

Señores

JUZGADO ÚNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL

Leticia, Amazonas.

E. S. D.

Ref. Accionante: BERTHA GONZALES RIVERA, OTROS.
Accionada: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, OTROS.
Vinculadas: ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S, OTROS
Proceso: ACCIÓN POPULAR
Radicado: 91001-33-33-001-2021-00086-00
Asunto: **Recurso de Reposición y en subsidio apelación en contra del auto del 10 de septiembre de 2021**

Respetado Sr. Juez.

CESAR HERNANDO BERNAL LEON, varón, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No 79.710.746 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio con T.P. 143.760 del C.S.J, actuando en mi condición de Apoderado Especial de la sociedad Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., según poder especial protocolizado mediante escritura pública número 544 del diez (20) de mayo de 2019, de la Notaria Tercera (03) de Envigado, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Aburra Sur, el cual, adjunto como anexo 01(ver páginas 6 y ss.), acudo respetuosamente ante su Despacho para formular **RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** en contra del auto del 10 de septiembre de 2021, notificado personalmente el 13 del mismo mes y año, por medio de la cual se decretó medidas cautelares en el trámite , como sigue:

I. OPORTUNIDAD

El auto del 10 de septiembre de 2021 fue notificado personalmente del 13 del mismo mes y año, por tanto, en los términos del artículo 25, 36 y 37 de la Ley 472 de 1998, y del artículo 322 del Código General del Proceso, el recurso se presenta en el término oportuno de tres (3) días siguientes a la notificación.

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

Mediante auto de la referencia, el juzgado resolvió decretar de oficio medidas cautelares en el proceso de la referencia, en donde se ordena a ÉXITO INVERSIONES S.A.S. (Móvil Éxito) adelantar planes para el mejoramiento del servicio a su cargo y ubicar un centro de atención presencial en el municipio de Leticia. El juzgado consideró que existe una constante amenaza del derecho colectivo al acceso al servicio público de telecomunicaciones e internet.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Diferentes elementos de juicio que se pondrán de presente ante el Despacho, ponen de manifiesto que era improcedente decretar las medidas cautelares en contra de ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S en el auto de la referencia. Por esa razón, por conducto de este recurso solicitaremos que vía reposición o en subsidio de apelación se revoque el numeral Primero y Segundo de la parte resolutive del auto que decreta medidas cautelar, y en su lugar, no se ordene el cumplimiento de las mismas en contra de ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S.

3. No existe prueba de afectación en el servicio respecto a Móvil Éxito

3.1.1 No encuentra razón el despacho en señalar que existe una afectación en el servicio de internet y telefonía generalizada en el Departamento de Amazonas a raíz de unas declaraciones realizadas en un medio de comunicación por parte de un funcionario del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, al contrario, a la fecha, la sociedad Almacenes Éxito Inversiones S.A.S solo cuenta con 15 usuarios activos de sus servicios de telefonía e internet, de los cuales no se ha recibido ninguna queja, petición o reclamo respecto a fallas en dichos servicios durante el periodo comprendido entre marzo de 2020 y agosto de 2021, quedando claro que no existe material probatorio suficiente para afirmar que debe haber mejoría en los servicios ofrecidos por mi representada en el departamento de Amazonas, incluso la Accionante en su escrito de demanda no adelantada la Acción Popular de la referencia contra mi representada, pues es claro que de la supuesta afectación colectiva no se puede predicar responsabilidad alguna a Almacenes Éxito Inversiones S.A.S.

- 3.1.2 Almacenes Éxito Inversiones S.A.S es un Operador Móvil Virtual – OMV – que se aloja en la red de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., - TIGO, no cuenta con infraestructura de red ni de acceso propio.

Dentro de los principios orientadores establecidos en el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 “*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 del Espectro y se dictan otras disposiciones*”, modificada por la Ley 1978 de 2019 “*Por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones – TIC, se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones*”, se encuentra el fomento por parte del Estado del despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y la promoción por parte del mismo, del 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 a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Acorde con dicha orientación legal, en la regulación vigente se encuentran definidas las condiciones para el acceso a las redes móviles para la provisión de servicios por parte de otros operadores, bajo dos (2) figuras de acceso:

- **Roaming Automático Nacional (RAN)**, para aquellos operadores que tienen espectro radioeléctrico asignado para la prestación de servicios móviles, pero no poseen red de acceso en ciertas zonas del país.
- **Operación Móvil Virtual (OMV)**, para aquellos operadores que no tienen espectro radioeléctrico asignado para la prestación de servicios móviles y, por lo tanto, no tienen red de acceso.

En el marco de la normatividad vigente, específicamente por lo establecido en el capítulo 16, del título IV “*Uso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones*” de la resolución compilatoria CRC 5050 de 2016, los OMR (Operadores Móviles de Red) deberán poner a disposición de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles catalogados como Operadores Móviles Virtuales -OMV-, el acceso a sus redes bajo la figura de Operación Móvil Virtual para la prestación de servicios a los usuarios, incluidos voz, SMS y datos, y los servicios complementarios inherentes a la red de que disponga, de acuerdo con las condiciones establecidas en la Regulación. Para el cumplimiento de dicha obligación podrá usarse la infraestructura propia del OMR y la infraestructura de terceros.

La regulación aplicable al caso que nos ocupa, incluye entre otras, las siguientes definiciones:

- **OMR:** Operador Móvil de Red. Es el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) que cuenta con permiso para el uso del espectro radioeléctrico y con una red de la que puede hacer uso otro PRST o un OMV. Un ejemplo de un OMR, son los operadores como Claro, Tigo o Movistar, que cuentan con una red.
- **OPERADOR MÓVIL VIRTUAL - OMV:** Es el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, motivo por el cual presta servicios de comunicaciones móviles al público a través de la red de uno o más Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Un ejemplo de un OMV, son operadores como Móvil Éxito, Flash Mobile o Virgin, que no cuentan con una red móvil propia y por lo tanto prestan el servicio utilizando la red de un tercero - OMR.

Por lo anterior, el artículo 4.16.1.2 al establecer las “*Obligaciones del OMR*” de la citada Resolución CRC 5050 de 2016, dispone que es el OMR quien debe “*Asegurar la interoperabilidad de los servicios de voz, SMS y datos, y de aquellos servicios complementarios, así como el nivel de calidad de cada uno de estos servicios para los usuarios del OMV, en las mismas condiciones ofrecidas a sus propios usuarios y dando cumplimiento a los niveles de calidad definidos en la regulación*”. Es decir, **la calidad del servicio depende del OMR y no del OMV**, por cuanto éste último no posee, ni gestiona red alguna.

La anterior disposición es ratificada a través del párrafo del artículo 5.1.3.1. “*Indicadores de calidad para servicios de Telefonía Móvil*” - Título V “*Régimen de Calidad para los Servicios de Comunicaciones*”, Capítulo 1 “*Indicadores de Calidad para los Servicios de Telecomunicaciones*” - Sección 3 “*Condiciones de Calidad para Servicios Móviles*”, de la Resolución compilatoria CRC 5050 de 2016, que indica en el que “*Los PRSTM que brindan servicio a través de acuerdos de Roaming Automático Nacional (RAN) y los Operadores Móviles Virtuales no tendrán la obligación de medir y reportar los indicadores de que trata el presente artículo para las comunicaciones que se cursen bajo alguna de estas modalidades*” y en el párrafo 1 y 2 del artículo 5.1.3.3. “*Indicadores de calidad para el servicio de datos Móviles*” dispone igualmente, que “*Los PRSTM que brindan servicio a través de acuerdos de Roaming Automático Nacional (RAN) y los proveedores que presten el servicio de datos como Operador Móvil Virtual no tendrán la obligación de medir y reportar los indicadores basados en mediciones externas, mientras que no tengan elementos propios de la red de acceso que les permitan ofrecer servicios de datos en la tecnología 3G*”. “*Los PRSTM que brindan servicio a través de acuerdos de Roaming Automático Nacional (RAN) y los Operadores Móviles*

Virtuales sólo tendrán la obligación de medir y reportar los indicadores basados en mediciones de gestores de desempeño cuando utilicen SGSN (Serving GPRS Support Node), MME (Mobility Management Entity) o S-GW (Serving Gateway) propios en la prestación del servicio de datos”. (Negrillas y subrayas fuera de texto.

Lo anterior, considerando que al no tener un OMV ninguna gestión sobre la red móvil, los indicadores de calidad son los mismos que tenga la red del OMR en el cual estén alojados.

Ahora bien, cabe mencionar que el Ministerio de las Tecnologías y Comunicaciones, en la respuesta dada a la accionante, aclaró cuales son las empresas que cuentan con la infraestructura de base en el departamento de Amazona para prestar el servicio de telefonía e internet, así :

A continuación, se describe la infraestructura con la que cuentan estos proveedores en el departamento, para prestar sus servicios¹:

PRST	Estaciones Base
COMCEL	Cuenta con diecisiete (17) estaciones base (2G/3G/4G)
TIGO	Cuenta con una (1) estación base (2G/3G/) en el departamento.
TELEFÓNICA	Cuenta con diez (10) estaciones base (2G/3G/4G) en el departamento.
AVANTEL	Cuenta con una (1) estación base (4G) en el departamento.

Así mismo, conviene indicar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. (en adelante ETB), presta servicios móviles LTE² en el departamento del Amazonas, como resultado del despliegue de infraestructura realizado por la Unión Temporal Colombia Móvil - ETB, bajo las condiciones previstas en la Resolución MinTIC No. 2623 de 2013³, la cual asignó permiso de uso de espectro radioeléctrico a esta Unión Temporal, siendo TIGO el administrador de la red⁴.

Adicionalmente, se encuentran en el departamento los Operadores Móviles Virtuales (OMV) Éxito Móvil, Suma, Flash y Virgin Mobile; quienes se sirven de la infraestructura instalada por los PRSTM establecidos en Amazonas para proveer sus servicios.

De todo lo expuesto, se evidencia de manera clara y contundente que Almacenes Éxito Inversiones S.A.S no cuenta con infraestructura de red a nivel nacional y en consecuencia tampoco en dicho departamento, porque dada su calidad de OMV no cuenta con infraestructura propia por lo que no les es posible adelantar planes de mejoramiento de servicio como se dispone a través del auto recurrido.

4. No es procedente ubicar un centro de atención presencial.

4.1.1 Al margen de lo anterior, el Juzgado consideró que, era necesario ordenar a todos los operadores de telefonía e internet sin discriminar la calidad en la que prestan sus servicios, la adecuación de un espacio físico para la atención de usuarios en el municipio de Leticia, decisión que contraría la normatividad vigente en dicha materia, pues conforme a la Resolución CRC 5050 de 2016, la sociedad Éxito Inversiones no está obligada a contar con atención física en la ubicación ordenada por el despacho, pues mi representada es un operador móvil virtual (OMV). La anterior calidad, se puede evidenciar en el registro único de TIC (anexo 01) que se acompaña al presente escrito:

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO (BANDA LICENCIADA)

Hace uso, o tiene la intención de hacer uso del espectro radioeléctrico: No

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Provee, o tiene intención de proveer servicios de Telecomunicaciones: Si

La provisión de servicios será suministrada a través de: Red Provista por un Tercero

Nótese que el párrafo primero del artículo 30 de la resolución anteriormente mencionada señala:

“ARTÍCULO 2.1.25.2. OFICINAS FÍSICAS. En todas las capitales de departamento en que los operadores presten sus servicios, o en el municipio en que estos tengan mayor número de usuarios, los operadores deben disponer de una oficina física de atención al usuario, para recibir, atender y responder las PQR (petición, queja/ reclamo o recurso). En su defecto, los operadores deberán celebrar acuerdos con otros operadores que puedan brindar dicha atención.

La información en relación con la ubicación de dichas oficinas deberá estar disponible a través de los distintos medios de atención.

Estas oficinas deben ser claramente identificables de los puntos de venta o de pago del operador.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los operadores móviles virtuales y los operadores del servicio de televisión por suscripción no están en la obligación de disponer de estas oficinas”.

Así las cosas, el juzgado pretende imponer una carga adicional no sujeta a la ley, generando perjuicios no solo económicos sino también operacionales a mi representada que no buscan proteger los derechos colectivos invocados, pues queda claro que por parte de Almacenes Éxito Inversiones S.A.S, no existe afectación alguna a dichos derechos, no reposa prueba al contrario en el proceso de la referencia, de la misma manera, se reitera que en el departamento de Amazonas solo se cuenta con 15 usuarios de servicios de telefonía e internet sin que se haya registrado ninguna reclamación que verse sobre afectaciones en el servicio prestado por Almacenes Éxito Inversiones S.A.S.

Al respecto, de la prueba de la afectación del servicio por parte de Almacenes Éxito Inversiones S.A.S, dentro de la Acción Popular, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que:

“(…) la vulneración o amenaza debe ser real, inminente, concreta. Tal como lo ha precisado el Consejo de Estado la amenaza y vulneración denunciadas, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo. (...) La prueba de la vulneración o amenaza está a cargo del actor popular. Esto implica, en principio, que la carga de la prueba la tiene el demandante;”¹

En el presente caso no se ha probado ni por el Juzgado ni por la accionante la vulneración o amenaza real, inminente, o concreta del servicio por parte de Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., pues como quedó anotado no existen quejas o denuncias presentadas

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU) Actor: ANTONIO JOSÉ RENGIFO Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA PORTUARIA DE COLOMBIA (DIMAR) Y OTROS.

por usuarios de ésta, por lo tanto no se cumple con los requisitos descritos en cuanto a la vulneración que se le endilga a mi representada.

Adicionalmente, como quedó anotado el Despacho en aplicación del principio de legalidad en cabeza de mi representada, que debe irradiar cualquier actuación judicial, se debe dar plena aplicación a la regulación vigente en materia de telecomunicaciones que como se expuso, no impone a Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., las obligaciones que ordena el auto recurrido.

IV. ANEXOS

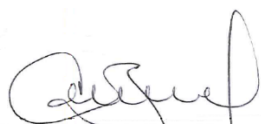
1. Certificado único de TIC de Almacenes Éxito Inversiones S.A.S del 25 de febrero de 2021.
2. Certificado de existencia y representación legal de Almacenes Éxito Inversiones S.A.S

V. SOLICITUDES

Por los motivos de inconformidad y reparos antes señalados, solicito lo siguiente:

1. Se revoque el numeral primero y segundo del auto recurrido, por el cual se decretaron las medidas cautelares, donde se ordena a Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., la implementación de servicios presenciales adicionales.
2. En caso de no prosperar el recurso de reposición, se conceda subsidiariamente el de apelación en el efecto suspensivo, ante el superior para que examine la cuestión decidida.

Del Juzgado,



CESAR HERNANDO BERNAL LEON
CC. 79.710.746 de Bogotá D.C.
Apoderado Especial Almacenes Éxito Inversiones S.A.S.