



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

Cartagena de Indias D.T y C, trece (13) de Marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00003-00
Demandante	ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A.
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES
Tema	Nulidad Sanción
Sentencia No.	00

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la sociedad ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., a través de apoderado judicial, contra la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

1. El Ministerio De Comunicaciones- hoy Ministerio De Tecnologías De La Información y Las Comunicaciones, mediante resolución No. 02720 de 19 de octubre de 2007 formalizó la prórroga de la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F.M.) a favor de la sociedad ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. en la ciudad de Cartagena, a través de la emisora RADIO OLIMPICA FM ESTEREO, identificada con el código 52006. En dicha resolución se señalaron unos parámetros esenciales, por ejemplo que la altura de la torres tiene que ser máximo 30 metros de altura.

2. El Plan Técnico Nacional de radiodifusión sonora en FM incorporado a la resolución 001513 de 05 de agosto de 2010, indica en el punto 5.14.4 sobre la estructura para el soporte de la antena, lo siguiente: *"la construcción e instalación de la torre destinada al soporte de la antena queda sujeta al cumplimiento de los reglamentos y normas de construcción y de seguridad que rijan los organismos competentes. En cuanto a la navegación de la seguridad aérea, se deberá acreditar el concepto favorable de la unidad administrativa especial de aeronáutica civil en relación con la ubicación, la altura máxima, la iluminación y la señalización de la estructura que soportara la antena"*

3. La Organización Radial Olímpica S.A., contaba con concepto favorable de la unidad administrativa especial de aeronáutica civil para que la EMISORA RADIO OLIMPICA FM ESTEREO tuviera una torre con altura de 36 metros y la emisora RADIO TIEMPO FM tuviera una torre con altura de 42 metros según oficio 4404-1A-633 del 16 de junio de 2004.

4. El día 17 de agosto de 2010 un funcionario de la Agencia Nacional del Espectro realizó visita de control técnico a la emisora e indico en el acta que la altura de la antena es de 35 metros.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

5. Mediante auto No. 000033 del 18 de abril de 2011 la Directora Del Ministerio de las TIC ordena apertura de investigación formal contra la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., elevando pliego de cargos por utilizar la frecuencia de enlace distinta a la autorizada, la altura de la torre diferente a la permitida y el segundo armónico no autorizado.

6. El 31 de octubre de 2011 mediante resolución 002753, la Directora Del Ministerio de las TIC sanciona a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., con multa de 10 SMLMV al año 2011. Contra esta resolución se interpusieron los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos mediante los actos administrativos 3247 de 12 de diciembre de 2012 y 0000091 del 26 de enero de 2015.

7. Posteriormente, el Ministerio De Comunicaciones- hoy Ministerio De Tecnologías De La Información Y Las Comunicaciones, mediante resolución No. 00041 del 03 de enero de 2011 formalizó la prórroga de la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F.M.) a favor de la sociedad ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. en la ciudad de Cartagena, a través de la emisora RADIO OLIMPICA FM ESTEREO, haciendo mención del oficio 4404-1A-633 del 16 de junio de 2004 de la Aeronáutica Civil, para permitir que la altura de la torre pueda ser de 36 metros.

- PRETENSIONES

1. Que se DECLARE LA NULIDAD de las resoluciones No. 2753 de 31 de octubre de 2011 mediante la cual se sancionó con multa de 10 SMLMV para el año 2011; No. 3247 de 12 de diciembre de 2012 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la resolución 2753 de 31 de octubre de 2011; y No. 0000091 de 26 de enero de 2015, por medio de la cual se confirma la resolución No. 002753 de 31 de octubre de 2011.

2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., no ha incurrido en incumplimiento de los términos en que fue otorgada la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora, consistente en operar con una frecuencia de enlace diferente a la autorizada y variación en la media de la altura de la torre.

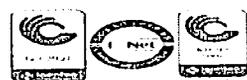
3. Que se declare que la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de multa por el presunto incumplimiento a la ley 1341 de 2009, al plan técnico de radiodifusión sonora en FM, y a la resolución 415 de 2010.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Artículos 29 y 209 de la Constitución Política
- Ley 1431 de 2009, art. 64.
- Resoluciones 415 de 2010 y 001513 de 2010.
- Artículos 1, 3, 42, 138, 155, 161 CPACA.



656



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

En cuanto al fundamento el apoderado de la accionante, manifiesta:

Falsa motivación: Debido a que no tienen asidero real y obedecen, más a la necesidad de sancionar, que a un juicio serio y profundo sobre los informes de la visitas realizadas por los funcionarios de la Agencia Nacional del Espectro el 17 de agosto de 2010 y 12 de mayo de 2011.

Desviación de poder: Por cuanto se investigaron faltas y conductas no sancionables en la ley 1341 de 2009.

- CONTESTACIÓN

MINTIC: A través de las resoluciones demandadas se determinó que ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. – EMISORA RADIO OLIMPICA STEREO, violó la normatividad vigente (infracción al régimen de radio difusión sonora) en cuanto al incumplimiento en los términos en que fue otorgada la concesión, por la violación de los parámetros técnicos esenciales que debe cumplir todo concesionario; así mismo se operó infringiendo el régimen de radiodifusión al operar con una frecuencia de enlace diferente a la autorizada y la variación en la medida de la altura de la torre y segundo armónico no atenuado.

Fundamentando en lo anterior las excepciones de "FALTA DE DERECHO" y "FALTA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS".

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 07 de marzo del 2015, inicialmente en ante los juzgados administrativos de la ciudad de Barranquilla, remitida posteriormente para ser repartida entre los Juzgado de esta ciudad, correspondiendo a este Despacho, siendo admitida mediante auto del 27 de enero de 2017, notificada mediante estado número 011 de este último año.

Se procedió a notificar a la parte demandada el día 10 de marzo de 2017, dando contestación a la demanda.

Por auto del 05 de octubre del 2017, se cita a las partes a audiencia inicial para el 27 de noviembre del mismo año, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas. (fl. 611-613).

La audiencia de pruebas se celebró el 05 de febrero del 2018; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes. (Fl.616-617)

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda, manifestando que con relación a la altura de las torres que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica, en cumplimiento a lo dispuesto en el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en F.M, incorporado en la Resolución No. 001513 del 05 de agosto de 2010 otorgó concepto favorable a la demandada para la construcción e instalación de la infraestructura de la torre que soporta la antena de sus emisoras Radio Tiempo





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

y Olímpica stéreo con una altura aprobada de 42 y 36 metros, respectivamente, mientras que en el pliego de cargos, en el acta de visita se indica que la antena está a una altura de 35 metros, y que excede en 5 metros lo permitido, situación que no registro el funcionario en dicho documento como una anomalía o violación a los términos de la concesión. Mientras que en lo atinente a la frecuencia de enlace se hace claro que las visitas de control de verificación y control técnico se hicieron en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Resolución No. 001513, que tiene incorporada como anexo el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en F.M; con relación al segundo armónico que no estaba atenuado, se debe recordar que dicho cargo desapareció y no se invocó como conducta sancionable; y finalmente lo referente a la inexistencia de la conducta sancionable se verifica que la Resolución 00041 del 3 de enero de 2011 y la No. 00313 del 27 de febrero de 2013, recogen de manera exacta las modificaciones que introdujo el Plan Técnico Nacional, documento obligatorio para el concesionario, cumpliendo con la norma vigente.

MINTIC: Reitera las excepciones propuesta, resaltando que pretende el actor que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, obviara las especificaciones que regían la concesión al momento de la visita del agente de la ANE, es decir, lo que reza la Resolución No. 02720 de 2007, contrario a ello pretende se aplicaran las especificaciones técnicas establecidas en la Resolución No. 1513 de 2010, publicada con posterioridad a la resolución de la concesión, si bien con esta última resolución se subsanan por parte del concesionario los incumplimientos en que incurrió en la vigencia de la anterior resolución de la prórroga, ello no quiere decir que se deban aplicar estos conceptos a la resolución No. 02720 de 2007, pues encontrándose vigente esta última, eran estos los parámetros técnicos esenciales que regían para la época de los hechos.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., no incurrió en incumplimiento a la ley 1341 de 2009, al plan técnico de radiodifusión sonora en FM, y a la resolución 415 de 2010, y en consecuencia si la sanción de 10 SMLMV que le fue impuesta no es ajustada a derecho.

- TESIS DEL DESPACHO

Considera el Despacho que no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda por las siguientes consideraciones: al momento de otorgársele la prórroga a de la concesión a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. – EMISORA RADIO OLIMPICA STEREO mediante



65A



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

Resolución No. 002720 de 19 de octubre de 2017 (ver folios 18 a 22), señaló en su artículo 2° como parámetros técnicos esenciales entre otros una altura de la torre de 30 mts; y si bien es cierto que posteriormente hubo una modernización en los parámetros generales en materia de ordenación técnica radioeléctrico al Servicio de Radiofusión Sonora en agosto del año 2010; no podía el actor modificar unilateralmente los términos de la concesión, y fue sólo hasta el 3 de enero de 2011 que mediante Resolución No. 00041 de enero 3 de 2011; mediante la formalización de otra prorroga a esa Organización Radical (ver folios 184-207), que se le autorizó el cambio de la altura; y sin mayor elucubración podemos ver que la visita que se realizó el 17 de agosto de 2010 (ver folio 155-161), es decir antes del cambio de parámetros técnicos esenciales.

De otro lado en cuanto a la frecuencia de enlace dada era de 310.1 MHz y en la visita se encontró operando con una frecuencia de 324,421120; esta fue aceptada por la misma demandante al momento de discutir los actos administrativos en vía administrativa y corregida en su momento, razón que le valía una disminución en la tasación de la multa, o sea que tampoco se desvirtúa la legalidad de los actos deprecados.

En conclusión los actos administrativos fueron expedidos por razón y causales de competencia en materia de inspección, control y vigilancia de los servicios de radiodifusión sonora otorgada por la ley de manera expresa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 60 ley 1341 de 2009), y se concreta en la facultad de este Ministerio para imponer sanciones por la infracción consistente en "modificación unilateral de parámetros esenciales" (artículos 63 y 64 de la ley 1341 de 2009), sin que sea posible deducir o atribuir dicha competencia a otra entidad; reiterando entonces que no teniendo vocación de prosperidad los cargos de ilegalidad propuestos contra los actos administrativos demandados es decir las resoluciones No. 2753 de 31 de octubre de 2011 mediante la cual se sancionó con multa de 10 SMLMV para el año 2011; No. 3247 de 12 de diciembre de 2012 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la resolución 2753 de 31 de octubre de 2011; y No. 0000091 de 26 de enero de 2015, por medio de la cual se confirma la resolución No. 002753 de 31 de octubre de 2011; las pretensiones de este medio de control serán negadas.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Haciendo un recuento normativo, tenemos que el Decreto 1445 de 1995, señaló que la Radiodifusión sonora, es el servicio de la radiodifusión sonora que permite la difusión de programación de audio a distancia, cuyas emisiones son recibidas directamente por el público en general; y en Colombia es un servicio público de telecomunicaciones, a cargo y bajo la titularidad





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

del Estado, orientado a satisfacer necesidades de telecomunicaciones de los habitantes del territorio nacional y cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general.

El artículo 2 del decreto 1447 de 1995, el servicio de radiodifusión sonora le son aplicables los derechos, garantías y deberes previstos en la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 72 de 1989, los principios fundamentales de los servicios de telecomunicaciones establecidos en el Título I del Decreto 1900 de 1990, la Ley 51 de 1984, la Ley 74 de 1966, el Decreto 3418 de 1954, las normas previstas en este Decreto, los Planes Técnicos Nacionales de Radiodifusión Sonora en Amplitud Modulada (A.M.) y en Frecuencia Modulada (F.M.) que adopte el Gobierno Nacional y las demás disposiciones que regulen la materia, así como las que modifiquen, adicionen o aclaren.

El artículo 6 de este Decreto 1447 de 1995, señaló que El Estado prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas, por ministerio de la ley o a través de licencia otorgada directamente por el Ministerio de Comunicaciones, para el otorgamiento de la licencia el Ministerio tendrá en cuenta el desarrollo de políticas institucionales como objetivo fundamental para establecer la emisora y que la entidad solicitante se ajuste a los Planes Técnicos Nacionales de Radiodifusión Sonora en Amplitud Modulada (A.M.) o en Frecuencia Modulada (F.M.).

La Ley 1341 de 2009, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2693 de 2012, y Decreto Nacional 2573 de 2014, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

El artículo 56, dispuso los principios de la radiodifusión sonora, en el sentido de que es la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de radiodifusión sonora. Los servicios de radiodifusión sonora contribuirán a difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y a fortalecer la democracia. En los programas radiales deberá hacerse buen uso del idioma castellano.

El artículo 16, establece que el Ministerio de Comunicaciones se denominará en adelante Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; y en el artículo 18 y señaló que tendrá, además de las funciones que determinan la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, las siguientes:

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



658



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

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

- a). Diseñar, formular y proponer políticas, planes y programas que garanticen el acceso y la implantación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de fomentar su uso como soporte del crecimiento y aumento de la competitividad del país en los distintos sectores;
- b). Formular políticas, planes y programas que garanticen a través del uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad, el acceso a mercados para el sector productivo, y el acceso equitativo a oportunidades de educación, trabajo, salud, justicia, cultura y recreación, entre otras;
- c). Apoyar al Estado en el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para facilitar y optimizar la gestión de los organismos gubernamentales y la contratación administrativa transparente y eficiente, y prestar mejores servicios a los ciudadanos;
- d). Apoyar al Estado en la formulación de los lineamientos generales para la difusión de la información que generen los Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y efectuar las recomendaciones que considere indicadas para lograr que esta sea en forma ágil y oportuna;
- e). Planear, formular, estructurar, dirigir, controlar y hacer el seguimiento a los programas y proyectos del Ministerio;
- f). Diseñar y desarrollar estrategias masivas que expliquen a los ciudadanos las utilidades y potencialidades de las TIC.

3. Promover el establecimiento de una cultura de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el país, a través de programas y proyectos que favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías, como instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal y social.

4. Coordinar con los actores involucrados, el avance de los ejes verticales y transversales de las TIC, y el plan nacional correspondiente, brindando apoyo y asesoría a nivel territorial.

5. Gestionar la cooperación internacional en apoyo al desarrollo del sector de las TIC en Colombia.

6. Derogado por el art. 8, Decreto Nacional 4169 de 2011. Planear, asignar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico con excepción de la intervención en el servicio de que trata el artículo 76 de la Constitución Política, con el fin de fomentar la competencia, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas.

7. Derogado por el art. 8, Decreto Nacional 4169 de 2011. Establecer y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de todas las Frecuencias de Colombia con base en las necesidades del país, del interés público y en las nuevas atribuciones que se acuerden en las Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, así como los planes técnicos de radiodifusión sonora.

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

9. Ejercer la representación internacional de Colombia en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, especialmente ante los organismos internacionales del sector, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y bajo la dirección del Presidente de la República.

10. Ejecutar los tratados y convenios sobre tecnologías de la información y las comunicaciones ratificados por el país, especialmente en los temas relacionados con el espectro radioeléctrico y los servicios postales.

11. Regir en correspondencia con la ley las funciones de vigilancia y control en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

12. Vigilar el pleno ejercicio de los derechos de información y de la comunicación, así como el cumplimiento de la responsabilidad social de los medios de comunicación, los cuales deberán contribuir al desarrollo social, económico, cultural y político del país y de los distintos grupos sociales que conforman la nación colombiana, sin perjuicio de las competencias de que trata el artículo 76 de la Constitución Política.
13. Evaluar la penetración, uso y comportamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el entorno socioeconómico nacional, así como su incidencia en los planes y programas que implemente o apoye.
14. Propender por la utilización de las TIC para mejorar la competitividad del país.
15. Promover, en coordinación con las entidades competentes, la regulación del trabajo virtual remunerado, como alternativa de empleo para las empresas y oportunidad de generación de ingresos de los ciudadanos, de todos los estratos sociales.
16. Procurar ofrecer una moderna infraestructura de conectividad y de comunicaciones, en apoyo para los centros de producción de pensamiento, así como el acompañamiento de expertos, en la utilización de las TIC, capaces de dirigir y orientar su aplicación de manera estratégica.
17. Levantar y mantener actualizado, el registro de todas las iniciativas de TIC a nivel nacional, las cuales podrán ser consultadas virtualmente.
18. Formular y ejecutar políticas de divulgación y promoción permanente de los servicios y programas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promoviendo el uso y beneficio social de las comunicaciones y el acceso al conocimiento, para todos los habitantes del territorio nacional.
19. Preparar y expedir los actos administrativos, para los fines que se relacionan a continuación:
 - a). Ejercer la intervención del Estado en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dentro de los límites y con las finalidades previstas por la ley, con excepción de lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política;
 - 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.
 - c). Expedir de acuerdo con la ley, los reglamentos, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o explotación de los derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico y los servicios del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.
 - d). Expedir y administrar las contraprestaciones que le corresponden por ley.
20. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co-.
21. Reglamentar la participación, el control social, las funciones y el financiamiento de las actividades de los vocales de control social de los proveedores de redes y servicios de comunicaciones de que trata esta ley.
22. Las demás que le sean asignadas en la ley.

De acuerdo con el artículo 26, numerales 4 y 10 de la ley 1341 de 2009, corresponde a la ANE ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico y adelantar las investigaciones a que haya lugar por posibles infracciones al régimen del espectro. Sin embargo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 26 de la misma ley 1341, la función de la ANE concerniente a verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos esenciales por parte de los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora se limita a adelantar las visitas técnicas, sin que pueda inferirse de dicha función una facultad expresa para sancionarlos por modificar dichos parámetros técnicos esenciales.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

De otra parte, en virtud del artículo 60 de la ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la inspección, control y vigilancia de los servicios de radiodifusión sonora.

Sobre el régimen de infracciones y sanciones, el artículo 63, dice que 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. Por las infracciones que se cometan, además del autor de las mismas, responderá el titular de la licencia o del permiso o autorización, por acción u omisión en relación con aquellas.

Los artículos 64 y 65, disponen cuales son las infracciones y las sanciones, así:

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

1. No respetar la confidencialidad o reserva de las comunicaciones.
2. Proveer redes y servicios o realizar telecomunicaciones en forma distinta a lo previsto en la ley.
3. Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.
4. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos.
5. Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta.
6. Incumplir el pago de las contraprestaciones previstas en la ley.
7. Incumplir el régimen de acceso, uso, homologación e interconexión de redes.
8. Realizar subsidios cruzados o no adoptar contabilidad separada.
9. Incumplir los parámetros de calidad y eficiencia que expida la CRC.
10. Violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones previsto en la ley.
11. La modificación unilateral de parámetros técnicos esenciales y el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora.
12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

13. Cualquier práctica o aplicación que afecte negativamente el medio ambiente, en especial el entorno de los usuarios, el espectro electromagnético y las garantías de los demás proveedores y operadores y la salud pública.

Parágrafo. Cualquier proveedor de red o servicio que opere sin previo permiso para uso del espectro será considerado como clandestino y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes.

Artículo 65. Sanciones. Modificado por el art. 44, Ley 1753 de 2015. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.
3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

Artículo 66. Criterios para la definición de las sanciones. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
2. Daño producido.
3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.

Podemos concluir que conforme al artículo 63 de la ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene competencia para imponer sanciones por todas las infracciones previstas en esta ley, siempre y cuando dicha competencia no haya sido (expresamente) atribuida a otra autoridad. Concretamente el artículo 64 numeral 11 de la ley 1341 de 2009 describe, como una infracción específica a ese ordenamiento, “la modificación de parámetros técnicos esenciales y el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora”,





660

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

infracción que conforme al artículo 63, debe sancionar el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones dado que, no está asignada a la ANE.

En este sentido ha dicho el Consejo de Estado ha dicho que es al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien tiene estas facultades¹, de la siguiente:

“Ahora bien, como uno de los argumentos del MINTIC para desconocer su competencia en el presente asunto se refiere a la distinción entre vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora, y vigilancia y control del espectro radioeléctrico destinado al servicio de radiodifusión sonora, sobre tal apreciación se observa que dicha delimitación no tiene sustento jurídico, máxime cuando expresamente la ley 1341 de 2009 indica que la concesión del servicio incluye el uso del espectro sin que sea posible escindir el uso del espectro radioeléctrico del servicio de radiodifusión sonora. En resumen, la competencia en materia de inspección, control y vigilancia de los servicios de radiodifusión sonora ha sido otorgada por la ley de manera expresa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 60 ley 1341 de 2009), y se concreta en la facultad de este Ministerio para imponer sanciones por la infracción consistente en “modificación unilateral de parámetros esenciales” (artículos 63 y 64 de la ley 1341 de 2009), sin que sea posible deducir o atribuir dicha competencia a la Agencia Nacional del Espectro por conexidad, extensión o afinidad”.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Manifiesta la demandante, la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. en la ciudad de Cartagena, que Mediante auto No. 000033 del 18 de abril de 2011 la Directora del Ministerio de las TIC ordena apertura de investigación formal contra la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., elevando pliego de cargos por utilizar la frecuencia de enlace distinta a la autorizada, la altura de la torre diferente a la permitida y el segundo armónico no autorizado.

El 31 de octubre de 2011 mediante resolución 002753, e l Ministerio de las TIC sanciona a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., con multa de 10 SMLMV al año 2011. Contra esta resolución se interpusieron los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos mediante los actos administrativos 3247 de 12 de diciembre de 2012 y 0000091 del 26 de enero de 2015.

¹ Sentencia nº 11001-03-06-000-2013-00229-00(C) de Consejo de Estado - Sala de Consulta, de 6 de Junio de 2013





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

Por ello solicita, que se DECLARE LA NULIDAD de las resoluciones No. 2753 de 31 de octubre de 2011 mediante la cual se sancionó con multa de 10 SMLMV para el año 2011; No. 3247 de 12 de diciembre de 2012 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la resolución 2753 de 31 de octubre de 2011; y No. 0000091 de 26 de enero de 2015, por medio de la cual se confirma la resolución No. 002753 de 31 de octubre de 2011, y como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A., no ha incurrido en incumplimiento de los términos en que fue otorgada la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora, consistente en operar con una frecuencia de enlace diferente a la autorizada y variación en la media de la altura de la torre, y no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de multa por el presunto incumplimiento a la ley 1341 de 2009, al plan técnico de radiodifusión sonora en FM, y a la resolución 415 de 2010.

Por su parte la entidad demanda, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- MINTIC, manifiesta que a través de las resoluciones demandadas se determinó que ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. – EMISORA RADIO OLIMPICA STEREO, violó la normatividad vigente (infracción al régimen de radio difusión sonora) en cuanto al incumplimiento en los términos en que fue otorgada la concesión, por la violación de los parámetros técnicos esenciales que debe cumplir todo concesionario; así mismo se operó infringiendo el régimen de radiodifusión al operar con una frecuencia de enlace diferente a la autorizada y la variación en la medida de la altura de la torre y segundo armónico no atenuado.

Haciendo un análisis probatorio de los hechos que fundamentaron el presente medio de control encontramos que la Resolución No. 2753 de 31 de octubre de 2011 mediante la cual se sancionó con multa de 10 SMLMV a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. – EMISORA RADIO OLIMPICA STEREO, (Ver folio 172-181), le endilgan tres cargos por violación de los parámetros técnicos esenciales, según los parámetros de la concesión dada ya que la frecuencia de enlace dada era de 310.1 MHz, no obstante en la visita se encontró operando con una frecuencia de 324,421120, (Ver acta de visita a folios 155-161); también se encontró que la altura de la torre excedía en 5 metros a la licencia otorgada; y por último se encontró presuntamente no estar "atenuado el segundo armónico"; cargo que finalmente fue excluida como causal de incumplimiento de violación de los parámetros técnicos esenciales.

Considera el Despacho que no le asiste la razón al demandante por las siguientes consideraciones: Al momento de otorgársele la prorrogación a la concesión a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA S.A. – EMISORA RADIO OLIMPICA STEREO mediante Resolución No. 002720 de 19 de octubre de 2017 (ver folios 18 a 22), señaló en su artículo 2° como parámetros técnicos esenciales entre





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

otros una altura de la torre de 30 mts; y si bien es cierto que posteriormente hubo una modernización en los parámetros generales en materia de ordenación técnica radioeléctrico al Servicio de Radiodifusión Sonora en agosto del año 2010; no podía el actor modificar unilateralmente los términos de la concesión, y fue sólo hasta el 3 de enero de 2011 que mediante Resolución No. 00041 de enero 3 de 2011; mediante la formalización de otra prórroga a esa Organización Radical (ver folios 184-207), que se le autorizó el cambio de la altura; y sin mayor elucubración podemos ver que la visita que se realizó como ya se ha dicho el 17 de agosto de 2010 (ver folio 155-161), es decir antes del cambio de parámetros técnicos esenciales, por lo tanto el cargo de ilegalidad que se hace contra los actos administrativos por esta causal no tiene vocación de prosperidad.

De otro lado en cuanto a la frecuencia de enlace dada era de 310.1 MHz y en en la visita se encontró operando con una frecuencia de 324,421120; esta fue aceptada por la misma demandante al momento de discutir los actos administrativos en vía administrativa y corregida en su momento, razón que le valía una disminución en la tasación de la multa, o sea que tampoco se desvirtúa la legalidad de los actos deprecados.

En conclusión los actos administrativos fueron expedidos por razón y causales de competencia en materia de inspección, control y vigilancia de los servicios de radiodifusión sonora otorgada por la ley de manera expresa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 60 ley 1341 de 2009), y se concreta en la facultad de este Ministerio para imponer sanciones por la infracción consistente en "modificación unilateral de parámetros esenciales" (artículos 63 y 64 de la ley 1341 de 2009), sin que sea posible deducir o atribuir dicha competencia a otra entidad; reiterando entonces que no teniendo vocación de prosperidad los cargos de ilegalidad propuestos contra los actos administrativos demandados es decir las resoluciones No. 2753 de 31 de octubre de 2011 mediante la cual se sancionó con multa de 10 SMLMV para el año 2011; No. 3247 de 12 de diciembre de 2012 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la resolución 2753 de 31 de octubre de 2011; y No. 0000091 de 26 de enero de 2015, por medio de la cual se confirma la resolución No. 002753 de 31 de octubre de 2011; las pretensiones de este medio de control serán negadas.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00003

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“.....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia. archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

