuentra que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰ ha enseñado que las fases preliminares comportan un ámbito de unilateralidad de la Administración puesto que fundamentalmente lo que se busca es establecer objetivamente la existencia de posibles hechos o circunstancias que puedan encuadrarse en la constitución de una conducta reprochable:

(...)

Ningún reparo encuentra la Sala a la unilateralidad de la actuación surtida dentro de las indagaciones preliminares, encaminada fundamentalmente a establecer en forma objetiva la posible existencia de hechos o circunstancias que pueden configurar el manejo irregular de bienes o recursos públicos, sin determinar a unos responsables concretos.

Tampoco encuentra la Sala contraria a la garantía del debido proceso que en una fase de la etapa de investigación se conserve la actuación unilateral de la administración, por la exigencia de mantener la reserva requerida, e impedir que su conocimiento o publicidad pueda permitir la destrucción o la manipulación de las pruebas o la interferencia de extraños y aún de los posibles implicados que la hagan fracasar. De este modo, el proceder unilateral de la administración se justifica por la necesidad de que pueda establecer con certeza, objetivamente y libre de influencias e injerencias perniciosas los hechos investigados...

Pero necesariamente el avance de la investigación puede determinar que en un momento dado exista un acopio de pruebas que permitan deducir con claridad la existencia y naturaleza de los hechos constitutivos de las infracciones, y establecer la identidad de los autores o partícipes. En tal circunstancia, y dada la situación de desigualdad o desequilibrio en que se encuentran éstos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que éste puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos.

¹⁸ SANTOFIMIO, Jaime, *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 477.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-620 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

De lo expuesto, es palmario que solamente en aquellos procesos sancionatorios en los que no se cuente con certeza o que razonablemente no se pueda sustentar la verificación de algún tipo de infracción al ordenamiento, la Administración está llamada a agotar aquello que se ha denominado “averiguaciones preliminares”. De manera que, con relación a los argumentos contenidos en la solicitud que aquí nos convoca tenemos que, la afirmación según la cual las averiguaciones preliminares son una fase esencial dentro del procedimiento sancionatorio que debe ser comunicada previamente al interesado, carece de sustento jurídico y no corresponde con la realidad jurídica de nuestro ordenamiento.” (Énfasis añadido)

Además de lo relatado en la decisión citada, es menester recalcar que justamente por la insuficiencia de las denuncias aportadas y en procura de obtener una clarificación frente a unos posibles hechos constitutivos de infracción al régimen de las telecomunicaciones, esta Subdirección se vio avocada al agotamiento de una serie de averiguaciones que le llevaran a determinar si existía algún tipo de sustento para dar curso al accionar punitivo del Estado o si por el contrario no había razón alguna, motivo por el que en ejercicio de esas atribuciones unilaterales de las que habla la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y en desarrollo de una actuación que es eminentemente sometida a reserva y por tanto no requiere ser comunicada, ya que así se encuentra previsto en el índice de información clasificada y reservada de esta Agencia según Resolución N° 719 de 2018²¹ –acto administrativo que goza de presunción de legalidad hasta tanto no sea objeto de control jurisdiccional– es que se realizaron por cuenta de este Despacho –en uso de sus facultades de vigilancia y control– las respectivas verificaciones técnicas a fin de establecer si efectivamente se hallaba frente al algún tipo de uso de espectro radioeléctrico que pudiese contrariar el ordenamiento en el sentido de las quejas remitidas o si por el contrario no existía tal supuesto de hecho.

Yerra entonces la defensa al asegurar de forma tendenciosa que la ANE surcó el ámbito del debido proceso solo a la posibilidad de rendir descargos y que se trató entonces de indagaciones ocultas con el concurso de los denunciados en donde esta dependencia hizo suyas las acusaciones temerarias e infundadas de los quejosos. Pues como se encuentra acreditado en el mismo expediente, esta Subdirección de forma objetiva e imparcial desplegó actuaciones tales como:

- ✓ Oficiar al MINTIC a efectos de que informara sobre la existencia de una posible cesión del espectro asignado a la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S en favor de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN.
- ✓ Realización de verificaciones técnicas con personal y equipos idóneos y calificados pertenecientes a esta Entidad, documentación a la que pudo acceder el sujeto procesal una vez se inició formalmente la actuación, por ser ese el momento en el que podía y era deber permitirle su conocimiento.
- ✓ Recepción en el mes de agosto de las respuestas dadas por el MINTIC acerca del estado de las asignaciones de espectro para las citadas empresas.

Lo anterior es entonces una abierta manifestación –de las múltiples existentes en esta investigación– del reconocimiento y aplicación al principio de imparcialidad, legalidad y debido proceso que ahora parece echar de menos su apoderado.

No puede perderse de vista tampoco, que, las verificaciones técnicas realizadas por el grupo interno de trabajo de Control Técnico del Espectro de esta Agencia, se ejecutaron en desarrollo de la facultad de vigilancia y control de la que está revestida esta Entidad, y, tal como lo ha señalado la jurisprudencia colombiana en varias oportunidades, dar un aviso o comunicar el desarrollo de las mismas impide el pleno ejercicio de la inspección y la ausencia de notificación no conculca de manera alguna el debido proceso de los sujetos. Así lo ilustra la Corte Constitucional esta competencia que reside en las Superintendencias, así:

“(…)

Las visitas de inspección encuentran fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 la Constitución

²¹ Anexo Resolución 719 de 2018. Agencia Nacional del Espectro

Descripción - Información	Tipo Activo	Léngua	Fundamento	Clasificación
Todos los documentos de la indagación preliminar hasta la apertura formal de la investigación administrativa: cuestionarios (actas diligencias), informes, denuncias, comunicaciones, planes anuales de visita, de monitoreo y de verificación.	Datos - Documentos	Español	Ley 1712 de 2004 artículo 15 Wend 8 y Ley 734 de 2002 Art. 93	Información Pública Reservada

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

El inciso 4° del artículo 15 de la Constitución establece que en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia e intervención del Estado “podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. Esta facultad constitucional en cabeza de las superintendencias se encuentra desarrollada legalmente en diversas disposiciones.

Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución.

(...)

(iii) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados. Los medios probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente. Finalmente, la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima, en el sentido de permitir recaudar las pruebas necesarias para definir si las entidades investigadas están dando cumplimiento a sus obligaciones legales. Dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el “factor sorpresa” pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante.”²² (Énfasis añadido).

El debido proceso en las actuaciones sancionatorias, como lo reconoce la doctrina, reviste una serie de aspectos relativos a un efectivo ejercicio del derecho de defensa, por lo que se ha afirmado que “la dimensión de protección de los administrados antes de la expedición del acto, es decir, durante la etapa de elaboración de la decisión -actuación administrativa-, resulta hoy de la mayor trascendencia y se manifiesta, i) en la legalidad e imparcialidad; ii) en el derecho a ser convocado desde el inicio de la actuación; iii) en el derecho de aportar y pedir pruebas y a contradecir las obrantes en el expediente administrativo; iv) en el derecho que se respeten las etapas formales y propias de la actuación sancionatoria”²³.

En consecuencia, y volviendo al caso concreto de esta actuación administrativa, se halla probado en el expediente que la Subdirección no desplegó inmediateamente su accionar punitivo. Es decir, no formuló cargos como efecto de las versiones de los terceros denunciantes, puesto que las mismas no brindaban la suficiente certeza ante los hechos posiblemente constitutivos de infracción, razón por la que, con la debida diligencia, y en ejercicio de sus facultades de vigilancia y control, se aprestó a verificar y obtener por sus propios medios la información objetiva y apegada a la realidad y a la verdad jurídica de donde pudiese concluir si en efecto existía mérito para iniciar una investigación por un uso no autorizado del espectro radioeléctrico revestida de todas las garantías anteriormente citadas, o si por el contrario, producto de dichas averiguaciones se concluía que no debía activarse el aparato sancionador del Estado y mucho menos pedirle explicación a la inspeccionada.

Lo anterior significa que, los principios de imparcialidad y debido proceso se han salvaguardado en todo momento, tanto así que en aquella fase preliminar que echa de menos la investigada por no haber sido invitada –que se reitera es reservada y de la que se encuentra una descripción general en el artículo 47 del CPACA–, se realizaron comprobaciones técnicas y solicitudes de información a otras autoridades a fin de poder establecer de manera imparcial si debía desplegarse el *Ius Puniendi* del Estado y en ese sentido poder enterar a la convocada de manera suficiente de las razones por las cuales sería llamada a una investigación para que pudiese comprender el objeto de la misma y así conocer las pruebas existentes a fin de controvertirlas, como también para aportar las que considerase pertinentes para la demostración de su obrar legal, todo ello en el marco del procedimiento fijado en el CPACA.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo

²³ GONZÁLEZ, Sergio. “El derecho -principio al debido proceso administrativo: límite procesal al ejercicio de la facultad sancionatoria” en el “Poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción. Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2018. Pág. 300

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En consecuencia, y según consta en las piezas procesales de este expediente, una vez se dio inicio a la investigación N° 3057, de forma inmediata AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN fue enterada de ello y se le permitió conocer toda la información y documentación recaudada hasta ese momento a efectos de que pudiese ejercitar correctamente su derecho de defensa y contradicción dentro de las oportunidades previstas en el artículo 47 del CPACA, además que durante la investigación y de manera permanente tuvo acceso y conocimiento de todos y cada uno de los documentos y actos administrativos que iban siendo incorporados al plenario y se respetó el término de la etapa probatoria, garantizándosele su pronunciamiento frente a las pruebas practicadas en las oportunidades previstas en el Código.

❖ **Pretermisión de la evacuación –en etapas separadas– del inicio de investigación y la formulación de cargos.**

Otro factor que refiere el representante de la implicada como constitutivo de vicios y violaciones a los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, consiste en el supuesto incumplimiento al deber general y transversal a todo procedimiento administrativo sancionatorio que se adelante en Colombia, de proferir en actos administrativos separados tanto el inicio de la investigación como la formulación de cargos, lo cual asegura es violatorio del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

Al respecto, urge que esta Subdirección dilucide e ilustre al apoderado a efectos de apartarle de su evidente consideración errada y equivocada, la cual resulta ser peligrosa para el ordenamiento y para un recto proceder, pues es claro que dista precipitadamente del principio de legalidad y justamente del debido proceso que se propone defender, ya que procurar extender a esta investigación los efectos y dinámicas propias de otros procedimientos diametralmente diferentes y especializados –V. gr. el proceso sancionatorio ambiental– en contraposición al procedimiento sancionatorio general del CPACA, que es deber de esta Administración observar por mandato expreso del legislador, es demostrativo de una interpretación que podría constituir una grave afrenta al Estado de derecho y una vía de hecho.

Pues bien, figuras tales como **auto de inicio de la investigación, auto de formulación de cargos, cesación del procedimiento**, son construcciones procesales aplicables y dispuestas únicamente dentro del proceso especial fijado en la Ley 1333 de 2009. Esto es, el procedimiento sancionatorio ambiental.

Al respecto, ordena el artículo 18 de la Ley 1333 de 2009:

“ARTÍCULO 18. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. El procedimiento sancionatorio se adelantará de oficio, a petición de parte o como consecuencia de haberse impuesto una medida preventiva **mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente conforme a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, el cual dispondrá el inicio del procedimiento sancionatorio** para verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. En casos de flagrancia o confesión se procederá a recibir descargos.” (Énfasis añadido)

A su turno el artículo 24 de la misma codificación dispone:

“ARTÍCULO 24. FORMULACIÓN DE CARGOS. Cuando exista mérito para **continuar** con la investigación, la autoridad ambiental competente, **mediante acto administrativo debidamente motivado, procederá a formular cargos contra el presunto infractor de la normatividad ambiental o causante del daño ambiental.** En el pliego de cargos deben estar expresamente consagradas las acciones u omisiones que constituyen la infracción e individualizadas las normas ambientales que se estiman violadas o el daño causado. **El acto administrativo que contenga el pliego de cargos deberá ser notificado al presunto infractor en forma personal o mediante edicto.** Si la autoridad ambiental no cuenta con un medio eficaz para efectuar la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes a la formulación del pliego de cargos, procederá de acuerdo con el procedimiento consagrado en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo. El edicto permanecerá fijado en la Secretaría Legal o la dependencia que haga sus veces en la respectiva entidad por el término de cinco (5) días calendario. Si el presunto infractor se presentare a notificarse personalmente dentro del término de fijación del edicto, se le entregará copia simple del acto administrativo, se dejará constancia de dicha situación en el expediente y el edicto se mantendrá fijado hasta el vencimiento del término anterior. Este último aspecto deberá ser cumplido para todos los efectos en que se efectúe notificación por edicto dentro del proceso sancionatorio ambiental.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Para todos los efectos, el recurso de reposición dentro del procedimiento sancionatorio ambiental se concederá en el efecto devolutivo.

Y tratándose de la figura de la cesación del procedimiento expresamente la Ley en comento establece:

“ARTÍCULO 23. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. Cuando aparezca plenamente demostrada alguna de las causales señaladas en el artículo 9o del proyecto de ley, así será declarado mediante acto administrativo motivado y se ordenará cesar todo procedimiento contra el presunto infractor, el cual deberá ser notificado de dicha decisión. La cesación de procedimiento solo puede declararse antes del auto de formulación de cargos, excepto en el caso de fallecimiento del infractor. Dicho acto administrativo deberá ser publicado en los términos del artículo 71 de la ley 99 de 1993 y contra él procede el recurso de reposición en las condiciones establecidas en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.” (Realzado)

De acuerdo con lo anterior, es ostensible el yerro conceptual por el que transitan los argumentos de censura del apoderado de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, quien al caer preso de la descontextualización normativa y jurisprudencial, desprevenidamente pretende justificar la configuración de una supuesta violación al debido proceso, basado en la inobservancia a las reglas previstas en una norma absolutamente inaplicable al asunto que nos concita puesto que concierne a situaciones con supuestos facticos y jurídicos distintos, siendo aún más grave que persiga un amparo bajo jurisprudencia del Consejo de Estado que interpretó y dirimió asuntos diametralmente diferentes al que nos convoca en esta investigación y que tuvieron estricta relación con una norma distinta como lo es la Ley 1333 de 2009.

Pues bien, colindando en los escabrosos terrenos de la temeridad, y aun cuando es conocedor – pues así lo asegura y manifiesta en su mismo escrito de descargos– de que el procedimiento aplicable a esta investigación no es otro que el correspondiente al previsto en el CPACA, en el que a las claras no se evidencia ni ordena la cesación del procedimiento por causa alguna y mucho menos que el inicio de la actuación deba hacerse de forma separada al acto de formulación de cargos. Asegura la defensa que su mandante perdió la posibilidad de solicitar la cesación del procedimiento, lo cual no solo es infundado, sino que tiende a confundir al operador administrativo al presentarle como un supuesto incumplimiento de su parte, la falta de aplicación de unas figuras propias de otra clase de procedimientos que no corresponden con el del presente asunto.

Téngase en cuenta que en Colombia hasta antes de la expedición del CPACA –norma que recogió en un procedimiento general y supletivo el ejercicio punitivo de la Administración–, existían alrededor de 97 procedimientos administrativos sancionatorios²⁴ los cuales al ser de tipo especial se mantuvieron y no debieron seguir la cuerda del artículo 47 y siguientes del CPACA, pues se reconoció expresamente en dicha codificación la existencia de asuntos especiales a los cuales se les respetaron sus dinámicas propias, y es precisamente lo que sucede con el procedimiento sancionatorio ambiental, respecto del cual la investigada busca ahora reconocimiento y aplicación pretendiendo de forma consciente basarse en jurisprudencia del Consejo de Estado que resuelve cuestiones propias de esas actuaciones para así buscar una salida apresurada a esta investigación.

A título de ejemplo de otro tipo de trámites sancionatorios en los que resulta mandatorio el inicio de la actuación de forma separada al acto de formulación de cargos, y que se ha mantenido su aplicación en el tiempo con posterioridad a la entrada en vigor del CPACA, por cuanto goza de ser justamente un procedimiento especial, es el dispuesto en el artículo 40 del Decreto 3770 de 2004²⁵, en donde con absoluta precisión se establece lo siguiente:

“Artículo 40. Procedimiento sancionatorio. El procedimiento sancionatorio se iniciará de oficio o a solicitud del funcionario público, por denuncia o queja debidamente fundamentada presentada por cualquier persona o como consecuencia de haber sido adoptada una medida sanitaria de seguridad.

²⁴ SUÁREZ. David. et al. *Procedimientos administrativos sancionatorios Inventario normativo y de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia*. Universidad de Medellín. Revista Opinión Jurídica Vol. 13, N° 25. Año 2014. pág. 145. disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n25/v13n25a09.pdf>

²⁵ “Por el cual se reglamentan el régimen de registros sanitarios y la vigilancia sanitaria de los reactivos de diagnóstico in vitro para exámenes de especímenes de origen humano.”

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Conocido el hecho o recibida la denuncia o el aviso, **la autoridad sanitaria competente ordenará la correspondiente investigación para verificar los hechos u omisiones constitutivos de infracción a las disposiciones sanitarias.**

La autoridad sanitaria competente podrá realizar todas aquellas diligencias que se consideren conducentes, tales como visitas, inspecciones sanitarias, toma de muestras, exámenes de laboratorio, pruebas de campo, químicas, prácticas de dictámenes periciales y en general todas aquellas que se consideren necesarias para establecer los hechos o circunstancias objeto de la investigación. El término para la práctica de esta diligencia no podrá exceder de dos (2) meses contados a partir de la fecha de iniciación de la correspondiente investigación.

El denunciante podrá intervenir en el curso del procedimiento cuando el funcionario competente designado para adelantar la respectiva investigación, lo considere pertinente con objeto de ampliar la información o aportar pruebas.” (Énfasis añadido).

Y a su turno, el artículo 42 del citado Decreto dispone:

“Artículo 42. Formulación de cargos y presentación de descargos. Si de las diligencias practicadas se concluye que existe mérito para adelantar la investigación, se procederá a notificar personalmente al presunto infractor de los cargos que se formulan y se pondrá a su disposición el expediente con el propósito de que solicite a su costa copia del mismo; si no pudiere hacerse la notificación personal, la notificación se hará de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, el presunto infractor, directamente o por medio de apoderado, deberá presentar sus descargos en forma escrita, solicitará la práctica de pruebas y aportará las que tenga en su poder.”

Como se observa, no es nuevo y son diversos los procedimientos sancionatorios en los que efectivamente se hayan diferenciadas dos etapas. No obstante, procurar el reconocimiento de figuras semejantes al interior de esta investigación –como lo sugiere el apoderado de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN– comporta una evidente y grave afrenta al ordenamiento jurídico, pues, en otras palabras, lo que abiertamente se persigue es que la Administración de manera ilegal desconozca la existencia del criterio de especialidad que rige la aplicación de las normas en nuestro derecho y al que previamente en este mismo acto administrativo se hizo alusión.

A propósito del citado apotegma, y dado que parece ser del olvido del defensor de la investigada, este Despacho encuentra imperioso recordar que con relación a esta construcción dogmática la jurisprudencia ha informado:

“2.1.3.- A su turno, el criterio de especialidad permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”.²⁶

Y tratándose de su alcance se tiene que:

“Ahora bien, con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 fijaron diversos principios de interpretación de la ley, que en este caso pueden ser de recibo.

Entre los principios contemplados por las dos leyes mencionadas se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se halle disposiciones incompatibles entre sí ‘la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general’ (numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887). Esta máxima es la que debe aplicarse a la situación bajo análisis: el Código Contencioso Administrativo regula de manera general el instituto de la revocación directa de los actos administrativos y el Estatuto Tributario se refiere a ella para el caso específico de los actos de carácter impositivo”²⁷.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Es una verdad de a puño e irrefutable, que, respecto del criterio de especialidad, en aquellos eventos en los que existan dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, se le debe dar prevalencia a la norma de carácter particular o especial, debido a que se ha entendido que la norma general se aplica a todos los ámbitos pero con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, puesto que esta última sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la Ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica que prevalece sobre la otra²⁸.

En línea con lo anterior, y como previamente se anotó al inicio de este acápite, con la entrada en vigor de la Ley 1978 de 2019 modificatoria del sector TIC, el legislador expresamente dispuso que los procedimientos sancionatorios derivados del incumplimiento a la Ley marco de telecomunicaciones –Ley 1341 de 2009– se llevarían por la cuerda de las disposiciones generales del CPACA. Es decir, el legislador en uso de su facultad de configuración legislativa claramente dispuso –sin lugar a dubitaciones e interpretaciones– que, la aplicación del procedimiento sancionatorio general sería la cuerda procesal de las investigaciones en esta materia, eliminando así el otrora procedimiento especial que se establecía en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009.

Quiere decir lo anterior, que, siguiendo los criterios del artículo 47 del CPACA, es evidente que allí no existe un mandato de expedición de dos actos administrativos distintos y separados para dar inicio y formular cargos a un sujeto posiblemente infractor, y, como se vio, tampoco existe una norma de procedimiento especial válidamente extensible a esta clase de investigaciones para que de esta forma pudiese justificarse una idea semejante a la presentada en los descargos de la investigada y reiterada en las alegaciones de conclusión.

En consecuencia, el supuesto vicio basado en la inexistencia de un acto de inicio de investigación previo al Acto N° 28 del 18 de agosto de 2020, no se corresponde con la realidad y no goza de un verdadero sustento legal y mucho menos jurisprudencial, comoquiera que a la luz del artículo 47 del CPACA siempre y cuando exista mérito y certeza para adelantar el procedimiento sancionatorio, este deberá ser tramitado sin el formalismo que aduce y defiende el abogado de la encartada a partir del cual acusa y señala de ilegal a esta Subdirección.

❖ **Violación del derecho de contradicción por falta de conocimiento oportuno del material probatorio.**

Afirma también, que, hubo un quebrantamiento del derecho de contradicción por no darle a conocer supuestamente de manera oportuna las pruebas de la investigación y haber incorporado en el acto de apertura el material probatorio sin identificarlo e individualizarlo.

Respecto de estas aseveraciones, la Subdirección evidencia que no gozan de certeza y mucho menos se vislumbra algún tipo de violación como lo asegura la defensa, puesto que –y como previamente en esta Resolución ya se mencionó– una vez notificada del pliego de cargos a través del oficio N° GD-008528-E-2020, se le indicó la forma en que podía acceder de manera digital a toda la documentación que hasta ese momento componía y conformaba el expediente 3057.

Ahora bien, el hecho de conocer dicha foliatura dos (2) días después de notificado el pliego de cargos, en nada atenta contra sus derechos pues el expediente permaneció desde su inicio y notificación a su disposición para consulta y su solicitud de copias de este fue presentada a la ANE el 18 de agosto de 2020 a las 21:15 horas. Es decir, en un horario no hábil, razón por la que esta fue radicada el día 19 de agosto hogaño mediante el N° GD-008412-E-2020 y atendida de forma diligente el 20 de agosto de 2020 a las 9:05 AM a través de oficio mencionado en el párrafo anterior.

Con relación al argumento relativo a una imposibilidad de contradecir la documentación hasta ese momento obrante en la investigación, se tiene que ello tampoco goza de veracidad, puesto que a nivel procesal el ordenamiento prevé que es justamente durante el término de descargos que se conforma la oportunidad para que el investigado pueda ejercer su derecho de contradicción, no antes y mucho menos después.

Téngase en cuenta que como lo enseña la doctrina:

“El sujeto investigado cuenta con un término de quince días hábiles siguientes a la notificación personal (o por aviso, según el caso) del pliego de cargos para presentar sus descargos (art. 47, CPACA), lo que le permitirá ejercer su derecho de defensa, **ya que es la oportunidad para fijar su posición jurídica frente a la actuación administrativa sancionatoria, aportar o**

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-439 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

solicitar pruebas y controvertir las allegadas en su contra, considerado como un derecho fundamental autónomo²⁹ (Subrayas fuera del texto original).

Además, parece dejar de lado el defensor que el momento procesal oportuno para el decreto, recaudo y valoración de las pruebas es el que se señala el artículo 48 del CPACA, en donde se fijan las reglas del periodo probatorio. De modo que, el acto de inicio de investigación no vulneró sus derechos de contradicción como lo asegura, ya que allí solo se enunció un grupo de documentos que hasta ese entonces habían servido como insumo y motivación para decidir dar inicio a la investigación, pero sin realizarse ningún análisis frente a su conducencia, pertinencia y utilidad, comoquiera que ese examen sería procedente únicamente en la etapa probatoria, que para este caso quedó surtida con la expedición del Acto N° 126 del 29 de diciembre de 2020, el cual gozó de la debida motivación en la que se sustentó tanto la exclusión de algunas pruebas como la incorporación de otras y el decreto oficioso de otras más. Acto que además fue oportuna y debidamente comunicado por medios electrónicos a la investigada a través del radicado N° GD-015759-E-2020 del 29 de diciembre hogaño, al cual tuvo acceso ese mismo día según consta en los certificados electrónicos N° E37518400-R y E37527572-R de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. “4-72”.

Lo anterior significa que bien habría podido este Despacho no efectuar enunciación alguna en el pliego de cargos de la documentación recabada hasta ese entonces, puesto que para eso reposaba en el plenario y a su vez este se hallaba a disposición de la investigada para su consulta y en el procedimiento de manera imperiosa y obligatoria había que surtir posteriormente una adecuada y correcta etapa probatoria en la cual se decidiría sobre la procedencia de toda la documentación obrante y con vocación demostrativa, así como la que fuese solicitada y aportada por la implicada y los intervinientes a fin de que sirviese como plena prueba, tal como efectivamente aconteció en este asunto.

No tiene en cuenta el sujeto procesal que, con el acto de formulación de cargos se atiende al deber de plantear, zanjar y trabar el escenario en el que se recogen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que pudieron suscitarse unos hechos constitutivos de una posible vulneración a las normas y que a partir de ese ejercicio es que el investigado adquiere absoluta comprensión de las razones por las cuales la Administración le ha debido llamar para esclarecer unos supuestos susceptibles de confrontación y controversia, y, es a partir de ese momento que el implicado –con las herramientas que le concede la normatividad– controvierte las razones de su investigador con todos los elementos de convicción de que disponga, pudiendo además atacar los recolectados y una vez evacuado el período probatorio y recibidas las alegaciones finales, es que finalmente la Administración, se dota del pleno convencimiento para adoptar en términos de imparcialidad una decisión en derecho y respetuosa de lo probado en el expediente y de los derechos del investigado.

Por lo anterior, asociar el inicio de la investigación a un acto por el cual se hubiese adoptado una decisión definitiva y de fondo que hubiese resuelto ya esta actuación administrativa, como parece darlo a entender la defensa de la investigada, denota una afrenta reprochable al correcto entendimiento del procedimiento sancionatorio y al proceder que ha empleado este Despacho para con el presente asunto.

De modo que, no son de recibo las manifestaciones del apoderado, máxime cuando no se evidencia prueba alguna de la supuesta violación al derecho de contradicción cuando –por el contrario– incuestionablemente la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN en su oportunidad rebatió y refutó todos y cada uno de los elementos de prueba recaudados en el expediente, así como también solicitó la práctica de otros y frente a todas sus peticiones este Despacho en el Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020 se pronunció a profundidad al punto que fueron excluidas y rechazadas algunas de las pruebas aportadas por los terceros intervinientes y se aceptaron algunas de la investigada.

Por otra parte, y dado que también asegura el defensor que hubo una violación a la suspensión de términos procesales decretada por la Dirección General de esta Entidad a través de la Resolución N° 113 de 16 de marzo de 2020, por cuanto entiende que fueron recaudadas pruebas de esta investigación en medio de aquella suspensión. Resulta necesario advertir y poner de presente que, según el artículo primero de la Resolución N° 187 del 14 de agosto de 2020 “Por medio de la cual se reanudan los términos procesales de las actuaciones administrativas sancionatorias de que trata la Resolución 113 del 16 de marzo de 2020”, se dispuso que la suspensión de los términos procesales del **procedimiento sancionatorio** de competencia de la ANE iría hasta las cero horas (00:00) del 18 de agosto de 2020.

²⁹ LAVERDE. Juan *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*. Bogotá. Editorial Legis. Segunda Edición. 2018 pág. 115.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Quiere decir, que, a partir del 18 de agosto de 2020 se reanudó el impulso y gestión de las **investigaciones** que estuvieran a cargo de esta Subdirección. De manera que, es un error grave asegurar –como lo sugiere el defensor de la investigada– que aquella suspensión irradió a todo el marco de actividades y competencias de esta Subdirección, pues la continuidad en la prestación de los servicios que brinda la ANE a la ciudadanía, tales como la recepción y radicación de peticiones, quejas, reclamos, denuncias, etc. y su gestión para trámite y respuesta, así como el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la vigilancia y control del espectro –V. gr. verificaciones de uso de espectro o de parámetros técnicos, charlas educativas frente al uso legal del espectro, etc.– no fueron objeto de suspensión o cese de actividades alguna, pues como se ha dicho, la única suspensión decretada radicó exclusivamente en los términos procesales del **procedimiento sancionatorio**. Es decir, que aplicó para aquellos casos en donde existiese o debiera darse el inicio de una investigación mediante formulación de cargos y su consecuente sustanciación.

Téngase en cuenta, además, que, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 491 de 28 de marzo de 2020, y contrario a lo aseverado por el apoderado de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, la suspensión en los términos de las actuaciones administrativas se fijó de manera facultativa para las entidades públicas de la rama ejecutiva, lo que quiere decir que no comportó un mandato imperioso y obligatorio como lo asegura el apoderado.

Además de lo anterior, el inciso segundo del referido artículo, estableció que la suspensión de términos podía ser de tipo parcial o total, en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, lo que para el caso de la ANE significó que por disposición expresa de la Dirección General, se decidió suspender únicamente los términos relacionados con los procedimientos sancionatorios, máxime cuando nada se dijo con relación a los trámites de verificaciones técnicas que se derivaran de la atención a quejas o denuncias recibidas y tampoco fue suspendido el ejercicio de la función de verificación de uso del espectro radioeléctrico.

Obsérvese que, la ANE al ser una Entidad del orden nacional con única sede en la ciudad de Bogotá y por tanto ejercer jurisdicción en todo el territorio nacional en materia de vigilancia y control del espectro radioeléctrico, se vio imposibilitada para atender casos denunciados en algunos lugares del país en razón a los factores de movilidad y seguridad a causa del fenómeno de salubridad pública derivado de la propagación de la enfermedad COVID-19, razón por la cual algunos de los casos que se presentaban en Bogotá fueron siendo evacuados en la medida de las posibilidades humanas y técnicas de esta Agencia.

❖ **Quebrantamiento del régimen legal probatorio.**

Aquí, se condensan las manifestaciones empleadas por la defensa, según las cuales de haberse decretado la práctica probatoria de los documentos que fueron objeto de rechazo, especialmente el que se identificó con el radicado ANE N° GD-012404-E-2021 del 6 de noviembre de 2020 emitido por el director general de la Entidad, se habría llegado a la incontrovertible e irrefutable conclusión de que esta misma Entidad, considera que son válidas las prácticas ejecutadas por la investigada y la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

Ha de advertirse entonces, que, como previamente ya se destacó en este mismo Acto Administrativo, el momento procesal en que se aportaron los documentos en los que se hallaba incluido el radicado en comento, no se compadeció con las reglas previstas para el procedimiento administrativo sancionatorio. No obstante, y dado que el Despacho observa una serie de interpretaciones distintas a las que realmente se encuentran consignadas en aquel documento, esta Subdirección se permitirá realizar unas breves consideraciones sobre este, así:

Manifiesta la defensa que el director de la ANE conceptuó que los usuarios pueden hacer uso del espectro y que este uso es distinto de la cesión de un permiso, además que, los contratos para la provisión de redes que celebran los PRSTM con los usuarios de tales redes no implican la cesión de los derechos sobre las frecuencias radioeléctricas y que los PRSTM no requieren autorización previa del MINTIC para celebrar contratos con sus usuarios.

Con relación a lo antedicho, olvida el defensor que en el mismo documento –que interpreta en favor de su mandante y a la que de manera exótica y original denomina como un **usuario mayorista** de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.– se observa de manera concreta, unívoca y enfática lo siguiente:

“6. ¿Deben los usuarios de los servicios móviles de telecomunicaciones, de los servicios de radiodifusión, de los servicios de radiocomunicaciones fijas o móviles abiertos a la correspondencia pública o de capacidad satelital antes señalados tener permiso previo otorgado por el MinTIC para el acceso y uso al espectro radioeléctrico que utilizan?”

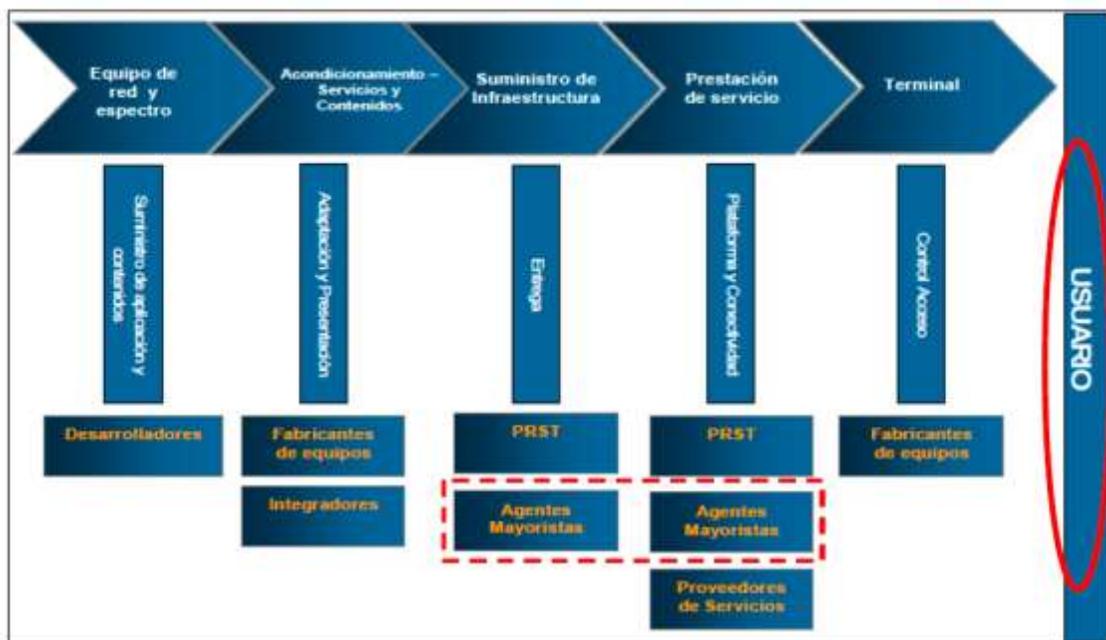
“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Respuesta: Atendiendo a que el concepto de usuario en el ámbito de las telecomunicaciones en Colombia se refiere a aquel "consumidor de servicios de comunicaciones"³⁰ lo cual, armonizado con las preceptivas de la Ley 1480 de 2011, y desde una visión sistemática del derecho permite entender que esta persona natural o jurídica, destinataria de la prestación de un servicio de telecomunicaciones, **recibe dicho servicio para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**, de lo cual resulta claro, entonces, que los usuarios no requieren de ningún tipo de autorización del Mintic, **ya que ellos solo acceden a unos servicios que les son prestados por quien detenta el permiso de uso del espectro radioeléctrico** y que debe estar debidamente habilitado para la provisión de redes y servidos de telecomunicaciones.” (Énfasis añadido).

No comprende entonces este Despacho, cómo AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, en la relación contractual y comercial informada por su apoderado en el marco de esta investigación ¿pueda ser entendida como una usuaria de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S?, si del mismo concepto sobresale –así como de las referencias normativas plasmadas allí– que, el término usuario se refiere a todo aquel que como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, según la definición del numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011.

Véase entonces en el mercado de telecomunicaciones en dónde se haya ubicado el rol de **usuario**, así:

Gráfica 3. Cadena de Valor del sector de Telecomunicaciones



Tomado de: CRC. "RÉGIMEN DE COMERCIALIZACIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES". Bogotá, 2011. https://crcom.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Regimen_comercializacion/DocumentoFinal.pdf

Entonces, al informar la investigada que los acuerdos comerciales allegados a este expediente como prueba de su obrar legal, se hicieron con la finalidad de mejorar el servicio que como OMR presta a sus usuarios, queda en absoluta evidencia que los servicios contratados por esta a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. no se dieron para la atención y satisfacción de una necesidad ajena a su actividad económica, todo lo contrario, fue justamente para mejorar la prestación de sus servicios a sus usuarios finales de telecomunicaciones, lo que significa que es incompresible pretender entenderle como "usuaria mayorista", pues no solo no desempeñaba el rol de usuario final sino que además como agente del mercado de telecomunicaciones entabló una relación comercial para maximizar la prestación de sus servicios y en este orden de ideas para hacer uso del espectro, ya que como el mismo documento lo informa, hacen uso de espectro quienes prestan servicios a usuarios finales.

³⁰ Resolución 5050 de 2016. TÍTULO PRIMERO. DEFINICIONES. N° 1.266. "USUARIO DEL SERVICIO DE COMUNICACIONES Persona natural o jurídica consumidora de servicios de comunicaciones".

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En consecuencia, es desafortunado pretender ampararse en las respuestas contenidas en el documento identificado con el radicado N° GD-012404-E-2021 del 6 de noviembre de 2020 para buscar amparo a la conducta que aquí se investiga y más grave aún, introducir de forma extraña el concepto de usuario mayorista para un agente mayorista del mercado de telecomunicaciones que ha ejercido con suma experticia la actividad en el territorio colombiano por más de 20 años.

Por otra parte, resulta de capital importancia aclarar que no pueden ser de recibo en esta investigación las referencias que el apoderado hace respecto de una petición elevada a la ANE por parte de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. que fue trasladada al MINTIC el día 15 de septiembre de 2020, comoquiera que –y como al inicio de esta decisión se informó– aquella empresa no solo no es un sujeto procesal de esta investigación, sino que además los documentos que esta ha presentado a esta Entidad en ejercicio del derecho de petición, nunca han hecho parte de este procedimiento administrativo y por tanto no han sido objeto de valoración para la adopción de algún tipo de decisión.

Finalmente, en este punto, y comoquiera que la investigada en sus alegaciones finales hace también alusión a un acto administrativo emitido por la CRC –Resolución N° 6093 14 de octubre de 2020–, este Despacho debe informar que aquel documento no fue incorporado a la investigación y por tanto no es material de prueba, además que como ya se vio, las decisiones que otras autoridades administrativas puedan adoptar no tienen incidencia en el presente asunto por cuanto entrañan situaciones fácticas y jurídicas distintas, lo cual públicamente estas mismas autoridades han informado en sus decisiones.

❖ **Alcance del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.**

De forma confusa y contradictoria, hablando en términos de culpabilidad, el defensor relata que la infracción que prevé el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 es “necesariamente culposa” y renglones más adelante asegura que esta infracción conlleva “necesariamente una decisión dolosa”. Es decir, se refiere a las dos manifestaciones del principio de culpabilidad las cuales son excluyentes entre sí, para significar que la comisión de dicho tipo infraccional lleva inmerso un aspecto volitivo del sujeto infractor, a lo que además suma una serie de elucubraciones a partir de ingredientes y descripciones normativas que no establece el citado precepto, lo cual debe aclararse de la siguiente forma:

- a. Si al interior de las entidades del Estado encargadas de ejercer funciones de Vigilancia y Control –como es el caso de esta Subdirección– se acogiera la tesis esgrimida por el apoderado de la investigada, y de acuerdo con el actual estado de cosas del derecho colombiano, se llegaría a la premisa según la cual, en el modelo de análisis del comportamiento en materia de derecho administrativo sancionador, no sería posible solucionar el ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas.
- b. No puede perderse de vista que el examen de la culpabilidad, propio de un régimen de responsabilidad subjetiva –como al que intenta referirse el representante de la investigada– conlleva un examen de la voluntad de la que está imbuido el sujeto al momento de actuar u omitir, tal como el apoderado –con dificultad– lo intenta relatar, y que, dicha voluntad está ausente del todo en las personas jurídicas, en virtud de la ficción jurídica de la que derivan su existencia y personalidad. De manera que, no lograría entenderse cómo AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN pudiera obrar con dolo o voluntariamente.

Aunado a lo anterior es preciso citar lo dicho por el Honorable Consejo de Estado en donde expresó:

“(…) se considera que los sujetos activos en el derecho penal, corresponden estrictamente a las personas naturales, pues solo respecto de ellas puede predicarse la culpa como elemento determinante de responsabilidad”³¹ (Subrayas fuera del texto original).

Por consiguiente, de la idea del apoderado, se llegaría al inadmisibles absurdo de que por sustracción de materia no podría examinarse la responsabilidad de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, ni de ninguna otra empresa, y que por consiguiente ésta no podría ser sujeto procesal frente a la normatividad del uso del espectro radioeléctrico.

³¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de marzo de 1998. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. Expediente No. 8570.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

- c. Si se pretende que se atienda al interior del derecho administrativo sancionatorio el precepto principal relativo a la imputación subjetiva, de la forma en que es aplicado en el derecho penal, con mayor razón habría de extenderse a esta clase de procedimientos lo relacionado con la regla según la cual las conductas culposas sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la Ley.
- d. No hay ninguna enunciación en la Ley, ni en el CPACA, respecto de la posible imputación de infracciones administrativas en relación con el uso del espectro radioeléctrico a título culposo, y, así las cosas, debería llegarse al argumento residual de que en todos los casos la imputación tendría que hacerse únicamente a título de dolo.
- e. A AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN –como a cualquier otra persona jurídica investigada por esta Entidad– le bastaría solo con probar que actuó con impericia, esto es, con culpa, para obtener lo que podríamos llamar un fallo absolutorio, o inhibitorio, patrocinándose así la impunidad sobre las violaciones al régimen del espectro en Colombia.

Tratándose del elemento culpa en materia administrativa sancionatoria, el Consejo de Estado ha destacado:

“Al ser la culpa el centro gravitacional de la construcción del elemento subjetivo del ilícito administrativo, se puede concluir que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria se obtiene como regla general de la constatación de la violación del deber objetivo de cuidado, de allí que aquello que más se castiga sean comportamientos imprudentes (acciones positivas que implican sobrepasar el contenido de las obligaciones contenidas en la legalidad administrativa. Se trata de extralimitaciones), negligentes (contrarios a la diligencia que se demanda en cada caso concreto a través de un dejar hacer o del incumplimiento de alguna de las obligaciones que sirven de límite a su actuar) o imperitos (desconocimiento de las normas y reglas que rigen la actividad y profesión en la que se desenvuelve el individuo).

En consecuencia, la infracción administrativa no solo puede concebirse como una “acción psíquicamente determinada y valorada moralmente, sino de relevancia social estimable. Por lo que a los factores psicológicos y éticos de su genética, hay que añadir los de matriz sociológico... (...) En la culpa son perfectamente visibles tales factores exógenos, tantas veces decisivos en la materia, sobre todo en las concepciones normativas de culpabilidad que son consecuencia en lo jurídico.” Así, se exige que el individuo se comporte en sociedad de una manera ajustada a derecho y que tenga un obrar diligente, de forma tal que cuando se realiza una conducta imprudente, imperita o negligente ésta debe reprocharse por que no solo denota el carácter asocial del sujeto sino porque además coloca en entredicho exigencias que son acuerdos mínimos para la vida colectiva. Esto último es determinante, pues lo temerario o descuidado cambia según las circunstancias históricas y técnicas de una sociedad, de forma tal que la forma en como se aprecia la velocidad al manejar no es la misma a como se hacia cuando el automóvil apenas hacia su aparición.

Las exigencias mínimas en el ámbito de lo administrativo se concretan en la estipulación de deberes y en el establecimiento de prohibiciones, de allí que el comportamiento culposo conlleve el incumplimiento de un contenido obligacional que, en la mayor parte de los supuestos, se desprende de normas generales (leyes, reglamentos y actos administrativos generales), de decisiones administrativas individuales, particulares y concretas (el contenido de una licencia) o de acuerdos de voluntades (...)”³²

- f. Así las cosas, y bajo la tesis propuesta por la investigada, el derecho administrativo sancionatorio se reduciría a su más mínima expresión, ya que solo se podrían sancionar conductas dolosas de las personas naturales, siendo esto un claro contrasentido en un sector que por sus actores y cuantiosas inversiones convergen en su mayoría sociedades comerciales. Es decir, personas jurídicas.
- g. Con preocupación observa este Despacho que la defensa, hace referencia descontextualizada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional –Sentencia C – 329 de 2000– a efectos de hacer ver que en el actual régimen sancionatorio del sector de las telecomunicaciones previsto en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, el elemento volitivo impajaritadamente debe estar presente para

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Rad: 20738.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

configurar la infracción tipificada por el legislador, pese a que el fundamento jurisprudencia empleado se refirió a un estudio de constitucionalidad de una norma que en la actualidad se encuentra plenamente derogada –Decreto Ley 1900 de 1990– y que preveía otros tipos de infracciones distintos de los que en la actualidad se aplican.

Pues estatúan los preceptos analizados por la Corte en el mencionado Decreto:

“Artículo 52. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes:

(...)

3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de éstas.
4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente Decreto y en sus reglamentos.
5. La instalación, la utilización o la conexión a la red de telecomunicaciones del Estado, de equipos que no se ajusten a las normas fijadas por el Ministerio de Comunicaciones.
6. La producción de daños a la red de telecomunicaciones del Estado como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas.
7. La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento.
8. La alteración de las características técnicas de terminales homologados o la de sus signos de identificación.
9. La emisión de señales de identificación falsas o engañosas.”

Es decir, ninguno de estos supuestos de hecho describía uno similar al que posteriormente introdujo el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, artículo que en el presente es el que contiene la tipificación de infracciones aplicables en materia del régimen de telecomunicaciones en Colombia.

Más asombroso aún es encontrar que la jurisprudencia en comento consideró lo siguiente:

“c) En relación con los numerales 3 a 9 del art. 52 considera la Corte, dentro de la misma línea de pensamiento, que ellos tipifican de manera clara y precisa las conductas constitutivas de infracciones al régimen de telecomunicaciones, que no resultan desproporcionadas y que, además, apuntan a la finalidad legítima de asegurar el buen funcionamiento del servicio.

Basta con leer los referidos numerales para entender, sin mayor esfuerzo, que ellos están destinados a reprimir conductas irregulares de los operadores en lo que concierne con la realización de actividades o servicios no amparados por concesión o autorización, o con el incumplimiento de las normas técnicas que deben observar para operar aquéllos, o con la conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento, o la emisión de señales de identificación falsas o engañosas.” (Énfasis añadido).³³

En consecuencia, es imperioso advertir que efectuar afirmaciones y citas inexactas y descontextualizadas es atentatorio de la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado, lo cual no solo podría rayar en la temeridad sino en la configuración de las disposiciones del numeral 10°

³³ Corte Constitucional. Sentencia C – 329 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

del artículo 33 de la Ley 1123 de 2007³⁴, máxime cuando este Despacho observa que no solo en la cita que aquí se analiza se da ese efecto de descontextualización e imprecisión, sino que esta conducta se repite a lo largo de todo el escrito de descargos en los diferentes argumentos empleados por el defensor de la encartada para procurar la obtención de una decisión que le sea favorable a su mandante, aun cuando existen vías más probas como las de la correcta argumentación.

- h. No es acertada la afirmación del apoderado según la cual no existe una satisfacción de la carga de la prueba para determinar el mérito del cargo único, puesto que como en el mismo expediente se observa:
- El Grupo de Control Técnico del Espectro, realizó verificaciones y monitoreos los días 12 y 13 de agosto de 2020, de donde se evidenció una ocupación de espectro en la banda de 723 MHz – 733 MHz y 778 MHz – 788 MHz por parte de AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN.
 - A efectos de establecer si este uso contaba con la autorización del MINTIC. A través del radicado ANE N° GD-007952-E-2020 del 6 de agosto de 2020 se le requirió a aquella Entidad para que informase si existía un trámite de cesión del espectro entre las compañías PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. y AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN, así como para que ilustrase acerca de la situación actual de las asignaciones de espectro en cabeza de cada una de estas compañías.
 - El día 13 de agosto de 2020 el MINTIC en respuesta a lo preguntado por la ANE informó mediante comunicado identificado con el radicado ANE N° GD-008192-E-2020 el estado de las asignaciones de espectro para estas dos empresas, en donde pudo constatar que la investigada no gozaba de ningún tipo de licencia sobre las bandas anteriormente mencionadas, así como también relató que no había autorizado cesión alguna para el uso del espectro entre esas dos compañías.

Dado el anterior contexto este Despacho inició la investigación, respetando la presunción de inocencia, el debido proceso y el principio de imparcialidad a efectos de que la investigada pudiese informar y explicar bajo qué amparo legal era que se encontraba haciendo uso del espectro radioeléctrico ya indicado.

- i. Es desacertada y comporta una interpretación atrevida del ordenamiento asegurar que el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 no exige de forma excluyente que un permiso de uso de espectro radioeléctrico tenga que provenir únicamente del Estado para que este se entienda válido, y que por el contrario los particulares titulares de licencias también pueden conferir tales autorizaciones al ser permitido que estos faciliten a terceros el uso de su espectro asignado. Tesis que por las complejidades que entraña y comoquiera que reviste el argumento de fondo central y principal de la defensa de la investigada, será analizado *in extenso* en el punto 5 –HOJA 54 y siguientes– del presente acto administrativo con todo el rigor y profundidad que demanda.

No obstante, ha de adelantarse y precisarse que el artículo en comento describe lo siguiente:

“ARTÍCULO 64. INFRACCIONES. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

(...)

3. Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.”

De allí, el Despacho no comprende cómo la expresión “correspondiente permiso” pueda tener un alcance semejante al propuesto y entendido por el abogado de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN en cuanto a que basta con que el titular de una asignación de espectro manifieste su intención de permitirle a otro el derecho de uso sobre ese espectro para que goce de un amparo legal, pues ello además de contravenir el ordenamiento, es también un abuso del derecho por parte del “otorgante”.

³⁴ Ley 1123 de 2007: “**ARTÍCULO 33.** Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado.

(...)

10. Efectuar afirmaciones o negaciones maliciosas, **citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios**, empleados o auxiliares de la justicia encargados de definir una cuestión judicial o **administrativa**.”
(Negrillas fuera del texto original)

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Pierde de vista la investigada que el espectro radioeléctrico es un bien público de propiedad de la Nación respecto del cual el legislador radicó en la Administración el papel de su guardiana en procura de salvaguardar el interés general. De manera que, al presentar la connotación de bien público de orden y raigambre constitucional –artículo 75 de la Constitución Política– este queda excluido del comercio jurídico privado por cuanto es inajenable e imprescriptible, idea que se reafirma y adquiere más fuerza a partir de la existencia del artículo 63 *ibidem*, ya que de allí le son extensibles las características de inalienabilidad e inembargabilidad, lo que quiere decir que es un bien rodeado de unas garantías precisas e inviolables³⁵.

- j. La afirmación del apoderado según la cual: “De lo anterior también se colige que la obligación del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 es claramente distinta de la prevista en el numeral 3° del artículo 64 de la misma ley y no pueden complementarse ni asociarse ni hacen parte de una misma proposición jurídica toda vez que el interés jurídico tutelado es claramente distinto y diferenciado.”, riñe con la visión ordenadora y sistémica de la cual debe nutrirse el derecho administrativo³⁶, máxime cuando el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 no establece ningún tipo de obligación y por el contrario prevé un supuesto de hecho que configura una infracción, mientras que por su parte el artículo 11 de la misma Ley si establece un deber cual es el de contar con permiso previo y expreso del MinTIC para hacer uso del espectro radioeléctrico, y como se pudo ver en la jurisprudencia citada, el régimen y ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones en Colombia persigue la satisfacción de un único bien jurídico cual es el del interés general y no bienes disimiles o diferentes como equivocadamente lo entiende el sujeto procesal.

No debe perderse de vista que en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, no se hace una definición de lo que se entiende por “correspondiente permiso” puesto que ello se encuentra expresamente desarrollado en el artículo 11 de la misma Ley en donde sin dificultades y de manera concreta y taxativa se establece con exclusividad que solo el MinTIC es quien confiere autorizaciones para hacer uso del espectro radioeléctrico en Colombia.

❖ **Quebrantamiento de la buena fe.**

Comoquiera que la investigada nuevamente se refiere a una supuesta violación a sus derechos fundamentales, basada en los mismos argumentos presentados en su solicitud de nulidad, en virtud de no haberle hecho parte del adelantamiento de las actuaciones previas a la expedición del Acto N° 28 de 18 de agosto de 2020, encuentra este Despacho que es imperioso estarse a lo dispuesto y decidido en la Resolución N° 253 del 8 de septiembre de 2020, la cual goza de plena validez y legalidad.

De otra parte, y en cuanto al supuesto quebrantamiento del principio de presunción de inocencia y de buena fe por el hecho de haber iniciado esta investigación, lo cual en tono acusador e inmoderado califica el inconforme como deducciones, observaciones puramente discrecionales, inferencias, suposiciones, etc. por exigencias ilegales que se le pretenden hacer a la investigada. Debe decirse y dejarse en claro que, no es cierto que el fundamento fáctico y probatorio para iniciar esta investigación resida en las aseveraciones de los quejosos y mucho menos que esta Subdirección haya pretendido hacer suyas aquellas manifestaciones. Por el contrario, este asunto ha tenido lugar como resultado de las inspecciones, verificaciones y monitoreos que dieron como resultado los documentos enunciados en el literal “h” establecido en la HOJA 48 de la presente Resolución, los cuales pudo conocer en la respectiva oportunidad procesal y ejercer así su derecho de defensa como también ya quedó visto líneas atrás.

Además que, como la misma Corte Constitucional desde inveterada jurisprudencia lo ha reconocido, el principio de la buena fe no se levanta como una barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, la cual en este caso consiste en efectuar la vigilancia y control en el uso del espectro radioeléctrico, sin que ello signifique una violación del mencionado principio, máxime cuando cada etapa prevista en el procedimiento se ha garantizado por parte de esta Administración y ha estado precedida del reconocimiento y respeto a principios tales como la presunción de inocencia, imparcialidad, principio de tipicidad, de legalidad, debido proceso y justamente la buena fe.

Con relación este último principio se tiene que:

³⁵ Al respecto consultar: Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁶ Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

“Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso.”³⁷

Además, resulta ser peligrosa y abiertamente desacertada la aseveración del defensor, según la cual, el cargo imputado debía inferirse puesto que no se observa en la parte resolutive del Acto N° 28 de 18 de agosto de 2020, llevándole a supuestas confusiones y falta de claridad que le impiden comprender cual es la imputación concreta del cargo único, como si este no se hallará expresamente consignado en aquel acto.

Al respecto es evidente que de acuerdo con lo que puede leerse en la HOJA N° 7 del acto de imputación, en un acápite específicamente denominado **“Formulación De Cargos”** queda en absoluta evidencia que el cargo no adolece de oscuridad o vaguedad como tendenciosamente lo pretende hacer ver el apoderado.

Por el contrario, se decidió en el acto de apertura dedicar un acápite exclusivo, para que la investigada contara con toda la claridad y certeza del caso y así pudiese entender cuál era el supuesto por el cual debía ser llamada en calidad del sujeto procesal a esta investigación, lo que parece haber entendido con total precisión ya que su apoderado pudo presentar un extenso documento de descargos de ochenta (80) hojas con argumentos de todo tipo a efectos de enervar la imputación y posteriormente arrimar otro documento compuesto por sesenta y tres (63) hojas, en el que plasmó sus alegaciones de cierre y las razones por las cuales entendía probada la inexistencia de responsabilidad de su procurada en la comisión de la infracción imputada.

Es mandatorio para esta Subdirección destacar, que, una aseveración como la efectuada por el defensor de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, es otro yerro de los varios en que se le ha visto incurrir en el curso de su argumentación, comoquiera que es manifiesto que la investigada no solo ha tenido oportunidad de oponerse al señalamiento enrostrado el cual ha sido preciso, sino que además, ha hecho uso de los medios que el ordenamiento pone a su disposición para esos efectos con argumentos y razones que denotan su absoluta comprensión tanto de las causas por las cuales se inició la investigación, como también es irrefutable que entendió claramente cuál es la infracción imputada, al punto que como parte de su estrategia de defensa propone en un acto de “innovación jurídica” agregarle ingredientes normativos a dicho precepto no previstos por el legislador y mucho menos desarrollados, enunciados o descritos por la jurisprudencia, tal como se explicará más adelante.

En complemento a lo que aquí se ha dicho, basta con leer el artículo primero del Acto N° 28 del 18 de agosto de 2020, que tantas veces cita y transcribe el mismo apoderado de la encartada para darse cuenta de que allí se menciona la norma que se pudo vulnerar con la conducta investigada, así como la infracción a la que dicho comportamiento posiblemente se habría adecuado. De manera que, es infundada la supuesta dificultad cognitiva en la que ahora busca refugio y abrigo la investigada, a través de su apoderado, para legitimar una afrenta grosera contra esta Administración y descalificar el cumplimiento misional a nuestros deberes de vigilar y controlar que en el territorio colombiano el uso del espectro radioeléctrico se haga en perfecta correspondencia con las exigencias dispuestas en la Constitución y la Ley.

Un punto en particular sobre el que –por su grave imprecisión– debe detener su atención este Despacho, se refiere al entramado de elucubraciones desprovistas de sentido jurídico que emplea el defensor con base en el apotegma según el cual, en materia de **sanciones** debe existir el máximo rigor taxativo y por tanto estas no admiten analogías o cualquier otro tipo de remisión, englobamiento o complementariedad, ya que a partir de esta idea válida e indiscutible del derecho, pretende desviar y confundir la atención de este Despacho hacia una supuesta violación al debido proceso por una inverosímil inexacta tipificación de la conducta investigada, esto es, una indebida tipificación de la **infracción**, aun cuando las normas que prevén **infracciones** son diametral y abiertamente distintas de aquellas que disponen **sanciones** y como abogado que es el apoderado debe ser conocedor.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 460 de 1992. M. P. Jose Gregorio Hernandez.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Se resalta lo anterior, en virtud de que con base en jurisprudencia de otra jurisdicción como es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual es traída a este procedimiento administrativo sin respetar su verdadero sentido y contexto y por el contrario en un acto de alteración de lo afirmado por aquel alto tribunal, busca obtener un resguardo y amparo para su idea injustificada de existir una incorrecta formulación del cargo, cuando lo cierto es que lo dicho en aquella providencia se extiende a la idea de que el operador judicial no puede imponer una **sanción** que resida en su imaginación o en norma distinta de la que sea aplicable al caso concreto.

En su verdadero contexto dijo la sentencia CSJ, Cas. Civil. Sent. Junio 28/63. M.P. Enrique López de la Pava:

“La inteligencia y las aplicaciones que se le han dado a este precepto, han sido motivo de varios estudios de la Corte, algunos de los cuales conviene recordar a propósito de este negocio. En casación de 16 de octubre de 1943 se contempló el caso de que el sentenciador de segundo grado declaró ejecutoriado el fallo de primera instancia porque la parte apelante no había reembolsado el valor de unos honorarios de peritos a la parte opositora (LVI, 2001-2005, 199). En esa ocasión la Corte, advirtiendo que el transcrito artículo 571 consagra una sanción, fijó este criterio preliminar: “En materia de sanciones, como en asunto de nulidades, el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo, y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere lo anterior decir que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecuencias que la hagan más severa, porque de no proceder así, el juzgador impondría o agravaría una sanción, que no quiso imponer ni agravar el legislador.””

Como debe ser de conocimiento del apoderado de la implicada, a través del principio de tipicidad en materia administrativa sancionatoria se garantiza que el investigado pueda entender de forma cierta la conducta que es objeto de reproche y que esta goce de una descripción normativa específica o que pueda ser determinable a partir de la aplicación de otras normas, lo que significa que lejos del entendimiento de la defensa de AVANTELL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, la remisión normativa en materia de infracción es un aspecto válido en nuestro derecho. E ahí por qué se habla de normas en blanco o *números apertus*.

A propósito, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, *bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas...*”³⁸

Sumado a lo anterior, la misma corporación ha destacado que:

“En este orden de consideraciones, son elementos esenciales del tipo sancionatorio administrativo: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.”

Quiere decir que, en el asunto que aquí nos compete decidir, tanto la tipificación y descripción de la infracción en el Acto administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020 como la enunciación normativa en la que residen las posibles sanciones a imponer, fueron exigencias satisfechas con suficiencia por parte de este Despacho, toda vez que se le informó a la investigada que el uso del espectro radioeléctrico detectado durante los días 12 y 13 de agosto hogaño –respecto del cual no se encontró autorización del órgano competente para ello– podría configurar la infracción del numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y conllevar la imposición de las sanciones del artículo 65 ibidem, infracción que de suyo y *per se* denota la violación del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009.

❖ **Desconocimiento de la obligación de impulso y celeridad.**

Con base en este argumento, el apoderado atribuye a esta Subdirección un supuesto incumplimiento a los deberes de diligencia, celeridad e impulso a la investigación por cuanto desde su inicio formal ha tardado más

³⁸ Corte Constitucional Sentencia: C-713 de 2012, reiterada en la Sentencia C-699 de 2015.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

de siete (7) meses en ser resuelta de fondo, tiempo que para el mandatario comporta un exabrupto y exageración, además de implicar graves perjuicios a su mandante.

Con relación a estas afirmaciones, es de trascendental importancia, que, este Despacho aclare al censor que su reproche impaciente, se torna en una evidente forma de presionar a la Administración para la adopción de decisiones apresuradas e inconsultas, que no puedan nutrirse de un adecuado análisis, bajo el manto de un señalamiento de haber obrado ociosamente, pese a constarle y ser conocedor del voluminoso y extenso contenido documental que conforman las más de dos mil (2000) piezas procesales y de la complejidad que entraña el debate propuesto, el cual, de ninguna manera puede ser asumido con ligereza y simplicidad, como pretende la investigada, sin realizar un examen exhaustivo a todas y cada una de las circunstancias y manifestaciones aquí contenidas.

Muy al contrario de las acusaciones en contra de la Subdirección de Vigilancia y Control de la ANE, obsérvese como este Despacho de manera constante y diligente ha desplegado en el marco del expediente N° 3057 las siguientes actuaciones y actividades:

ACTUACIÓN	FECHA
Acto Administrativo de formulación de cargos N° 28. - Se formulan cargos. - Se ordena vincular a los terceros intervinientes. - Se ordena notificar a todas las partes. - Se ordena la medida cautelar de cese inmediato de operaciones.	18 de agosto de 2020
Notificación electrónica a todos los interesados del acto administrativo de formulación de cargos.	18 de agosto de 2020
Interposición de nulidad y revocatoria directa de todo lo actuado por parte de la investigada.	19 de agosto de 2020
Interposición de solicitud de intervención como tercero interesado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (MOVISTAR).	25 de agosto de 2020
Acto Administrativo N° 96 “Por el cual se decide una solicitud de vinculación como tercero interesado dentro del expediente 3057”.	04 de septiembre de 2020
Notificación electrónica a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (MOVISTAR) del Acto Administrativo N° 96.	04 de septiembre de 2020
Presentación de descargos.	7 de septiembre de 2020
Acto Administrativo N° 253 del 8 de septiembre de 2020. “Por el cual se decide una solicitud de nulidad y revocatoria directa dentro del expediente 3057”.	08 de septiembre de 2020
La ANE debido atender una actuación carácter judicial en sede constitucional, puesto que la investigada interpuso acción de tutela Rad. 1100131090152020012400 del juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.	08 de septiembre de 2020
Notificación electrónica a todos los interesados del acto administrativo N° 253 del 8 de septiembre de 2020.	09 de septiembre de 2020
Notificación del fallo de tutela en primera instancia del juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el cual fue desfavorable a las pretensiones de la accionante.	22 de septiembre de 2020

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Notificación de sentencia de segunda instancia en la acción de tutela N° 1100131090152020012400 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal.	03 de noviembre de 2020
Interposición de solicitud con el fin de constituir en renuencia a la Agencia Nacional del Espectro. Esta solicitud se fundamentó en el supuesto incumplimiento a un deber de impulsar la investigación en el plazo de dos (2) meses, sin informarse la norma que establecía dicho deber.	02 de diciembre de 2020
Respuesta de la ANE a la constitución en renuencia en donde se le informó a la investigada que su solicitud era abiertamente improcedente, entre otras cosas, porque el supuesto deber de impulsar la investigación en el término de dos (2) meses no se encuentra previsto en ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano al punto que la peticionaria no aportó prueba de la supuesta norma en la que se consagraba el deber presuntamente incumplido por la Administración.	09 de diciembre de 2020
Acto Administrativo N° 126 “Por el cual se decide sobre la práctica de pruebas dentro de investigación administrativa adelanta en contra de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN”. - Se señaló un término probatorio de 30 días.	29 de diciembre de 2020
Comunicación electrónica a la investigada y a los terceros intervinientes del acto N° 126.	29 de diciembre de 2020
Remisión de oficios a MINTIC a fin de que diera cumplimiento a lo ordenado en el acto N° 126.	30 de diciembre de 2020
Remisión de oficio a la CRC a fin de que diera cumplimiento a lo ordenado en el acto N° 126.	30 de diciembre de 2020
Remisión de Memorando Interno al Grupo de Control Técnico del Espectro a fin de que diera cumplimiento a lo ordenado en el acto N° 126.	30 de diciembre de 2020
Recepción de respuesta del Grupo de Control Técnico del Espectro de la Subdirección de Vigilancia y Control de la ANE.	12 de enero de 2021
Recepción de respuesta de la CRC.	19 de enero de 2021
Recepción de respuestas del MINTIC.	28 de enero de 2021 29 de enero de 2021 04 de febrero de 2021
Remisión de oficio de traslado a la investigada para alegar de conclusión.	16 de abril de 2021
Remisión de oficio de traslado a COMCEL S.A. para alegar de conclusión.	16 de abril de 2021
Remisión de oficio de traslado a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. para alegar de conclusión.	16 de abril de 2021
Recepción de escrito de alegatos de conclusión de COMCEL S.A. para alegar de conclusión.	28 de abril de 2021
Recepción de escrito de alegatos de conclusión de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.	29 de abril de 2021
Recepción de escrito de alegatos de conclusión de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. para alegar de conclusión.	29 de abril de 2021

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Queda entonces acreditado que de ninguna manera esta dependencia ha adoptado una posición dilatoria y desprovista de prontitud para con esta investigación, como para con ninguna de las demás investigaciones que cursan en este Despacho, como inconsulta y desprevenidamente lo asegura el apoderado de la investigada, afirmaciones que de manera tajante rechaza esta Subdirección.

Pertinente es mencionar también que, de acuerdo con el término promedio en que esta Subdirección decide las investigaciones que tiene a su cargo, podrá verse que en los últimos años, normalmente un expediente tarda en ser resuelto un término de nueve (9) meses, lo que quiere decir que ni siquiera los tiempos normalmente empleados han sido superados en un caso que reviste una mayor complejidad y un abultado cúmulo de documentación que fácilmente podría significar mayores tiempos de decisión.

Por otra parte, comoquiera que, en sus alegatos de conclusión la defensa de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN hizo alusión a la investigación del expediente 3048 que cursa en esta Subdirección en contra de la misma empresa, y que también inició el 18 de agosto de 2020 una vez culminó la suspensión de términos procesales, es menester dilucidar que aquella investigación no tuvo su origen en la presentación de una denuncia en el mes de enero de 2020 como extrañamente lo entiende el apoderado, sino que por el contrario el origen de esta investigación respondió a la actividad oficiosa de esta Administración como resultado del ejercicio de la vigilancia y control, ya que en verificaciones practicadas durante el mes de enero 2020, se apreció una circunstancia susceptible de ser investigada.

Ese mismo origen oficioso de la investigación 3048, llevó a este Despacho a la imperiosa necesidad de corregir esa actuación a fin de excluir a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. ya que erradamente esta había sido tenida como tercera interesada desde el inicio de la investigación, razón por la cual, a través del acto administrativo N° 127 del 30 de diciembre de 2020, se materializó aquella exclusión, de lo cual es concedora la investigada, dejando en claro que la actuación no tuvo su causa en las denuncias recibidas de aquella empresa, las cuales valga destacar fueron presentadas en julio de 2020.

5. Falta de mérito del cargo único.

Como se dejó establecido al inicio de la presente decisión en el acápite denominado “argumentos de la defensa”, se tiene que para sustentar la tesis principal de defensa en esta investigación, el mandatario de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN asegura que su procurada se hallaba haciendo uso de una red provista por PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con la debida autorización y consentimiento de esta última empresa, dentro del marco de un acuerdo privado, según él, ajustado a la Ley y en el que no se tuvo como propósito transferir los permisos de uso de espectro asignados a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. basándose para ello en una serie de conceptos inmersos en el sector TIC en Colombia y así asegurar que el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 no exige que un permiso de uso de espectro radioeléctrico tenga que provenir exclusivamente del Estado para que este sea válido, sino que también los particulares titulares de licencias de uso de espectro pueden permitir a terceros el uso de su espectro.

De acuerdo con lo anunciado en el punto “i.” de la HOJA 48 de esta Resolución, es momento entonces de dilucidar y analizar a profundidad la pertinencia y validez de las afirmaciones empleadas por AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN en cuanto al contexto en el que según dicha sociedad se dio el uso del espectro de la banda de 700 MHz.

❖ Naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico en Colombia, su titularidad y administración.

Tratándose de la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico, es imperioso partir de la definición establecida en el artículo 75 de la Constitución Política, a efectos de comprender que de forma más general, el espectro electromagnético es un elemento del territorio colombiano, lo que significa, en principio, que este reviste las características de un bien sujeto a un régimen de derecho público, dotado de unas especiales características, en donde además converge una activa intervención estatal de amplio alcance.

Se ha entendido así, que, el espectro electromagnético es “un recurso natural que constituye el medio o soporte por el cual se propagan las ondas radioeléctricas o electromagnéticas y por tanto las radiocomunicaciones o comunicaciones que utilizan tecnologías inalámbricas”³⁹.

³⁹ J. Marzo Cosculluela *El dominio público radioeléctrico*, en C. Chinchilla Marin, *telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*, Marcial Pons, 2000, p 150. Citado en: PIMIENTO Julián, *Derecho administrativo de bienes: los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 290.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Con relación a la anterior definición, debe precisarse y particularizarse que el espectro radioeléctrico es aquella porción del espectro electromagnético que va desde los 3 KHz a los 3000 GHz y reviste una gran autopista a través de la cual transitan las ondas electromagnéticas que son empleadas para la generación de comunicaciones inalámbricas. De modo que, la condición de bien sujeto a un régimen de derecho público le es perfectamente aplicable a esa porción denominada espectro radioeléctrico.

En cuanto a la propiedad y titularidad de este bien, y siguiendo a la doctrina, se tiene que: “...en el derecho colombiano el Estado es el propietario del espacio de propagación de las ondas (según lo dispuesto por los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), pero también de las ondas mismas, aun cuando la Unión Internacional de Telecomunicaciones es titular de las competencias relativas a la atribución utilizables en cada país, puesto que se trata de competencias de gestión que estos países decidieron otorgar a una entidad internacional en vista de su mejor utilización posible, sin que por tanto se le atribuya la propiedad, que les corresponde a los países según sus propios sistemas jurídicos”⁴⁰.

Ahora, de un examen a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede evidenciarse que dicha corporación no ha sido unánime en cuanto a la categorización o clasificación del tipo de bien público al que pertenece el espectro radioeléctrico, puesto que en alguna ocasión se aseguró que este hacía parte de los denominados bienes de uso público pero con limitaciones de orden público y de policía administrativa⁴¹ y en otras circunstancias tan solo se ha mencionado la existencia del artículo 75 de la Constitución Política a fin de destacar las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad, pasando también por fallos en los que se ha dicho que es un bien sujeto por principio al régimen de derecho público⁴².

Por su parte, algún sector de la doctrina considera que en el espectro radioeléctrico confluyen los elementos que definen los denominados bienes fiscales a que hace alusión el artículo 674 del Código Civil, toda vez que su uso no pertenece de forma generalizada a los ciudadanos. De modo que, este sería un bien fiscal sometido a un régimen particular⁴³.

Como se observa, si bien la catalogación de este tipo de bien en el ordenamiento colombiano no ha encontrado una definición y conceptualización única y unívoca, lo cierto e irrefutable es, que, de todas las tesis ofrecidas, puede concluirse que en el derecho colombiano el espectro radioeléctrico comporta un bien de propiedad exclusiva de la Nación, administrado por el Estado, y, el acceso a su uso, así como la cesión de los derechos derivados de dicho acceso, son instituciones habilitadas únicamente para aquellos a quienes el mismo Estado expresamente así se lo permita bajo unas condiciones fijadas en un acto administrativo que se produce en un entorno muy particular e igualmente así son sus características. Además, que al ostentar la calidad de bien público, el espectro goza entonces de la virtud de ser inalienable, imprescriptible e inembargable en concordancia con lo previsto en el artículo 63 constitucional.

Para entender el sentido de la anterior afirmación, basta con leer el inicio primero y el párrafo 2° del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019, que a la letra establece:

“ARTÍCULO 11. ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El uso del espectro radioeléctrico requiere **permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.**

(...)

PARÁGRAFO 2o. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos hasta por el plazo del permiso inicial o el de su renovación, **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 previamente establecidos en el acto de asignación del mismo. Se deberá actualizar la información respectiva en el Registro Único de TIC. La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico solo podrá realizarse siempre y cuando el asignatario, a la fecha de la cesión, esté cumpliendo con todas las obligaciones dispuestas en el acto de asignación, dentro de los plazos definidos en el mismo, incluyendo la ejecución de obligaciones de hacer cuando

⁴⁰ PIMIENTO Julián. Op. cit, p. 294.

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴² V. gr. Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴³ PIMIENTO Julián. Op. cit, p. 293.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

estas hayan sido establecidas. **El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones incorporará en el acto que autoriza la cesión las condiciones técnicas y económicas de mercado, que se evidencien al momento de la autorización.** (Énfasis añadido)

En complemento a lo que se aquí se expone, destacó la Corte Constitucional:

“La doctrina ha indicado que el criterio del dominio público desempeña entre otras funciones, la de proporcionar cuál es el régimen jurídico aplicable al bien del cual se trate.⁴⁴ En tratándose del espectro electromagnético y su componente el espectro radioeléctrico, la normativa constitucional es suficientemente orientadora, se trata, sin duda, **de bienes sujetos por principio al régimen de derecho público.**

Un elemento importante que contribuye a fundar la estimación inmediatamente hecha sobre el régimen jurídico al cual están sometidos los bienes aludidos, se advierte en el precitado artículo 75 cuando se dispone que el espectro electromagnético es inalienable e imprescriptible, **mandato que debe complementarse con lo establecido por el artículo 63 Superior cuando estipula que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables.** Observa la Corporación que los imperativos constitucionales **prescriben la in comerciabilidad del espectro, entendida esta como que en tanto la Constitución lo disponga tal tipo de bien esta fuera del comercio jurídico privado...**⁴⁵ (Énfasis añadido)

Así mismo, esta corporación ha considerado:

“6.5. De lo anterior surge que la asignación limitada de permisos para el uso del espectro por parte del MinTic⁴⁶ (i) se erige como una condición fácticamente indispensable para el eficaz aprovechamiento de dicho recurso; y (ii) responde a los poderes de gestión y control del espectro que el artículo 75 superior le confía al Estado en aras de favorecer la igualdad de oportunidades en su acceso, el pluralismo informativo, la competencia que evite las prácticas monopolísticas y la eficaz y eficiente utilización del espectro.

En suma, la igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro no se predica del universo de personas, **sino solo de aquellas que posean unas condiciones mínimas de idoneidad para que la prestación de los servicios públicos asociados a tal uso sea lo suficientemente óptima.**⁴⁷ (Énfasis añadido).

En concordancia con lo expuesto, el Despacho encuentra que no le es ajena al mismo apoderado de la investigada la naturaleza jurídica del espectro que aquí se ha venido explicando, pues en una línea de pensamiento similar y de tiempo atrás, este mismo jurista compartió estas posiciones, tal como consta en el Título VI del documento denominado Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico del cual, incluso, fue coautor y en donde claramente se dice:

“El espectro radioeléctrico (ERE) es un bien de dominio público que pertenece a la Nación, considerado desde la perspectiva económica como un recurso en ciertos casos limitado en la medida en que exista mayor demanda que oferta. **Sin perjuicio de los lineamientos constitucionales de cada país, la gestión y control del espectro⁴⁸ corresponden, por lo**

⁴⁴ Garrido Falla F., (...) p. 494

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁶ “En palabras de la jurisprudencia, los permisos para el uso del espectro son “*un acto unilateral de la administración, mediante el cual se concede a una persona pública o privada la prerrogativa de usar una parte del espectro radioeléctrico. (...) no se trata de un acuerdo entre las partes y por ello, no se puede hablar de un contrato. (...) En esa medida, está suficientemente claro que los actos que recaigan sobre el permiso, no son actos en los cuales se dispone de un acuerdo de voluntades, sino, se trata de negocios sobre una potestad conferida por la administración.*” Sentencia C-519 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.”

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-120 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁸ “Se entiende por gestión y control del espectro radioeléctrico el conjunto de actuaciones y funciones administrativas dirigidas a organizar, distribuir, proporcionar, intervenir, fiscalizar e inspeccionar el espectro radioeléctrico, con el fin de alcanzar en todo momento y de manera permanente los propósitos y objetivos nacionales, así como cumplir las políticas estatales. Todo esto con sujeción a los acuerdos, convenios y tratados internacionales y bilaterales suscritos por un Estado, así como al Reglamento de Radiocomunicaciones (RR) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en lo que concierne a la utilización del espectro radioeléctrico en el ámbito internacional. La gestión y control del espectro radioeléctrico también comprenden la administración del conjunto de instituciones, recursos y sistemas que se utilicen para el cumplimiento de dichas funciones y hagan posible el racional, eficiente y eficaz aprovechamiento y uso del espectro radioeléctrico para beneficio de la sociedad en general.”

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

general, a una función pública de carácter administrativo, que por la naturaleza y titularidad del bien debe cumplirla una o varias entidades u organizaciones estatales (que en lo sucesivo se denominarán indistintamente “administración” o “administrador del espectro radioeléctrico” o simplemente “administrador”) **que tengan un nivel de jerarquía superior dentro de la estructura del Estado**.”⁴⁹

Resulta palmario, diáfano y cristalino que tanto los permisos para acceder al uso del espectro radioeléctrico como las autorizaciones sobre la cesión de los permisos conferidos, al ser el reflejo de las labores de administración del espectro, residen exclusivamente en el Estado a través de la autoridad encargada de dicha misión que para este caso comprende al MinTIC.

En este orden de ideas, y dado que el espectro radioeléctrico, en voces de la Corte Constitucional ya citada, está fuera del comercio jurídico privado, línea de pensamiento que además es acogida en el Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico, desatinado sería entonces deducir e interpretar el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 bajo el supuesto de que la expresión “*sin el correspondiente permiso*” puede entenderse referida a un vasto universo en el que los administrados se encuentran dotados de amplia capacidad para conceder tales prerrogativas, como errada, inexacta y equivocadamente lo entiende ahora el apoderado de la investigada, puesto que, como la misma Corte lo ha sentenciado:

“De lo dicho se colige que **el manejo, gestión y regulación del espectro radioeléctrico, no puede estar sin más, en las manos de los particulares. Para la Sala, los actos que involucran el espectro radioeléctrico no pueden evadirse de modo absoluto de las reglas del derecho público dado los riesgos que ello comporta**. Así se entiende que la Corporación, mediante la sentencia **C- 151 de 2004**, haya sentado:

“(…) el espectro electromagnético, como bien público inenajenable e imprescriptible, no se integra a la gestión patrimonial ni a la autonomía negocial de los particulares. Tampoco los particulares pueden adquirir su dominio mediante prescripción, pues así lo determinó el constituyente” (Negrillas fuera de texto).⁵⁰ (Énfasis añadido)

Es indudable e innegable entonces que, en materia de aprovechamiento y uso del espectro radioeléctrico en Colombia, existen una serie de reglas de derecho público que ni la investigada ni ningún otro PRSTM pueden desatender y mucho menos pretender buscar un amparo para su inobservancia a partir de interpretaciones sesgadas y convenientes de la Ley, tal como se ha pretendido en esta investigación por parte de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

Por lo anterior, en ejercicio de sus potestades, el mismo Estado fija condiciones a los licenciarios del espectro a fin de mantener el control sobre este bien público y así garantizar su intransferibilidad entre los particulares, máxime cuando lo que se otorgan son permisos de uso sobre porciones específicas y en condiciones concretas, tal como puede observarse –por ejemplo– en la reciente asignación efectuada por el MINTIC a favor de la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S en la Resolución N° 330 del 20 de febrero de 2020 en la que se consagró lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Obligaciones generales. Además de las obligaciones que establece la normativa vigente, **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.**, en su calidad de asignatario de permiso de uso del espectro radioeléctrico, en virtud del procedimiento reglado en la Resolución 3078 de 2019 modificado por la Resolución 3121 de 2019, deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

(...)

c. **Asumir, por su cuenta y riesgo, la explotación del espectro cuyo permiso de uso fue asignado como resultado de la subasta**, de conformidad con lo previsto en esta resolución, sus anexos, así como con lo establecido en la Resolución 3078 de 2019 modificada por la Resolución 3121 de 2019.

⁴⁹ MINTIC-ANE. TOVAR Felipe, et al. *Manual de gestión nacional del espectro radioeléctrico. Economía del espectro radioeléctrico Título VI*. Bogotá, 2012, pág. 8.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

(...)

e. Prestar los servicios por su cuenta y riesgo, en forma continua, eficiente, y cumpliendo con los requisitos mínimos de calidad del servicio descritos en las normas expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

(...)

ARTICULO 5. Explotación del espectro por cuenta y riesgo del asignatario. La explotación del espectro radioeléctrico será por cuenta y riesgo de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

Artículo 11. Cesión del permiso para uso del espectro. La cesión del permiso para uso del espectro deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019. En tal sentido, estará supeditada a la autorización previa y expresa del Ministerio y a la acreditación del acatamiento de las condiciones legales y, en particular, el cumplimiento de las obligaciones fijadas por la Resolución 3078 de 2019 modificada por la Resolución 3121 de 2019 y en las que en concreto emanen de la presente Resolución que otorga el permiso de uso del espectro radioeléctrico. En el análisis de la cesión, el Ministerio deberá garantizar el cumplimiento de los topes de espectro establecidos en la normatividad vigente.” (Énfasis añadido)

Aunado a lo que aquí se menciona, resulta pertinente destacar que como el mismo Ministerio lo reconoce:

“El permiso de uso del espectro es un derecho “intuitu personae”, no un contrato; es una adjudicación a una sociedad específica, teniendo en cuenta que la misma, cumple con unas condiciones y requisitos particulares, que le permiten hacer uso de dicho permiso, y por tanto la calidad de asignatario de uso del espectro no es susceptible de ser sustituido a cualquier otra sociedad o persona, sin que medie su aprobación.”⁵¹

(Negrillas y Subrayas fuera del texto original)

En consecuencia, el derecho del que goza una persona natural o jurídica titular de un permiso de uso de espectro, se limita justamente a la utilización de este bien por su propia cuenta, lo que significa que le es vedada su transferencia a cualquier título a terceros, sin que previamente el mismo Estado intervenga a efectos de autorizarlo, con lo cual este Despacho reafirma la tesis según la cual el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 determina como infracción al régimen del espectro todo uso de este bien escaso que no goce de un permiso del órgano de la Administración investido de facultad para concederlo.

Adicional a lo que aquí se comenta, la Subdirección identifica que una tesis similar a la propuesta por la defensa de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN se encuadraría en uno de los mecanismos de asignación de espectro identificados por la doctrina del sector TIC en el mundo, al cual se le conoce como “mercado secundario de espectro radioeléctrico”, idea que ha tenido aplicación en otros ordenamientos jurídicos, pero que en el derecho colombiano en la actualidad no goza de reconocimiento ni desarrollo legal.

Al respecto, y como el mismo apoderado de la investigada lo reconoce en su coautoría dentro del Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico en ideas que además aún se mantienen vigentes:

“Actualmente, en la mayoría de los países del mundo los derechos de uso de frecuencias radioeléctricas no son enajenables ni admiten su aprovechamiento por personas distintas al titular de la asignación, sin previa autorización del administrador. Lo anterior, como garantía de seguridad técnica y estabilidad administrativa sobre las licencias. Un prerrequisito para el desarrollo del mercado secundario es que el administrador del espectro radioeléctrico pueda permitir, inicialmente, la comercialización de los derechos de uso que le han sido reconocidos a favor de otros, bajo la condición de que el titular del

⁵¹ Cfr. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Información sobre los planes de mejoramiento, periodo fiscal 2016-2017-2018-2019-2020, disponible en:

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WCQgZhNPNO8J:https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-4327_Plan_mejoramiento_Ministerio_TIC_corte_31_diciembre_2020.xlsx+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

permiso, así como los que adquieren su uso en el mercado, cumplan las condiciones y obligaciones establecidas en el título habilitante original.⁵²⁵³

Significa que, la introducción de mecanismos de asignación del espectro como el de “mercado secundario” implica una profunda transformación no solo legal sino constitucional a fin de fijar tanto en el Estado como en los administrados la posibilidad de gestionar este bien público, comoquiera que en la redacción de nuestra Carta Política solo se encuentra habilitado el Estado –por conducto del MINTIC– para desarrollar dichas labores de gestión del espectro, lo cual luego es reproducido, ampliado y profundizado por la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.

Es decir que, por este solo aspecto, los argumentos de defensa del representante de los intereses de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN están llamados al fracaso y es suficiente para declarar la responsabilidad de la investigada puesto que, en nuestro derecho no existe la implementación legal y mucho menos constitucional de la doctrina que pretende traer a este asunto como justificación de un uso muy eficiente del espectro por parte de su defendida.

Un ejemplo cercano de lo que aquí se comenta, se encuentra en el ordenamiento mexicano en el que previo a la introducción de la figura de “mercado secundario” debieron ser reformados los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y posteriormente expedirse normas de orden legal a fin establecer condiciones para dotar de un carácter “comerciable” al espectro entre particulares, lo que concluyó con la expedición de un Acuerdo a través del cual se aprobaron y emitieron lineamientos generales sobre la autorización del arrendamiento de espectro radioeléctrico.⁵⁴

Otros Estados han adoptado este mecanismo de asignación a través de la necesaria introducción de normas positivas que así lo prevén, como es el caso de España, en donde a partir del título V de la Ley 9ª del 9 de mayo de 2014, General de Telecomunicaciones, se declaró que el espectro es un bien de dominio público, cuya titularidad y administración corresponden al Estado y se prevé una simplificación administrativa para el acceso a determinadas bandas de frecuencias, lo cual posteriormente se tradujo y consolidó en el Real Decreto 123 del 24 de febrero de 2017, a través del cual se aprobó el reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico.

Valga resaltar algunas de las recomendaciones de expertos para la implementación de este mecanismo de asignación flexible del espectro, así:

“...Antes de que se implemente un marco formal para la comercialización del espectro, las entidades deberían estar preparadas para analizar toda propuesta de venta y someterlas a consulta y consideración en relación con cualquier posible riesgo para la competencia o de interferencia perjudicial.

Contar con procesos de renovación de licencias transparentes y oportunos e información sobre la disponibilidad, los precios y las condiciones del espectro, también facilitaría la existencia de mercados secundarios.

Las comercializaciones de espectro deberían estar sujetas a la ley de competencia y/o a evaluaciones ex ante relacionadas con la misma. Los temas relacionados con la competencia deben ser evaluados en base a las circunstancias específicas de cada venta, si bien se pueden establecer ciertos escenarios de puerto seguro como cuando el operador que adquiere el espectro tiene una participación de mercado por debajo de cierto umbral y/o el espectro representa una porción relativamente pequeña del total disponible para esos servicios⁵⁵.

Por otra parte, comoquiera que esta Subdirección encuentra que en su escrito de descargos la defensa de la investigada se ampara en la descripción técnica y de ingeniería del concepto de **red**, en aras de justificar el uso dado a las frecuencias 723 MHz – 733 MHz (uplink) y 778 MHz – 788 MHz (downlink), puesto que en él se imbuyen elementos lógicos y físicos así como la parte del espectro electromagnético asignada para la

⁵² “Esta circunstancia puede incidir adversamente en la introducción de usos convergentes de las frecuencias asignadas”.

⁵³ MINTIC-ANE. TOVAR Felipe, et al. Op. Cit. pág. 65.

⁵⁴ Al respecto y para mayor ampliación del tema, puede consultarse: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/espectro-radioelectrico/acuerdolineamientosdearrendamientodeespectro.pdf>

⁵⁵ GSMA. *Mejores prácticas en el otorgamiento de licencias de uso de espectro para servicios móviles*. 2016, pág. 50. Disponible en: https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones que permiten la emisión, transmisión y recepción de información. Resulta imperioso destacar lo siguiente:

Es indudable que la definición de red de telecomunicaciones se refiere a una enunciación y descripción teórica provista desde una óptica técnica, la cual no hace distinción –desde el derecho de bienes– entre la naturaleza jurídica de los distintos elementos involucrados en ella y su régimen jurídico aplicable. Esto es, no puede perderse de vista que una red se integra tanto por bienes privados como públicos y no por ello estos últimos se subsumen o confunden en los bienes privados, y mucho menos puede afirmarse que corren su suerte al punto que se difumine y confunda el régimen legal que le es aplicable a cada uno de estos, como desprevenidamente parece sugerirlo el apoderado de la investigada al asegurar que el espectro asignado puede ser ofrecido y contratado como parte integrante de la red que se suministre a terceros, sin ningún tipo de consideración al ordenamiento jurídico.

En refuerzo de la idea de la imperiosa diferenciación de los distintos bienes involucrados en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retomando las concepciones clásicas, pero aún vigentes, que en el derecho de bienes magistralmente se han dispuesto respecto de la clasificación de cosas principales y accesorias, en donde la primeras son aquellas que pueden subsistir por sí mismas, mientras que las segundas requieren de una cosa principal para subsistir⁵⁶. Resulta indudable que el espectro radioeléctrico es una cosa principal ya que no depende de bien alguno para existir en la naturaleza, e incluso, si se aplicaran las reglas del Código Civil, se tendría que, no solo por su valor económico sino además por su volumen (arts. 729 y 731 C.C.) el espectro seguiría siendo una cosa principal.

Nada más alejado de la realidad es la posición imprecisa que el sujeto procesal trae a esta investigación, puesto que como ampliamente ya se refirió en esta Resolución, el espectro es un bien de propiedad de la Nación que goza de las características de ser un bien principal y no accesorio, el cual de ninguna forma entra a hacer parte del patrimonio privado de los particulares, y, por más que en el concepto de “red” se entienda dicho bien como parte de aquella, no por ello los particulares pueden pretender desatender el régimen jurídico que lo gobierna en aras de relevarse en el cumplimiento de las reglas que dominan y establecen las condiciones para acceder a su uso, más aún cuando estos solo detentan un derecho precario de usufructo derivado de las autorizaciones expresas del Estado, previo el agotamiento de una serie de procedimientos públicos denominados como de selección objetiva en los que se procura encontrar al mejor oferente que se halle en capacidad de garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos asociados a su explotación y en las condiciones esperadas por el Estado, además de correr con el deber de efectuar erogaciones al erario público por dicha concesión.

Aunado a lo que se relata, es pertinente destacar que en un análisis integral a la reglamentación general vigente en materia de telecomunicaciones, sobresalen diversas figuras que expresamente la Administración –por vía de regulación– ha previsto a efectos de dar cumplimiento a mandatos de orden legal y así dinamizar el sector TIC y la libre competencia, en donde ideas de “comercialización”, “transferencia”, “compartición”, etc., del espectro radioeléctrico no están previstas, comoquiera que el legislador ha dispuesto que el uso de dicho bien público deriva de la autorización del Estado de conformidad con la Constitución Política y atendiendo a reglas precisas que no han sido objeto de derogación, ampliación, aclaración, modificación o redimensionamiento de ningún tipo.

En consecuencia, los aspectos que en este sector han sido objeto de regulación tienen que ver específicamente con acuerdos de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, así como el régimen de acceso y uso de redes e infraestructura y la remuneración por ello, Roaming Automático Nacional, Operadores Móviles Virtuales, entre otros, de donde se concluye sin mayores elucubraciones que a partir de estas figuras no se deriva una habilitación a los PRSTM para negociar libremente con el espectro radioeléctrico a ellos asignado, así este bien público haga parte del concepto de red y mucho menos que ello implique entonces, la aceptación o preponderancia del principio de la libre autonomía de la voluntad privada sobre la naturaleza jurídica de este bien y que por tanto esta pueda desdibujarse.

Como se ha informado, las medidas regulatorias adoptadas han sido introducidas en el marco normativo del sector TIC colombiano, a través de los numerales 3°, 4° y 5° del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, en donde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones se le encomendó lo siguiente:

⁵⁶ VELÁSQUEZ. Luis Guillermo, *Bienes*. Bogotá, Temis, Duodécima edición. 2010, p. 55.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

“ARTÍCULO 22. FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. <Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, respecto de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión y el servicio de radiodifusión sonora, las siguientes:

(...)

3. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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 y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias.

4. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados.

5. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Definir las condiciones en las cuales sean utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión y el servicio de radiodifusión sonora, bajo un esquema de costos eficientes. Esta facultad, está radicada en cabeza de esta comisión, de manera exclusiva, para lo cual deberá expedir una nueva regulación en un término máximo de seis (6) meses, previa la elaboración de un estudio técnico, donde se establezcan las condiciones de acceso a postes, ductos e infraestructura pasiva que pueda ser utilizada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión, y el servicio de radiodifusión sonora. En la definición de la regulación se analizarán esquemas de precios, condiciones capacidad de cargas de los postes, capacidad física del ducto, ocupación requerida para la compartición, uso que haga el propietario de la infraestructura, así como los demás factores relevantes con el fin de determinar una remuneración eficiente del uso de la infraestructura. Lo anterior, incluye la definición de reglas para la división del valor de la contraprestación entre el número de operadores que puedan hacer uso de la infraestructura, de acuerdo con la capacidad técnica del poste y física del ducto, que defina la CRC.” (Subrayas fuera del original).

Con base en las citadas facultades, la CRC a lo largo del tiempo profirió distintos actos administrativos de carácter general, los cuales finalmente fueron compilados en la Resolución N° 5050 de 2016, en donde se determinaron las reglas de juego para que los PRSTM pudieran concurrir a escenarios en los que ejercitan prácticas de comercio mediante las cuales aseguran una mejor y más eficiente prestación de sus servicios a sus usuarios finales, así como también representa un espacio para que otros actores que hacen parte de la cadena de valor puedan interactuar y de esta forma contribuir en el ciclo económico que reviste el sector de las telecomunicaciones.

No obstante, y como es evidente en la regulación que aquí se menciona, resulta palmario que aspectos tales como “arrendamiento”, “compartición”, “acuerdos de control y explotación” “acuerdos de pruebas piloto”, “comercialización”, “comodatos” o cualquier otra idea parecida que pudiese recaer sobre el espectro radioeléctrico adjudicado a un PRSTM, no encuentra regulación, en tanto que la CRC no goza de competencia legal para determinar los designios, modos de uso, explotación, adjudicación o autorización sobre el espectro radioeléctrico, pues esa facultad reside únicamente en el MINTIC como competente exclusivo para establecer las reglas referentes a las condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

el uso o explotación de los derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico⁵⁷, así como en la Agencia Nacional del Espectro se encuentra encomendada la guarda y garantía de un uso legal y adecuado de dicho bien, so pena de las consecuencias represivas que residen en esta misma Agencia.

Basta, con leer las definiciones del concepto de instalaciones esenciales que trae la Resolución N° 5050 de 2016 en sus artículos 4.1.5.2. y 4.1.5.2.2., para entender que el espectro no hace parte de aquel concepto:

“ARTÍCULO 4.1.5.2. INSTALACIONES ESENCIALES

4.1.5.2.1. Se consideran instalaciones esenciales para efectos del acceso y/o la interconexión, las siguientes:

1. Los sistemas de apoyo operacional necesarios para facilitar, gestionar y mantener las comunicaciones.
2. Los elementos de infraestructura civil que puedan ser usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible técnica y económicamente, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general.
3. La facturación, distribución y recaudo, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios.
4. El espacio físico y servicios adicionales necesarios para la colocación de equipos y elementos necesarios para el acceso y/o la interconexión.
5. Cabezas de cable submarino.
6. La base de datos administrativa –BDA- requerida para el correcto enrutamiento de comunicaciones en un ambiente de Portabilidad Numérica de acuerdo con la regulación aplicable en la materia.”

“4.1.5.2.2. Se consideran instalaciones esenciales a efectos de la interconexión, las siguientes:

1. Conmutación.
2. Señalización.
3. Transmisión entre nodos.
4. Servicios de asistencia a los usuarios, tales como emergencia, información, directorio, operadora, servicios de red inteligente.
5. El roaming automático entre proveedores de redes móviles, cuando sus interfaces de aire así lo permitan.”

En consecuencia, la programación –a título oneroso o gratuito– del espectro radioeléctrico asignado por el Estado a un PRSTM –quien por consiguiente detenta la calidad de OMR– en las redes e infraestructura de otro PRSTM –quien también es por su parte OMR– como un ejercicio supuestamente válido de la autonomía de la voluntad privada de los particulares y con la finalidad de que por conducto de dicha sintonización de frecuencias el PRSTM contratante pueda gozar de una mejora sustancial en la prestación de sus servicios, reviste un desconocimiento e incumplimiento al mandato constitucional de inalienabilidad del espectro radioeléctrico y configura la infracción de su uso clandestino o no autorizado, susceptible de sanción por parte de la ANE.

Diferente es, el hecho de que en virtud del concepto de habilitación general dispuesto en el artículo 10 modificado por el artículo 7° de la Ley 1978 de 2019, haya cabida a figuras como la de los Operadores Móviles Virtuales (OMV), quienes sin poseer ni detentar una red de telecomunicaciones, es decir, sin ser OMR, ingresan a un mercado mayorista de acceso a redes móviles, para de este modo suministrar al público por su cuenta y riesgo servicios de telecomunicaciones empleando para el efecto la red de un tercero, idea que en este asunto no es aplicable comoquiera que AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN ha contado con redes de telecomunicaciones en el país por más de veinte (20) años y asimismo es titular de permisos de uso de espectro y por su parte PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. para el momento de los hechos investigados ya gozaba de un permiso de uso de espectro. Es decir, ambas sociedades detentaban la calidad de Operadores Móviles de Red, condición que incluso es reafirmada por el apoderado de la investigada en sus alegatos de conclusión al hacer referencia al Registro TIC de cada una de estas empresas.

⁵⁷ Ley 1341 de 2009: **“ARTÍCULO 18. FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.** <Título modificado por el artículo 14 de la Ley 1978 de 2019>

(...)

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

b) 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.”

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Pertinente y relevante es destacar que de conformidad con las pruebas aportadas por la investigada se encuentra que esta junto con PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. celebraron una serie de contratos⁵⁸ con el único propósito de programar en los equipos y bienes de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN los bloques de frecuencias pertenecientes a la banda de 700 MHz asignados a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S, a fin de que la investigada pudiese ofrecer a sus usuarios servicios empleando estas porciones de espectro aun cuando no gozaba de la aquiescencia del Estado, según se halla probado en este expediente.

A propósito de lo anterior, este Despacho reconoce y así lo entiende, que, tanto PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. como AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN podían permitirse mutuamente el uso y aprovechamiento de todos los bienes y recursos (activos, pasivos y lógicos) con que contasen y que fuesen de su propiedad, ya que estos están gobernados por el derecho privado en donde impera la libre disposición derivada del derecho de dominio y las demás reglas de la autonomía de la voluntad privada. Pero de ninguna manera, salvo cesión autorizada previamente por el Estado, podían “autorizarse” entre estos el uso del espectro asignado a cada uno de ellos, dado que se trata de un bien principal sometido a unas específicas y diáfanas reglas de derecho público. De manera que, la investigada no gozaba de facultad para prestar servicios a sus usuarios a través de la banda de 700 MHz, si no contaba previamente con la debida autorización del MinTIC, ni siquiera en el marco de una prueba piloto, tal como más adelante se dilucidará.

En línea con lo que viene diciéndose, es un hecho notorio y de público conocimiento que AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN no hizo parte de la subasta de espectro del año 2019. Es decir, no fue asignataria de porción alguna en la banda de 700 MHz y asimismo, está probado en el expediente que el MINTIC aseguró a esta Agencia que tampoco había autorizado cesión de espectro alguna a favor de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, tal como puede leerse en el radicado ANE N° GD-008192-E-2020 del 13 de agosto de 2020 en donde textualmente se dice:

“Adicionalmente, y frente a los documentos que han venido aportando los proveedores en esta indagación, se requirió a CONFECÁMARAS con el fin esclarecer (sic) los hechos relacionados con las garantías mobiliarias que presuntamente AVANTEL cedió a PARTNERS, y a la Dirección de Industria del MINTIC, para determinar si a la fecha existen solicitudes de cesión de espectro por parte de los denunciados.

Bajo ese contexto, **se debe indicar que a la fecha este Ministerio no ha recibido solicitudes ni ha autorizado cesiones para uso y explotación de espectro entre AVANTEL y PARTNERS.**” (Énfasis añadido).

En igual sentido, bajo la Resolución N° 720 del 24 de septiembre de 2020, la cual también obra como prueba documental en este expediente, se observa que el Ministerio en su criterio consideró lo siguiente:

“Adicionalmente, de las pruebas obrantes no se puede establecer la existencia de una cesión del espectro asignado a PTC en cabeza de AVANTEL, en tanto, en la actuación adelantada por la ANE se hace referencia a que porque existen algunas evidencias de la presunta explotación irregular del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias de 700 MHz, situación que, por sí misma, no permite establecer la existencia de una cesión.

Aunado a lo anterior, del análisis del material probatorio aportado no se pudo establecer la existencia de algún acuerdo de voluntades que en ese sentido se hubiese podido configurar. Por el contrario, lo único que se pudo advertir en este sentido, es que entre los proveedores PTC y AVANTEL habrían suscrito un acuerdo en donde el primero de los mencionados se habría comprometido con AVANTEL a proveerle la capacidad necesaria de transmisión a través de su red, documento que por sí mismo no permite establecer que hubiese una cesión de espectro sin el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el efecto.

(...)

⁵⁸ Contratos de:

- “ARRENDAMIENTO DE ESTACIONES BASE ENTRE AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN Y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.”.
- “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL”.
- “ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En estas condiciones, teniendo en cuenta que la conducta en que presuntamente habría incurrido AVANTEL ya se encuentra siendo investigada por la Agencia Nacional del Espectro, entidad competente para el efecto, y que no se encuentra evidencia suficiente que permita establecer que hubo una cesión del permiso de espectro por parte de PTC a AVANTEL, al no encontrar méritos para iniciar un procedimiento sancionatorio, esta Dirección, hasta este momento, no iniciará investigación administrativa por estos hechos al no encontrar mérito suficiente para ello.”

Quiere decir pues, que, al no hallarse prueba de ningún tipo de autorización bien sea por la vía de la asignación o de la cesión permitida por el MINTIC, en favor de la implicada, para que esta pudiese hacer uso legítimo del espectro radioeléctrico en la banda de 700 MHz, el cual estuviese amparado en los preceptos legales de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y al haber evidencia en este expediente de dicha utilización del espectro, puede entenderse entonces que el aprovechamiento de las frecuencias relacionadas en el cargo único del Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020 comporta un uso no autorizado del espectro.

Se tiene además que, de acuerdo con el Acta de visita en sitio N° VI-MOV-16/07/20 –TÉCNICO, practicada el 16 de julio de 2020 al proveedor AVANTEL S.A.S. por parte del consorcio RED MÓVIL, en el marco de una visita de verificación virtual integral de obligaciones técnicas⁵⁹, quedó en evidencia que la sociedad investigada no solo sabía que no podía hacer uso de frecuencias en la banda de 700 MHz al no ser adjudicataria de esas frecuencias y que de hacerlo incurriría en infracciones, sino que además, pese a ser consciente de ello aun así comenzó a emplear las frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz para la prestación de sus servicios comoquiera que “hizo una gestión interna”.

Al respecto se lee:

“3. Estado actual servicio móviles terrestres en los municipios a que hace referencia la Resolución MINTIC 2103 de 2018 en la banda de 700 MHz. La consultoría requiere a AVANTEL S.A.S., informar el estado del servicio de las telecomunicaciones móviles para los municipios que hace referencia el Artículo Primero de la Resolución MINTIC 2103 de 2018, los cuales venían operando y prestando los servicios móviles terrestres en la banda de 700 MHz en los rangos de frecuencias 718 –723 pareado con 773 –778 MHz.

*AVANTEL S.A.S., manifestó que para las obligaciones de 700 MHz, Avantel remitió comunicación solicitando aclaración sobre el manejo, **teniendo en cuenta que no se podía hacer uso de 700 MHz al no ser adjudicatario de estas frecuencias y que de hacerlo se incurriría en una infracción al régimen de las telecomunicaciones** y al apagarla se violaba la obligación de disponibilidad de cobertura y acceso a los usuarios. Por tal motivo la comunicación fue enviada en enero de 2020 y respondida por el MINTIC hasta febrero de 2020, como se evidencia en los anexos a esta acta y los soportes enviados por Avantel. **Luego de una gestión interna se logró reactivar estos sitios en las frecuencias de 723 a 733 MHz y de 778 a 788 MHz** dando cumplimiento a las obligaciones dadas por las resoluciones de asignación temporal.*

Una vez revisada la respuesta entregada por AVANTEL SAS a la consultoría y las comunicaciones entre el PRSTM y el MINTIC, **se evidencia que el PRSTM está haciendo uso de la banda de 700 MHz sin un permiso asignado a Avantel y en un rango de frecuencias diferente y con un ancho de banda mucho más amplio a las asignadas para uso temporal en la Resoluciones MINTIC 2103 de 2018 y 1903 de 2019, permisos que no están vigentes a partir del 1 de enero de 2020. Se puede evidenciar que el rango de frecuencias que se está utilizando fue asignado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA SAS.** (Subrayas y Negrillas fuera del texto original).

La Subdirección ha podido establecer, además, que, las anteriores aseveraciones fueron consignadas en el informe de verificación julio de 2020, rendido el día 19 de agosto de 2020 por parte del consorcio RED MÓVIL ante el MINTIC en el que de manera enfática se concluyó lo siguiente:

⁵⁹ Documento que fue allegado a la ANE a través de radicado GD-008763-E-2020 del 24 de agosto de 2020 el cual se incorporó a este expediente mediante el Acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 y que se halla en la Carpeta digital del Expediente 3057 denominada “CUMPLIMIENTO ART. 12 ACTO PRUEBAS”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

“Conclusión:

Una vez revisada la anterior respuesta del PRSTM y las comunicaciones entre el PRSTM y el MINTIC (ver el anexo AVA CR003 JUL20_AN03 Comunicado respuesta MINTIC), **se evidencia que el PRSTM está haciendo uso de la banda de 700 MHz sin un permiso asignado a Avantel y en un rango de frecuencias diferente y con un ancho de banda mucho más amplio al que inicialmente el MINTIC le asignó mediante la Resolución MINTIC 2103 de 2018 y que renovó con la Resolución MINTIC 1903 de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019, es decir a partir del 1 de enero de 2020 no está vigente el permiso del uso del espectro radioeléctrico en la banda de 700 MHz para AVANTEL S.A.S. Así mismo, se pudo evidenciar que el rango de frecuencias 723 a 733 MHz y de 778 a 788 MHz que está utilizando AVANTEL S.A.S. desde marzo de 2020 fue asignado a PARTNERS TELECOM COLOMBIA SAS.**⁶⁰ (Énfasis añadido).

Quiere decir, que, además de las verificaciones realizadas por parte de este Despacho y que constaron en el informe técnico N° 7316, Caso 9324 elaborado por el Grupo de Control Técnico del Espectro, existe evidencia adicional en la que se acredita el uso del espectro radioeléctrico por parte de la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN en unas frecuencias sobre las que no detentaba autorización ni licencia emanada del MINTIC y que fueron justamente el objeto del cargo formulado, en épocas anteriores a las verificadas por este Despacho, inclusive.

- ❖ **El uso de capacidad necesaria en la red de acceso móvil ¿constituye un fundamento para que un PRSTM pueda permitir a un tercero el uso del espectro?**

El apoderado de la encartada luego de una extensa mención histórica de las normas relacionadas con la provisión de redes y servicios y de exponer el entendimiento que él tiene frente a dichas normas, así como de expresar aspectos relativos al servicio portador y otras referencias, busca la exculpación del proceder de su mandante a partir de la idea según la cual desde siempre “todos los operadores tienen el deber de poner a disposición de los demás operadores las redes y las capacidades que les fueran solicitados”, raciocinio en el que considera que existe suficiente justificación para la celebración de dos contratos que fueron aportados como pruebas documentales de esta investigación, los cuales se denominaron cómo:

- “ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE”.

Que en su objeto describe:

“AVANTEL y PTC acuerdan realizar un Plan Piloto para determinar la capacidad de Ancho de Banda Disponible que tiene PTC y que AVANTEL requiere para la conformación de su red de telecomunicaciones con el fin de mejorar la calidad de servicio a sus usuarios.”

- “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL”.

Que concierne a:

“Proveer a AVANTEL el aprovechamiento temporal, voluntario, limitado, determinado y oneroso de la capacidad necesaria de transmisión en la red de telecomunicaciones móvil terrestre IMT organizada, instalada, operada y explotada directamente por PTC incluidos el aprovechamiento de los elementos físicos, lógicos y las bandas de frecuencias radioeléctricas asociadas a dicha red, con el objeto de que AVANTEL pueda emplear temporalmente la utilización de la capacidad necesaria de transmisión de **la red de acceso** contratada a PTC exclusivamente para la conformación y mejoramiento de la infraestructura de telecomunicaciones de acceso que sirva de soporte al servicio móvil terrestre IMT que a su vez suministra AVANTEL a sus usuarios o abonados.”

Del objeto de estos contratos, sobresalen algunos aspectos que por su importancia se pasan a enunciar:

⁶⁰ Documento que fue allegado a la ANE a través de radicado GD-008763-E-2020 del 24 de agosto de 2020 el cual se incorporó a este expediente mediante el Acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 y que se halla en la Carpeta digital del Expediente 3057 denominada “CUMPLIMIENTO ART. 12 ACTO PRUEBAS”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

1. Estos contratos versaron sobre el uso de la capacidad de transmisión de una **RED DE ACCESO**, contratada por la investigada a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. lo que quiere decir que el objeto negocial se situó en aquello que se encuentra denominado en el sector TIC como “acceso de última milla”. Es decir, el tramo de una red que interactúa directamente con los dispositivos de los usuarios conectándolos a la red de su proveedor.

En relación con esta clase de redes, y con independencia de la tecnología empleada, es importante recordar que existen dos grandes tipos de redes de acceso: i) acceso por cable físico y ii) acceso inalámbrico.

Respecto de las redes de acceso inalámbrico, que serían para el caso aquí estudiado las empleadas en la prestación de los servicios de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a sus usuarios, es indudable que estas se sirven de la propagación de señales electromagnéticas. Es decir, para su explotación necesariamente debe hacerse uso del espectro radioeléctrico, lo que para el caso colombiano significa el imperioso cumplimiento del deber de contar con una asignación derivada del MINTIC, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019.

Quiere decir, que, para que la investigada pudiese operar en una red de acceso establecida sobre las frecuencias de la banda de 700 MHz y así prestar servicios a sus usuarios a través de dicho espectro, debía contar con autorización del Estado –único facultado para ello– y no bastaba con que su uso le hubiese sido facilitado o proporcionado por quien detentaba legalmente el permiso de uso y explotación de estas porciones de espectro, aun así si se hubiese tratado únicamente de pruebas piloto como las del acuerdo arremado, máxime si se tiene en cuenta que con base en estos contratos PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. se comprometió a prestar un servicio de provisión de capacidad necesaria de transmisión sintonizando las frecuencias radioeléctricas de las cuales es su titular para ser puestas a disposición de AVANTEL (numeral 1.2 de la cláusula primera de objeto y alcance del contrato de “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL” visto en la página 12 de dicho instrumento).

Lo anterior, no solo dista de figuras como las de un contrato de servicio portador, de transporte de información, de Roaming Automático Nacional (RAN) o de acceso a instalaciones esenciales, sino que por el contrario son la representación de algo parecido a un arrendamiento de frecuencias radioeléctricas o facilitación de uso del espectro, sin atender o respetar la única figura habilitada en el ordenamiento para la transferencia del espectro en favor de otro, cual es la cesión del espectro.

2. A propósito de lo dicho, este Despacho reconoce y así lo entiende, que, adquirir a cualquier título elementos de infraestructura y de redes de telecomunicaciones en el territorio colombiano –con excepción del espectro radioeléctrico– corresponde a actividades perfectamente legales propias del tráfico de bienes y servicios en el comercio, es decir, no se cuenta con limitación o restricción alguna para su adquisición y utilización, más allá de la de contar con una licencia particular de uso del espectro radioeléctrico si lo que se quiere es programar frecuencias y emplear en dichos dispositivos este bien público, pues la legislación y la reglamentación regulan no solo su uso, sino incluso la realización de “pruebas piloto”, para las cuales debe contarse también con autorización del MINTIC en los términos de la Resolución N° 467 de 9 de marzo de 2020⁶¹.

De manera que, destinar estos elementos para el ejercicio de actividades empresariales de prestación de servicios o provisión de redes, resultan ser dinámicas perfectamente válidas comoquiera que el legislador ha previsto una habilitación general –art. 10 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el art. 7 de la Ley 1978 de 2019– he ahí por qué en la cadena de valor del sector TIC coexisten prestadores que sin detentar licencias de uso de espectro, pero sí, bienes constitutivos de redes –e incluso sin contar con bienes que conformen una red, caso de los OMV– aun así pueden libremente realizar operaciones de mercado, tal como es el caso del transporte de un punto a otro de señales radioeléctricas de un PRSTM que sí cuenta con derechos sobre el uso de aquellas señales que le están siendo transportadas.

⁶¹ Al respecto obsérvese que, esta reglamentación establece las condiciones para el otorgamiento de permisos temporales de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas, y en su artículo 2º define con absoluta precisión y claridad como pruebas técnicas lo siguiente: **“ARTÍCULO 2. DEFINICIÓN DE PRUEBA TÉCNICA. Se entiende como pruebas técnicas todo tipo de ensayos, pilotos**, experimentos, demostraciones, homologación de equipos o validaciones funcionales sobre dispositivos de radio, **redes de telecomunicaciones** o tecnologías **que hacen uso del espectro radioeléctrico** y que son llevados a cabo en una ubicación definida y por un periodo determinado.”

(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

De lo anterior, se entiende que, quien emplea una red de telecomunicaciones a través de la ocupación del espectro radioeléctrico a efectos de prestar con dichas señales servicios a usuarios finales de telecomunicaciones⁶², debe necesariamente contar con un permiso especial. Esto es, la autorización emanada de la Administración –permiso de uso de espectro–. Pero, no por la existencia de una licencia de espectro en favor de un tercero aunado a la figura de la habilitación general, puede entonces entenderse que en nuestro derecho se abre un amplio abanico de posibilidades para proveer como un valor absoluto una red junto con el espectro radioeléctrico que en ella se ha programado.

Pues, de conformidad con las autorizaciones dadas por el MINTIC, el titular de un permiso de uso de espectro es el único autorizado para explotar directamente dicho espectro. Esto es, brindar a usuarios finales servicios de telecomunicaciones a través de aquellas frecuencias autorizadas.

En este orden de ideas, los contratos empleados en el caso examinado no suplían ni podían ser una forma de eludir el cumplimiento del deber que recae sobre cada permisionario del espectro cuando su interés es transferir a cualquier título el uso de las frecuencias que le han sido asignadas, cual es la obtención de permiso expreso y previo del MINTIC bajo la figura de la cesión de espectro. Pues no puede olvidarse que el acceso al espectro solo se define por dos alternativas, bien sea la de la asignación directa por parte del Estado así sea de manera temporal para pruebas técnicas, o por una vía indirecta de cesión siempre y cuando ello goce también de la correspondiente autorización.

Adviértase además que, en el caso de marras y para la época de los hechos investigados PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. al no tener usuarios finales de servicios de telecomunicaciones comoquiera que es un hecho notorio y público que su oferta para ese entonces era inexistente, imposible es pensar que dicho operador tuviese excedentes de capacidad.

3. “Proveer el aprovechamiento de la capacidad necesaria de transmisión en la red de telecomunicaciones móvil terrestre IMT organizada, instalada, operada y explotada directamente por PTC incluidos el aprovechamiento de los elementos físicos, lógicos y las bandas de frecuencias radioeléctricas asociadas a dicha red”. Da la apariencia que la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S, contaba con una red distinta –y tal vez mejorada– que la utilizada por AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN. Sin embargo, y lo que se encuentra probado en este asunto es que para la época de los hechos investigados. PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S, había establecido una red con elementos provistos por AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, como resultado de la celebración de un contrato de arrendamiento de estaciones base de propiedad de la investigada.

A propósito del referido contrato de arrendamiento, se tiene que este versó sobre equipos de transmisión y/o recepción y otros equipos de comunicaciones propiedad de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN “necesarios para la prestación de su servicio, instalados en los espacios arrendados, para la prestación actual y futura de servicios de comunicaciones inalámbricas o por cable, incluyendo conmutadores, antenas, microondas, tramos de cableados, paneles, conductos, líneas de transmisión, cables, radio, amplificadores, filtros, rectificadores y otros equipos de transmisión o comunicaciones (incluyendo equipos de transmisión interconectada), fibras ópticas, transmisor(es), receptor(es) y accesorios), y otros equipos y software asociado, como pueda ser necesario. Incluye también equipos de energía y de medio ambiente como equipos eléctricos que proveen potencia de alimentación a un Sitio o a los Equipos de Comunicaciones, a saber, pero sin limitarse a: motogeneradores, sistemas de transferencia, aires acondicionados, ventiladores, sistemas de monitoreo y alarma, rectificadores y baterías”⁶³.

Quiere decir, que la red recibida por AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN para el mejoramiento en la prestación de sus servicios consistió en la misma que era de su propiedad, con la única diferencia o valor agregado que en ella se sintonizaron las frecuencias pertenecientes a la banda de 700 MHz de las cuales PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. es su único signatario.

⁶² Recuérdese que como se consignó en la HOJA 44 de esta Resolución, en donde se trajo a este acto administrativo la definición legal de usuario, se tiene que: por estos se entiende “todo aquel que como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, según la definición del numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011.”

⁶³ Documento que fue allegado a la ANE a través de radicado GD-008563-E-2020 del 20 de agosto de 2020 el cual se incorporó a este expediente mediante el Acto N° 126 de 30 de diciembre de 2020 y que se halla en carpeta digital denominada “DOCUMENTOS CONFIDENCIALES”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En gracia de discusión, y bajo el supuesto de que la red contratada por la investigada hubiese sido diametralmente distinta de la que era de su propiedad. Lo cierto es, que, le estaba vedado a dicha sociedad como a cualquier otro PRSTM contratar el uso del espectro radioeléctrico para su explotación económica bajo la idea de que este al hacer técnicamente parte de la una red, automáticamente ingresaba a conformar los bienes privados de aquella y se hacía susceptible de cualquier tipo de comercialización o de prueba piloto.

Téngase en cuenta que según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 5° de la Resolución N° 467 del 9 de marzo de 2020 que ya fue citada líneas atrás, claramente se ordena que aun cuando exista un permiso temporal de uso de espectro del MINTIC para pruebas técnicas, dicho espectro asignado, no podrá ser destinado para la prestación de servicios a terceros ni para la explotación comercial, al respecto establece aquella reglamentación lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. CONDICIONES PARA LOS TITULARES DE PERMISOS TEMPORALES DE USO DEL ESPECTRO, PARA LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS TÉCNICAS. Los titulares de permisos temporales de uso del espectro radioeléctrico para la realización de pruebas técnicas deberán cumplir las siguientes disposiciones, además de las que se establezcan en sus respectivos actos particulares:

1. Las frecuencias radioeléctricas asignadas para la realización de pruebas técnicas **no podrán ser utilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas ni para explotación comercial**. El permiso es particular e intransferible.” (Énfasis añadido).

Quiere decir entonces, que, aun cuando AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN hubiese contado con un permiso temporal de uso del espectro proveniente del MINTIC para pruebas técnicas en la banda de 700 MHz, del cual, valga decir, este Despacho no encontró existencia, y en donde se le hubiese permitido algo semejante a lo descrito en el denominado “ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE”, esta sociedad no podía emplear aquellas frecuencias en la prestación de servicios a terceros como tampoco en su explotación económica.

En consecuencia, y si se tienen en cuenta las afirmaciones del apoderado, quien destacó que el propósito del contrato antedicho correspondía con el mejoramiento de la calidad del servicio ofrecido por la investigada a sus usuarios, al punto que este mismo defensor invocó como vulnerados los derechos de los mismos usuarios de esta empresa por la existencia de esta investigación. Resulta evidente que el espectro utilizado en la banda de 700 MHz por parte de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, fue estrictamente para prestar servicios y explotarlo económicamente, amparado únicamente en la aquiescencia de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. como si esta fuese supletiva a las obligaciones impuestas en la Resolución N° 467 del 9 de marzo de 2020.

Es decir que, para este caso, la única vía legalmente habilitada para el uso del espectro dado por la investigada consistía en la cesión del permiso detentado por PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. en su favor, previa la intervención del MINTIC a través de su autorización expresa, lo cual se echa de menos en este expediente.

4. Dado que no solo el contrato de “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL” en su fundamentación describe los elementos propios del denominado servicio portador, sino que a este mismo servicio reiteradamente hizo alusión en sus descargos el apoderado como una de las formas de amparar la conducta de la investigada, contrato que además se encuentra tipificado en el Título I numeral 1.235 de la Resolución N° 5050 de 2016 expedida por la CRC. El Despacho efectuará la siguiente precisión:

Este servicio es “aquel que proporciona la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Comprende los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de estos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados”.

Es entonces el servicio portador un insumo de conectividad en el mercado mayorista de telecomunicaciones el cual facilita el transporte de señales de un punto a otro entre las distintas estaciones del operador.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En línea con lo anterior y tratándose del uso del espectro radioeléctrico a través de la prestación de este servicio y acorde con la CRC quien en respuesta remitida a esta dependencia a través del radicado N° GD-000543-E-2021 del 19 de enero de 2020, agregado al expediente tal como consta en la subcarpeta digital denominada “RESPUESTA CRC”, informó:

Preguntado por la ANE “6. Tratándose del servicio portador y de acuerdo con el marco regulatorio vigente, ¿La prestación de este servicio implica el uso del espectro radioeléctrico?, entendiendo el término “uso” desde su acepción jurídica como la prestación del servicio de telecomunicaciones a usuarios finales.

RESPUESTA: Es necesario aclarar que la provisión de capacidad de transporte, conocida como el servicio portador, **no corresponde a un servicio que sea provisto a usuarios finales, sino que soporta su provisión a través de la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones.**

En todo caso, cabe anotar que la provisión del servicio portador puede implicar el uso de espectro radioeléctrico en enlaces microondas o satelitales, para lo cual esta Comisión entiende que los PRST deben contar con autorización por parte del MinTIC.” (Énfasis añadido).

Además, aquella Entidad aseguró en respuesta a la pregunta “Un contrato con un objeto como el indicado en el del numeral anterior, es decir, de aprovechamiento temporal de la capacidad necesaria de transmisión en la red de telecomunicaciones, ¿se enmarcaría en la prestación del servicio portador previsto en el artículo 1.235 y Capítulo XII de la Resolución 5050 de 2016?” formulada por esta Subdirección, que:

“(…)

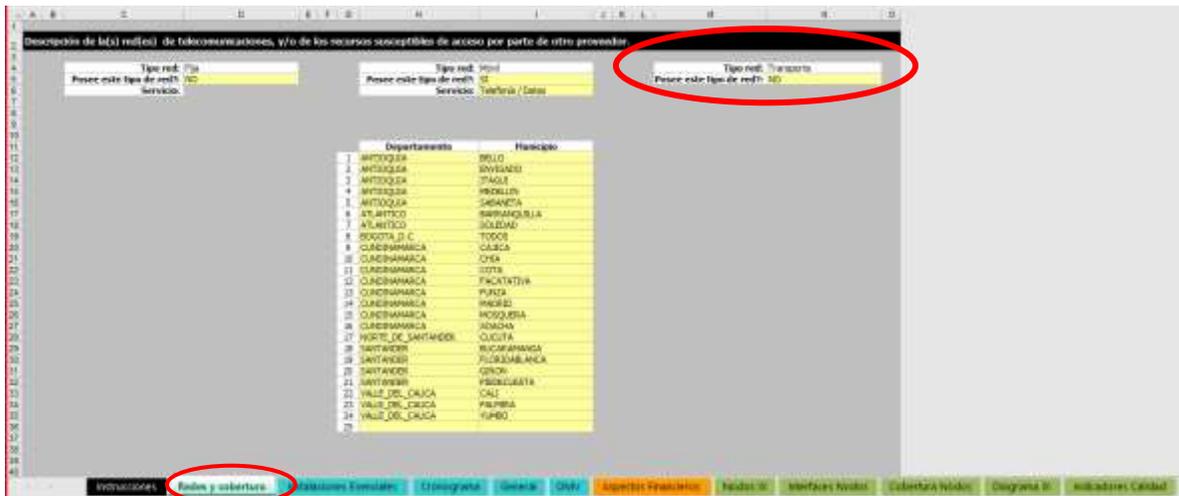
Por su parte, el Capítulo 12 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 se refiere a las condiciones para publicidad requeridas para que las ofertas en el mercado de transporte entre los diferentes municipios del país sean suministradas de manera pública y transparente. **En particular, el artículo 4.12.1.2 define que los PRST que tengan el control, la propiedad, la posesión, la tenencia, o que a cualquier título ejerzan derechos sobre las redes de transporte óptico que conectan municipios o faciliten dicha infraestructura a terceros, deberán poner a disposición del público mapas de su red de transporte de fibra óptica.**

Teniendo en cuenta lo anterior, y como ya se ha mencionado en otras oportunidades, como es el caso de la respuesta dada por la CRC mediante radicado 2020518577 del 25 de septiembre de 2020, un contrato de aprovechamiento temporal de la capacidad necesaria de transmisión en la red de telecomunicaciones **sí podría enmarcarse en la definición del servicio portador; sin embargo, para que corresponda a lo establecido en el Capítulo 12 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el medio de transmisión debe corresponder a fibra óptica.**” (Énfasis añadido).

De lo anterior, y luego de revisada la información relacionada con la Oferta Básica de Interconexión (OBI) la cual fue aprobada solo hasta el 19 de agosto de 2020 a la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. por parte de la CRC se tiene que dicha empresa no contaba con redes de transporte tal como se ilustra en la imagen siguiente:

(ESPACIO EN BLANCO)

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”



De manera que, resulta extraño que el efecto del contrato “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL” consistiese en la prestación y aprovechamiento de la capacidad necesaria de transmisión en la red de telecomunicaciones móvil terrestre IMT organizada, instalada, operada y explotada directamente por PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., cuando este no detentaba el control, propiedad, posesión, tenencia o cualquier título sobre una red de transporte para ofrecer capacidades de red en el sentido del contrato en comento⁶⁴.

También pregunto la Subdirección a la CRC lo siguiente:

“5. Sírvase dilucidar a esta Subdirección si ¿Alguna de las sociedades, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. o AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, ha dado cumplimiento ante la CRC a la obligación dispuesta en la Resolución 5050 de 2016 respecto a la presentación de los formatos 16 y 17 (hoja 632 a 635)”

Ante lo cual respondió:

“RESPUESTA: Una vez revisados los sistemas de la CRC, se encontró que AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN presentó información del formato 3.2. "SERVICIO DE TRANSPORTE ENTRE LOS MUNICIPIOS DEL PAÍS" de la Resolución CRC 5050 de 2016, en lo correspondiente al literal B "Infraestructura de fibra óptica desplegada", entre los años 2016 y 2018, según se presenta a continuación⁶⁵:

(...)

Por demás, no se encontró reporte de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. o AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN para los formatos 3.2 "SERVICIO DE TRANSPORTE ENTRE LOS MUNICIPIOS DEL PAÍS" y 3.3 "SERVICIO PORTADOR EN CONEXIÓN INTERNACIONAL" de la Resolución CRC 5050 de 2016.”

No obstante, todo lo anterior, y volviendo al contenido del contrato se observa que la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. se obligó a cursar las señales de cualquier naturaleza en configuraciones punto – multipunto, desde las estaciones base BBU y RRU dispuestas en los puntos convenidos por las partes hasta las estaciones móviles en movimiento o ubicadas en puntos no determinados, aun cuando como ya se vio no contaba con redes de transporte.

Se tiene entonces que la prueba documental allegada como demostración de la correcta y legal utilización del espectro por parte de la investigada no satisface los mandatos legales y no es demostrativa de un leal y recto obrar acorde con los preceptos normativos dispuestos para el uso del espectro radioeléctrico, razón por la cual no se desvirtúa el cargo formulado en su contra.

⁶⁴ Resolución 5050 de 2016. Título IV. Capítulo 12. Artículo 4.12.1.1.

⁶⁵ Cabe anotar que en este reporte la ciudad de origen y destino corresponden a Bogotá D.C.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

❖ **Libertad de empresa, libre autonomía de la voluntad privada e intervención del Estado en el sector TIC.**

Con la transformación del modelo de Estado en Colombia a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, distintas libertades fueron reconocidas y garantizadas, justamente una de ellas es la que deriva del artículo 333 que se refiere a la libertad de empresa, a propósito de la cual, resulta interesante destacar que, para la Corte Constitucional esta no comporta un derecho fundamental propiamente dicho⁶⁶. Por el contrario, y en defensa de otros bienes, le corresponde al Estado limitar esta libertad bajo los postulados del Estado Social de Derecho, donde prevalece el interés general sobre el particular⁶⁷.

Significa que, estas se encuentran sometidas a condiciones y límites que le son impuestos por la misma Constitución, exigencias propias del Estado social, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales de otras personas, lo cual no puede ser ajeno a asuntos como los tratados en esta decisión, más aún cuando de manera activa ha sido propósito del Estado ejercer una intervención intensa en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, pues basta con leer el artículo 4° de la Ley 1341 de 2009 para entender la envergadura y alcance de esta, así:

“ARTÍCULO 4o. 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 Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines.

(...)

7. <Numeral modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, 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.”

En línea con lo anterior, no puede olvidarse que en la redacción del artículo 334 de la Constitución Política se torna palpable el carácter imperativo, mandatorio y no optativo para el Estado de intervenir en la actividad económica, a efectos de racionalizar la economía con el fin de conseguir, entre otros, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

No es ajena al intervencionismo del Estado la libertad contractual de los particulares y la sujeción de esta a una serie de límites que propenden por que no sea ejercida de manera arbitraria o en contravención a normas de carácter superior.

⁶⁶ En un rastreo de nuestra jurisprudencia, se encuentra que la libertad de empresa en un primer momento fue reconocida como derecho fundamental por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, posteriormente dicha categorización le fue negada con base en la doctrina norteamericana de las *preferred liberties*, comoquiera que entendió la Corte que este tipo de libertades no gozaban de las mismas características o valor que los derechos inherentes a las personas naturales a quienes expresamente se les ha reconocido su carácter de fundamentales. En consecuencia, destacó dicho tribunal lo siguiente: “las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios, pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas” Corte Constitucional. Sentencia. C – 265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

También la Corte consideró que, si bien las libertades económicas no constituyen derechos fundamentales, de todas formas resulta viable aplicarles las reglas de la conexidad a efectos de que sean revestidas de *ius fundamentalidad*. Dijo entonces: “Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”. Corte Constitucional. Sentencia. SU – 157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. No obstante, sus pronunciamientos posteriores han vuelto a la idea de entender este derecho de carácter constitución, más no como derecho fundamental: “Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público.⁶⁶ Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.” Ver Sentencia C-263 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁷ CORREA, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 122.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

A propósito de lo expuesto y con suma erudición ha destacado la Corte Constitucional que:

“8. La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación⁶⁸ lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1° y 95-1). Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4° superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, **por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la Carta fundamental tiene también una eficacia horizontal. Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra** (C.P. art. 2°).”⁶⁹ (Énfasis añadido).

De vieja data esta misma corporación ha sostenido que:

“si bien la Constitución ha elevado la libertad de empresa, - y junto a ella la libertad de contratar -, a la calidad de principio rector de la actividad económica, **el Legislador se encuentra facultado para establecer restricciones en este campo**, pues la Constitución lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados por el Constituyente⁷⁰ o que sean susceptibles de ello. **Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social justo" (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas.**⁷¹ (Resaltado fuera del original).

En el ámbito del espectro radioeléctrico, estas concepciones y el cumplimiento a los deberes de intervención no han sido ajenos y mucho menos pueden ser efímeros cuando la misma Corte Constitucional ha resaltado que corresponde precisamente al Estado su regulación, a saber:

“3.6. Se tiene entonces que la regulación del espectro electromagnético como bien público, de carácter finito y, sobre todo, evidentemente relacionado con la prestación de diversos servicios públicos, corresponde al Estado.

Tal potestad de regulación -de estirpe constitucional y con reserva de ley (CP, arts. 150.21, 150.23, 365 y 367⁷²)- **implica una intervención estatal de amplio alcance**. Como lo explicó la jurisprudencia al tratar sobre el contorno de la regulación estatal en materia de servicios de telecomunicaciones, **“(e)l ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es mucho más amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica. En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un**

⁶⁸ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-265 de 1994, C-367 de 1995, C-233 de 1997.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia. SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-125 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷² “El artículo 365 de la Constitución dispone que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley (...)”. A su turno, el artículo 367 indica que “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)”.

En concordancia con lo anterior, el numeral 21 del artículo 150 de la Carta asigna al Congreso la función de “expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica”; a su vez, el numeral 23 del mismo artículo asigna al Congreso el deber de “expedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos”.

Las precitadas normas constituyen la base de lo que se conoce como reserva de ley en materia de servicios públicos, según el cual corresponde al Congreso, como foro democrático y participativo de primer orden, regular directamente la prestación de servicios públicos.” (Sentencia C-263 de 2013, MP Jorge Iván Palacio Palacio).

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público” (Énfasis fuera de texto)⁷³⁷⁴ (Énfasis añadido).

En este orden de ideas, palmario es que expresamente el legislador fijo una condición para el uso del espectro radioeléctrico en Colombia, cual es, el deber irrefutable de contar con un permiso previo y expreso emanado exclusivamente del MINTIC, regla clara y precisa que no admite ningún tipo de interpretación y mucho menos una como la pretendida por la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

De lo visto hasta este punto, resulta evidente que, los contratos celebrados por parte de la empresa aquí investigada y PARTNERS TELECOM COLOMBIA .S.A.S. no podían pretender eludir la intervención estatal, como si se tratase de actos inmaculados frente a las actuaciones de vigilancia y control que debía ejecutar el Estado a través de esta Agencia en el cumplimiento de deberes misionales previstos en normas de carácter imperativo, máxime cuando es mandatorio para toda persona dar cumplimiento a la Ley, sin que pueda quedar a su arbitrio o capricho acatar los preceptos normativos.

Con relación a lo anterior, resulta útil traer a esta Resolución la siguiente afirmación, que por su pertinencia y propiedad es de utilidad en la presente decisión:

“De esta forma, si bien los contratos se celebran libremente, **ello se da dentro del marco establecido por el ordenamiento jurídico, que contiene, entre otras, normas de orden público no sujetas a modificación ni derogatoria por acuerdo entre las partes. A este respecto, se debe recordar la regla general contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración;** regla que no puede interpretarse en el sentido de resguardar a los contratos de las regulaciones expedidas por las autoridades competentes como manifestación de la intervención del Estado en la economía, con posterioridad a su celebración, ya que ello despojaría de toda eficacia a las regulaciones adoptadas, como se pasa a explicar en detalle.

(...)

Así, ya no puede sostenerse que los contratos son inmunes a la regulación. **Una afirmación de tal naturaleza equivaldría a retroceder al concepto de la relación entre Estado y mercado anterior a la reforma constitucional de 1936, donde el Estado no podía intervenir en la órbita amparada por la libertad de contratar, concebida como libertad absoluta.** Desde entonces, y con más fuerza desde la Constitución de 1991 –donde se consagró el principio del Estado social de derecho y se protegieron de manera expresa y amplia los derechos sociales y económicos, como el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la seguridad social el derecho a la libre competencia o el derecho de los usuarios de servicios públicos, la función social de la propiedad privada y de la empresa–, **se ha superado la idea de la intangibilidad del mercado y de los contratos entre los agentes del mismo.** Bajo este entorno, lo que debe establecerse es si las regulaciones estatales, al incidir sobre la libertad de contratar, lo hacen desconociendo los límites constitucionales, en especial si ha afectado de manera irrazonable o desproporcionada los derechos constitucionales de los interesados.”⁷⁵.

Quiere decir que, pretender la exclusión de la intervención estatal a los asuntos vinculados directamente a este bien público, afecta su carácter constitucional de intransferibilidad, además de las finalidades para las cuales está concebido, con lo cual, se pone en riesgo el interés público al cual sirve el servicio público que se presta a través de este.

⁷³ Sentencia C-815 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁴ Criterios recogidos en la Sentencia C-127 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷⁵ DEL VECCHIO, Lina. *La autonomía de la voluntad privada y la intervención del estado sobre la economía. el caso de los contratos de acceso, uso e interconexión en el sector de telecomunicaciones en Colombia*. Trabajo de grado. Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016. pág. 32 a 34.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

De las anteriores reflexiones y sin asomo de dubitación alguna, salta de bulto que este Despacho goza de facultad para analizar el contenido de los contratos que le fueron presentados como prueba al interior de esta investigación, no solo por el hecho de ser elementos de prueba voluntariamente arrimados por la investigada y por tanto susceptibles de valoración, sino también porque en ellos se comprende la justificación de la investigada para haber hecho uso de un bien público excluido del comercio como lo es el espectro radioeléctrico, lo que quiere decir, que, era imperativo y mandatorio para la ANE ejercer la intervención estatal de la que se ha venido hablando en este acápite a efectos de establecer si estos instrumentos se hallaban conforme a las exigencias legales y reglamentarias que informan sobre el uso legal del espectro en Colombia.

En línea con las disertaciones de esta decisión y luego de entender cómo el espectro radioeléctrico aun cuando se integra técnicamente al concepto de red –el cual como se vio se haya compuesto por bienes privados y públicos–, no por ello pierde su naturaleza de bien público y mucho menos sus características constitucionales descritas en el artículo 75 de la Carta, lo que lleva a esta Subdirección a concluir que los contratos signados por los representantes legales de las sociedades AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S, soslayan los límites constitucionales y legales en materia de uso de espectro, significando que es entonces razonable y proporcional que el Estado a través de esta Agencia, en ejercicio de sus competencias, incida en su celebración a efectos de garantizar el acatamiento a los mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales en la materia.

A propósito de lo que aquí se comenta y por su importancia, menester es analizar lo que la Dirección de Industria de Comunicaciones del MINTIC informó a este Despacho a través del radicado ANE N° GD-001301-E-2021 del 4 de febrero de 2021.

Luego de inquirir al Ministerio a efectos de saber si había tenido conocimiento en el año 2020 sobre acuerdos **para el uso del espectro** entre AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. evidencia este Despacho que aquella autoridad respondiendo sin atender al fondo de la pregunta –aun cuando con precisión y claridad su propósito no era otro que determinar si sabía de la existencia de estos contratos– y bajo otra premisa y supuesto, informó que, no gozaba de competencia para analizar acuerdos privados que definieran condiciones de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

A propósito, obsérvese el objeto de la pregunta:

“1. ¿Ha tenido conocimiento acerca de acuerdos para el uso del espectro radioeléctrico durante lo corrido del año 2020 entre la sociedad AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN y la empresa PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. bajo la denominación de “acuerdo de provisión de servicios de red para uso de capacidad necesaria en la red de acceso móvil” y “acuerdo temporal para plan piloto de capacidad de ancho de banda disponible” en la banda de 700 MHz con el propósito de ser autorizados por ese Ministerio? De ser así, indique si dio algún tipo de autorización o emitió algún concepto sobre estos.

A lo cual respondió el MINTIC:

“El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones carece de competencia para autorizar acuerdos privados mediante los que se definen condiciones de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Estos acuerdos se someten, en todo caso, a las condiciones y definiciones dispuestas en la regulación, así como a la autonomía de las partes y al libre mercado.”

Quiere decir que, la Dirección de Industria de Comunicaciones sin afirmar y tampoco negar si conoció o no los acuerdos por los que se le preguntó. No obstante, dedujo y supuso que dichos negocios jurídicos se enmarcaban en *acuerdos de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*. Es decir, hizo una calificación de estos sin informar si sabía de su existencia.

Ahora, esta Subdirección encuentra que de conformidad con el material probatorio que obra en este expediente, AVANTEL S.A.S EN REORGANIZACIÓN solo puso en conocimiento del Ministerio el contenido del contrato denominado “ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE” según se ve en correos electrónicos de los días 15 de julio y 11 de agosto de 2020, en

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

donde su representante legal, en respuesta a los registros MINTIC N° 202055566 y 202061226, respectivamente, le informó a aquella autoridad administrativa lo siguiente:

Respuesta del 15 de julio de 2020:

“3. SÍRVASE INFORMAR SI ENTRE PTC Y AVANTEL SE HAN REALIZADO CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL O DE CUALQUIER OTRA CLASE (V.GR. JOINT VENTURES, CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN), QUE GENEREN COMO EFECTO QUE PTC PUEDA HACER USO O RECIBA EN CESIÓN LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO OTORGADOS POR ESTE MINISTERIO A AVANTEL, O QUE ESTA ÚLTIMA PUEDA HACER USO O RECIBA EN CESIÓN LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO OTORGADOS POR ESTE MINISTERIO A PTC.

(...)

PTC y AVANTEL, suscribieron el 1 de julio de 2020 un documento denominado Acuerdo Temporal para Plan Piloto de Capacidad de Ancho de Banda Disponible, cuyo objeto es identificar la capacidad de ancho de banda de red disponible que tiene PTC para la eventual suscripción de futuros acuerdos de servicios y/o de redes entre PRSTs, de acuerdo con la normatividad vigente y dentro del giro normal de los negocios de telecomunicaciones.

Por virtud del Plan Piloto de Capacidad de Ancho de Banda Disponible, AVANTEL no tiene derecho a recibir en cesión los permisos para el uso de espectro radioeléctrico otorgados por este Ministerio a PTC.” (Énfasis añadido)

Respuesta del 11 de agosto de 2020:

“2. SÍRVASE INDICAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE SE HA DESARROLLADO Y LO HARÁ, EL ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE QUE HABRÍA SIDO SUSCRITO ENTRE AVANTEL Y PTC, EL CUAL FUE ENUNCIADO EN SU RESPUESTA DEL 15 DE JULIO DE 2020. REMITA A ESTE MINISTERIO, COPIA SIMPLE DE ESE ACUERDO.

(...)

El objeto del Acuerdo, suscrito entre AVANTEL y PTC es el cumplimiento de actividades técnicas, con el fin de determinar e identificar el ancho de banda que requeriría AVANTEL para mejorar la calidad su servicio. Esto teniendo en cuenta que PTC cuenta con disponibilidad de ancho de banda, durante la duración del Acuerdo que le permite temporalmente ofrecer su capacidad de red radioeléctrica a terceros, en este caso a AVANTEL.

El Acuerdo Temporal para Plan Piloto de Capacidad de Ancho de Banda (en lo sucesivo “**el Acuerdo**”) fue firmado entre Avantel y PTC el 1 de julio de 2020, y tiene un término dos (2) meses contados a partir de la fecha de firma. En el mismo se prevé su liquidación dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la terminación, por el vencimiento del plazo anotado o por alguna de las causales de terminación contenidas en la Cláusula Octava del mismo.” (Énfasis añadido).

Quiere decir que, el MINTIC no fue conocedor del objeto, alcance y contenido del “**ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL**”, tanto es así que en los antecedentes y documentos relatados por este en la Resolución 720 de 2020, queda en evidencia que solo conoció del acuerdo temporal para plan piloto de capacidad de ancho de banda y sin realizar una valoración completa del contenido y contexto de dicho contrato adoptó sus decisiones de archivo de averiguaciones preliminares. No obstante, la Dirección de Industria de Comunicaciones de aquella Entidad para responder a este Subdirección, de forma desprevenida, decidió catalogar aquel instrumento negocial como un *acuerdo de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*, sobre el que –según ella– carecía de competencia para autorizar.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Conforme a lo anotado, y si hubiese tenido conocimiento el MINTIC de manera conjunta tanto del contenido del contrato denominado **“ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL”** habría encontrado que este no se ajusta ni desarrolla los elementos propios de un *acuerdo de acceso, interconexión, venta de servicios mayoristas y minoristas entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*, y por el contrario su fundamento no era otro que el de permitir a AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN el uso de un espectro que no le había sido asignado para la prestación de servicios.

Continuando con el análisis de las respuestas dadas por el Ministerio, encuentra imperioso esta Subdirección destacar que contrario a lo asegurado por la Dirección de Industria de Comunicaciones, las condiciones técnicas de una red o la naturaleza de la relación existente entre los PRSTM, no pueden ir en contravía o desconocer características tales como las de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del espectro radioeléctrico como bien público que es, y, por el contrario, estas deben observar e ir en consonancia con los preceptos legales y constitucionales.

Al respecto obsérvese que este Despacho en su cuestionario preguntó al Ministerio:

“5. En materia de uso y explotación de espectro para IMT ¿Compartir el espectro radioeléctrico por parte de un titular de un permiso a otro licenciatario para que preste servicios con este espectro, sería una manifestación de la figura de “prestación de servicios o de red” lo cual estaría avalado y amparado por el concepto de habilitación general?”

Y dicha autoridad respondió:

“Es fundamental tener en cuenta que la habilitación general es el concepto bajo el cual se expresa que el título habilitante para proveer redes y servicios de telecomunicaciones es la Ley (ya no las concesiones). De este modo, para proveer redes y servicios de telecomunicaciones lo que se requiere es la incorporación en el Registro Único de TIC y el posterior sometimiento a todas las condiciones legales, reglamentarias y regulatorias para la prestación del servicio.

Ahora bien, la afirmación “compartir el espectro radioeléctrico” impide determinar las condiciones técnicas precisas en que se realiza o la naturaleza de la relación que exista entre dos o más PRST.

Igualmente, como se expresó, en el ordenamiento jurídico colombiano está permitido que entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se den relaciones de acceso en las que el Proveedor de Acceso es el responsable de la operación de las redes y el Proveedor en el régimen de acceso es quien se sirve de las redes del primero y, como es natural, de los elementos que las componen, para prestar servicios de telecomunicaciones a terceros.

Esto es así porque de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1078 de 2015 se entiende por provisión de redes de telecomunicaciones la responsabilidad de suministrar a terceros el conjunto de nodos y enlaces físicos, ópticos, radioeléctricos u otros sistemas electromagnéticos, que permita la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza. Así mismo, se entiende por provisión de servicios de telecomunicaciones la responsabilidad de suministrar a terceros la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones, sean estas propias o de terceros. Finalmente, no constituye provisión de redes o servicios de telecomunicaciones el consumo o utilización propios de las mismas sin suministro a terceros. En otras palabras, tanto la provisión de redes como la provisión de servicios de telecomunicaciones implica el suministro a terceros de la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones.” (Énfasis añadido)

Si se tiene en cuenta la disertación expuesta en el acápite denominado “Naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico en Colombia, su titularidad y administración” de esta decisión, queda en evidencia que es un error considerar que la idea absoluta de intransferibilidad del espectro cuente con matices o modulaciones que residan en condiciones técnicas de operación como si en ellas pudiese alojarse una excepción a la inalienabilidad del espectro, lo que quiere decir que la Dirección de Industria olvidó que el uso legal en Colombia de este bien solo puede darse de dos maneras; mediante asignación directa de esa autoridad –incluidas las pruebas técnicas– o a través de cesión, también autorizada previamente por esta, pues el espectro como bien

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

público y principal que es, no está supeditado a condiciones de índole técnica que le sirvan de fundamento para que los particulares puedan disponer libremente de él..

Finalmente, y dado que las respuestas del MINTIC se acompañaron de un documento denominado *Análisis de escenarios de utilización del espectro radioeléctrico por parte de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que prestan Servicios Móviles*, producto de una consultoría contrata por dicho Ministerio en el mes de febrero del presente año y respecto de cual hace distintas menciones la investigada a fin de demostrar su correcto proceder, este Despacho encuentra que, no es posible realizar algún tipo de valoración probatoria al mismo, comoquiera que es producto de un ejercicio intelectual el cual no goza de un carácter vinculante o de acogimiento a través de acto administrativo alguno que le revistiera de fuerza normativa o legal, mucho menos se trata de una prueba pericial, sino únicamente entraña un análisis exploratorio de los distintos escenarios en que los PRSTM prestan servicios móviles, así que no goza de fuerza demostrativa o de autoridad interpretativa del ordenamiento en la que puedan sustentarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que revistieron esta investigación.

No obstante, la Subdirección encuentra relevante destacar que en dicho estudio el consultor también entiende que “la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público que se habilita de manera general **y no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico, el cual requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC)**”⁷⁶, así como también que, “constituye una infracción utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación...”.

6. Autorización y permiso para uso del espectro en cabeza de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN

Como extensamente se dilucidó en las páginas anteriores de este acto administrativo y especialmente en el numeral 5, AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, como cualquier otro PRSTM solo podía derivar el uso legítimo del espectro a partir de la concesión que el Estado le asignara por conducto del MINTIC y no de otro PRSTM como PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. así que, este Despacho se estará a lo discernido en dicho acápite, de donde se concluye que no le asiste razón a la investigada para pretender legitimar su conducta a partir de la existencia de una relación comercial que le facilitó el aprovechamiento de las frecuencias de la banda de 700 MHz y por tanto aquellas manifestaciones deberán ser despachadas desfavorablemente a la encartada.

7. Desestimación del cargo único por falsa motivación del acto administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020

Como parte de su discurso, en este acápite el apoderado de la implicada reitera la legitimación con que contaba AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN para hacer uso del espectro, concentrándose así únicamente en acreditar la existencia del permiso o autorización derivada de la celebración de los acuerdos que en esta Resolución ya fueron estudiados, los cuales, como quedó visto, no son ni revisten fundamento alguno para que la sociedad investigada pudiese emplear las frecuencias de la banda de 700 MHz, razón por la cual, y al no tener novedad alguna la argumentación de su apoderado, deberá estarse a las razones que extensamente se explicaron en los numerales precedentes.

Observa el Despacho que, como un aspecto adicional, la defensa de la investigada asegura que esta Subdirección incurrió en una falsa motivación del acto de formulación de cargos, comoquiera que el obrar de su mandante se encontraba amparado en el principio de neutralidad tecnológica, según el cual esta tenía libertad “como derecho, de prestar o proveer todos los servicios de telecomunicaciones para los cuales se puede usar esas frecuencias de espectro radioeléctrico otorgadas en el permiso”, olvidando así que, al no contar con un permiso legitimante otorgado por el Estado, mucho menos podía pretender la aplicación o reconocimiento de principio alguno por cuanto su actuar no se ajustaba a los postulados de la Ley.

Por otra parte, en este mismo punto la investigada realiza una serie de aseveraciones relativas al uso del espectro en condiciones distintas a las de su asignación, aun cuando el cargo formulado no tiene relación directa con dicho supuesto de hecho, razón por la cual se tornan en improcedentes y ajenos a esta

⁷⁶ TACHYON Consultores SAS. *Análisis de escenarios de utilización del espectro radioeléctrico por parte de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que prestan Servicios Móviles*. Bogotá. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. febrero 2 de 2021.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

investigación dichos argumentos, razón por la que la Subdirección deberá abstenerse de efectuar cualquier tipo de valoración frente a los mismos.

Finalmente, en este numeral se evidencia también que la investigada propuso la exclusión y rechazo de las pruebas aportadas por las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., y comoquiera que en el Acto Administrativo N° 126 de 29 de diciembre de 2020, se resolvió todo lo relativo a la admisión, rechazo y exclusión de las pruebas que conformarían el plenario, no habría lugar en este estado de las diligencias a efectuar pronunciamiento distinto al que allí fue emitido, así que la investigada como las demás partes deberán estarse a lo allí resuelto, máxime cuando la etapa probatoria ya fue evacuada en este asunto.

8. Abuso del derecho por parte de los terceros intervinientes.

La Subdirección de Vigilancia y Control de la ANE como dependencia encargada de ejercer funciones de policía administrativa. Es decir, de desplegar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a las infracciones que son de su resorte investigar, se encuentra en el deber de atender todas aquellas denuncias que los ciudadanos o la misma Administración le presenten, así como obrar de oficio cuando evidencia la ocurrencia de una circunstancia fáctica que se adecua a las descripciones normativas infraccionales, lo que significa que no es esta la instancia legal para determinar si existe un abuso del derecho por parte de un particular ya que ello le corresponde a los jueces de la República.

9. Configuración de un perjuicio irremediable por el orden de cese de operaciones.

La defensa de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN asegura que se le ha causado un perjuicio irremediable a su mandante como consecuencia de la orden de cesación de operaciones impartida por este Despacho en el Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020, lo cual, para esta Subdirección, no solo raya en juicios de valor subjetivos que no gozan de un verdadero sustento jurídico sino que, además, son afirmaciones infundadas y desconocedoras tanto del concepto de “perjuicio irremediable” como del ejercicio de las facultades derivadas del numeral 11 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009 y del artículo 35 de la Ley 1978 de 2019.

Téngase en cuenta que en esta investigación de ninguna manera se limitó el goce efectivo de un derecho fundamental del cual pudiese ser su titular AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y mucho menos con la medida adoptada se le prohibió a dicha empresa prestar servicios de comunicaciones móviles en los rangos de frecuencias sobre los cuales si detenta un permiso del Estado.

Olvida la investigada que el fin perseguido con la imposición de una orden de cese de operaciones, no es otra que la de suspender de inmediato el uso de un bien del Estado que podría ser ilegítimo y así impedir un detrimento de los intereses públicos, ello durante el tiempo requerido para adelantar la actuación administrativa a fin de determinar la responsabilidad del sujeto, lo cual de ninguna manera configura un incumplimiento a la Ley como parece entenderlo la encartada.

Tampoco encuentra asidero la invocación de los derechos fundamentales alegados por el abogado de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, y por el contrario sus argumentos van en dirección diametralmente opuesta a las consideraciones de la misma Corte Constitucional quien al estudiar la libertad de fundar medios masivos de comunicación advirtió que cuando se pretenda la utilización de un bien de uso público como el espectro radioeléctrico para ejercer libertades como las de transmitir o emitir información se da un tratamiento jurídico especial:

“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 de expresar, opinar e informar.** Mientras que en algunos casos solo 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**

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial.⁷⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Entonces, el uso del espectro de manera ilegal como aquí ha quedado demostrado no comporta la vía adecuada para que la investigada, bajo la égida de una supuesta mejora de la calidad en los servicios ofrecidos a sus usuarios, pretendiera desconocer e incumplir el ordenamiento jurídico colombiano como lo hizo, así que precisamente lo que debía analizarse en este caso era el hecho clandestino sin la anuencia del titular –que no era otro que el mismo Estado–, pues PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. al detentar solo un derecho precario de uso temporal y bajo condiciones estrictas fijadas por el MINTIC no estaba facultado para permitir a ningún otro PRSTM ni persona alguna el uso del espectro que le había sido asignado.

10. Desconocimiento de las Políticas Públicas de Inversión Extranjera.

Finalmente, refiere el defensor del sujeto procesal que, con el curso de una actuación como la que aquí debió adelantarse, se va en contravía directa de las políticas públicas del actual gobierno relacionadas con el fomento de la inversión extranjera y que por tanto podría darse una ruptura a la seguridad jurídica que debe garantizarse a los inversionistas, máxime cuando el Estado colombiano y el gobierno le aseguraron a los adquirentes de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, que por su adquisición no perderían la calidad de operador entrante, prosiguiendo en su disertación en el énfasis constante sobre la condición de un nuevo operador de aquella empresa que no es investigada en este expediente.

Con relación a lo anterior, es imperioso para esta Administración destacar que la condición de un nuevo operador en el mercado de telecomunicaciones en el país estuvo referida a la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. por ser asignataria del espectro en la subasta del año 2019 llevada a cabo por el MINTIC. De manera que, no se entiende qué relación pueda tener la entrada al país de aquella sociedad y sus inversiones en el territorio con la empresa AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN quien es la investigada en este procedimiento, máxime cuando estas empresas han asegurado poseer un controlante común pero ser compañías distintas y diferentes entre sí.

Se menciona lo anterior, toda vez que si se observa el certificado de existencia y representación legal de la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN logra observarse que esta es una empresa constituida en Colombia desde el año 1996 y de vieja data presta sus servicios de telecomunicaciones en el país. Es decir, no se trata de una empresa nueva en el país a la que las políticas del actual gobierno en materia de fomento a la inversión extranjera le puedan ser aplicables, y por tanto no se entiende bajo que contexto esta investigación contravenga dichas políticas y que ello implique algún perjuicio a la investigada.

Parece olvidar el representante de los intereses de la encartada que el sujeto de investigación en este asunto no ha sido otra empresa distinta de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y que a quien representa en este asunto es justamente a dicha sociedad y no a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. así que las razones relativas a un nuevo operador no le son extensibles a su mandante, máxime cuando este mismo profesional del derecho aseguró en sus descargos que estas dos empresas son independientes entre sí y que contaban con autonomía patrimonial, técnica, administrativa y financiera así:

2. No es cierto que PTC tenga control operativo, financiero y societario sobre el AVANTEL. Estas son dos empresas que hacen parte del mismo grupo empresarial por tener una misma matriz común, grupo debidamente autorizado y registrado en Colombia de conformidad con la ley, pero que por esta circunstancia las empresas que lo conforman no pierden su respectiva personería jurídica, ni su autonomía patrimonial, técnica, administrativa y financiera.

Lo que significa que en el marco jurídico nacional AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN es un operador establecido de tiempo atrás en nuestro país y en consecuencia no puede ahora pretender atribírsele las calidades de un operador entrante y mucho menos algún tipo de beneficio derivado de ello y así como tampoco asegurar que se están desconociendo las políticas públicas de protección a la inversión extranjera.

En este orden de ideas, carece de fundamento la idea según la cual se habría podido dar un entorpecimiento del proceso de entrada al país del nuevo operador, pues, se reitera, la investigada aquí no es PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. y el abogado, de acuerdo con la documentación obrante, tampoco cuenta con poder para representar a aquella empresa, lo que significa que están llamados al fracaso estos argumentos.

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Finalmente, en cuanto a las razones de nulidad que emplea la investigada y la descalificación que hace de la Resolución por la cual se resolvió una solicitud semejante – Resolución N° 253 de 8 de septiembre de 2020–, ha de tenerse en cuenta que al ser legal aquel acto administrativo y producir efectos deberá estarse a lo dispuesto en aquella oportunidad y por tanto no existe razón para realizar nuevamente algún tipo de valoración.

CONSIDERACIONES FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN.

Que, como se vio la facultad sancionatoria del Estado se deriva de la potestad de intervención que éste tiene sobre ciertas actividades económicas que por su trascendencia social requieren de una mayor tutela y vigilancia administrativa, por lo que le corresponde al legislador dentro de su libertad de configuración normativa, tipificar las conductas y establecer la sanción de acuerdo con el principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas⁷⁸.

Que, en ese orden de ideas, expresamente en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 –modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015– se determinaron las sanciones que pueden ser impuestas a quienes con su obrar desarrollen los supuestos de hecho previstos como infracción en el artículo 64 de la misma Ley, lo significa para el operador administrativo que solo a este catálogo de sanciones e infracciones debe atender.

La imposición de sanciones por parte de la autoridad trae de suyo límites y condiciones específicas, lo que permite que el administrado pueda tener claridad acerca de las consecuencias que generarían su indebido actuar, y que, a su vez, la autoridad pueda dar relevancia a su criterio jurídico para la definir la sanción.

De lo anterior, es claro que siempre y cuando la autoridad investida de poder de policía se mantenga dentro del rango previsto por la Ley, cuenta con facultad para modular su decisión, atendiendo a diversos criterios que pueden tornarla más o menos gravosa⁷⁹. De manera que, la graduación de la sanción en este caso debe obedecer a la evaluación de los criterios dispuestos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, por encontrarse derogado el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 y por ser el procedimiento aplicable el previsto en el CPACA por expresa remisión del artículo 28 de la Ley 1978 de 2019, a saber:

“ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.”*

En cumplimiento de la norma anteriormente citada, y teniendo en cuenta que para el caso concreto no todos estos criterios resultan aplicables, será útil entonces establecer cuáles de ellos tendrán que ser tomados en consideración a efectos de modular la decisión sancionatoria que se adoptará, para lo cual, este Despacho encuentra lo siguiente:

⁷⁸ Sentencia C-228 del 2010: *“De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.” (Subraya fuera de texto).*

⁷⁹ *“(…) Para la Corte es claro que la potestad de evaluación de la gravedad de la falta debe dejarse a juicio de la Administración, pues sólo ella tiene conocimiento inmediato de la dimensión y repercusiones de la conducta reprochable. Por ello no resulta violatorio del principio de reserva de ley en materia sancionatoria que la Administración evalúe la gravedad de la conducta e imponga las sanciones dentro del marco establecido por el legislador, pues con que la ley haya determinado las faltas y las sanciones se entiende satisfecho el principio de legalidad (...)”* Corte Constitucional Sentencia C-1153 de 2005 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados

Desde la óptica de este criterio y a diferencia del resto de vertientes derivadas del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, como lo serían el derecho penal, el derecho contravencional o el derecho disciplinario, etc. En el derecho administrativo sancionador, no se exige un resultado concreto de afectación o puesta en peligro a un bien jurídicamente tutelado, lo que se entendería como una antijuridicidad material. Sino que, por el contrario, resulta ser suficiente para esta clase de faltas el hecho de apartarse de las premisas legales que prevén deberes y obligaciones, para configurar un acto contrario al ordenamiento, susceptible de corrección, el cual, en sí mismo, constituye un quebrantamiento al artículo 6° de la Constitución Política⁸⁰.

Siguiendo la línea argumentativa de la doctrina, se aprecia que: *“El nuevo Código no hace referencia al principio de antijuridicidad, de forma tal que su alcance dependerá de las regulaciones sectoriales y de la interpretación que el operador haga de las garantías derivadas del artículo 29 de la C.P. Con todo, debemos señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, no se exige un resultado concreto (la lesión efectiva del bien jurídico tutelado o su efectiva puesta en peligro), sino que lo antijurídico es causar un potencial peligro, de allí que se sostenga que se trata de un reproche a la mera conducta. Al ser el derecho administrativo sancionatorio de carácter eminentemente preventivo, el incumplimiento de la legalidad que rige un sector tiene la sustancialidad de poner en entredicho el interés colectivo confiado a la Administración, pues permitir sucesivas vulneraciones ocasionaría la producción de lesiones irremediables. En otros términos, al derecho punitivo de la Administración no le interesa la materialización del daño para reprimir, sino que la represión obedece al adagio popular según el cual “más vale prevenir que curar”⁸¹*

Acorde con lo anterior, y bajo la tesis expuesta, resultara acertado afirmar que, al existir una norma específica que regula este sector de la economía como lo es la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, en donde existe un claro intervencionismo de Estado, el desconocimiento a las obligaciones y deberes allí previstos pondría en entredicho el interés colectivo confiado a la Administración.

Para el caso que ocupa la atención de este Despacho, quedó probado mediante el informe técnico N° 7316 del Grupo de Control Técnico del Espectro, remitido por conducto del radicado interno N° GD-008278-I-2020 del 18 de agosto de 2020, que, la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN durante los días 12 y 13 de agosto de 2020, hizo uso de las frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz en la prestación de servicios de telecomunicaciones IMT en la ciudad de Bogotá D.C.

Además de lo anterior, documentalmente se encuentra acreditado que el hecho originador de esta investigación venía acaeciendo desde el mes de julio de 2020 según dan cuenta tanto el Acta de visita en sitio N° VI-MOV-16/07/20 –TÉCNICO, practicada el 16 de julio de 2020 por parte del consorcio RED MÓVIL, como el contrato denominado **“ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE”**, documentos que fueron incorporados al expediente mediante el Acto Administrativo N° 126 de 29 de diciembre de 2020.

Así mismo, este Despacho observa que solo como efecto y resultado de la imposición de la orden de cese inmediato de operaciones en las frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz consignada en el artículo segundo del Acto Administrativo N° 28 del 18 de agosto de 2020, la investigada dejó de hacer uso de aquellas porciones de espectro, lo cual se acreditó a través del radicado N° GD-008420-E-2020 del 19 de agosto de 2020, lo que significa que la conducta infractora se extendió por al menos cuarenta y nueve (49) días.

También quedó acreditado que la sociedad investigada no contaba con autorización previa y expresa del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para el uso de aquellas frecuencias, como tampoco que hubiese sido cesionaria –única institución habilitada en nuestro ordenamiento para la transferencia del uso del espectro por parte de un licenciataria a un tercero– del permiso dentado por la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., previa autorización expresa del citado Ministerio.

Por el contrario, y de los mismos documentos aportados como prueba del supuesto obrar legal de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, este Despacho encontró que la aparente legitimación de esta empresa, emanó de una serie de contratos, especialmente los denominados **“ACUERDO TEMPORAL PARA PLAN PILOTO**

⁸⁰ Al respecto indica este precepto: *“Artículo 6° Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”* (Subrayas fuera del texto original)

⁸¹ RINCON Jorge Iván. Capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio. En: BENAVIDES Jose Luis. Editor *“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016 pág. 180 y 181.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

DE CAPACIDAD DE ANCHO DE BANDA DISPONIBLE” y “ACUERDO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE RED PARA USO DE CAPACIDAD NECESARIA EN LA RED DE ACCESO MÓVIL” los cuales no se ajustan ni a las exigencias del inciso primero como tampoco del párrafo 2° del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019, lo que quiere decir que esta empresa desconoció el ordenamiento y más grave aún pretendió encubrir su falta con documentos que no pueden de ninguna manera sustituir o reemplazar la necesaria e imperiosa intervención de la Administración que a través del MinTIC debe autorizar el uso del espectro en el país, con el agravante que buscó obtener un blindaje a partir de la mención de las normas del derecho privado y así pretender refugiarse en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, aun cuando el espectro radioeléctrico es un bien fuera del comercio de los particulares.

En complemento a lo anterior, debe destacar esta Subdirección que, la investigada pretendió valerse de argumentos descontextualizados de la Ley y la jurisprudencia a fin de distraer la atención de la Administración, al punto que afirmó que el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 gozaba de ingredientes normativos que facultaban a los particulares para permitir a terceros el uso del espectro que le hubiese sido asignado por el Estado, interpretación que además de ser ilegal riñe con el Estado de Derecho y la connotación Constitucional de in comerciabilidad de este bien público.

Téngase en cuenta, que, el uso legal de este bien permite la protección y satisfacción del interés colectivo, así como una libre y leal competencia entre quienes ofrecen servicios de telecomunicaciones, que a la postre debe redundar en beneficios para los usuarios, máxime cuando para evitar concentraciones de este bien en un solo PRSTM, la regulación colombiana también ha establecido unos topes de espectro máximo sobre el cual puede tener permiso de uso un determinado operador⁸².

Además, y como lo ha sostenido en reiteradas decisiones esta Subdirección, la conducta infractora de mayor reproche por la afrenta que significa al ordenamiento, es precisamente la relacionada con el uso clandestino del espectro –denominación esta que se encuentra prevista en el párrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009–, puesto que:

- Constituye un aprovechamiento ilegal e ilícito de este bien público, que puede considerarse como un enriquecimiento sin causa, pues con el uso ilegal dejan de atenderse obligaciones tales como las de pagar al Estado la correspondiente contraprestación, generando así una clara inequidad y asimetría frente a quienes para contar con el debido permiso requieren someterse a procesos de selección y efectuar erogaciones, que en tratándose del servicio móvil, representan cuantiosas sumas de dinero.
- Al dejar de percibir el Estado los recursos provenientes de las contraprestaciones que genera su uso legal, se limita el financiamiento de programas dirigidos a promover el acceso de los ciudadanos a servicios, contenidos y aplicaciones que usen las tecnologías de la información y las comunicaciones, y el acceso universal a dichas tecnologías por parte de la población de menores ingresos o con limitaciones físicas, entre otros.
- Se crea, además, desorganización en la planeación de frecuencias, ya que, al estar ocupándose sin el conocimiento del MINTIC una porción de espectro, aquella Entidad no tendría un registro fidedigno de las frecuencias disponibles para futuras asignaciones y ello generaría una absoluta desorganización que redundaría en perjuicios para la población.
- La implementación de redes de radiocomunicaciones ilegales puede resultar en radiaciones que sobrepasen los límites autorizados en las normas relacionadas con exposición de las personas a campos electromagnéticos, o en el incumplimiento de las distancias que deben tener las zonas de protección de acceso al público en general.

Ahora bien, de no conjurarse este tipo de conductas de forma efectiva, se desincentiva al conglomerado social en el cumplimiento y acatamiento del ordenamiento jurídico, enviando así un mensaje negativo de inoperancia, ineficacia e ineficiencia de la institucionalidad en la corrección de comportamientos que nos afectan a todos, razón por la cual no puede verse con beneplácito esta clase de infracciones y menos adoptar medidas sancionatorias laxas, dado el enorme valor que representa el espectro radioeléctrico para el desarrollo económico, académico, cultural y social del país.

⁸² Véase Decreto 2194 de 2017 “Por el cual se modifica el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto Número 1078 de 2015”.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

Aunado a lo anterior, tampoco puede perderse de vista que quienes se someten a los procedimientos y dinámicas propias de los procesos de selección para la adjudicación de permisos de uso de espectro, deben hacerlo en un plano de igualdad y seguridad jurídica. De manera que, permitir su desconocimiento a través de negocios jurídicos como los celebrados por la sociedad aquí investigada implicaría pasar por alto toda la estructura de adjudicación Estatal del espectro radioeléctrico y el Derecho de propiedad que la Nación detenta sobre este bien público.

En consecuencia, y a fin de disuadir las prácticas de clandestinidad en el uso del espectro, se observa que la definición de una sanción consistente en multa próxima a los límites máximos de imposición se torna en la medida más adecuada y proporcional frente a la falta comprobada y la clase de sujeto infractor ante quien se está, pues se trata de una sociedad comercial con vasta experiencia en el sector TIC y en el mercado de las telecomunicaciones colombiano, lo que significa que es ampliamente conocedora de las exigencias, limitaciones y prohibiciones legales, y aun así decidió incurrir en la comisión de la falta enrostrada, lo que a su vez le representó réditos y beneficios económicos comoquiera que a través de la utilización del espectro radioeléctrico no autorizado prestó servicios a sus usuarios de telecomunicaciones.

Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero

Al tratarse las telecomunicaciones IMT de un servicio público esencial, al cual se tiene acceso únicamente de forma onerosa en un mercado de servicios en el que sus oferentes solo mediante el pago de una contraprestación del usuario ponen a disposición de este último el acceso a servicios de telecomunicaciones, resulta claro que AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN se benefició con la explotación de las frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz.

Debe también tenerse en cuenta que, dentro del concepto de beneficio económico obtenido por el infractor, necesariamente se integra la variable correspondiente a los costos evitados, toda vez que el agente infractor al apartarse e incumplir las exigencias normativas para la obtención de un permiso de uso de espectro radioeléctrico, genera un ahorro económico, comoquiera que deja de someterse a las condiciones, costos e inversiones que la participación de un proceso de selección objetiva conlleva.

Es decir, la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN obtuvo una ganancia al evitar las inversiones exigidas por el ordenamiento para ser licenciataria de la banda de 700 MHz, además de que si se observa la subasta de espectro llevada a cabo por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el año 2019, se previeron allí una serie de obligaciones de hacer, a fin de que entre los operadores que resultaren asignatarios de las porciones de espectro subastadas, se diera cobertura con internet de banda ancha a una gran cantidad de localidades del país.

En consecuencia, la contraprestación económica a favor del Estado hasta en un 60%, podía atenderse con la inversión en redes a efectos de ampliar la cobertura y la calidad en algunas de esas localidades, compromiso que implicaba necesariamente la inversión en equipos, infraestructura, instrumentos, mano de obra e insumos, en los que la sociedad infractora debía destinar un determinado nivel de recursos, lo cual claramente con su conducta dejó de asumir.

Es importante agregar en este punto, que, de haber estado acorde con las exigencias normativas, la investigada habría tenido que incurrir en una serie de costos para el mantenimiento de su operación, inversiones en talento humano, equipos, insumos, etc., todos ellos evadidos al realizar un aprovechamiento clandestino del espectro.

Téngase en cuenta que el concepto de costo evitado dentro de la configuración del beneficio económico obtenido por el infractor se encuentra asociado a la inobservancia de los estándares de operación o de comportamiento esperado de cualquier PRSTM frente al uso legal del espectro radioeléctrico, incentivado por no incurrir en un costo determinado. Es decir, se asocia al esfuerzo no realizado por la empresa.

Además de lo anterior, a este criterio puede sumarse la dificultad que representa para la Administración la detección de la infracción, puesto que entre mayor sea esta, más serán los beneficios que pueda derivar el infractor, situación que tratándose de las competencias de la ANE se presenta especialmente en materia de uso clandestino del espectro radioeléctrico, pues la identificación de este tipo de infracción se torna justamente en algo complejo. De manera que, el monto de multa a aplicar para desestimular la incursión en estas conductas debe ser mayor y ejemplarizante que cuando la probabilidad de detección es mayor.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En complemento a lo que aquí se viene diciendo, y de acuerdo con el oficio remitido por el MinTIC en cumplimiento a la prueba de oficio ordenada en el Acto Administrativo N° 126 del 29 de diciembre de 2020, en donde está Subdirección le solicitó remitir a este expediente la información relacionada con el valor de la contraprestación económica asumida por los actuales adjudicatarios de la banda de 700 MHz, se tuvo como respuesta en el radicado identificado con el N° GD-000978-E-2021 del 29 de enero de 2021, lo siguiente:

RAZON SOCIAL	EXP	RESOLUCIÓN	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	TOTAL
COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P 5% AÑO 6 - AÑO 11 (2025-2030) 10% AÑO 12 HASTA AÑO 17 (2031-2036)	99000001	332 del 20/02/2020	38,000	-	-	-	-	19,000	19,000	19,000	19,000	19,000	19,000	38,000	38,000	38,000	38,000	38,000	38,000	380,000
	99000002	333 del 20/02/2020	96,750	-	-	-	-	48,375	48,375	48,375	48,375	48,375	48,375	96,750	96,750	96,750	96,750	96,750	96,750	967,500
PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. 5% AÑO 6 - AÑO 11 (2025-2030) 10% AÑO 12 HASTA AÑO 17 (2031-2036)	99000003	330 del 20/02/2020	38,000	-	-	-	-	19,000	19,000	19,000	19,000	19,000	19,000	38,000	38,000	38,000	38,000	38,000	38,000	380,000
	99000004	331 del 20/02/2020	37,970	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	18,985	37,970

Significa entonces que, los costos evitados por parte de la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN acrecentaron significativamente la utilidad de esta empresa, lo cual se habría mantenido en el tiempo de manera indefinida, de no ser por el ejercicio de la vigilancia y control a que está obligada la ANE.

Reincidencia en la comisión de la infracción.

Con respecto a esta figura la cual es entendida como una recaída en la comisión de la misma falta por parte de quien ya había sido condenado con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos que agrava la pena de la nueva infracción, razón por la que se dice que la reincidencia es una especie de circunstancia agravante de responsabilidad que consiste en el endurecimiento de la sanción cuando previamente ha sido sancionado el sujeto, pues con esto lo que se busca es castigar la insistencia en la comisión de la conducta infractora.

En correspondencia con lo anterior, ha argüido la Corte Constitucional:

“La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.”⁸³

Así las cosas, respecto de este criterio, se tiene en este caso que una vez consultadas las bases de datos con que cuenta esta Entidad, no se evidenció información relacionada con algún tipo de sanción impuesta previamente al AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

En virtud de todo lo expuesto, existe prueba conducente, pertinente y útil en el expediente que da cuenta del incumplimiento de AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN al régimen de las telecomunicaciones, toda vez que, en la ciudad de Bogotá, dicha sociedad utilizó el espectro radioeléctrico, frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz., sin que mediara el correspondiente permiso previo y expreso del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C- 181 de 2016. M.P. Dra. Gloria Stella Ruiz Hernandez.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

En conclusión, esta instancia considera que, de conformidad con el principio de legalidad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN incurrió en la infracción descrita en el numeral 3° del artículo 64 de la ley 1341 de 2009.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar responsable a la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, con NIT. 830.016.046-1, del cargo único formulado en el Acto Administrativo N° 28 de 18 de agosto de 2020, por la configuración de la infracción contenida en el numeral 3° del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, de acuerdo con todo lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el cese definitivo de operaciones a AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN en las frecuencias 723 – 733 MHz y 778 – 788 MHz comoquiera que no detenta una autorización legítima para su uso proveniente del Estado, tal como se expuso en la parte motiva de esta decisión.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer a título de sanción a AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN una multa de ONCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS (11732) Salarios Mínimos Legales Mensuales que equivalen a DOSCIENTAS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTAS CUARENTA (283.640) Unidades de Valor Tributario UVT del año 2021, teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite considerativo de la presente Resolución y de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1955 de 2019.

PARÁGRAFO: Otorgar a AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta Resolución para que dentro de este plazo efectúe el pago total de la deuda, a través de consignación o transferencia ACH ante el Banco Davivienda a la cuenta de ahorros N° 00018-500003-3 titular el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones NIT. 800.131.648-6, indicando en la REF 1: el número de NIT. o C.C. de la persona natural o jurídica sancionada y en la REF 2: el código veinticuatro (24) que corresponde a la identificación de multas impuestas por la ANE, o suscriba una facilidad de pago conforme a las normas vigentes. La Consignación o transferencia debe ser notificada a la Tesorería del Ministerio TIC dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su realización de forma presencial, o al correo transferencia@mintic.gov.co.

ARTICULO CUARTO: Comunicar esta decisión a la Dirección de Vigilancia, Inspección y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a efectos de que investigue una posible cesión no autorizada de espectro radioeléctrico, así como también para su archivo en el expediente del proveedor AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

ARTÍCULO QUINTO: Comunicar esta decisión a la Subdirección Financiera del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lo de su competencia.

ARTICULO SEXTO: Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Sociedades comoquiera que en dicha entidad cursa un proceso de reorganización empresarial de la sociedad AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

ARTICULO SÉPTIMO: Notificar personalmente el contenido de esta Resolución a AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, a través de su apoderado, entregándole copia de la misma, o, en su defecto, mediante aviso o publicación en el sitio web de esta Entidad, informándole que contra ella procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario y el de apelación ante el director general de la Agencia Nacional del Espectro, el cual podrá interponer directamente o como subsidiario del de reposición, para lo cual tiene un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la fecha de su notificación, de conformidad a lo previsto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO OCTAVO: Notificar personalmente el contenido de esta providencia a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. , a través de su apoderado, entregándole copia de la misma, o, en su defecto, mediante aviso o publicación en el sitio web de esta Entidad, informándole que contra ella procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario y el de apelación ante el director general de la Agencia Nacional del Espectro, el cual podrá interponer directamente o como subsidiario del de reposición, para lo cual tiene un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la fecha de su notificación, de conformidad a lo previsto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“Por la cual se decide un trámite administrativo de carácter sancionatorio y se dictan otras determinaciones”

ARTÍCULO NOVENO: Notificar personalmente el contenido de esta providencia a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., a través de su apoderada general, entregándole copia de la misma, o, en su defecto, mediante aviso o publicación en el sitio web de esta Entidad, informándole que contra ella procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario y el de apelación ante el director general de la Agencia Nacional del Espectro, el cual podrá interponer directamente o como subsidiario del de reposición, para lo cual tiene un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la fecha de su notificación, de conformidad a lo previsto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO DÉCIMO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria.

Dada en Bogotá, D.C., a los 03/06/2021
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JANNETHE JIMÉNEZ GARZÓN
Subdirectora de Vigilancia y Control

Notificar:

Doctor,

FELIPE GABRIEL TOVAR DE ANDREIS

Apoderado de

AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN

e-mail: felipe.tovar@tovarfajardo.com

gmejia@avantel.com.co

Dr. Isaac Alfonso Devis Granados

Apoderado de

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

e-mail: devisabogados@devisabogados.com

Señores,

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Dra. Andrea María Orrego Ramirez

e-mail: notificacionesjudiciales@tigo.com.co

DiredProceLegal@tigo.com.co

Proyectó: Nelson Sánchez.

Ana Restrepo.

Revisó: Jenny Moreno.