



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá D.C., seis (06) junio de dos mil trece (2013)

Número de Radicación: 11001-03-06-000-2013-00229-00

Referencia: Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre Agencia Nacional del Espectro y Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Concesionario de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado en el asunto de la referencia entre la Agencia Nacional del Espectro (en adelante ANE) y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC).

I. ANTECEDENTES

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. Mediante correo electrónico del 11 de julio de 2012, la Directora de Vigilancia y Control del MINTIC remitió a la Subdirectora de Vigilancia y Control de la ANE copia del memorando con registro No. 546792 del 5 de julio de 2012, relativo al asunto: *"Concepto competencias Ministerio de TIC – ANE"*, en el que señaló: *"la vigilancia y control respecto de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, así como respecto de los servicios de radiodifusión sonora, corresponden al MINTIC. En tanto que la vigilancia y control del espectro radioeléctrico destinado a tales servicios, incluyendo además el de televisión, corresponde a la Agencia Nacional del Espectro"*.
2. Mediante oficio VC-1430 radicado No. 7584 del 2 de agosto de 2012 dirigido a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del MINTIC, la ANE indicó que en el caso del servicio de radiodifusión sonora, por su naturaleza jurídica, y la inescindibilidad de dicho servicio con el espectro radioeléctrico, no puede considerarse que exista una diferencia entre las obligaciones del servicio como tal y las obligaciones en el uso del espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio. A su vez, la Agencia argumentó que la ley 1341 de

2009 estableció expresamente que la inspección, vigilancia y control sobre el servicio de radiodifusión sonora está a cargo del MINTIC.

3. Mediante oficio radicado 8368 ANE del 1 de agosto de 2012, la Directora de Vigilancia y Control del MINTIC, basándose en el concepto de la Oficina Asesora Jurídica del 5 de julio de 2012, registro No. 546792, devolvió a la Subdirección de Vigilancia y Control de la ANE cuarenta y seis (46) actas de visitas con sus respectivos informes técnicos realizados por esta última a los proveedores del servicio de radiodifusión sonora, informes que habían sido enviados por la ANE al MINTIC para que éste iniciara las actuaciones administrativas del caso.
4. Luego, en comunicación radicado ANE No. 8455 del 8 de agosto de 2012, la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio envió a la ANE una relación de otras cuarenta y dos (42) actuaciones administrativas que abrió contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora. De las cuarenta y dos (42) actuaciones remitió treinta y tres (33) expedientes; respecto de las nueve (9) actuaciones restantes indicó que los expedientes debían ser retirados de las instalaciones del ministerio.
5. Adicionalmente, con oficio radicado 8613 ANE del 16 de agosto de 2012, la Directora de Vigilancia y Control del MINTIC, dando alcance al concepto de la Oficina Asesora Jurídica registro No. 546792, devolvió a la Subdirección de Vigilancia y Control de la ANE cuarenta (40) actas de visitas con sus respectivos informes técnicos efectuados por esta entidad a proveedores del servicio de radiodifusión sonora, que habían sido enviados previamente por la ANE al MINTIC.
6. En oficio radicado con el número ANE 7706 del 17 de agosto de 2012, la ANE devolvió al MINTIC las treinta y tres (33) actuaciones administrativas que la Dirección de Vigilancia y Control de ese ministerio le remitió.
7. La Oficina Asesora Jurídica del MINTIC, mediante radicado ANE 8868 del 31 de agosto de 2012, respondió a la agencia sobre las inquietudes que ésta le planteó en el oficio VC-1430 radicado No. 7584 del 2 de agosto de 2012 que: *"luego de la revisión que precede, no encuentra esta oficina jurídica, razones para variar las consideraciones y conclusiones planteadas en el concepto con registro No. 546792..."*.
8. Mediante oficio radicado número ANE 9073 del 11 de septiembre de 2012, la Dirección de Vigilancia y Control del MINTIC, envió de nuevo a la ANE las cuarenta y dos (42) actuaciones administrativas que había abierto esa dependencia contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora y cinco (5) actuaciones administrativas más, sobre las cuales ya había proferido auto de apertura de investigación. En el mismo documento el

MINTIC envió cuatro (4) actas de visitas con informes técnicos de radiodifusión sonora que había enviado la ANE al MINTIC.

9. Nuevamente, con oficio No. 8189 del 19 de septiembre de 2012 la ANE devolvió al MINTIC todos los expedientes correspondientes a las actuaciones administrativas iniciadas por el ministerio.
10. Mediante oficio radicado ANE No. 9506 del 5 de octubre de 2012, la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio remitió una nueva relación de (15) actuaciones administrativas sobre proveedores de radiodifusión sonora, anunciando a la ANE que debían retirarse de las instalaciones del MINTIC, a lo que la ANE respondió al ministerio, con oficio radicado ANE No. 8311 del 17 de octubre de 2012, que respecto de las quince (15) actuaciones administrativas no adelantaría gestión alguna.
11. El 22 de octubre de 2012 la Agencia Nacional del Espectro plantea a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de manera general, la definición del conflicto de competencias administrativas con el fin de determinar la entidad que debe adelantar las investigaciones administrativas contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora por violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados. El asunto fue radicado bajo el número 11001-03-06-000-2012-00104-00.
12. En decisión del 10 de abril de 2013, luego de revisar las actuaciones allegadas al referido conflicto, la Sala de Consulta y Servicio Civil ordenó por Secretaría la individualización y formación de expedientes separados por cada conflicto de competencia administrativa que se identificó dentro del expediente radicado 11001-03-06-000-2012-00104-00.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El conflicto de la referencia permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 1437 de 2011 (f.35).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la ley 1437 de 2011 (f.37).

Adicionalmente, consta que se informó sobre el conflicto planteado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) a la Agencia Nacional del Espectro (ANE) y al concesionario de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO (f.36).

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Durante la actuación las partes presentaron los argumentos que se resumen a continuación:

1. Agencia Nacional del Espectro (ANE)

La Agencia Nacional del Espectro fue creada por la ley 1341 de 2009 como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin personería jurídica, con autonomía técnica, administrativa y financiera, con el objeto de brindar el soporte técnico para la gestión, planeación y el ejercicio de la vigilancia y control del espectro radioeléctrico. Posteriormente, el decreto 4169 de 2011 modificó la naturaleza jurídica de la ANE y le otorgó personería jurídica.

De acuerdo con el artículo 26 de la ley 1341 de 2009, dentro de las funciones de la ANE están las de ejercer vigilancia y control del espectro radioeléctrico y adelantar las investigaciones a que haya lugar por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el MINTIC, así como imponer las sanciones que corresponda.

Agrega la ANE que el artículo 7 del decreto 093 de 2010 establece como funciones de la Subdirección de Vigilancia y Control: i) diseñar e implantar elementos de la política y procedimientos para vigilancia y control del espectro; ii) establecer y ejecutar los planes de vigilancia y control sobre el uso del espectro por parte de usuarios autorizados, así como la utilización no autorizada o ilegal del mismo; iii) asegurar el oportuno y cabal cumplimiento de estos planes y procesos de control; iv) coordinar con las dependencias que correspondan al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, MINTIC, las actividades de vigilancia y control sobre los derechos y obligaciones en el uso del espectro por parte de los usuarios autorizados, y v) realizar la comprobación técnica de las emisiones e inspección de las estaciones, entre otras.

Adicionalmente, expone que, según el artículo 102 de la resolución 415 del MINTIC y el convenio No. 303 de 2010, el MINTIC tiene a su cargo la inspección y vigilancia y control sobre el servicio de radiodifusión sonora, mientras que la ANE debe adelantar las visitas para verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos esenciales y no esenciales de las estaciones de radiodifusión sonora. Y que, una vez realizadas las visitas técnicas anteriormente descritas, la ANE remite el resultado de las mismas al MINTIC para que se adelanten las actuaciones administrativas que correspondan.

De igual forma la ANE indica que en cumplimiento de la Resolución 415 de 2010 y del convenio No. 303 de 2010, ha adelantado visitas técnicas y ha elaborado los

informes técnicos respectivos, los cuales se enviaron al MINTIC. Este último ha adelantado las investigaciones administrativas contra los proveedores de radiodifusión sonora, profiriendo cada entidad los actos administrativos correspondientes a su competencia.

Por otra parte señala que el artículo 60 de la ley 1341 de 2009 prevé que el MINTIC tiene como funciones la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora y, adicionalmente, que esta norma incluye la inspección, vigilancia y control que se hace sobre el espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio de radiodifusión sonora.

Agrega la ANE que, en el caso del servicio de radiodifusión sonora, por su naturaleza jurídica determinada por la ley y la inescindibilidad de dicho servicio con el espectro radioeléctrico, no puede considerarse que exista una diferencia entre las obligaciones del servicio como tal y las obligaciones en el uso del espectro radioeléctrico destinado a la prestación del mismo.

Finalmente, la ANE expresa que la ley 1341 de 2009 destinó un título específico para todo el servicio de radiodifusión sonora, incluyendo el espectro destinado para tal efecto, y que la entidad competente para adelantar las investigaciones por modificación sin autorización de los parámetros técnicos esenciales a través de los cuales se hace uso del espectro radioeléctrico destinado al servicio de radiodifusión sonora es el MINTIC.

2. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC)

El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones presentó su alegato del cual se extraen los siguientes planteamientos:

Argumenta que de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la ley 1341 de 2009, la ANE es un organismo de carácter técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, que tiene funciones de carácter administrativo sancionatorio circunscritas al régimen de infracciones del espectro.

Sostiene que el artículo 102 de la resolución 415 de 2010 del MINTIC, reconoce expresamente la competencia de vigilancia y control del régimen del espectro asignado para el servicio de radiodifusión a la ANE.

Finalmente afirma que, de conformidad con el numeral 11 del artículo 18 de la ley 1341 de 2009, el artículo 20 del decreto 091 de 2010, el artículo 7 del decreto 93 de 2010 y los artículos 25, 60 y 63 de la ley 1341 de 2009, la vigilancia y control respecto de los servicios de radiodifusión sonora, concesión y permiso para el uso del espectro radioeléctrico corresponden al MINTIC, en tanto que la vigilancia y control respecto del espectro radioeléctrico destinado a los servicios de

radiodifusión sonora corresponde a la ANE, por ser éste el organismo técnico especializado en espectro.

Por tales razones concluye el apoderado del ministerio que la ANE tiene competencia en el caso del uso inadecuado del espectro radioeléctrico involucrado en la prestación del servicio de radiodifusión sonora.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 112 de la ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias suscitado entre dos autoridades del orden nacional, la Agencia Nacional del Espectro (en adelante ANE) y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC).

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para adelantar la investigación administrativa por la modificación de los parámetros técnicos esenciales autorizados; el presunto incumplimiento del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora; el presunto incumplimiento de pagos por concepto de Sayco y Acinpro y el presunto incumplimiento con los pagos por concepto de uso del espectro radioeléctrico en que supuestamente

incurrió el concesionario del servicio de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO.

Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

2. Problema jurídico

Conoce la Sala el conflicto negativo de competencia administrativa surgido entre la Agencia Nacional del Espectro (ANE) y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC), a fin de determinar cuál de estas autoridades debe adelantar las investigaciones administrativas por la modificación de los parámetros técnicos esenciales autorizados¹, así como por: i) el presunto incumplimiento del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora; ii) el presunto incumplimiento de pagos por concepto de Sayco y Acinpro y el presunto incumplimiento con los pagos por concepto de uso del espectro radioeléctrico, en que supuestamente incurrió el concesionario del servicio de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO, teniendo en cuenta que en dicho servicio se hace uso del espectro radioeléctrico².

Ahora bien, como se desprende de los antecedentes de este conflicto, tanto la ANE como MINTIC recurren a la ley 1341 de 2009 (ley marco para la formulación de políticas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), al decreto 091 de 2010³ (modifica la estructura de MINTIC), al decreto 093 de 2010 (adopta la estructura de la ANE), a la resolución 00415 de 2010 (expide el reglamento de radiodifusión sonora), y al decreto 4169 de 2011

¹ El artículo 37 de la resolución 00415 de 2010. "Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones", determina el plan general de radiodifusión sonora, además de desarrollar la política del servicio, establece la ordenación técnica del espectro radioeléctrico a él atribuido, señala las condiciones técnicas para las distintas modalidades de transmisión y define los parámetros técnicos esenciales de las estaciones de radiodifusión sonora. Al respecto, señala que son parámetros técnicos esenciales de una estación del servicio de radiodifusión sonora: La frecuencia, la potencia de operación, la ubicación del sistema de transmisión y los parámetros técnicos establecidos en el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en amplitud modulada (AM) y/o frecuencia modulada (FM).

² "El espectro radioeléctrico se trata del medio por el cual se transmiten las frecuencias de ondas de radio electromagnéticas que permiten las telecomunicaciones (radio, televisión, Internet, telefonía móvil, televisión digital terrestre, etc.), y son administradas y reguladas por los gobiernos de cada país. La definición precisa del espectro radioeléctrico, tal y como la ha definido la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo especializado de las Naciones Unidas con sede en Ginebra (Suiza) es: "Las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión y servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos." Este "(...) no es un concepto estático, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, y corresponde al estado de avance tecnológico". Agencia Nacional del Espectro. Publicado el 2 de diciembre de 2011. Dirección URL: www.ane.gov.co/index.php/conozca-la-ane/que-es-el-espectro.html. Consultado el 13 de febrero de 2013.

³ Este decreto fue derogado por el decreto 2618 del 17 de diciembre de 2012. Se aclara sin embargo que las actuaciones que originaron este conflicto de competencias administrativas fueron allegadas a la Sala el 22 de octubre del 2012, razón por la cual las partes en sus alegatos se refieren al decreto 091 de 2010 como el vigente.

(modifica la naturaleza jurídica de la ANE) como normas que sustentan su posición para rehusar la competencia en el asunto.

Para definir el conflicto, la Sala estima pertinente referirse, en primer lugar, a algunos antecedentes de la ley 1341 de 2009 con el fin de contextualizar el asunto.

En segundo lugar la Sala identificará si existe una competencia sancionatoria legal, expresa y exclusiva ubicada en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en materia de radiodifusión sonora. Y en todo caso, se contrastarán las competencias atribuidas a la Agencia Nacional del Espectro en materia de gestión, control y vigilancia del espectro para determinar si dichas funciones incluirían la competencia para sancionar a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora por la modificación de los parámetros técnicos esenciales autorizados.

3. Las nuevas instituciones de la ley 1341 de 2009

La ley 1341 de 2009 resultó del debate y aprobación que se surtió respecto del proyecto de ley de iniciativa gubernamental presentado a consideración del Congreso de la República por el Ministerio de Comunicaciones, bajo el título *"Por el cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones"*. En esa oportunidad, el entonces Ministerio de Comunicaciones resaltó en su iniciativa la necesidad de contar con instrumentos e instituciones que permitieran un manejo y administración adecuados del espectro electromagnético, sobre la base de que es un bien inalienable, imprescriptible y escaso, sujeto a la gestión y control del Estado⁴.

Buscando cumplir los anteriores objetivos se concibió un proyecto de ley⁵ dirigido exclusivamente a crear una unidad administrativa especial, con personería jurídica, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, la cual estaría encargada de ejercer las funciones que en su momento desempeñaba el Ministerio de Comunicaciones en materia de planeación, administración, gestión, vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con el fin de garantizar su uso racional y eficiente.

⁴ En la Cámara de Representantes se le asignó el No. 112 de 2007 Cámara y fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 426 de 2007.

⁵ El proyecto de ley que se presentó a consideración del Congreso de la República tenía la siguiente estructura: Artículo 1. Organización y Naturaleza; Artículo 2. Objetivo; Artículo 3. Funciones de la Agencia Nacional Espectro; Artículo 4. Domicilio; Artículo 5. Estructura; Artículo 6. Órganos de Dirección y Administración; Artículo 7. Funciones del Director de la Agencia Nacional Espectro; Artículo 8. Denominación de los Actos; Artículo 9. Dirección de Planeación del Espectro; Artículo 10. Dirección de Sistemas de Gestión; Artículo 11. Dirección de Vigilancia y Control; Artículo 12. Recursos; Artículo 13. Manejo de los recursos; Artículo 14. Adopción de la nueva planta de personal; y Artículo 15. Vigencia.

Sin embargo, los ponentes designados para rendir informe de ponencia para el primer debate en Cámara, transformaron la propuesta del Gobierno Nacional en una ley marco que reguló en forma integral las denominadas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), excluyendo por su especificidad temas como la televisión, el servicio postal y la radiodifusión sonora.

“La presente iniciativa, se refiere a una parte de lo que se denomina las tecnologías de la información y comunicación TIC; por tanto, es menester realizarle a esta un pliego de modificaciones en el sentido de expedir la Ley Marco que regule todos los aspectos atinentes a este sector, inclusive lo relacionado con la Agencia Nacional del Espectro. En tal virtud, es importante dentro del estudio de la presente ponencia analizar la situación del sector de las comunicaciones en Colombia, con el fin de ilustrar a la Comisión sobre la pertinencia de regular en forma integral un nuevo enfoque hacia las denominadas tecnologías de la información y comunicación TIC.

(...)

El Proyecto de ley no debe ocuparse de los servicios de televisión, radiodifusión sonora y el servicio postal, que son materia de otras disposiciones legales por la especificidad de los temas que le son propios”.⁶

En la sustentación al pliego de modificaciones a la ponencia para primer debate, los legisladores consideraron importante actualizar el marco normativo de la radiodifusión sonora y vincular esta materia al proyecto de ley. Explicaron el alcance de la propuesta en los siguientes términos:

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

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

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

Con las anteriores consideraciones de carácter jurídico y de conveniencia para el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, proponemos: modificar la ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 112 de 2007 Cámara, por la cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”⁷.

Finalmente, la ley 1341 de 2009⁸ adquirió una dimensión distinta a la versión original, pues la norma terminó estableciendo el marco para la formulación de las

⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 633 de 2007.

⁷ Gaceta del Congreso de la República No. 233 de 2008.

⁸ Ley 1341 de 2009 (julio 30), “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.” Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009

políticas públicas en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, los principios orientadores, y en general, la regulación estructural y funcional del sector. La ley quedó compuesta por 73 artículos, organizados en XI títulos distribuidos por temas, de la siguiente manera: I. Disposiciones Generales; II. Provisión de las Redes y Servicios y Acceso a Recursos Escasos; III. Organización Institucional; IV. Promoción al Acceso y Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; V. Reglas de Resolución de Controversias en Materia de Interconexión; VI. Régimen de Protección al Usuario; VII. Régimen de los proveedores de Redes y Servicios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones; VIII. De La Radiodifusión Sonora; IX. Régimen de Infracciones y Sanciones; X. Régimen de Transición; y XI. Disposiciones Finales.

Como se observa, el tema de la radiodifusión sonora fue finalmente incluido en la ley, con título y desarrollo propios.

Entre los ajustes a la organización institucional introducidos en el título III se destacan: (i) en los artículos 16 a 18 se transforma el Ministerio de Comunicaciones en Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MINTIC- y se definen sus objetivos y funciones; (ii) en los artículos 25 a 29, se crea una nueva entidad denominada Agencia Nacional del Espectro -ANE-, como una Unidad Administrativa Especial del Orden nacional, adscrita al MINTIC, sin personería jurídica, pero con autonomía técnica, administrativa y financiera, se definen sus funciones y los órganos de dirección. Las estructuras de una y otra entidad fueron establecidas en los decretos 091 de 2010, (derogada por el 2618 de 2012⁹), 093 de 2010¹⁰ y 4169 de 2011¹¹.

En orden a resolver el presente conflicto de competencias, a continuación la Sala revisará el reparto de las facultades sancionatorias y de potestades de inspección, control y vigilancia que hizo la nueva normatividad y sus respectivas reglamentaciones entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MINTIC- y la Agencia Nacional del Espectro -ANE-.

4. Las potestades sancionatorias en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Como se pudo establecer en el expediente 53142 allegado a esta Sala, el conflicto de competencia administrativa entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro radica en determinar la entidad que debe continuar con las investigaciones administrativas

⁹ "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y se dictan otras disposiciones. Este decreto derogó el 091 de 2010".

¹⁰ "Por el cual se adopta la estructura de la Agencia Nacional del Espectro, ANE, y se dictan otras disposiciones."

¹¹ "Por el cual se modifica la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional del Espectro y se reasignan funciones entre ella y el Ministerio de las TIC".

contra el concesionario del servicio de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO por violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados así como por el incumplimiento en los pagos por concepto de Sayco y Acimpro; y el pago por concepto de uso del espectro radioeléctrico, actuaciones que hasta entonces venía adelantando el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sobre este particular, observa la Sala que la ley 1341 de 2009 previó en el título IX el régimen de infracciones y sanciones del que son sujetos los proveedores de redes y servicios por la infracción de las normas contenidas en la misma ley y sus decretos reglamentarios. Dicha normatividad le otorgó la potestad de policía administrativa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por ser esta la entidad que ejerce la vigilancia y control del sector, siempre y cuando dicha facultad no esté asignada por ley o por reglamento a otra entidad. Dice así la norma:

“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. (...)”

Procede la Sala a hacer entonces una revisión de la ley 1341 de 2009, respecto de las instituciones que ejercen poderes de control y vigilancia en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de descartar la competencia que sobre la modificación unilateral de parámetros técnicos esenciales, pueda tener la Agencia Nacional de Espectro, pues de existir una norma que le asigne expresamente a esta entidad la facultad sancionatoria sobre la infracción descrita en el numeral 11 del artículo 64 de la ley 1341¹², surgiría la excepción de competencia que fijó para el ministerio el artículo 63 de dicha ley. A continuación se analizan las funciones que a una y otra entidad les asignó la ley.

a. De la Agencia Nacional del Espectro – ANE

La ley 1341 de 2009 creó la Agencia Nacional del Espectro como una unidad administrativa especial del orden nacional adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones e indica en su artículo 25 lo que sigue:

¹² “Artículo 64. Infracciones. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes: / (...) / 11. La modificación unilateral de parámetros técnicos esenciales y el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora. (...)”.

"Artículo 25. Creación, naturaleza y objeto de la agencia nacional del espectro. Créase la Agencia Nacional del Espectro –ANE– como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin personería jurídica, con autonomía técnica, administrativa y financiera.

El objeto de la Agencia Nacional del Espectro es brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo".

Para determinar el alcance de la gestión de la Agencia Nacional del Espectro deben observarse las funciones consignadas en el artículo 26 de la ley 1341 de 2009, así:

"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 Política.

5. Realizar la gestión técnica del espectro radioeléctrico.

(...)

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, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.

(...)

Parágrafo 1°. La atribución y asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico seguirá siendo potestad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Parágrafo 2°. 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".

En ese marco se tiene que a la nueva entidad, denominada Agencia Nacional del Espectro, se le asignaron varias funciones del régimen de planeación y gestión del espectro, aun cuando no de manera absoluta sino coordinadas y compartidas con las facultades que permanecieron en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones relacionadas con el otorgamiento de los permisos para el uso del espectro y la función de definir la política y ejercer la gestión, planeación y administración del espectro radioeléctrico¹³. Por su parte, el

¹³ Ley 1341 de 2009 "Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"/(...) / Artículo 17. Objetivos del Ministerio (...) 4. Definir la política y ejercer la gestión,

decreto 093 de 2010, por medio del cual se adoptó la estructura de la entidad en concordancia con la ley 1341 de 2009, reiteró en su integridad el modelo funcional de la ANE (artículo 2); al igual que el decreto 4169 de 2011 (por el cual se modifica la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional del Espectro y se reasignan funciones entre ella y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones)¹⁴.

Observa la Sala que las funciones de la ANE están referidas a la vigilancia y control del espectro y a la gestión técnica del mismo, sin que de ellas pueda inferirse una facultad exclusiva y excluyente para adelantar las investigaciones administrativas por la modificación de los parámetros técnicos esenciales autorizados en que incurren los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora, sanción que de manera general tiene atribuida el MINTIC en el artículo 63 de la ley 1341.

Podría decirse que con la constatación expuesta, bastaría para concluir que es al MINTIC a quien corresponde asumir la competencia objeto del presente conflicto. Sin embargo, resulta importante para la Sala precisar el contenido de la potestad sancionatoria que está en cabeza del MINTIC por disposición del artículo 63 de la ley 1341 de 2009, lo cual pasa a hacerse a continuación.

b. Del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MINTIC

Cabe señalar que las facultades sancionatorias son los poderes que tiene la administración para cerciorarse de la ejecución de la ley. Dichos poderes se apoyan en la facultad de adelantar averiguaciones, visitas y demás actuaciones afines. Estas son las facultades de inspección y vigilancia, que para el caso de este conflicto, están en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como se lee en el artículo 60 de la ley 1341 que se transcribe:

“Artículo 60. Inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora”.

En este mismo sentido, el artículo 2º del decreto 091 de 2010 (que inicialmente modificó la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las

planeación y administración del espectro radioeléctrico y de los servicios postales y relacionados, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política”

¹⁴ De los cambios que introdujo el decreto 4169 de 2011 se destacan los siguientes: (i) Se le asigna a la ANE la función de planear y atribuir el espectro radioeléctrico con sujeción a las políticas y lineamientos que determine el MINTIC, para lo cual establecerá y mantendrá actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia, así como los planes técnicos de radiodifusión sonora que establezca el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículos. 1º y 3.1). (ii) Se radica en el Director de la Agencia la función de actuar como segunda instancia de los actos administrativos por infracciones al espectro (artículo 5). (iii) En cuanto a su naturaleza jurídica, se la dota de personería jurídica (artículo 2).

Comunicaciones) reiteraba las funciones generales de inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora y en su artículo 20 definía las facultades que para tales efectos tendría la Dirección de Vigilancia y Control del MINTIC¹⁵. El decreto 2618 del 17 de diciembre de 2012, que derogó el decreto 091 de 2010, creó una subdirección de vigilancia y control de radiodifusión sonora que reiteró y concretó las funciones atribuidas en el decreto 091 de 2010¹⁶.

Por otra parte, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, atendiendo a lo dispuesto en el párrafo del artículo 58 de la ley 1341 de 2009, expidió el reglamento del servicio de radiodifusión sonora¹⁷, en el cual precisó el alcance de las facultades del ministerio en la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora y a la par limitó el campo de acción de la ANE a funciones técnicas de verificación.

5. Conclusión

El recuento normativo precedente permite extraer las siguientes conclusiones:

(i) 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.

¹⁵ Decreto 091 de 2010 "Artículo 20: Dirección de vigilancia y control. Son funciones de la Dirección de Vigilancia y Control: (...) / 2. Definir los procesos y procedimientos de vigilancia y control de los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y de los servicios postales bajo responsabilidad del Ministerio. (...) / 7. Llevar a cabo las investigaciones y practicar las diligencias que correspondan de acuerdo con la normatividad y el debido proceso. / 8. Proyectar y calificar en primera instancia los procesos que adelante e imponer las sanciones que la Ley y las normas autorizan. / 9. Recibir y tramitar los asuntos de Vigilancia y Control remitidos por la Agencia Nacional del Espectro, ANE, para adelantar los procesos de competencia del Ministerio. (...)"

¹⁶ Decreto 2618 de 2012 "Artículo 22° Subdirección de Vigilancia y Control de Radiodifusión Sonora. Son funciones de la Subdirección de Vigilancia y Control de Radiodifusión Sonora, las siguientes: / 1. Adelantar en coordinación con las autoridades competentes, las acciones para la vigilancia y el control de los operadores de radiodifusión sonora. / (...) / 4. Adelantar procesos administrativos para sancionar a los operadores de radiodifusión sonora, cuando se hayan presentado fallas en la prestación de los servicios o incumplimientos frente a la normatividad vigente. / (...) / 8. Proyectar actos administrativos e implementar procesos para sancionar a los concesionarios de radiodifusión sonora, cuando se han presentado fallas en la prestación de los servicios o incumplimientos frente a la normatividad vigente."

¹⁷ Resolución 00415 del 13 abril de 2010. "Artículo 102. Inspección vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora. De conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Constitución Política y el artículo 60 de la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la Inspección vigilancia y control sobre el Servicio de Radiodifusión Sonora. (...) / La Agencia Nacional del Espectro adelantará las visitas correspondientes para verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos esenciales y no esenciales de las estaciones de radiodifusión sonora y adelantará las actuaciones de su competencia. La Agencia Nacional del Espectro deberá remitir el resultado de las mismas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que se adelanten, si es del caso, las actuaciones administrativas que correspondan y para que hagan parte del expediente histórico del concesionario. (...)"

(ii) 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.

(iii) 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.

(iv) 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.

(v) 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", infracción que conforme al artículo 63, debe sancionar el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones dado que, como ya antes se comprobó, no está asignada a la ANE.

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. Efectivamente, en tal sentido señala el artículo 57:

"Artículo 57. Prestación de los servicios de radiodifusión sonora. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública. La concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico. (...)

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

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 expresa¹⁸ 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.

En consecuencia, la Sala ordenará remitir la investigación administrativa del expediente No. 53142 contra el concesionario de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que sea esta la autoridad que adelante la investigación administrativa contra dicho concesionario por la supuesta violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados.

6. Términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en todo procedimiento administrativo la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6°), y el artículo 137 de la ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones, de orden constitucional y legal, los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones tampoco corren mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil no dirima la cuestión de la

¹⁸ Ley 489 de 1998. Estatuto de la Administración Pública. "Artículo 5o. Competencia administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

Se recuerda que, las competencias no pueden asignarse por analogía o por extensión de acuerdo a los términos del artículo 121 de la Constitución Política."

competencia. De ahí que, conforme al artículo 39, “mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 (sobre derecho de petición) se suspenderán”. En el mismo sentido el artículo 21 del CPACA, sobre *Funcionario sin competencia*, dispone que “los términos para decidir se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”. También es el motivo por el cual, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, artículo 12 del CPACA establece que “La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente en que la presente decisión sea comunicada.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

Primero: Declárase que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es la autoridad competente para adelantar la investigación administrativa contra el concesionario de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO, por la supuesta violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados.

Segundo: Devolver el expediente al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que continúe las actuaciones administrativas de manera inmediata.

Tercero: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente en que se comunique la presente decisión.

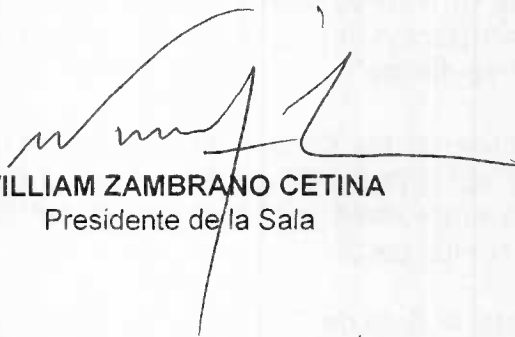
Cuarto: Comuníquese el contenido de este proveído al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la Agencia Nacional del Espectro y al concesionario de radiodifusión sonora FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALCALAÍNO - EMISORA ALCALÁ F.M. ESTEREO ubicado en el municipio del Alcala (Valle del Cauca).

Quinto: Reconócese personería al doctor Juan Manuel Charry Urueña como apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

y al doctor Jorge Dussán Hitscherich como apoderado de la Agencia Nacional del Espectro, en los términos de los poderes conferidos.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala