

Señor
Juez Único Administrativo del Circuito Judicial de Leticia
E. S. D.

Referencia: Tipo de proceso: Acción popular
Rad no.: 91001333300120210008600
Demandantes: Mercy Luz Bernal y otros
Demandados: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y otros
Asunto: Recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra auto que decretó medidas cautelares de oficio

Andrés Nossa Lesmes, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado especial de la sociedad *Logística Flash Colombia S.A.S.* (“**Logística Flash**”), según consta en el poder que fue aportado con la contestación de la demanda,¹ por medio de este escrito presento recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra el auto del 10 de septiembre de 2021, notificado por correo electrónico recibido el 13 de septiembre del mismo año.

Teniendo en cuenta que en el referido auto no se me reconoció personería para actuar en nombre de Logística Flash en el presente proceso, ruego se me reconozca personería.

I. Decisión contra la que se interpone el recurso

En el auto del 10 de septiembre de 2021 (en adelante el “**Auto**”), este Despacho decidió decretar dos medidas cautelares de oficio:

- i.** Ordenó a Logística Flash, como Operador Móvil Virtual (“**OMV**”) adelantar *“planes para el mejoramiento del servicio a su cargo en coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones”*.
- ii.** Ordenó a Logística Flash, como OMV, ubicar un centro de atención en el Municipio de Leticia *“donde los usuarios puedan presentar de manera presencial, y atendiendo los protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional, las peticiones que estimen pertinentes contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice el proveedor de servicios, y las inconsistencias en la prestación del servicio de telefonía móvil.”*

Respecto de Logística Flash, las anteriores medidas cautelares son improcedentes, como se pasa a explicar.

¹ La contestación de la demanda y sus anexos fueron enviados por correo electrónico el 26 de agosto de 2021.

II. Fundamentos del recurso

A. Las medidas cautelares decretadas exceden la finalidad de ese mecanismo

El H. Consejo de Estado ha entendido que en los procesos de acción popular, las normas que regulan las medidas cautelares son el artículo 25 de la ley 472 de 1998 y el Capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“CPACA”).² La misma sentencia consideró que *“las medidas cautelares, en términos generales, fueron instituidas como un mecanismo de contingencia con distintas finalidades, como lo son: i) prevenir un daño inminente; ii) hacer cesar el que se hubiese causado; y iii) proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”*³

De esa forma, al decretar las medidas cautelares el juez debe considerar si se está en riesgo de causar un daño, si se causó un daño que deba cesar y cuál sería en ambos casos ese daño. En el tercer evento, deberá evaluar si el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia podrían verse afectados y si la medida cautelar es apta para protegerlos.

De acuerdo con el Auto, las medidas cautelares se decretarían *“ante la constante amenaza del derecho al acceso al servicio público de telecomunicaciones e internet”*. Sin embargo, el Auto no consideró el precedente que existe del Consejo de Estado respecto a cómo debe evaluarse el daño cuando se alega una vulneración a los derechos de una prestación oportuna y eficiente del servicio público de telefonía móvil.⁴

Las consideraciones del Consejo de Estado en la referida sentencia del 23 de abril de 2020 fueron resumidas en la contestación de la demanda. Sin embargo, es importante advertir que una supuesta afectación en la conectividad de los servicios de telefonía no basta para entender que se vulneró el derecho de las personas y, por lo tanto, no es por sí solo un daño o amenaza de un daño.

En el Auto el Despacho no analizó las pruebas aportadas con las distintas contestaciones de la demanda, en los que se puede acreditar que los servicios de telefonía móvil se están prestando dentro de la zona geográfica en la que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (“MINTIC”) lo autorizó.

Las medidas cautelares decretadas en el Auto no tienen la capacidad de prevenir la amenaza de un derecho ni de hacer cesar un daño. Al contrario, las medidas cautelares están imponiendo gastos o cargas adicionales a los demandantes que no están contempladas en las normas que regulan su actividad y que no consideran el impacto en su modelo de negocios.

² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de abril de 2018, exp. AP 85001-23-33-000-2017-00230-01, Consejera Ponente: María Elizabeth García González

³ *Ibidem*.

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera, sentencia del 23 de abril de 2020, rad. no. 85001-23-33-000-2018-00146-01 (AP), Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón

Las medidas cautelares decretadas, entonces, ponen en riesgo la libertad de empresa de Logística Flash y están imponiéndole cargas que no le corresponden como OMV, según se explica adelante.

B. Los fundamentos del Auto para decretar la medida cautelar en realidad llevan a concluir que el propósito de esas medidas ya se está cumpliendo

En las consideraciones del Auto, el Despacho tuvo en cuenta únicamente una prueba aportada por las partes (la comunicación 212036581 del 22 de abril de 2021 emitida por el MINTIC) y una entrevista que le hizo una emisora local al Viceministro de Conectividad y Digitalización del MINTIC el 16 de julio de 2021.

Por una parte, la comunicación citada es de alrededor de tres meses antes de radicada la acción popular. Adicionalmente, esa comunicación se refiere a fallas masivas causadas, entre otras causas, por fallas en la energía y condiciones climáticas, asuntos que son ajenos a los operadores de servicios móviles y por lo tanto no demuestra por sí sola la amenaza contra un derecho ni su vulneración.

En cuanto a la entrevista al mencionado Viceministro, el Despacho no tuvo en cuenta aspectos relevantes que hacen que las medidas cautelares no tengan efecto distinto a imponer cargas extralegales a los operadores móviles.

Primero, desde el minuto 17 en adelante de la grabación⁵ se ve que el Viceministro explicó los acuerdos a los que llegó con Andired para mejorar las condiciones de cobertura. De esa forma, es claro que quienes tienen la carga y la posibilidad jurídica de hacer planes de mejora en la prestación del servicio ya lo están haciendo y la primera medida cautelar no tiene un efecto distinto a imponer cargas adicionales a los operadores que no están previstas en las normas que los regulan y que hacen que el modelo de negocio sea más oneroso de lo previsto al momento de decidir prestar servicios en determinadas zonas geográficas.

Segundo, el Despacho omitió indicar que respecto de los centros de atención a los usuarios, el Viceministro explicó:

*“Sí, pero tú a la empresa privada no le puedes decir que tenga representación en cada lugar del país porque nosotros **no tenemos normas así obligantes porque eso altera los costos de una empresa.** Lo que sí debe tener es los canales de atención que nosotros exigimos, pero obviamente ustedes tienen... el mismo canal es el que está fallando. Pero, ahí lo que te digo es: nosotros tenemos un enlace del Ministerio acá en Leticia. Y cualquier cosa, y eso lo hacemos nosotros a nivel nacional a través de la oficina de fomento. Recibimos las quejas, nos las dicen a nosotros y nosotros enseguida los viceministerios actuamos para resolver la problemática.”⁶ (Subrayas y énfasis añadidos).*

Así, puede verse, por un lado, que los usuarios de los servicios de telefonía móvil ya cuentan con un canal de atención, y por otro lado que exigir a los operadores que instalen una

⁵ Ver grabación disponible en <https://www.facebook.com/watch/?v=540187437406533>

⁶ Ver minuto 13:55 de la grabación disponible en <https://www.facebook.com/watch/?v=540187437406533>

oficina de atención es una obligación que no está prevista en ninguna norma porque los costos de los operadores de servicios móviles se alterarían. No está de más decir que los costos de los servicios se traducen en las tarifas que se cobran a los usuarios.

Por ese motivo, la segunda medida cautelar tampoco tiene un efecto en la práctica que prevenga la amenaza de un derecho que no ha sido vulnerado ni tampoco se ve amenazado.

C. Logística Flash es un Operador Móvil Virtual y por lo tanto no es responsable de generar planes de cobertura

Como se explicó en la contestación de la demanda, un OMV no tiene una red propia de antenas para prestar su servicio de telefonía móvil. Lo que hace un OMV es, a grandes rasgos, celebrar un contrato con un Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (“PRSTM”) en el que el OMV adquiere del PRSTM parte de su capacidad de red.

En pocas palabras, el OMV “alquila” parte de la red del PRSTM. Por lo tanto, un OMV hace uso de las antenas del PRSTM en determinadas zonas del país y depende de la red de cobertura de dicho PRSTM.⁷

Además, el artículo 4.16.1.2.3 de la Resolución 5050 de 2016 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones establece que es obligación de los PRSTM asegurar la calidad de los servicios de voz, sms y datos para los usuarios del OMV con quien haya suscrito un contrato en las mismas condiciones que le ofrece a sus propios usuarios:

“4.16.1.2.3. 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.”

Las normas citadas llevan a la conclusión que un OMV únicamente puede ofrecer la cobertura que sus capacidades financieras le permitan contratar con uno o más PRSTM y que dicho PRSTM es quien tiene la obligación de suministrar los niveles de calidad del servicio.

Logística Flash es un OMV y suscribió un contrato con Colombia Móvil - Tigo, PRSTM a través del cual presta su servicio a sus usuarios,⁸ como fue explicado también en la contestación de la demanda.

Las medidas cautelares decretadas de oficio generan una carga adicional e injustificada en cabeza de Logística Flash. Logística Flash no tiene incidencia en las decisiones que tome Colombia Móvil - Tigo en las zonas en las que solicite autorización para el uso del espectro radioeléctrico a las entidades pertinentes. Mucho menos incide en las decisiones de esas entidades para modificar políticas o normas relacionadas con niveles o calidad de la cobertura.

⁷ El Título I Definiciones de la Resolución 5050 de 2016 emitida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones define a los OMV como “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”

⁸ Información disponible en: <https://flashmobile.co/cobertura>

Como OMV, Logística Flash depende de su capacidad financiera para ofrecer mayor o menor cobertura, pues a partir de esa capacidad es que puede contratar con los PRSTM capacidad para usar sus redes de cobertura. A Logística Flash le resulta imposible adelantar planes de mejoramiento en los términos establecidos en el Auto, en la medida en que no tiene la capacidad de decidir cómo y dónde instalar redes, y en la medida en que está contratando con Colombia Móvil - Tigo la cobertura que su capacidad financiera le permite.

Imponerle a Logística Flash una carga adicional va en contra de las normas que regulan las medidas cautelares y que regulan el mercado de los OMV.

D. La medida cautelar está prejuzgando

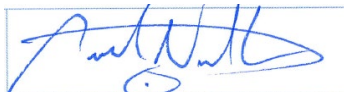
Las medidas cautelares decretadas en el auto, respecto de Logística Flash, implican un prejuzgamiento, asunto que excede el contenido que debe tener la decisión de una medida cautelar.

En efecto, el Auto no tiene un análisis preliminar sobre el supuesto daño que se está ocasionando, ni tampoco sobre quiénes lo estarían ocasionando. El Auto únicamente analizó una prueba para considerar que existe un daño o amenaza sin tener en cuenta otras pruebas que lo llevarían a tomar una decisión distinta respecto de Logística Flash.

III. Solicitud

Con base en los fundamentos desarrollados en el presente escrito, de manera respetuosa solicito que, respecto de Logística Flash, se revoque la decisión de decretar las medidas cautelares.

Atentamente,



Andrés Nossa Lesmes

C.C. No. 1.072.661.607

T. P. No. 264.210 del C. S. de la J.