



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil quince (2015).

REF: Expediente núm. 2013-00633-00.
Medio de control: Nulidad.
Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Procede el Despacho a resolver la solicitud de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de las **Resoluciones núms. 4194 de 14 de mayo de 2013** *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por ATC SITIOS INFRANCO S.A.S., contra la Resolución 862 de 2012 expedida por la Oficina Asesora Jurídica de Planeación de Zipaquirá"*, y **4196 de la misma fecha** *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por ATC SITIOS INFRANCO S.A.S., contra la Resolución 863 de 2012 expedida por la Oficina Asesora Jurídica de Planeación de Zipaquirá"*, expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones¹.

¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Resolución núm. 488 de 12 de abril de 2002, emanada del otrora denominado Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se trata de una **Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica**, adscrita a dicho Ministerio.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

I-. ANTECEDENTES.

El **MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ**, en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las **Resoluciones núms. 4194 de 14 de mayo de 2013** *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por ATC SITIOS INFRANCO S.A.S., contra la Resolución 862 de 2012 expedida por la Oficina Asesora Jurídica de Planeación de Zipaquirá",* y **4196 de la misma fecha** *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por ATC SITIOS INFRANCO S.A.S., contra la Resolución 863 de 2012 expedida por la Oficina Asesora Jurídica de Planeación de Zipaquirá",* expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

II-. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL.

La parte actora, en escrito separado de la demanda, solicita que se decrete la suspensión provisional de los efectos de las citadas Resoluciones, con fundamento en lo siguiente:

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Afirma que las **Resoluciones núms. 4194 y 4196 de 14 de mayo de 2013**, emanadas de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por medio de las cuales se revocan las Resoluciones núms. 862 y 863 de 24 de diciembre de 2012, expedidas por la Oficina Asesora Jurídica de Planeación del Municipio de Zipaquirá, que negaron la licencia de construcción a "ATC SITIOS INFRANCO S.A.S.", para instalar antenas de comunicaciones en zona urbana de dicho ente territorial, ponen en peligro la salud e integridad personal de los habitantes del sector, en especial, la población infantil y joven, pues, a su juicio, está demostrado que las ondas emitidas por tales antenas generan contaminación electromagnética, según lo estableció la Corte Constitucional mediante sentencias T-360 de 2010 y T-1077 de 2012, cuyos apartes pertinentes transcribió ampliamente.

De dichos fallos de tutela, resaltó las siguientes consideraciones:

- Que mediante el Decreto núm. 195 de 2005, se adoptaron los límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos, indicados por la Comisión Internacional para la protección de la Radiación No Ionizante y por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y delegó en el

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Ministerio de Comunicaciones la reglamentación de las denominadas “fuentes inherentemente conformes”, cuya baja potencia de radiación no requiere medidas de precaución particulares.

- Que, por lo anterior, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución núm. 1645 de 2005, que adoptó los lineamientos de la UIT y estableció que son fuentes inherentes conformes los emisores que emplean los sistemas de telefonía móvil celular, habida cuenta de que los campos electromagnéticos emitidos por éstos, cumplen con los límites de exposición pertinentes, y por lo tanto no son necesarias precauciones particulares; que, posteriormente, el citado Ministerio, expidió la Circular núm. 270 de 2007, a través de la cual estableció que los operadores de telefonía móvil “no tienen restricción alguna para instalar sus estaciones base cerca o dentro de lugares de acceso público, tales como centros educativos, centros de servicio médico y zonas residenciales, y no tiene la obligación de tomar mediciones de radiación por estar instalados cerca o dentro de dichos sitios, conforme a la normativa nacional y las recomendaciones internacionales”.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

- Que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto núm. 195 de 2005, por regla general, no existe requisito alguno para instalar estaciones base en telecomunicaciones, por lo que, a su juicio, basta con que las empresas operadores de telecomunicaciones celebren un contrato de arrendamiento con la persona jurídica que tiene a su cargo la administración de la estación base, para que procedan a instalar una antena de telefonía móvil celular.
- Que, en caso de que se deba acreditar algún requisito específico ante las autoridades nacionales y/o territoriales competentes, se requerirá de las licencias o permisos que otorguen la Aeronáutica Civil, el Ministerio de Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los curadores urbanos o las oficinas de planeación municipales o distritales.
- Que la Ley 1341 de 2009, creó la Agencia Nacional del Espectro, ANE, con el objeto de brindar soporte técnico para la gestión y planeación, vigilancia y control del espectro electromagnético y adelantar las investigaciones a que haya lugar por infracciones al régimen del espectro; sin embargo, aseguró que en la actualidad ninguna autoridad se ocupa del cumplimiento de la normativa mencionada.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

- Que, en resumen, la Ley presume que las antenas de telefonía móvil celular son una fuente inherente; que no hay normativa especial que limite su ubicación y funcionamiento y que ninguna autoridad está a cargo de la inspección y vigilancia del espectro, lo cual, a su juicio, evidencia la falta de regulación desde el punto de vista de las garantías fundamentales, con los consecuentes riesgos para la salud y seguridad de la población.
- Que el principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o a largo plazo, los efectos de una acción, lo cual a menudo ocurre porque no existe conocimiento científico cierto acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.
- Que dicho principio puede ser aplicado para proteger la salud humana, entre otros, frente a casos de radiación o de exposición a ondas electromagnéticas, y está consagrado en la Ley 99 de 1993.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Con fundamento en dichos fallos de tutela, concluyó que de darse cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en los actos administrativos acusados, se pondrían en riesgo los derechos fundamentales a la salud, la vida digna, la integridad física y a la no discriminación.

Estima que está demostrado que dichos actos vulneran los artículos 313, numeral 7º, de la Constitución Política, y 42 del Decreto núm. 1469 de 2010, porque la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones carece de competencia para "*ordenar al Municipio, expedir licencias de construcción*".

Como prueba de los cargos de violación de la Constitución y la Ley, por parte de los actos administrativos acusados, aporta certificación expedida por la Secretaría de Salud y Protección Social del Municipio de Zipaquirá, que da cuenta de que las antenas de telefonía móvil instaladas se ubican dentro diversas instituciones, tales como iglesias, colegios, jardines infantiles, centros deportivos y hogares geriátricos; e información suministrada por la Secretaría de Planeación de dicho Municipio, acerca de la "*vocación de la zona*" donde se ordenó la ubicación de las antenas mencionadas.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

III.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, actuando por conducto de apoderado, solicitó denegar la medida cautelar de suspensión provisional, en consideración a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es necesario demostrar la incidencia nociva de las ondas generadas por las antenas de telefonía móvil, lo cual no ocurre en el presente asunto, pues no se aportaron pruebas científicas que den cuenta de ello.

Agregó que los documentos que acompañan la solicitud de la citada medida precautoria, no son idóneas para demostrar el nexo causal entre la emisión de ondas electromagnéticas y la afectación del derecho a la salud e integridad física de los habitantes del Municipio de Zipaquirá.

Aseguró que en la sentencia T-360 de 2010, la Corte Constitucional señaló que *"no puede concluirse que la antena base de telefonía móvil instalada por Comcel S.A., en el Barrio Campo Núñez de Neiva, sea causa de interferencia sobre el cardiodesfibrilador implantado a la demandante"*, y en su parte resolutive, exhortó al Ministerio a analizar las

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y de otros organismos internacionales, acerca de posibles efectos adversos a la salud por exposición a ondas electromagnéticas y a diseñar un proyecto encaminado a establecer la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las instituciones educativas, hospitales, hogares geriátricos.

Trajo a colación, igualmente, la sentencia T-517 de la Corte Constitucional, en la cual se declaró improcedente la acción de tutela por no haberse demostrado que la antena de telefonía móvil instalada cerca de la residencia de los demandantes, fuera causante de la enfermedad del cáncer y la muerte de algunos habitantes.

Alegó que mediante el Decreto núm. 195 de 2005 se adoptaron los estándares internacionales, indicados por la Comisión Internacional de Protección contra Radiaciones no Ionizantes y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), a partir de lo cual se ha concluido que *"teniendo en cuenta los muy bajos niveles de exposición, y los resultados de investigaciones reunidos hasta el momento, no hay ninguna evidencia científica contundente de que las débiles señales de RF procedentes de las estaciones base y las redes inalámbricas tengan efectos adversos en la salud"*.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Manifestó que en la Nota Descriptiva núm. 322 de la OMS-Junio de 2007, se advirtió que *"no existen mecanismos biofísicos comúnmente aceptados que sugieran una correlación entre la exposición de campos de frecuencia baja y la carcinogénesis ..."*.

Arguyó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311 de la Constitución Política y el Decreto 195 de 2005, corresponde a los Municipios ordenar el desarrollo de su territorio y propender por el mejoramiento social de sus habitantes, razón por la cual, la competencia para autorizar la instalación de antenas para la prestación del servicio de telefonía celular radica en cabeza de los entes territoriales, municipales y distritales, no del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

IV.-CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

IV.1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso².

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren "necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia" (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.³

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas

² Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

³ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: "...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'"

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa⁴.

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma "*podrá decretar las que considere necesarias*"⁵. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo "*regulado*" en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar "*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*" (Resaltado fuera del texto).

⁴ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

⁵ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*"La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicioso de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**.*

(...)

*En las demás medidas contempladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **distintas de la suspensión provisional** de los efectos del acto administrativo, se deberán atender para su análisis los criterios de **fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, periculum in mora, o perjuicio de la mora**, y, la **ponderación de intereses**, y será el Juez en su análisis y valoración de la situación propia de cada caso quien establezca los pesos argumentativos de los mismos en la decisión que adopte. ⁶ (Negritas fuera del texto).*

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

"Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por

⁶ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. ⁷ (Negrillas no son del texto).

⁷ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:
(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

IV.2. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo⁸ se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ El artículo 230 del C.P.A.C.A. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de *"evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho"*⁹.

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la

⁹ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁰.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones*

¹⁰ Vale la pena ahondar en la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799) a la que se ha venido haciendo mención y en la cual se puntualizó: “Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.” (Resaltado es del texto).

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final."

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de "*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*". ¹¹

IV.2.1. Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.

¹¹ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: "*Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que '[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'*. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia".(Negrillas fuera del texto).

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *"cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"*. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado¹². Dice así el citado artículo:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos

¹² Nótese pues que para la procedencia de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, se exige como requisito fundamental un análisis inicial de legalidad. Para las demás, se deberán aplicar los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, la ponderación de intereses, debiendo el Juez, en la valoración de la situación concreta, establecer el peso de las razones para la adopción de la correspondiente medida. Así lo puntualizó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la providencia de 17 de marzo de 2015, citada *ut supra* y en el fallo de 5 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013-06871, Consejero ponente doctor Alfonso Vargas Rincón), en el que afirmó: "En el informe de ponencia para segundo debate –Cámara-, en la Gaceta No. 951 del 23 de noviembre de 2010, se explicó (...) no sobra recordar que los requisitos previstos para las demás medidas cautelares –diferentes a la suspensión provisional de los actos- en los numerales subsiguientes tiene por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo; por eso, proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (*bonus fomis iuri*), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar; y la irremediabilidad de los dañoso el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (*periculum mora*). De esta manera, para otorgar o denegar alguna medida cautelar –se reitera diferente a la suspensión provisional de los actos-, el juez o magistrado ponente deberá considerar los supuestos establecidos en la citada norma bajo el principio de proporcionalidad.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

*procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (Negrillas fuera del texto).*

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

IV.3. El caso concreto.

A juicio del demandante, los actos administrativos acusados vulneran el artículo 313, numeral 7º, de la Constitución Política, que establece que el Concejo Municipal es la autoridad competente para reglamentar los usos del suelo; la Ley 388 de 1997, y el artículo 42 del Decreto núm. 1469 de 2010, que radica la competencia para resolver los recursos de apelación, en materia de licencias de construcción, en el Alcalde Municipal.

Sea lo primero advertir que en cuanto a la Ley 388 de 1997, el demandante no señala disposición concreta que haya sido violada con los actos acusados, ni explica el concepto de violación, por lo que a este respecto, no procede análisis alguno de la medida precautoria de suspensión provisional.

Por otra parte, el actor sugiere que al autorizar la instalación de antenas de telefonía móvil en una zona catalogada por el POT como de uso residencial, la Comisión de Regulación de Comunicaciones

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

intervino en asuntos propios del Municipio, para los cuales carece de competencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 313, literal 7º, de la Carta Política y 42 del Decreto núm. 1469 de 2010, que prescriben lo siguiente:

De la Constitución Política:

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

...

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda."

Del Decreto núm. 1469 de 30 de abril de 2010 *"Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones."*:

"Artículo 42. Recursos en la vía gubernativa. Contra los actos que concedan o nieguen las solicitudes de licencias procederán los recursos de reposición y apelación:

1. El de reposición, ante el curador urbano o la autoridad municipal o distrital que lo expidió, para que lo aclare, modifique o revoque.

2. **El de apelación, ante la oficina de planeación o en su defecto ante el alcalde municipal,** para que lo aclare, modifique o revoque. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

Parágrafo 1º. Los recursos de reposición y apelación deberán presentarse en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

65 de la Ley 9a de 1989. Transcurrido un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición del recurso sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa y quedará en firme el acto recurrido. Pasado dicho término, no se podrá resolver el recurso interpuesto e incurrirá en causal de mala conducta el funcionario moroso.

Parágrafo 2º. En el trámite de los recursos, los conceptos técnicos que expidan las autoridades o entidades encargadas de resolver los mismos, a través de sus dependencias internas, no darán lugar a la suspensión o prórroga de los términos para decidir.

En todo caso, presentados los recursos se dará traslado de los mismos al titular por el término de cinco (5) días calendario para que se pronuncien sobre ellos. El acto que ordene el traslado no admite recurso y solo será comunicado.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

De conformidad con la normativa transcrita, a juicio del demandante, como los actos administrativos acusados se refieren a licencias de construcción, quien debía resolver los recursos de apelación interpuestos contra los mismos era el Alcalde Municipal y no la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; y agrega que al autorizar la instalación de antenas en predios ubicados en zona residencial según el POT, la entidad demandada invadió la competencia de los Concejos Municipales sobre la reglamentación de los usos del suelo.

Sin embargo, al analizar el contenido de las decisiones administrativas cuya nulidad se pretende, se observa lo siguiente:

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Las **Resoluciones núms. 4194 y 4196 de 2013**, emanadas de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), por medio de las cuales se resolvieron sendos recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones núms. 862 y 863 de 2012, expedidas por la Oficina Asesora de Planeación de Zipaquirá, que negaron la solicitud de licencia de construcción para **"LA INSTALACIÓN DE UNA ANTENA DE TELECOMUNICACIONES"**, en predios ubicados en los Barrios San Carlos y El Rincón del Zipa del Municipio de Zipaquirá, según consta a folios 6 a 13 y 16 a 19 del cuaderno principal que contiene la demanda de nulidad de la referencia, fueron expedidas *"En ejercicio de las facultades conferidas en la Ley, en especial las previstas en los numerales 3, 10 y 18 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009"*, tal como se indica en el encabezado de los citados actos, objeto de la presente solicitud de suspensión provisional.

Dicha normativa establece lo siguiente:

"Artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

...

3. 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

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

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 entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.

...

10. Imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de acceso, uso e interconexión y las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, y señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes, así como fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión. Así mismo, determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones.

...

18. **Resolver recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones.**"

(Las negrillas y subrayas no son del texto original).

La entidad demandada, entonces, expidió los actos administrativos acusados, con fundamento en una norma especial de competencia, establecida por el Legislador en atención a una materia específica, a saber **"la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones"**, lo cual constituye el objeto de dichos actos administrativos, tal como consta en los apartes pertinentes, comunes a ambas decisiones¹³, que se transcriben a continuación:

¹³ El contenido y análisis de los dos actos administrativos acusados (Resoluciones núms. 4194 y 4196 de 2013), es, en esencia, idéntico; solo varía la información relacionada con la fecha de presentación de la solicitud de instalación de antenas, los barrios donde se autorizaron ubicar y el número de la Resolución apelada (862 y 863 de 2012).

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

"... ATC SITIOS INFRANCO S.A.S en adelante ATC, a través de su apoderada radicó ante la Secretaría de Planeación de Zipaquirá **solicitud para la instalación de los elementos que conforman una estación de red de telecomunicaciones**, en el predio ubicado en el barrio...

A través de documento con fecha del 19 de noviembre de 2012, los ciudadanos y vecinos colindantes del barrio San Carlos presentaron escrito de **oposición contra la solicitud de licencia de construcción para la instalación de la estación de red de telecomunicaciones**, en razón a los perjuicios que se ocasionarían en la salud de los residentes que habitan alrededor del predio donde se pretende hacer la instalación de la antena de telecomunicaciones, si esta llegara a instalarse.

...

A través de Resolución núm. 862 de 24 de diciembre de 2012 expedida por **la Oficina Asesora de Planeación de Zipaquirá se negó la aprobación de licencia de construcción para la instalación de una antena de telecomunicaciones** para el predio identificado en los párrafos precedentes de presente acto administrativo.

...

4. CONSIDERACIONES DE LA CRC.

4.1. Alcance del presente pronunciamiento.

Como bien lo dispone la Ley 1341 de 2009 en su artículo 22, numeral 18, la Comisión de Regulación de Comunicaciones es la autoridad competente para resolver los recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación y operación de redes de telecomunicaciones.

...

4.3. Respecto del Decreto 1469 de 2010.

Como se mencionó en el numeral 3 del presente acto administrativo, según el apelante para la instalación de estaciones de telefonía móvil celular no procede el trámite de licencias de construcción, debido a que el Decreto 1469 de 2010 establece que no se requiere licencia urbanística de construcción en ninguna de sus modalidades, para la ejecución de estructuras especiales, entre ellas las torres de trasmisión, particularmente en su artículo 11, numeral 2, que señala: "No se requerirá licencia urbanística de construcción en ninguna de sus modalidades para la ejecución de estructuras especiales tales como puentes, torres de trasmisión, torres y equipos industriales, muelles, estructuras hidráulicas y todas aquellas estructuras cuyo comportamiento dinámico difiera del de edificaciones convencionales."

Al respecto debe tenerse en cuenta que el apelante pierde de vista que si bien el Decreto 1469 de 2010 contempla la

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

mencionada regla, existe una norma de carácter especial que regula particularmente las reglas aplicables a la construcción de antenas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de tal suerte que en el este escenario debe darse aplicación al principio contenido en el artículo 10 del Código Civil, según el cual “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, asunto que como expresamente lo ha explicado la Corte Constitucional, constituye un criterio unánime de la doctrina jurídica nacional.

...

De lo anterior se desprende que **la solicitud de licencia de construcción para la instalación de este tipo de elementos, contrario a lo expuesto por el apelante, sí es necesaria y deberá acreditar su efectivo otorgamiento como uno de los requisitos para la instalación de estaciones radioeléctricas en telecomunicaciones** siempre y cuando se deban hacer intervenciones como obras de construcción, ampliación, modificación o demolición de las edificaciones en las cuales se pretenda instalar antenas de telecomunicaciones.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Para la Sala Unitaria, la violación de la Constitución y la Ley alegada por el actor, no surge del análisis de las Resoluciones acusadas y su confrontación con las normas presuntamente transgredidas, habida cuenta de que, como quedó visto, el objeto discutido en dichos actos administrativos, no es otro que la solicitud de **“licencia de construcción para la instalación de una antena de telecomunicaciones”**, para lo cual existe norma de competencia especial, prevista en el artículo 22, numeral 18, que establece que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es la encargada de resolver los recursos de apelación interpuestos contra los actos de cualquier autoridad, que se refieran a la construcción, instalación y operación de redes de telecomunicaciones; asunto éste, que es

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

diferente al de las licencias urbanísticas de construcción previstas en el Decreto 1469 de 2010 y a la reglamentación sobre los usos del suelo de que trata el artículo 313, numeral 7º, de la Carta Política, que se aducen violados.

En tales circunstancias, no se configuran los presupuestos indicados en el inciso 1º del artículo 231 del C.P.A.C.A., para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional, pues no se encuentra demostrada ni la falta, ni la extralimitación de competencia de la entidad demandada para expedir los actos administrativos objeto de análisis, lo cual impone negar la medida precautoria.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con los argumentos del actor, tendientes a que se dé aplicación al principio de precaución, mencionado en diversas sentencias de revisión de acción de tutela, proferidas por la Corte Constitucional, relacionadas con el derecho a la salud frente a la emisión de ondas electromagnéticas, la Sala Unitaria reitera que de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 231 del C.P.A.C.A., cuando, además de la nulidad del acto acusado, se pide el **restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios**, a la medida precautoria de suspensión provisional debe aportarse la prueba de los mismos.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Pero ocurre que en el caso examinado, **el medio de control ejercido es el de nulidad**, no el de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que no procede estudio de los presuntos perjuicios sufridos por los habitantes del Municipio demandante, los cuales, dicho sea de paso, carecen de sustento probatorio en el actual momento procesal, pues el actor se limitó a aducir las consideraciones jurisprudenciales relacionadas con la materia aludida, sin que éstas constituyan prueba eficiente del daño a la salud e integridad física de las personas que se ubican cerca de las antenas de telecomunicaciones autorizadas mediante los actos acusados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

Primero: DENIÉGASE la medida cautelar solicitada por el demandante.

REF: Expediente núm. 2013-00633-00. Actor: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

Segundo: Tiénese al doctor **JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA**, como apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**, de conformidad con el poder y los documentos anexos, obrantes a folios 34 y siguientes del cuaderno de medidas cautelares.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera