

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **5 035** DE 2016

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de queja interpuesto por **NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.** contra el Oficio del 12 de enero de 2016, expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní – Magdalena, por medio del cual se rechaza el recurso de apelación interpuesto contra la negativa para la instalación de una estación de telecomunicaciones contenida en el Oficio del 23 de diciembre de 2015 del mismo despacho"*

**EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE
COMUNICACIONES**

En ejercicio de las facultades conferidas en la Ley, en especial las previstas en el numeral 18 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, Resolución CRC 2202 de 2009 modificada mediante la Resolución CRC 4336 de 2013,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

El día 3 de diciembre de 2015, **NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.** en adelante **NMS TOWERS**, a través de su apoderado radicó ante la Secretaría de Planeación de Ariguaní, solicitud de licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones en el predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104 del Municipio de Ariguaní, departamento de Magdalena¹.

En respuesta a la solicitud mencionada la Secretaría de Planeación de Ariguaní, el 23 de diciembre de 2015 expidió Oficio del donde afirmó que ese despacho *"se está absteniendo de expedir licencias de construcción de antenas de telecomunicaciones dentro del perímetro urbano, basándose en las sentencias de la Corte, también la comunidad se han opuesto a la instalación de estas antenas en varias ocasiones y han generado problemas de orden público en el municipio"*.

En razón de lo anterior, el 5 de enero de 2016 **NMS TOWERS**, por conducto de apoderada, interpuso recurso de apelación contra el Oficio del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní³.

Por medio de Oficio del 12 de enero de 2016, la Secretaría de Planeación de Ariguaní negó la admisión y remisión del recurso de apelación interpuesto por **NMS TOWERS** ante esta Comisión, y

¹ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 5.

² Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 6 y 7.

³ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 8.

reiteró la negativa de autorización para la instalación de una estación de telecomunicaciones comunicada en el Oficio del 23 de diciembre de 2015.

Por tal motivo **NMS TOWERS** interpuso ante esta Comisión recurso de queja contra el Oficio del 12 de enero de 2016 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, escrito que fue radicado en esta entidad con el consecutivo 201630080 del 15 de enero de 2016⁴.

Una vez revisada la documentación remitida con el recurso de queja mencionado, esta Comisión evidenció la necesidad de incorporar a su análisis los medios de información y elementos de juicio que permitieran decidir de fondo sobre el mismo. Por esta razón, mediante comunicación con radicado de salida número 201650825 del 15 de febrero de 2016⁵, solicitó a la Secretaría de Planeación de Ariguaní remitir una constancia de la fecha exacta en la que **NMS TOWERS** fue notificado del Oficio del 23 de diciembre de 2015, así como una certificación de los usos del suelo - principales y complementarios- que corresponden al predio objeto de la solicitud de permiso conforme al Plan Básico de Ordenamiento Territorial vigente en el municipio. Igualmente se solicitó la remisión de los documentos correspondientes a los estudios de suelos, estructura, y planos allegados por **NMS TOWERS** al momento de presentar la solicitud de permiso para la instalación de la estación de telecomunicaciones.

En respuesta a la anterior solicitud, la Secretaría de Planeación de Ariguaní, a través de comunicación radicada en esta Entidad bajo número 201630733⁶ del 8 de marzo de 2016, allegó documentación asociada al trámite de la solicitud de **NMS TOWERS** en veintinueve (29) folios. No obstante, en la comunicación por la cual se remitió la documentación mencionada la Secretaría de Planeación afirmó que: *"La empresa NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S. presento varios mapas, los cuales se les estará enviando en próximos días, debido a que no se les ha podido sacar fotocopia para enviárselos, en la Alcaldía ni en el Municipio de Ariguaní, existen ese tipo de fotocopadoras, por lo que se estará sacando en la ciudad de Valledupar, César, y luego se enviara; estos planos los presento NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S. No lo hizo en medio magnético"*.

Dado que la Secretaría de Planeación de Ariguaní no remitió los mapas anunciados y aportados por **NMS TOWERS** con la solicitud de autorización para la instalación de una estación de telecomunicaciones, documentos necesarios para verificar si dicha solicitud cumple con el requisito establecido en el numeral 2 del Artículo 2.2.2.5.4.1 del Decreto 1078 de 2015, esta Comisión remitió una nueva comunicación a la Secretaría de Planeación de Ariguaní con radicado de salida 201652289 del 27 de abril de 2016⁷. En ella se insistió en la remisión total del expediente, incluyendo los mapas, planos y demás estudios estructurales debido a que resultan necesarios para resolver de fondo el recurso y a que dicho despacho podía enviarlos a esta Comisión en copia original.

Mediante comunicación con radicado 201632077 del 10 de junio de 2016⁸, la Secretaría de Planeación de Ariguaní finalmente allegó a esta Entidad la documentación faltante en un folio y diez (10) planos.

Teniendo en cuenta los documentos remitidos con el expediente por parte de la Secretaría de Planeación de Ariguaní, y para efectos de establecer la procedencia del recurso de queja frente a los requisitos contemplados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, esta Comisión acreditó que el trámite de notificación del Oficio del 23 de diciembre de 2015 no se adelantó siguiendo los términos del artículo 67 del CPACA, o en su defecto del artículo 68 del mismo Código. Por lo tanto, en lo referente al trámite de notificación debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 72 del CPACA el cual determina que "[s]in el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".

En el caso concreto se observa que **NMS TOWERS** se pronunció de manera expresa respecto del contenido y alcance del Oficio del 23 de diciembre de 2015, sobre el cual recae el recurso de apelación, manifestando haber sido notificado personalmente del mismo el día 23 de diciembre de 2015, tal como se evidencia en la suscripción de recibido consignada sobre la copia que reposa en

⁴ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 2.

⁵ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 47.

⁶ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 17 a 46.

⁷ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 49.

⁸ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 50.

el expediente⁹. Por tanto, se tiene que es aplicable la figura de notificación por conducta concluyente contemplada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como una forma subsidiaria de la notificación, que de configurarse, suple la carencia de una notificación personal efectiva. Es así que deberá entenderse como fecha de notificación de la respuesta a la solicitud de autorización el día 23 de diciembre de 2015, fecha en la cual **NMS TOWERS** recibió y tuvo conocimiento del acto administrativo contenido en el Oficio del 23 de diciembre de 2015.

Bajo este contexto, el recurso de apelación de **NMS TOWERS** fue presentado dentro del término previsto por la ley, en este caso, dentro de los diez (10) días hábiles luego de la notificación del Oficio del 23 de diciembre de 2015, ya que según consta en el recibido consignado en la copia que reposa en el expediente, el recurso fue radicado en el despacho de la Secretaría de Planeación de Ariguaní el día 5 de enero de 2016¹⁰.

A su vez, se tiene que el Oficio del 12 de enero de 2016 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, y mediante el que se rechazó la admisión y remisión del recurso de apelación de **NMS TOWERS** ante esta Comisión, fue notificado en las mismas condiciones que el Oficio del 23 de diciembre de 2015, y por ello le es aplicable la figura de notificación por conducta concluyente, lo anterior, debido a que **NMS TOWERS** se pronunció de manera expresa respecto del contenido y alcance del Oficio del 12 de enero de 2016 en el escrito del recurso de queja, manifestando además que fue notificado del mismo el día 13 de enero de 2016¹¹. Es así que deberá entenderse como fecha de notificación de la respuesta al recurso de apelación el día 13 de enero de 2016.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el recurso de queja fue presentado por **NMS TOWERS** dentro del término previsto por la ley, en este caso, dentro de los cinco (5) días hábiles luego de la notificación del Oficio del 12 de enero de 2016 por el cual se rechazó la apelación, y por ello cumple con los requisitos de ley, esta Comisión procede a admitirlo para su respectivo estudio.

Finalmente, debe mencionarse que en virtud de lo dispuesto en el literal g) del artículo 1 de la Resolución 2202 de 2009 modificada por la Resolución 4336 de 2013, fue delegada en el Director Ejecutivo de la CRC previa aprobación del Comité de Comisionados de la entidad, la expedición de todos los actos administrativos sean de trámite o definitivos, para decidir sobre los recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones.

2. RECURSO DE QUEJA PRESENTADO

2.1. Sobre la decisión objeto del recurso de queja

La Secretaría de Planeación de Ariguaní manifestó en el Oficio del 12 de enero de 2016 que, frente a la negativa de autorización para la instalación de una estación de telecomunicaciones expresada en el Oficio del 23 de diciembre de 2015, no procedía recurso de apelación debido a que dicho acto administrativo no poseía un carácter definitivo ya que en el último párrafo se mencionaba textualmente *"Espero de esta manera dar respuesta satisfactoria a su solicitud, reiterándole que este Despacho se encuentra atento y presto a lo que nos corresponda y concierne"*, afirmación que según ese despacho implica que está en disposición de llegar a un acuerdo sobre el tema en cuestión.

De igual forma, la Secretaría de Planeación de Ariguaní menciona en el Oficio del 12 de enero de 2016 el principio de precaución que ha considerado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia *"en estos casos de antenas que ponen en riesgo la salud de las personas"*.

2.2. Sobre los argumentos planteados en el recurso de queja

Afirma la apoderada de **NMS TOWERS** que, tal como señaló en el recurso de apelación presentado, la respuesta de la Secretaría de Planeación de Ariguaní es un acto definitivo ya que contiene una manifestación de voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos y por ello es susceptible de los recursos de ley. Para sustentar su afirmación cita jurisprudencia del Consejo de

⁹ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 18.

¹⁰ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 10.

¹¹ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 2.

Estado y la Corte Constitucional sobre el carácter de los actos administrativos particulares y sus efectos.

Afirma también **NMS TOWERS** que la Secretaria de Planeación de Ariguaní pasó por alto la competencia funcional de la CRC en la materia al negar el recurso de apelación sin que existan justificaciones legales debidamente motivadas para ello.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

3.1. Competencia de la CRC

La Ley 1341 de 2009 en su artículo 22, numeral 18, establece que la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC– 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, competencia que implica realizar un control de legalidad como instancia de apelación, en el cual se efectúa un análisis minucioso del acto administrativo recurrido frente a los postulados constitucionales y legales que consagra el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de actuaciones. Adicionalmente, es importante recordar que la referida competencia pretende dar cumplimiento a los postulados consagrados en la Ley 1341 de 2009, principalmente en lo referente al fomento y despliegue de la infraestructura, pilares fundamentales de la referida ley 1341 que en su artículo 2º consagra el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, indicando que:

"[e]l Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura"
(...)

*Para tal efecto dentro del ámbito de sus competencias, las entidades de orden nacional y territorial **están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida**, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general."* (NFT).

Dicho principio adquiere gran importancia dentro del análisis de los recursos de apelación o queja asociados a la construcción, instalación y operación de redes de telecomunicaciones, en la medida en que corresponde al Estado, como un todo, fomentar el uso eficiente y el despliegue de la infraestructura. Al respecto, es del caso tener presente que de acuerdo con el artículo 7 de la ley citada previamente, la misma debe ser interpretada en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en ella, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Así, la Ley 1341 de 2009 estableció una competencia especial para la CRC en virtud de la cual, a pesar de no ser el superior jerárquico de las autoridades que conocen las peticiones relacionadas con la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones, es la autoridad encargada de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra los actos administrativos que resuelvan esta clase de peticiones, y es por virtud de la Ley misma y para estos efectos, que la CRC se constituye en superior funcional de dichas autoridades en esta específica materia.

De esta manera, es claro que la CRC es la entidad competente para resolver el recurso de queja interpuesto por la empresa **NMS TOWERS** contra el acto administrativo que rechazó la apelación al acto contenido en el Oficio del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, puesto que este resuelve una solicitud que se dirige a la instalación, diseño y ocupación de elementos pertenecientes a una red de telecomunicaciones que afecta la prestación de servicios, así las cosas esta Comisión dentro del marco antes expuesto y según la función expresa otorgada sobre la materia, debe proceder a conocer el recurso de queja interpuesto por **NMS TOMWERS** a través de su apoderada.

Esclarecida la competencia de esta Comisión en el asunto, en primer lugar, se procederá a revisar la procedencia del recurso de queja analizando los argumentos con los que la Secretaría de Planeación de Ariguaní rechazó el recurso de apelación presentado por **NMS TOMWERS**, para luego, si es el caso, resolver de fondo este último.

3.2. Procedencia del recurso de queja

Señala el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que contra los actos definitivos procede el recurso de queja cuando se rechace el de apelación, recurso que es facultativo y se debe interponer por escrito ante el superior del funcionario que dictó la decisión, junto con la copia de la providencia que haya negado el recurso de apelación. De este recurso se puede hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Como se mencionó en el apartado de antecedentes del presente acto administrativo, el escrito radicado por **NMS TOWERS** bajo el consecutivo 201630080 del 15 de enero de 2016, cumple con los requisitos formales anteriormente mencionados para el recurso de queja y, de acuerdo con el expediente, fue interpuesto dentro del término legal de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión que rechazó el de apelación. Dado lo anterior, esta Comisión revisará ahora la decisión del acto contenido en el Oficio del 12 de enero de 2016, que rechazó el de apelación, entendiendo que el argumento planteado por el recurrente se refiere al carácter de acto definitivo del Oficio del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní como respuesta a la solicitud para la instalación de una estación de telecomunicaciones.

3.2.1. Carácter definitivo del acto administrativo contenido en el Oficio del 23 de diciembre de 2015

La Secretaría de Planeación de Ariguaní negó el recurso de apelación interpuesto por **NMS TOWERS** contra el Oficio del 23 de diciembre de 2015, asegurando que éste no se trataba de un acto definitivo ya que en el último párrafo del documento textualmente decía *"Espero de esta manera dar respuesta satisfactoria a su solicitud, reiterándole que este Despacho se encuentra atento y presto a lo que nos corresponda y concierne"*, manifestación que según ese despacho implica que se encuentra en disposición de llegar a un acuerdo sobre el tema en cuestión, lo que no le otorga el carácter de definitivo al mencionado acto.

Debe entrar a considerar esta Comisión entonces si dicha afirmación de la Secretaría de Planeación de Ariguaní es suficiente para desestimar el carácter de acto administrativo definitivo del Oficio del 23 de diciembre de 2015 a la luz de los preceptos legales que rigen el trámite de una solicitud de instalación de infraestructura para servicios de comunicaciones en concordancia con los derechos fundamentales de petición y debido proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que *"(d)e acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el acto administrativo es la declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, directos y vinculantes"*¹². La misma Corporación ha manifestado que *"(l)os actos definitivos son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación, tal como lo indica el artículo 43 del CPACA"*¹³.

Por su parte, la Corte Constitucional ha reiterado en abundante jurisprudencia que el núcleo del derecho de petición implica que la respuesta a cualquier solicitud debe cumplir los siguientes parámetros: (i) ser pronta y oportuna; (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente la situación planteada por el interesado; (iii) y, finalmente, tiene que ser puesta en conocimiento del peticionario¹⁴. Adicionalmente, cuando la solicitud es elevada ante una autoridad administrativa, es imperativo que se aplique el debido proceso administrativo que, como desarrollo del principio de legalidad, se concreta en dos garantías mínimas: (i) En la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación¹⁵. De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de

¹² Sentencia Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3B. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth. 29 de agosto de 2012. Radicación N°: 25000-23-26-000-1999-02639-01(25390).

¹³ Sentencia Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. 28 de agosto de 2013. Radicación N°: 11001-03-28-000-2013-00017-00.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-760/09, T-146/12, T-149/13, T-172/13 y T-332/15.

¹⁵ Véase, Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2004. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley¹⁶.

Visto lo anterior, para esta Comisión resulta claro que el Oficio del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, en cuya referencia se lee "*Respuesta de derecho de petición*", es un acto administrativo donde quedó plasmada la voluntad de la administración municipal para no conceder la licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones solicitada por **NMS TOWERS** el 3 de diciembre de 2015 con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional y en una oposición de la comunidad que ha generado problemas de orden público en el municipio¹⁷. Pero también es evidente que el Oficio del 23 de diciembre de 2015 tiene carácter definitivo, dado que decide negativamente la solicitud de **NMS TOWERS**, impidiéndole continuar con el trámite para obtener la licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones.

Asumir entonces que el Oficio del 23 de diciembre de 2015 no es un acto definitivo ya que la Secretaría de Planeación de Ariguaní ha manifestado en él su disposición para llegar a un acuerdo sobre el tema, implica desconocer los procedimientos y términos señalados en la ley para dar trámite y culminación a este tipo de solicitudes. De aceptarse tal afirmación, se presentaría una suspensión discrecional e indeterminada de los términos legales con que cuenta el solicitante para ejercer su derecho de contradicción e impugnación, lo anterior, debido a que la Secretaría de Planeación de Ariguaní no aclara en ningún aparte del Oficio del 23 de diciembre de 2015 los términos para complementar la solicitud, para reponer la decisión, o para definir con claridad las condiciones en que se encuentra "dispuesta" a continuar con el trámite, condiciones que por demás deben estar estrictamente sujetas al procedimiento administrativo reglado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y a las disposiciones del artículo 2.2.2.5.4.1 del Decreto 1078 de 2015 en conjunto con el Capítulo 1 del Título 6 del Decreto 1077 de 2015¹⁸ sobre el régimen de licencias urbanísticas.

Así pues, esta Comisión considera que el argumento expuesto en el Oficio del 12 de enero de 2016 por parte de la Secretaría de Planeación de Ariguaní para no conceder la apelación contra el Oficio del 23 de diciembre de 2015 resulta insuficiente, por lo que el recurso de queja es procedente y es necesario ahora estudiar de fondo los argumentos planteados en el recurso de apelación antes rechazado frente a las motivaciones por las cuales la Secretaría de Planeación de Ariguaní se negó a autorizar la instalación de una estación de telecomunicaciones en el predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104 del Municipio de Ariguaní.

3.3. Recurso de apelación. Argumentos

Afirma **NMS TOWERS** en el escrito del recurso de apelación que el Oficio del 23 de diciembre de 2015, expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, adolece de falta de motivación ya que no contiene argumentos jurídicos de ningún tipo. Menciona que las solicitudes sobre instalación de estaciones de telecomunicaciones deben basarse en las normas nacionales vigentes y no en aspectos relativos a la salud o el desacuerdo de la comunidad sobre este tipo de proyecto, razones que no tienen sustento.

Manifiesta también **NMS TOWERS** que la Secretaría de Planeación de Ariguaní se abstuvo de otorgar el permiso aduciendo unas afectaciones a la salud de los habitantes por causa de la instalación de la estación de telecomunicaciones, sin soportar dicha afectación con alguna evidencia o manifestación por parte de la comunidad, salvo la simple mención a una sentencia de la Corte Constitucional que no identificó. En este sentido, dice **NMS TOWERS** que las antenas de telecomunicaciones cumplen los límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos establecidos por el marco jurídico nacional.

Finalmente, en relación con el desacuerdo de la comunidad para la instalación de la estación de comunicaciones, menciona **NMS TOWERS** que esto no constituye un impedimento ya que dentro del Municipio de Ariguaní no existe normatividad específica que indique que para la instalación de estaciones de telecomunicaciones se deba contar con la aceptación de la comunidad circundante y, por el contrario, la solicitud presentada cumple con todos los requisitos que exige la normatividad

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Expediente administrativo 3000-10-162. Folio 6.

¹⁸ El Decreto N° 1077 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*" ha compilado el Decreto 1469 de 2010.

nacional vigente, esto es, los requisitos únicos para la instalación de estaciones radioeléctricas en telecomunicaciones que contiene el artículo 2.2.2.5.4.1 del Decreto 1078 de 2015.

3.4. Fundamentos de la negativa de autorización para la instalación de una estación de telecomunicaciones

Al analizar de fondo el escrito del recurso de apelación interpuesto por **NMS TOWERS** se evidencia que los argumentos esbozados por el solicitante: falta de motivación del acto y ausencia de soportes de las presuntas afectaciones a la salud de los habitantes, están directamente relacionados con la aplicación del principio de precaución por parte de la autoridad territorial como fundamento para abstenerse de autorizar la instalación de estaciones de telecomunicaciones. Por lo anterior, debe esta Comisión entrar a determinar dos aspectos: **i)** la legalidad de la abstención de la Secretaría de Planeación de Ariguaní para expedir licencias de construcción de infraestructura de telecomunicaciones con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el principio de precaución y; **ii)** la necesidad de aprobación de la comunidad para la instalación.

De manera previa a abordar los mencionados aspectos, debe anotarse que la solicitud para la instalación de una estación de telecomunicaciones elevada por **NMS TOWERS** cumple con los demás requisitos que exige el artículo 2.2.2.5.4.1 del Decreto 1078 de 2015¹⁹, salvo la correspondiente licencia o autorización, lo anterior, de conformidad con los documentos que obran en el expediente.

3.4.1. Aplicación del principio de precaución

La Secretaría de Planeación de Ariguaní afirma inicialmente en el Oficio del 23 de diciembre de 2015, por el cual negó la solicitud de licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones a **NMS TOWERS**, que se está absteniendo de expedir licencias de construcción de antenas de telecomunicaciones dentro del perímetro urbano, basándose en las sentencias de la Corte y en que la comunidad se ha opuesto a la instalación de estas antenas en varias ocasiones y han generado problemas de orden público en el municipio.

Seguidamente, la Secretaría de Planeación de Ariguaní expone en el Oficio del 23 de diciembre de 2015, como motivación a su afirmación inicial, una serie de consideraciones extraídas de un artículo periodístico cuya fuente no cita en ningún aparte del acto administrativo, pero que se encuentra publicado en Internet²⁰. Este artículo periodístico, con ocasión de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, presenta diferentes problemáticas referentes al despliegue de infraestructura en la ciudad de Cartagena, además de realizar aseveraciones sobre la presunta afectación a la salud por parte de las estaciones de telecomunicaciones de manera general.

Pese a lo anterior, y considerando que la motivación del acto de negativa son las ya referidas apreciaciones periodísticas como sustento de la aplicación de las providencias proferidas por la Corte Constitucional, debe esta Comisión analizar la legalidad de la abstención de la Secretaría de Planeación frente a las subreglas jurisprudenciales esbozadas por la misma Corte en lo que se refiere a la aplicación del principio de precaución a situaciones concretas.

De manera preliminar, debe recordarse que el principio de precaución es entendido como un "enfoque de gestión de los riesgos que se ejerce en una situación de incertidumbre científica frente a un riesgo. Se traduce en la exigencia de actuar frente a un riesgo, potencialmente grave, sin esperar a los resultados de la investigación científica"²¹ y ha sido plasmado como principio en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo en los siguientes términos:

Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o

¹⁹ Los requisitos contemplados en el artículo 16 del Decreto 195 de 2005, fueron compilados en este artículo del Decreto 1078 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

²⁰ Revista web El Metro. "Corte Constitucional ordena regular la instalación de las antenas de telefonía móvil". Disponible en: http://www.revistaelmetro.com/metroweb/antenas_telefonia.html

²¹ Concepto de la Dirección General 24 de la Comisión Europea. Citado en: ROMERO CASABONA, Carlos María. *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Editorial Comares, Bilbao 2004. Pág. 4.

irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Esta declaración internacional se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante el numeral 1° del artículo primero de la Ley 99 de 1993, incorporación que fue declarada constitucionalmente válida en la Sentencia C-528 de 1994. En el mismo artículo de la Ley 99 de 1993 se explica el alcance del principio de precaución, señalando que en aquellos casos en que exista un peligro de daño grave o irreversible, la autoridad estatal correspondiente no podrá argumentar la falta de certeza científica absoluta para postergar su obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir la ocurrencia del daño. El principio de precaución ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, Corporación que en diversos pronunciamientos ha decantado su alcance y requisitos. De esta manera, en Sentencia C-293 de 2002²² concluyó que:

"cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho" (negrillas propias).

En la misma providencia la Corte estableció los requisitos para la aplicación de dicho principio, a saber: "(i) Que exista peligro de daño; (ii) Que éste sea grave e irreversible; (iii) Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; (iv) Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. (v) Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado".

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional en Sentencias T-360 de 2010, T-1077/2012 y T-397/2014, han invocado el principio de precaución como una medida frente a los posibles efectos de los campos electromagnéticos de radiofrecuencia no ionizante en la salud humana y el ambiente, no obstante, los estudios de las agencias especializadas de la Organización Mundial de la Salud que han servido de elementos probatorios en sentencias como la mencionada T-1077/2012 han mostrado que el potencial riesgo NO se deriva de antemano de la exposición ambiental u ocupacional a la infraestructura de telecomunicaciones o antenas, sino de la exposición personal a dispositivos móviles como teléfonos celulares que conlleva unas tasas de absorción de radiación no ionizante que podrían acarrear efectos adversos en la salud humana en el largo plazo. Por esta razón, la invocación del principio de precaución para mitigar todo riesgo de afectación a la salud humana por causa de la exposición a los campos electromagnéticos, conforme a la línea jurisprudencial trazada en las ya mencionadas sentencias de la Corte Constitucional, obligatoriamente debe tener en cuenta todos los criterios esbozados por esa misma Corporación para su aplicación, particularmente el que exige que el acto sea motivado para dar cuenta de que la situación concreta en efecto representa un riesgo siquiera potencial.

Desde el punto de vista técnico, una abstención generalizada para expedir licencias de construcción para la instalación de estaciones de telecomunicaciones dentro del perímetro urbano de una entidad territorial, lejos de mitigar el riesgo, contradice las recomendaciones de los expertos en torno al principio de precaución, puesto que limita el despliegue de infraestructura a zonas alejadas de los centros urbanos, que son las zonas donde se concentra la mayor cantidad de usuarios y teléfonos móviles, generando que éstos últimos tiendan a emitir campos electromagnéticos de mayor potencia en la medida en que se encontrarían más alejados de las estaciones de comunicaciones (antenas) con las cuales deben establecer un enlace para permitir una comunicación celular.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión no observa que el acto contenido en el Oficio del 23 de diciembre de 2015 contenga argumentos jurídicos, técnicos o médicos concretos que evidencien las situaciones de hecho que han dado lugar a la abstención de expedir licencias urbanísticas para la instalación o ubicación de estaciones de telecomunicaciones dentro del municipio de Ariguaní, esto como medida de mitigación de un riesgo, así sea potencial. Por tal motivo, se está desconociendo el mandato de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que obliga a que toda autoridad que tome una decisión donde se aplique el principio de precaución, lo haga en forma motivada y alejada de toda arbitrariedad o capricho.

Adicionalmente, si una autoridad considera que puede hacer extensibles los efectos de una providencia de la Corte a un caso concreto, debe probar y justificar que las mismas situaciones de hecho o de derecho esgrimidas en la providencia citada están presentes en el caso al que hace

²² Véase, Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 2002. MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

referencia la solicitud o trámite administrativo. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que la figura para hacer extensibles tales efectos es la denominada *efectos inter comunis*, que se definen "como aquellos efectos de un fallo de tutela que **de manera excepcional se extienden** a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales"²³.

Como consecuencia de lo anterior, las consideraciones de las sentencias invocadas por la Secretaría de Planeación de Ariguaní no están llamadas a aplicarse en el asunto de estudio debido a que la negativa para el permiso o licencia de instalación de la estación de telecomunicaciones tampoco ha expuesto o motivado la similitud de los elementos fácticos o jurídicos que le permitan tomar una decisión como la contenida en el Oficio del 23 de diciembre de 2015, la motivación del acto de negativa no va más allá de plasmar el artículo periodístico ya reseñado, del cual ni siquiera se reconoce su autoría, sin realizar ningún tipo de análisis sobre el mismo para determinar la similitud o aplicabilidad en la zona correspondiente al predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104 del Municipio de Ariguaní o de su comunidad circunvecina.

3.4.2. Necesidad de aprobación de la comunidad

En este aspecto, debe mencionarse que, si bien es un mandato constitucional que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectar sus derechos colectivos, esta participación debe venir garantizada desde la Ley. En este caso, la Ley que reglamenta el trámite de licencias urbanísticas en sus diferentes modalidades es la Ley 388 de 1997, reglamentada por el Decreto 1469 de 2010, ahora compilado en el Decreto 1077 de 2015 y, en lo que no esté dispuesto en esta normativa, aplicarán las normas locales de la entidad territorial, primordialmente las que tenga establecidas el respectivo Plan de Ordenamiento Territorial.

El Decreto 1077 de 2015 garantiza la participación de la comunidad en relación con el trámite y expedición de licencias urbanísticas conforme a lo dispuesto en sus artículos 2.2.6.1.2.2.1 y 2.2.6.1.2.2.2. Este último artículo establece claramente que en el proceso de expedición de licencias los vecinos del predio en cuestión pueden presentar objeciones y observaciones por escrito, acreditando la condición de tercero individual y directamente interesado, y presentando las pruebas que se pretendan hacer valer, las cuales deben fundamentarse **únicamente** en la aplicación de las normas jurídicas, urbanísticas, de edificabilidad o estructurales referentes a la solicitud, so pena de la responsabilidad extracontractual en la que podría incurrir por los perjuicios que ocasione con su conducta.

En el expediente administrativo que corresponde a la solicitud de licencia y/o permiso de **NMS TOWERS** para la instalación de una estación de telecomunicaciones en el predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104, remitido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, no hay evidencia de ninguna constancia, documento o escrito que demuestren la intervención de ningún tercero interesado en el trámite o que sustente jurídica, urbanística o estructuralmente la oposición a la instalación. Tampoco se encuentra dentro del Plan Básico de Ordenamiento Territorial vigente para el Municipio de Ariguaní, Acuerdo N° 11 de 2000, ninguna norma que establezca actividades de socialización y aprobación previa de las comunidades para el trámite de licencias urbanísticas.

Así pues, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución, y visto que no se encuentra en el Acuerdo N° 11 de 2000, Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Ariguaní, ninguna prohibición o restricción para no conceder la licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones en el predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104 del Municipio de Ariguaní, en ejercicio de sus competencias legales, esta Comisión procederá a revocar la decisión recurrida y, en su lugar, ordenará a la Secretaría de Planeación de Ariguaní aprobar la solicitud de licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones elevada por **NMS TOWERS**.

En virtud de lo antes expuesto,

²³ Véase, Corte Constitucional. Sentencia T-213A de 2011. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de queja interpuesto por **NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.**, contra el acto administrativo contenido en el Oficio del 12 de enero de 2016, expedido por la Secretaría de Planeación de Ariguaní, departamento de Magdalena.

ARTÍCULO SEGUNDO. Revocar la negativa de licencia y/o permiso para la instalación de una estación de telecomunicaciones contenida en el Oficio del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Secretaria de Planeación de Ariguaní, y en su lugar ordenar a ese despacho expedir la licencia y/o permiso para la instalación de la estación de telecomunicaciones solicitada por **NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.** en el predio solar ubicado en la Diagonal 7 N° 7-104 del Municipio de Ariguaní, previo cumplimiento de los análisis a que haya lugar en aplicación del principio de precaución, y dentro de un término no mayor a 30 días contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución a la apoderada de **NMS TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.**, y a su representante legal, o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO. Comunicar el contenido del presente acto administrativo a la Secretaría de Planeación de Ariguaní, departamento de Magdalena, para lo de su competencia y devuélvase la totalidad del expediente.

Dada en Bogotá D.C., a los

25 OCT 2016

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTA
Director Ejecutivo

Expediente: 3000-75-162

C.C. 10/10/2016 Acta 1060

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Conflictos

Elaborado por: Jair Quintero Rodríguez – Líder proyecto