

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023) Expediente: 11001 03 24 000 2021 00048 00

Accionantes: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Demandados: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Tesis: La demanda incumplió los requisitos formales para su admisión, si no se precisaron cuáles actos administrativos de trámite que serían demandados y éstos no fueron impugnados adecuadamente.

Es pasible de control judicial el acto administrativo por medio del cual se dio apertura a un procedimiento administrativo y se excluyó a unos terceros de éste, si quien lo impugna es uno de esos terceros.

Es pasible de control jurisdiccional la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020, si se alega que su expedición es la causa de nulidad de las decisiones definitivas demandadas, al haber sido emitidas irregularmente.

Es procedente que, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos expedidos dentro del trámite de proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz, se solicite, a título de restablecimiento del derecho, que se repita dicho proceso.

Debe vincularse al FonTic al asunto de la referencia, si discute la legalidad de los actos administrativos expedidos por el MinTic dentro de un proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional.

Corresponde al Despacho resolver el recurso de reposición interpuesto por la representante legal de Parthers Telecom Colombia en contra de la providencia del 17 de febrero de 2022, por la cual se admitió la demanda de la referencia.

Antecedentes

1. El 27 de enero de 2021¹, la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A.

E.S.P. (en adelante Telefónica S.A. E.S.P.), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), interpuso demanda en contra de los siguientes actos administrativos expedidos por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTic), en el marco del trámite de proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional, en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz:

Resolución nro. 000322 del 20 de febrero de 2020, “Por medio de la cual se decide un procedimiento administrativo de carácter particular”.

Resolución nro. 000861 del 21 de mayo de 2020, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”.

Resolución nro. 00328 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”

Resolución nro. 000730 del 30 de abril de 2020, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por PARTNERS TELECOM COLOMBIA

S.A.S. con NIT 901.354.361-1, contra la Resolución No. 328 de 20 de febrero de 2020”.

Resolución nro. 000329 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”

¹ Archivo denominado “12_AL DESPACHO POR REPARTO_CON STANCIA DE ENVIO.pdf(.pdf) Nro Actua 3” visto en el índice 3 de la plataforma SAMAI. Como la demanda se presentó el 27 de enero de 2021, esto es, en vigencia de la Ley 2080 de 2021 (25 de enero), que introdujo modificaciones a la Ley 1437 de 2011, le resultan aplicables sus disposiciones, así como las del Decreto 806 de 2020.

Resolución nro. 000731 del 30 de abril de 2020, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por PARTNERS TELECOM COLOMBIA

S.A.S. con NIT 901.354.361-1, contra la Resolución No. 329 de 20 de febrero de 2020”.

Resolución nro. 000330 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”

Resolución nro. 000732 del 30 de abril de 2020, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por PARTNERS TELECOM COLOMBIA

S.A.S. con NIT 901.354.361-1, contra la Resolución No. 330 de 20 de febrero de 2020”.

Resolución nro. 000331 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. con NIT 800.153.993-7”.

Resolución nro. 000825 del 11 de mayo de 2020, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL

S.A. con NIT 800153997-7, en contra de la Resolución 331 de 20 de febrero de 2020”.

Resolución nro. 000332 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a COLOMBIA MOVIL S.A. ESP con NIT 830.114.921-1”.

Resolución nro. 000738 del 30 de abril de 2020, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. NIT 830.114.921-1 contra la Resolución 000332 del 20 de febrero de 2020”.

2. Posteriormente, mediante escrito remitido por mensaje de datos a la Secretaría de esta Sección el 15 de febrero de 2021, el apoderado de la parte actora manifestó reformar la demanda inicial, entre otros aspectos, en relación con los actos administrativos acusados, indicando ahora que el control de legalidad propuesto está referido a las resoluciones que se relacionan a continuación:
 - a. Resolución nro. 000322 del 20 de febrero de 2020, “Por medio de la cual se decide un procedimiento administrativo de carácter particular”.
 - b. Resolución nro. 000861 del 21 de mayo de 2020, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”.
 - c. Resolución nro. 00328 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”
 - d. Resolución nro. 000329 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”
 - e. Resolución nro. 000330 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”
3. A través de proveído del 18 de junio de 2021², el Despacho inadmitió la demanda, por cuanto con ella no se acompañó la constancia de la publicación, comunicación, notificación o ejecución de las Resoluciones 00328, 00329 y 00330 del 20 de febrero de 2020.³
4. La parte actora, por mensaje de datos remitido el 7 de julio de 2021⁴, allegó memorial en el que subsanó la demanda.

DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

² Índice 7 de la plataforma SAMAI.

³ Según el registro visto en el índice 10 ibídem, dicha providencia fue notificada por estado el 24 de junio de 2021, y conforme a la constancia secretarial que obra en el índice 11 de la aludida plataforma, el término para subsanar corrió del 25 de junio al 9 de julio de 2021.

⁴ Índice 16 de la plataforma SAMAI.

Mediante auto del 17 de febrero de 2022, se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al MinTic, a la empresa Partners Telecom Colombia S.A.S., al Banco de Santander de Negocios Colombia S.A. y al Procurador Delegado para la Conciliación

Administrativa.

De igual forma se requirió al apoderado de la parte actora para que suministrara la dirección y el canal digital de notificaciones de la citada sociedad y del anotado banco, orden que fue cumplida, según consta en el índice número 24 del Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

A través de memorial calendado 2 de marzo de 2022, la sociedad Partners Telecom Colombia S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la precitada decisión teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Reprochó que no fueron cumplidos los requisitos formales de presentación de demanda, particularmente, los previstos en los artículos 162 numeral 2 y 163 del CPACA.

Para sustentar lo anterior, aseguró que no existía certeza respecto a cuáles eran los actos administrativos enjuiciados en el presente asunto, puesto que en la pretensión 4.2.1. del escrito introductorio se pidió que se declarara la ilegalidad de todos los actos que hacían parte del trámite de subasta del espectro adelantado por el MinTic, pero en la petición 4.3. se solicitó que se ordenara a dicha cartera ministerial repetir el anotado proceso, esta vez incluyendo a todos los participantes que habían sido excluidos del mismo.

Expuso que, además, en dichas pretensiones se controvertieron actos que no son demandables, tales como la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020, en cuyo artículo séptimo se indicó expresamente que, como su naturaleza era de trámite, era improcedente interponer algún recurso en su contra. Dijo que, de conformidad con la sentencia del 5 de noviembre de 2020, expedida por el Consejo de Estado dentro del proceso con número radicado 2012-00680, únicamente era posible controvertir actos administrativos definitivos a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aseveró que la demandante actuaba con “falta de buena fe y lealtad procesal”⁵ pues su real intención era que se declarara la nulidad de toda la subasta al no ser adjudicataria de ésta, cuando ni siquiera tuvo la calidad de tercera interesada en ese procedimiento.

Por otro lado, mencionó que se integró indebidamente el contradictorio, toda vez que no se llamó como litisconsorte necesario al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante FonTic), pese a que esa entidad cuenta con personería jurídica, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009; y a que, de conformidad con los artículos 36 y 37 ibidem, dicho fondo es el beneficiario, entre otras, de las multas y de las contraprestaciones impuestas por el MinTic y la Agencia Nacional del Espectro.

En ese sentido, dijo que en la Resolución 322 de 2022 se ordenó a Partners Telecom Colombia S.A. pagarle al anotado Fondo una suma de cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000.000), por concepto del reconocimiento de los perjuicios que derivaron del retiro que dicha empresa efectuó de su oferta, cifra que, afirmó, canceló en el mes de enero de 2020.

Agregó que en las Resoluciones 328, 329 y 330 de 2020 se fijó un régimen de contraprestaciones a favor del anotado Fondo, las cuales estaban a cargo de esa empresa, esto en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 1341 de 2009.

Concluyó solicitando que se revoque la providencia recurrida y, en su lugar, se rechace la

demanda, al no cumplir con los requisitos formales establecidos en la Ley para su presentación, y debido a que no se integraron todos los litisconsortes necesarios al contradictorio.

TRÁMITE DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Por escrito del 9 de marzo de 2022, la parte actora solicitó que se niegue el citado recurso, teniendo en cuenta las siguientes razones:

⁵ Visible a folio 10 del escrito contentivo del recurso de reposición

Alegó que la demanda sí cumplió con todos los requisitos para su procedencia y que por el contrario los reproches de la recurrente, antes de tratarse de “argumentos fundados en derecho, corresponden a simples manifestaciones que desconocen la ley procesal”⁶.

Afirmó que, de conformidad con los artículos 104, 137 y 138 del CPACA, es posible demandar actos administrativos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y que el Consejo de Estado, acudiendo a la doctrina, ha clasificado los mismos en preparatorios, definitivos y de ejecución.

Expresó que el Consejo de Estado ha indicado que excepcionalmente es viable demandar actos de trámite o preparatorios cuando éstos pongan fin al procedimiento administrativo, punto éste que sustentó citando dos providencias expedidas por las Secciones Segunda y Tercera de esta Corporación dentro de los procesos identificados con número de radicación 25000 23 41 000 2012 00680 01

y 39.069, respectivamente.

Sostuvo que esta Corporación, en sentencia del 17 de septiembre de 2018, proferida dentro del expediente con número de radicación 11001 03 28 000 2018 00134 00, dijo que el Juez debe realizar el control de legalidad sobre los actos de trámite o preparatorios expedidos dentro del mismo procedimiento cuando se demande un acto definitivo y, en consecuencia, resaltó que no era cierta la afirmación concerniente a que los actos de trámite o preparatorios no podían ser demandados dentro de un proceso contencioso administrativo.

Precisó que todos los actos demandados sí eran enjuiciables. Así, manifestó que en el escrito de demanda se pidió la nulidad de varias resoluciones proferidas por el MinTic en el marco del proceso de selección objetiva para la asignación permisos de uso de espectro radioeléctrico a nivel nacional en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 Mhz, en la secuencia número 2.

Adujo que las siguientes Resoluciones eran definitivas debido a que en ellas se culminó el aludido trámite administrativo: (i) 322 del 20 de febrero de 2020, (ii) 861

⁶ Visible a folio 4 del escrito en el que se describió el traslado del recurso de reposición.

de 21 de mayo de 2020, (iii) 328 del 20 de febrero de 2020, (iv) 730 del 30 de abril

de 2020, (v) 329 del 20 de febrero de 2020, (vi) 731 del 30 de abril de 2020, (vii) 330

del 20 de febrero de 2020, y (viii) 732 del 30 de abril de 2020.

Explicó que, aunque la Resolución 210 de 2020 es un acto de trámite, la misma era censurable, debido a que a través de ésta se impidió a Telefónica seguir participando dentro del trámite de subasta, por lo que allí se le impidió el derecho de participar dentro de ese procedimiento

Así, indicó que la demanda observó el numeral 2 del artículo 162 del CPACA y el artículo 163 ibidem, pues, a su juicio, bastaba con la simple lectura de esta para identificar qué actos se estaban demandando de forma directa, y agregó que en la pretensión No. 4.2.1. sí se identificaron como censuradas las Resoluciones 322 y 861 de 2020.

Expuso que tampoco era cierta la mención a que esa empresa no fue parte del procedimiento de selección, pues, por el contrario, en la Resolución 210 de 2020, se le restringió ilegalmente su participación en el “sub – proceso” que fue creado a partir de ese acto y que terminó con la expedición de la Resolución 322 de 2020. Agregó que dichos motivos de inconformidad se encontraban explicados con mayor suficiencia en el tercer cargo que sustentaba la demanda de la referencia.

Por otro lado, hizo referencia a la figura del litisconsorcio y precisó que, de acuerdo con el artículo 61 y siguientes del Código General del Proceso (en adelante CGP), aplicables por la remisión que autoriza el artículo 306 del CPACA, éste podía ser necesario, facultativo y cuasi necesario.

Luego de hacer referencia a la naturaleza de cada uno de ellos, aseguró que no se cumplían los requisitos necesarios para que el FonTic fuera vinculado en calidad de litisconsorte necesario, debido a que esa entidad tenía una relación de subordinación con el MinTic que era propia de la descentralización administrativa establecida en los artículos 38 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

Sostuvo que, por el contrario, dicha relación era distinta a la existente entre Telefónica y el MinTic, en la que esa cartera ministerial vulneró los derechos de los

participantes del proceso de selección al impedirles intervenir en condiciones de igualdad.

Resaltó que, pese a que el anotado Fondo tenía derechos a ciertos recursos económicos que fueron reconocidos en algunos de los actos demandados, era posible proferir una sentencia sin necesidad de la intervención del mismo debido a que: (i) éste no participó directamente del proceso de selección, (ii) no fue la entidad que incurrió en las acciones y omisiones que generaron la vulneración de los derechos de los participantes en el mismo, (iii) ante una eventual prosperidad de las pretensiones tampoco se produciría una afectación patrimonial a dicha entidad, y

(iv) se protegería el patrimonio del Estado, pues, como se solicitó en la pretensión No. 4.3. de la demanda, el MinTic estaría obligado a cobrar el monto total del perjuicio que le generó la renuncia ilegal de Partners a su oferta ganadora del bloque de 10 MHz de la banda de 2.500 MHz, en la secuencia número 2.

Añadió que el aludido Fondo podía tener la calidad de litisconsorte cuasi necesario, pues, si bien no es obligatorio que concurra al presente trámite, lo cierto era que, dadas las particularidades del proceso, la sentencia que se profiera en el presente trámite le sería oponible por los derechos económicos que les fueron concedidos en los actos censurados.

Concluyó que no concurren los presupuestos legales para rechazar la demanda, puesto que los argumentos del recurso no tenían vocación de prosperidad y el artículo 169 del CPACA no contempla como una causal para esos efectos incumplir con los requisitos previstos en el artículo 162 ibidem o que no se hubiera integrado a todos los litisconsortes necesarios.

CONSIDERACIONES

5.1. Planteamiento

Así las cosas, observa el Despacho que las partes discrepan respecto a los siguientes puntos: (i) el cumplimiento de los requisitos formales para la admisión de la demanda, particularmente los señalados en los artículos 162 numeral 2 y 163 del CPACA, (ii) la naturaleza e impugnabilidad de algunos actos administrativos que se indica como de trámite, (iii) la viabilidad de la pretensión dirigida a que se repita el

proceso de selección objetiva, y (iii) la indebida conformación del contradictorio por la falta de vinculación del FonTic.

En cuanto al primer punto, la recurrente sostiene que no fueron cumplidos los requisitos formales de presentación de la demanda, particularmente los previstos en los artículos 162 numeral 2 y el 163 del CPACA, debido a que en la pretensión

4.2.1. del libelo introductorio se pidió la declaratoria de ilegalidad de todos los actos administrativos de trámite que dieron lugar al proceso de subasta, sin especificar a cuáles eran las disposiciones a las que se hacía referencia; mientras que Telefónica

S.A. E.S.P. es del criterio que en los citados pedimientos sí se identificaron cuáles eran los actos que fueron censurados, a saber, las Resoluciones 322 y 861 de 2020.

Sobre el segundo punto, la sociedad demandada reprocha que en la petición número 4.2.1. del libelo introductorio se impugnaron actos de trámite y, particularmente, la Resolución 210 de 2020, que, a su juicio, no son pasibles de control judicial; mientras que la empresa actora es del criterio que, cuando se controvierte un acto administrativo definitivo, también es posible impugnar la nulidad de los actos de trámite que le sirvieron como sustento para su expedición; y, en cuanto a la citada Resolución, alegó que en esta sí se definió una situación jurídica, debido a que a través de la misma se lo excluyó del sub proceso creado para la adjudicación del de la frecuencia 10 MHz de la banda de 2.500 MHz, en la secuencia número dos (2).

En relación con el tercer punto, para la recurrente la petición prevista en el numeral

4.3. de la demanda constituye una “falta de buena fe y lealtad procesal”, debido a que la real intención de la demandante no era controvertir la legalidad de las decisiones censuradas, sino que se repitiera el proceso de adjudicación al no resultar ganadora de este⁷.

Finalmente, en lo que hace al cuarto punto, la recurrente sostiene que fue integrado indebidamente el contradictorio en razón a que no se vinculó al FonTic, pese a que dicha entidad era la beneficiaria de algunas de las contraprestaciones económicas definidas en los actos demandados y a que contaba con personería jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009. A su vez,

⁷ Visible a folio 10 del escrito contentivo del recurso de reposición

para la parte actora dicho Fondo no debe ser llamado al contradictorio, pues, aunque reconoce que éste es beneficiario de algunas sumas de dinero señaladas en los actos enjuiciados, ello no es suficiente para tener la calidad de litisconsorte necesario, sino que ello derivaría en que tuviera la condición de litisconsorte cuasinecesario.

Caso en concreto

De la controversia respecto al cumplimiento de los requisitos formales de la demanda

En este punto, tendrá que definirse si la demanda incumplió los requisitos formales para su admisión al no precisar cuáles actos administrativos serían demandados.

Es menester indicar que, de conformidad con los artículos 162 numeral 2 y 163 del CPACA, las demandas que se interpongan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa deben expresar con total claridad lo que se pretenda, identificando el acto o los actos administrativos que serán objeto de control.

Las normas en cuestión son del siguiente tenor:

“Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...)

2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.” (Subrayas del Despacho)

“Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.” (Subrayas del Despacho).

Ahora, como quedó en evidencia en el planteamiento, los reproches sobre el incumplimiento de los anotados requisitos formales se encuentran dirigidos en

contra de la pretensión 4.2.1. del libelo introductorio, razón por la cual el Despacho procederá a verificar si las mismas observaron dicho mandato.

Pues bien, el anotado pedimento es del siguiente tenor:

“4.2.1. Pretensión Consecuencial de cualquiera de las dos Primeras Pretensiones

Principales: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en una cualquiera o más de las dos Primeras Pretensiones Principales, se declare la nulidad de los demás actos administrativos de trámite proferidos por el MinTIC que antecedieron y de los que se derivaron cualquiera de las Resoluciones impugnadas en las dos Primeras Pretensiones Principales, tales como la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020 por medio de la cual se ordena la apertura de un procedimiento administrativo de carácter particular”⁸ (Subrayas del Despacho, negrillas dentro del texto).

La primera y segunda pretensiones principales a que se alude son las siguientes:

“4.1. Primera Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual decidió un procedimiento que calificó como particular y que se adelantó dentro del Proceso de Selección Objetiva para la asignación de permisos de uso de espectro radioeléctrico a nivel nacional en las bandas de 700

MHz, 1900 MHz y 2500 MHz y que inició con la Resolución 3078 expedida por el MinTIC el 25 de noviembre de 2019”⁹(Subrayas del Despacho, negrillas dentro del texto).

“4.2. Segunda Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 861 del 21 de mayo de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual se resolvieron los recursos interpuestos en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020.”¹⁰ (Subrayas del Despacho, negrillas dentro del texto).

De la lectura de dichas peticiones es claro para el Despacho que la demanda no cumplió con los requisitos dispuestos en los artículos 162 numeral 2 y 163 del CPACA, pues aunque se individualizó de forma clara los actos administrativos respecto de los cuales se pretendía la nulidad de forma principal, a saber: las Resoluciones nro. 000322 del 20 de febrero de 2020, “Por medio de la cual se decide un procedimiento administrativo de carácter particular” y 000861 del 21 de mayo de 2020, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la

Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”, ello no aconteció con la petición identificada 4.2.1, pues allí el demandante solicitó de forma consecencial a la prosperidad de las anotadas pretensiones principales, la declaratoria de ilegalidad de los demás actos de trámite expedidos por el MinTic, que antecedieron y se

⁸ Visible a folio 1 del escrito de reforma de la demanda ⁹ Visible a folio 2 del escrito de reforma de la demanda ¹⁰ Ibídem

derivaron las citadas Resoluciones enjuiciadas, pero sin indicar concretamente a cuáles actuaciones hacía referencia, pues se limitó a mencionar la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020.

Además, es importante destacar que la pretensión 4.2.1. de la demanda incumple el numeral 2° del artículo 162 del CPACA, ya que busca la nulidad de actos de trámite basada en la ilegalidad de los actos definitivos, cuando en realidad, el cargo de expedición irregular requiere demostrar una irregularidad en el proceso de formación del acto definitivo que lo vuelva ilegal. En otras palabras, el demandante debió haber solicitado la nulidad de los actos definitivos como consecuencia de la nulidad de los actos de trámite y no al revés, como lo planteó en el escrito introductorio.

En efecto, téngase en cuenta que dentro de las causales de nulidad de un acto administrativo que prevé el inciso segundo del artículo 137 del CPACA, el accionante, se encuentra habilitado para cuestionar que el mismo fue emitido de forma irregular o con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa. La norma en cuestión es del siguiente tenor:

“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (Subrayas del Despacho).

Dicho cargo ha sido entendido desde dos dimensiones; estas son: una formal, en la cual el Juez debe verificar la estructura del acto administrativo en aspectos que son propios de la apariencia

del mismo, esto es, que se mencione la autoridad que lo expide, se incluyan los fundamentos que sirvieron de sustento para adoptar la decisión, se incorpore la correspondiente parte resolutive y las firmas de los funcionarios que adoptaron el mismo; y una material, punto éste en el que se verifica que el proceso de formación del acto se encuentre acorde con las normas que regulan el modo en que debe ser efectuada su expedición.

Así, para este último respecto tendrá que determinarse cuál es el procedimiento administrativo que regula la emisión de la decisión que se cuestiona, y a la luz de esas disposiciones, que de cualquier forma serán regladas, evidenciar el vicio respectivo. Así, esta Corporación, entre otras, en proveído del 8 de noviembre de 2019, emitido dentro del proceso con número de radicado 11001 03 24 000 2018 00284 00, ha entendido que su análisis comprende, entre otras, la revisión de las etapas previas a la formación de los actos administrativos enjuiciados¹¹.

Por ende, dicho aspecto también tendrá que ser observado dentro del término dispuesto para subsanar la demanda.

De la controversia frente a la impugnabilidad de actos de trámite

En este punto, lo que observa el Despacho es que la controversia versa sobre la pretensión 4.2.1. de la demanda, cuya literalidad es preciso traer nuevamente a colación:

“4.2.1. Pretensión Consecuencial de cualquiera de las dos Primeras Pretensiones

Principales: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en una cualquiera o más de las dos Primeras Pretensiones

¹¹ Al respecto, en la anotada providencia se dijo:

“Ahora bien, la expedición irregular como causal de nulidad se configura cuando se desconocen las normas que regulan los requisitos o procedimientos para la expedición del acto administrativo, lo que incluye tanto las etapas previas como los requisitos necesarios para la formación de la decisión administrativa.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“[L]a existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir.

[...]

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se

deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma”¹¹ (negrillas fuera de texto).

Así pues, para que se configure la nulidad por expedición irregular del acto administrativo debe existir una norma o disposición superior que establezca unos requisitos formales, cuyo incumplimiento se aduce como causal de anulación.”¹¹ (Subrayas del Despacho).

Principales, se declare la nulidad de los demás actos administrativos de trámite proferidos por el MinTIC que antecedieron y de los que se derivaron cualquiera de las Resoluciones impugnadas en las dos Primeras Pretensiones Principales, tales como la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020 por medio de la cual se ordena la apertura de un procedimiento administrativo de carácter particular”¹² (Subrayas del Despacho, negrillas dentro del texto).

Así las cosas, lo que se busca con dicha petición es: (i) obtener la declaración de ilegalidad de la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020, y (ii) lograr el decreto de nulidad de los demás actos administrativos de trámite que impulsaron la actuación que derivó en la emisión de las Resoluciones nro. 000322 del 20 de febrero de 2020 y 000861 del 21 de mayo de 2020.

Bajo tal entendido, frente a los reproches en contra del primero de los citados puntos, el Despacho tendrá que dirimir si es pasible de control judicial el acto administrativo por medio del cual se dio apertura a un procedimiento administrativo y se excluyó a unos terceros de éste.

Con la finalidad de resolver el problema que nos ocupa, es necesario volver a considerar la parte resolutive de la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020; veamos:

“RESUELVE

PRIMERO. Dar inicio a un procedimiento administrativo de carácter particular para decidir sobre los efectos derivados de la renuncia realizada por Patrnors al bloque de 10 MHz de la banda de 2.500 MHz de la segunda secuencia de subasta de permisos de uso del espectro radioeléctrico, de acuerdo con la manifestación de voluntad contenida en las comunicaciones del 2 y 23 de enero de 2020 con radicados 201000090 y 201003624, conforme los artículos 34 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

SEGUNDO. Comunicar el presente acto al apoderado de Partners en su condición de parte interesada, en los términos de los artículos 37 y 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

TERCERO. Comunicar el presente acto a Comunicación Celular S.A. Comcel

S.A. y al Banco Santander de Negocios Colombia., en su condición de terceros interesados, en los términos de los artículos 37 y 38 del CPACA. Para efectos de los anterior, la comunicación se remitirá por el correo electrónico registrado en el expediente del procedimiento de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico, en el registro mercantil o en el registro ante la Superintendencia Financiera de Colombia, según corresponda.

¹² Visible a folio 1 del escrito de reforma de la demanda

CUARTO. Comunicar a Colombia Móvil S.A. E.SP. y a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. que no serán tenidos como terceros interesados por las razones expuestas en la parte motiva. Para efectos de lo anterior, la comunicación se remitirá por el correo registrado en el expediente del procedimiento asignado de permisos de uso del espectro radioeléctrico o en el registro mercantil.

QUINTO. Otorgar a Partners y a los terceros reconocidos en el presente acto un término de tres (3) días hábiles contados a partir de su comunicación para que emitan un pronunciamiento y soliciten o aporten pruebas.

SEXTO. Informar a Partners y a los terceros reconocidos que las comunicaciones presentadas por Partners y los documentos remitidos por aquello que recorrieron el traslado de dicha comunicación se encuentran a su disposición en el Ministerio de las Tecnologías de la Información de las Comunicaciones. Dirección de Industria de Comunicaciones.

SÉPTIMO. Contra el presente acto no procede recurso alguno por un acto administrativo de mero trámite”¹³ (Subrayas del Despacho)

En ese orden de ideas, es claro para el Despacho que en el citado acto administrativo se tomaron dos (2) decisiones; la primera de ellas, consistente en dar apertura a un procedimiento para decidir sobre los efectos derivados de la renuncia que Partners Telecom Colombia S.A.S., y la segunda, relativa a no tener como terceras interesadas en dicho trámite a las empresas Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Esta última determinación bajo el argumento que las mencionadas empresas no habían presentado puja dentro del procedimiento de licitación.

De lo anterior da cuenta la parte considerativa de dicto acto; veamos:

“En la comunicación radicada el 2 de enero de 2020, Partners manifestó su voluntad de renunciar a la oferta presentada, y adujo la ocurrencia de lo que considera un error. La consecuencia lógica de esa renuncia, en lo que se refiere al Ministerio, consiste en enmarcarla en la decisión del Participante de retirar la oferte, bajo la consideración que lo implica es desistir del ofrecimiento, por cualquiera que fuese la razón que determinara esa acción. De la misma forma como manifestó su voluntad para proponer, renuncia a ello, restando adelantar el procedimiento tendiente a decidir sobre los efectos derivados de lo anterior, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3078 de 2019.

En este procedimiento administrativo tendrá la condición de parte, el participante Partners, y tendrán la condición de terceros interesados, Comunicación Celular S.A. y el Banco Santander Negocios S.A., en su calidad de garante de la seriedad de la oferta de Partners. Esto, porque Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. fue el único que, además de Partners, hizo parte de la subasta del bloque sobre el cual este último presentó la renuncia, y el Banco de Santander de Negocios Colombia S.A. otorgó la garantía de seriedad de la oferta.

¹³ Visible en el índice número 2 del Sistema de Gestión SAMAI

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

E.S.P hicieron parte del procedimiento administrativo de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico, pero ninguno de ellos presentó puja sobre el bloque de 10 MHz de la banda de 2.500 MHz de la segunda secuencia, sobre el cual versa la renuncia de Partners, de tal

manera que la decisión sobre esta no les puede generar un efecto individualizado, por lo cual no se les reconocerá la condición de terceros intereses dentro del procedimiento administrativo”¹⁴ (Subrayas del Despacho).

En consecuencia, es claro que la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020 finalizó la actuación administrativa para la empresa demandante y para Colombia Móvil S.A. E.S.P., al excluirlas bajo el argumento que no presentaron puja dentro del procedimiento licitatorio.

Así las cosas, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del CPACA, son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación, así: “Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

En ese contexto, únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de ser controlados por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁵.

En consecuencia, la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020 sí puede ser controlada judicialmente, en razón a que, como se vio, hizo imposible la continuidad

¹⁴ Visible en el índice número 2 del Sistema de Gestión SAMAI.

¹⁵ En ese mismo sentido se pronunció esta Sección en providencia del 11 de mayo de 2017, dentro del expediente con número de radicado 7600-12-33-3003-2016-00768-01, con ponencia María Elizabeth García González; veamos:

“Los actos administrativos de trámite son aquellos que le dan celeridad a la actuación, es decir, impulsan el trámite propio de una decisión que ha de tomarse con posterioridad, los cuales no son susceptibles de demandarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a diferencia de los actos definitivos que ponen fin a una actuación y que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

En tal contexto, únicamente las decisiones de la Administración producto de la culminación de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera, que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control; así mismo, se exceptúan de control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que a través de ellos tampoco se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”.

de la actuación administrativa para la empresa demandante. Por ende, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Por otro lado, en cuanto al segundo aspecto, el Despacho no emitirá un pronunciamiento, toda vez que, como se vio en el punto 5.2.1. de esta providencia, es menester que se identifiquen los actos censurados y se proponga debidamente la pretensión, para analizar su procedencia.

De la controversia sobre la pretensión dirigida a que se repita el proceso de selección objetiva

Sobre el particular tendrá que absolverse si vulnera los principios de lealtad procesal y de buena

fe la pretensión en la que se busca que se repita el procedimiento de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional, en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz.

Con miras a absolver dicho interrogante, es preciso determinar previamente si, para la admisión de una demanda contenciosa administrativa, es necesario que el Juez defina si los pedimentos expuestos en el escrito introductorio deben ajustarse a los anotados principios.

Así las cosas, es relevante señalar que las exigencias de forma y los anexos de una demanda se encuentran previstos en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA.

En las citadas disposiciones no se determinó que, para la admisión de una demanda, deba realizarse un estudio sobre la buena fe o la lealtad que habría conducido a su interposición, pues, como se vio, el Juez únicamente tiene el deber de constatar que en dicho escrito se hayan observado la totalidad de requisitos de procedibilidad y de forma contenidos en el orden jurídico.

Correlativamente, debe recordarse que, para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de los medios de control previstos en los artículos 137 y 138 del CPACA, basta con que el accionante pretenda desvirtuar la presunción de validez con la nacen todos los actos administrativos construyendo las pretensiones en la forma en que mejor se ajusten a sus intereses e invocando para

el efecto los vicios en su formación, o violación de normas superiores, o el desconocimiento a la garantía de defensa y debido proceso, o una irregularidad en su motivación de la que se reputa falsedad, o en las atribuciones de la entidad u órgano que lo profiere, etc.; aspectos éstos que fueron observados en el libelo introductorio, dado que allí se pretende la declaratoria de ilegalidad de los actos expedidos en el marco del trámite de proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz, señalando con ese propósito la vulneración de norma superior, falsa motivación, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y expedición irregular.

De la controversia sobre la vinculación del FonTic

Deberá dirimirse si debe vincularse como litisconsorte necesario al FonTic al asunto de la referencia, si se discute la legalidad de los actos administrativos expedidos por el MinTic dentro de un proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional. De encontrar que afirmativa la respuesta a tal interrogante, tendrá que precisarse si ello conduce a rechazar la demanda.

Definir tal aspecto impone, en primer lugar, determinar el objeto del proceso, circunstancia que conduce a traer a colación de manera literal las pretensiones del libelo introductorio:

“IV. PRETENSIONES

Pretensiones Principales – Pretensiones de nulidad

Primera Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual decidió un procedimiento que calificó como particular y que se adelantó dentro del Proceso de Selección Objetiva para la asignación de permisos de uso de espectro radioeléctrico a nivel nacional en las bandas de 700 MHz, 1900

MHz y 2500 MHz y que inició con la Resolución 3078 expedida por el MinTIC el 25 de noviembre de 2019.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 861 del 21 de mayo de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual se resolvieron los recursos interpuestos en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020.

Pretensión Consecuencial de cualquiera de las dos Primeras Pretensiones Principales: Que, como consecuencia de la declaratoria de

nulidad solicitada en una cualquiera o más de las dos Primeras Pretensiones Principales, se declare la nulidad de los demás actos administrativos de trámite proferidos por el MinTIC que antecedieron y de los que se derivaron cualquiera de las Resoluciones impugnadas en las dos Primeras Pretensiones Principales, tales como la Resolución 210 del 11 de febrero de 2020 por medio de la cual se ordena la apertura de un procedimiento administrativo de carácter particular¹⁶.

Cuarta Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en cualquiera de las dos Primeras Pretensiones Principales, se le ordene al MinTIC, a título de restablecimiento del derecho, a que inicie y tramite hasta su culminación las actuaciones y trámites necesarios en contra de Partners para asegurar el cobro de la totalidad de perjuicios causados por esta sociedad a raíz de su decisión de renunciar a su oferta ganadora del bloque de 10 MHz de la banda de 2.500 MHz, en la secuencia número dos (2).

Quinta Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 328 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual otorgó un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a Partners, del bloque de 10 MHz de espectro radioeléctrico para la operación del servicio móvil terrestre IMT, en el rango de frecuencias 2515 MHz a 2520 MHz pareado con 2635 MHz a 2640 MHz, decisión que fue confirmada en el artículo 2 de la Resolución 730 del 30 de abril de 2020, proferida por la misma entidad demandada y cuya nulidad también se impetra.

Sexta Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la Quinta Pretensión Principal, se le ordene al MinTIC, a título de restablecimiento del derecho, repetir el proceso de subasta del bloque de 10 MHz en el rango de frecuencias 2515 MHz a 2520 MHz pareado con 2635 MHz a 2640 MHz que culminó el permiso de uso de espectro radioeléctrico de la Resolución 328 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC., permitiendo la participación en la subasta de todos los participantes del proceso de selección objetiva iniciado por el MinTIC mediante Resolución 3078 del 25 de noviembre de 2019.

Séptima Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 329 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual otorgó un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a Partners, del bloque de 10 MHz de espectro radioeléctrico para la operación del servicio móvil terrestre IMT, en el rango de frecuencias 2520 MHz a 2525 MHz pareado con 2640 MHz a 2645 MHz, decisión que fue confirmada en el artículo 2 de la Resolución 731 del 30 de abril de 2020, proferida por la misma entidad demandada y cuya nulidad también se impetra.

Octava Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la Cuarta Pretensión Principal, se le ordene al MinTIC, a título de restablecimiento del derecho, a repetir el proceso de subasta del bloque de 10 MHz en el rango de frecuencias 2520

MHz a 2525 MHz pareado con 2640 MHz a 2645 MHz, que culminó con la adjudicación del permiso de uso de espectro radioeléctrico de la Resolución 329 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, permitiendo la participación en la subasta de todos los participantes en el proceso de selección objetiva iniciado por el MinTIC mediante Resolución 3078 del 25 de noviembre de 2019.

¹⁶ De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, con la demanda de nulidad el Juez encargado del Control de Legalidad de los actos administrativos impugnados también debe hacer el examen de legalidad de los demás actos de trámite o preparatorios de los que devinieron los actos definitivos enjuiciados (Consejo de Estado, Sección Quinta Auto del 18 de septiembre de 2018 C.P. Rocío Araújo Oñate)

Novena Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución 330 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, en virtud de la cual otorgó un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a Partners, del bloque de 20 MHz de espectro radioeléctrico para la operación del servicio móvil terrestre IMT, en el rango de frecuencias 723 MHz a 733 MHz pareado con 778 MHz a 788 MHz, decisión que fue confirmada en el artículo 2 de la Resolución 732 del 30 de abril de 2020, proferida por la misma entidad demandada y cuya nulidad también se impetra.

Décima Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la Novena Pretensión Principal, se le ordene al MinTIC, a título de restablecimiento del derecho, a repetir el proceso de subasta del bloque de 20 MHz en el rango de frecuencias 723 MHz a 733 MHz pareado con 778 MHz a 788 MHz que culminó con la adjudicación del permiso de uso de espectro radioeléctrico de la Resolución 330 del 20 de febrero de 2020 expedida por el MinTIC, permitiendo la participación en la subasta de todos los participantes del proceso de selección objetiva iniciado por el MinTIC mediante Resolución 3078 del 25 de noviembre de 2019.

Pretensiones Consecuenciales comunes a cualquiera de las Pretensiones Principales Primera a Quinta

Primera Pretensión Consecuencial común a cualquiera de las Pretensiones Principales de nulidad: Que, como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones de nulidad de una cualquiera o más de las Pretensiones Principales anteriores, se le ordene al MinTIC, a título de restablecimiento del derecho, que de manera inmediata realice todas las acciones necesarias para suprimir los efectos que hasta el momento de proferirse sentencia se hayan generado a partir de los actos que se declaren como nulos.

Segunda Pretensión Consecuencial común a cualquiera de las Pretensiones Principales: Que se Condene al MinTIC al pago de costas y agencias en derecho correspondientes.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto el objeto del litigio se centra en definir la legalidad de los siguientes actos administrativos: (a) Resolución nro. 000322 del 20 de febrero de 2020, “Por medio de la cual se decide un procedimiento administrativo de carácter particular”, (b) Resolución nro. 000861 del 21 de mayo de 2020, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la

Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”, (c) Resolución nro. 00328 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-

1.” (d) Resolución nro. 000329 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.” y (e) Resolución nro. 000330 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro

radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361- 1.”.

En este punto, resulta relevante traer a colación lo dispuesto en la parte resolutive de la Resolución No. 00322 del 20 de febrero de 2020, que es del siguiente tenor:

“RESUELVE

PRIMERO. No asignar el bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz correspondiente a la segunda secuencia del evento de subasta del 20 de diciembre de 2019 regido por la Resolución 3078 de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Declarar el incumplimiento de PARTNERS TELECOM COLOMBIA

S.A.S. por el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas y, como consecuencia de ello, declarar la ocurrencia del supuesto previsto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019.

TERCERO. Como consecuencia de la declaración incluida en el numeral anterior, ordenar a la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 901354361-1, en el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del retiro de la oferta los cuales ascienden a la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$42.000.000.000). La suma deberá

ser pagada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de este acto administrativo a la cuenta del FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES número 00018-5000003-3

del Banco Davivienda.

CUARTO. En el evento en que la sociedad PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 901354361-1, no honre la obligación de pago ordenada en el artículo anterior dentro del plazo definido, hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta emitida por el BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S.A., identificada bajo el número 20191202 de fecha 2 de diciembre de 2019, cuyo beneficiario es el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES NIT No. 899.999.053-1 FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES NIT No. 800.131.648-6, por la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$42.000.000.000) la cual fue

presentada por el Participante PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. dentro del proceso de subasta, por las razones expuestas en la parte motiva (...)”¹⁷ (Subrayas del Despacho, negrillas dentro del texto).

Mientras que, en la Resolución nro. 00328 del 20 de febrero de 2020, se pactaron entre otras, las siguientes obligaciones en cabeza de Partners Telecom Colombia S.A.:

“RESUELVE

¹⁷ Archivo “Demanda Nulidad MinTIC\Pruebas\7.86. Resolución No. 322 de 2020.pdf”

ARTÍCULO 1. Otorgamiento de permiso de uso del espectro radioeléctrico. Otorgar permiso de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional a **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.** con **NIT. 901.354.361-1** por el

término de veinte (20) años, constados a partir de la firmeza del presente acto administrativo, asignándole el expediente con código **9900005**, para el acceso, uso y explotación de un (1) bloque de **diez (10) MHz** de espectro radioeléctrico para la operación del servicio móvil terrestre IMT, en el rango de frecuencias **2515 MHz a 2520 MHz pareado con 2635 Mhz a 2640 Mhz.**

(...)

ARTÍCULO 3. Contraprestación pecuniaria: El valor total de la contraprestación pecuniaria por el derecho de uso del espectro radioeléctrico equivale a la suma de **DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (293.156.536.648.00 COP),**

correspondiente al periodo señalado en el artículo 1 de la presente Resolución, el cual deberá pagar de la siguiente forma:

(...)

ARTÍCULO 5. Garantía de cumplimiento de disposición legal para el permiso de uso del espectro asignado. PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. se obliga a constituir a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con NIT No. 899.999.053-1 y del Fondo Único de Tecnologías de la Información y de las comunicaciones con NIT No. 800.131.648-6, una garantía que ampare sanciones, perjuicios e incumplimiento, total o parcial, de todas las obligaciones contenidas en esta Resolución particular de asignación permiso de uso del espectro radioeléctrico, en los términos y condiciones establecidos en la Resolución 3078 de 2019 modificada por la Resolución 3121 de 2019 y las Resoluciones 917 de 2015 y 1090 de 2016 del Ministerio, y las normas que las modifiquen, aclaren o sustituyan¹⁸ (Subrayas del Despacho).

Dichos compromisos fueron contemplados de forma similar en las Resoluciones nro.: 000329 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.”; 330 del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. con NIT 901.354.361-1.” 000331 del 20 de febrero de 2020, “Por

la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. con NIT 800.153.993-7” y 000332

del 20 de febrero de 2020, “Por la cual se OTORGA un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a COLOMBIA MOVIL S.A. ESP con NIT 830.114.921-1”.

En tal medida, lo que observa el Despacho es que, a través de la Resolución No. 00322 del 20 de febrero de 2020, el MinTic multó a Partners a pagar al FonTic una

¹⁸ Visible en el índice 4 del Sistema de Gestión SAMAI.

suma económica por la renuncia de su oferta para la asignación del bloque de 10 Mhz de la banda de 2500 Mhz, por lo que, en caso de que se profiera una sentencia estimatoria de las pretensiones, ello derivaría en que dicho Fondo ya no reciba los recursos allí señalados, o en caso de haber sido cancelados, tendrían que ser reembolsados.

A su vez, de la lectura de los actos censurados que sí adjudicaron el espectro, lo que se advierte es que también fijaron una contraprestación dineraria a favor del citado Fondo por el derecho del uso del espectro radioeléctrico en virtud de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 1341 de 2009.

La norma en cuestión es del siguiente tenor:

“Artículo 36. Contraprestación periódica única a favor del fondo único de tecnologías de la información y las comunicaciones. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones pagarán la contraprestación periódica única estipulada en el artículo 10 de la presente ley al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines.

El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores se fijará como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de redes y servicios excluyendo terminales. En el caso de los servicios de televisión incluye los ingresos por concepto de pauta publicitaria y terminales. Para el caso del servicio de televisión abierta radiodifundida, prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición de habilitación, y del servicio de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación se registrará por las normas especiales pertinentes.” (Subrayas del Despacho).

Por ende, pese a que el FonTic no fue la entidad que expidió las decisiones censuradas, lo cierto es que su presencia en el proceso sí resulta necesaria, en la medida en que la misma es beneficiaria de los recursos económicos allí indicados, por lo que es claro que una eventual pretensión estimatoria podría afectar sus intereses.

De ahí que dicha entidad cuente con la condición de litisconsorte necesaria en los términos del artículo 61 del CGP, aplicable al presente asunto en virtud de lo dispuesto en el artículo 227 del CPACA¹⁹, pues, como se explicó, su presencia resulta indispensable para que el fallador pueda dictar sentencia, debido a que el

¹⁹ **“Artículo 227. Trámite y alcances de la intervención de terceros.** En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código General del Proceso.”

proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales ha de resolverse de manera uniforme para mencionada autoridad y para el MinTic.

La primera norma en cuestión es del siguiente tenor:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Quando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en

dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.” (Subrayas del Despacho)

Lo expuesto también descarta la aplicación de la figura del litisconsorte cuasi necesario, como sugiere la actora, debido a que, para que dicha figura sea aplicable, se exige que exista una relación material o sustancial entre dos (2) o más sujetos procesales y que sea suficiente con la participación de uno de ellos para que pueda emitirse una sentencia. Sin embargo, en este asunto, es necesaria la intervención del MinTic y del FonTic, ya que la primera entidad expidió los actos enjuiciados y la segunda se vería perjudicada en caso de una eventual declaratoria de su ilegalidad. Por lo tanto, no se cumple con los requisitos para la aplicación de la figura del litisconsorte cuasi necesario en este caso²⁰.

²⁰ Sobre el particular, en sentencia del 10 de mayo de 2018, emitida dentro del proceso con número de radicado 76001 23 31 000 2002 02259 02, se dijo:

“La otra, la intervención litisconsorcial, más conocida como litisconsorte cuasinecesario, supone, a diferencia de la coadyuvancia, la existencia de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, hasta el punto que el sujeto de esa relación estaría legitimado para demandar o ser demandado en el proceso. Cumplidos los requisitos para la intervención, el juez deberá aceptarla de plano y considerará las peticiones del litisconsorte.

De igual forma, debe resaltarse que de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009, el citado Fondo es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al MinTic, por lo que dicho Fondo cuenta con capacidad para asistir al presente asunto. La norma en cuestión es del siguiente tenor:

(vi) En esta última forma de intervención ha enmarcado la jurisprudencia de la Sección la relación jurídica de las aseguradoras que garantizan el contrato estatal. En efecto, así se ha dijo²⁰:

Ahora bien, en relación con el litisconsorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador

de seguro, quien transfiera el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litisconsorcio cuasinecesario.

Esta especie o modalidad de litisconsorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litisconsorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de litisconsorcio en los siguientes términos:

“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.”

La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la existencia de esta intervención litisconsorcial, y con base en el mencionado texto ha dicho que:

“Por encima de las dudas que suscita la nominación, lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de litisconsorcios: el facultativo en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el necesario en el 51, ambos referidos a la integración plural de las partes. Empero, el artículo 52 inciso 3º ibídem, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aun sin su presencia la sentencia produce 'efectos jurídicos' o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado 'para demandar o ser demandado en el proceso'. En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo artículo 52 'intervención' 'litisconsorcial' que bien pudiera señalarse como 'cualificada', para diferenciarla en todo caso de la intervención 'simple' o 'adhesiva' o de mera coadyuvancia. Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte.”-Subraya la Sala-²⁰

Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito sine qua non para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.

Además, esta modalidad se identifica con el litis consorcio necesario en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el litisconsorcio cuasinecesario no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al litisconsorcio facultativo en que el sujeto voluntariamente puede

concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el interviniente cuasinecesario puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil.” (Subrayas del Despacho).

“Artículo 34. Creación del fondo único de tecnologías de la información y las comunicaciones. El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), se denominará Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones conformarán una cuenta especial a la que se le integrará el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV) de que trataba la Ley 1507 de 2012. Los derechos, el patrimonio y los recursos de FonTIC y de FonTV harán parte del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Esto incluye la cesión de la posición contractual administrativa y judicial de FonTIC y de FonTV.

El objeto del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal y el servicio universal de todos los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, garantizar el fortalecimiento de la televisión pública, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público y cultural, y la apropiación social y productiva de las TIC, así como apoyar las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones.

Como garantía de la televisión pública y de la radiodifusión sonora pública, se mantendrá anualmente, por lo menos, el monto máximo de recursos que, desde la creación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV), fueron destinados por este a RTVC y a los canales regionales de televisión. Así mismo, se mantendrá, por lo menos, el monto promedio destinado a RTVC por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), desde su creación, para la radiodifusión sonora pública. Estos montos serán traídos a su valor presente al momento de la entrada en vigencia de la presente ley y esta base será ajustada en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).” (Subrayas del Despacho).

En consecuencia, asiste razón a la recurrente respecto a debe ser llamado el FonTic al presente trámite y además, pone en evidencia que la parte actora no observó lo previsto en el numeral 7 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021,²¹, como quiera que no fue señalado el lugar y dirección de notificación del FonTic, pese a que, se insiste, la integración de dicha empresa se hace necesaria debido a que, tiene calidad de litisconsorte necesaria.

²¹ **“Artículo 162. Contenido de la demanda.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...)

El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las

notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital". (Subrayas del Despacho)

Así mismo, se observa que la demandante no dio cumplimiento a lo establecido en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, en razón a que no envió copia de la demanda junto con sus anexos al FonTic²².

Además, en observancia de la anotada disposición normativa, deberá remitir en el plazo que le será concedido, el escrito de subsanación del libelo introductorio a la entidad accionada y a la litisconsorte necesaria.

5.3. Por todo lo expuesto, es menester señalar que aun cuando el Despacho inadmitió el proceso de la referencia a través de proveído del 18 de junio de 2021, lo cierto es que en esa oportunidad no advirtió las falencias que el recurrente indicó en esta sede, por ende, el recurso de reposición procederá parcialmente, en el sentido de inadmitir la demanda según lo dispuesto previamente.

Así las cosas, el Despacho RESUELVE:

PRIMERO: REPONER la providencia del 17 de febrero de 2020 y en su lugar se dispone INADMITIR la demanda de la referencia por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONCEDER a la parte actora un plazo de diez (10) días para que corrija la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, so pena de rechazo.

Notifíquese y cúmplase,

²² **“Artículo 162. Contenido de la demanda.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...)

El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda, la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado". (Subrayas del Despacho)

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado.

El presente auto fue firmado electrónicamente por el Consejero en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC