



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 25000-23-24-000-2010-00763-01(AP)

Actor: RODRIGO HUMBERTO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y OTRO

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES-MINTIC Y OTRA

Referencia: ACCIÓN POPULAR

COPIAS SIMPLE-valor probatorio. AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN POPULAR-Improcedencia para anular una licencia de telecomunicaciones. ACCIÓN POPULAR Y ACTOS ADMINISTRATIVOS-Improcedencia para hacer su control de legalidad.

La Sala, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 472 de 1998, decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 12 de mayo de 2014 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

Se demanda en acción popular un acto del MINTIC que concedió un Título de Habilitación Convergente a Colombia Móvil S.A.-TIGO para la prestación de servicios de valor agregado -transmisión de datos-. Se afirma que, por esa licencia, TIGO pagó al MINTIC una contraprestación periódica menor a la que está obligada por el uso del espectro radioeléctrico, según el contrato de concesión



celebrado para la prestación de PCS -servicio de comunicación personal-, también que el MINTIC omitió las funciones de supervisión de la concesión y, con ello, violó los derechos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público.

ANTECEDENTES

El 15 de diciembre de 2010, Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez y Rodrigo Sebastián Hernández Alonso formularon **demanda de acción popular** contra la Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MINTIC para que se declarara que omitió su función de vigilar la explotación del espectro radioeléctrico y que incumplió sus deberes como recaudador de la contraprestación periódica a la que está obligada TIGO, concesionaria de ese bien público para PCS. Asimismo, pidieron que se ordenara al demandado cobrar a TIGO los dineros debidos y que se les reconociera un incentivo.

En apoyo de las pretensiones, afirmaron que mediante Resolución n°. 0841 de 2008, el MINTIC otorgó a la concesionaria la habilitación convergente para prestar servicios de valor agregado, circunstancia que le sirvió para optar por un pago menor de la regalía, pues empezó a liquidar lo correspondiente a servicios de valor agregado sobre el 3% de los ingresos trimestrales. Adujo que el MINTIC entregó la habilitación convergente, sin tener en cuenta que el Decreto 2870 de 2007 exceptúa de la convergencia a los prestadores de PCS, porque estos también son proveedores de valor agregado. Arguyó que por dicha habilitación y por las omisiones del MINTIC se vulneraron los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

El 16 de diciembre de 2010 se admitió la demanda, se vinculó como demandado a Colombia Móvil S.A.-TIGO, se ordenó notificar a las partes y al Ministerio Público. En el escrito de **contestación de la demanda**, el MINTIC, al oponerse a las pretensiones, sostuvo que TIGO, como concesionaria de PCS, no tenía impedimento legal para recibir la habilitación convergente autorizada por el Decreto 2870 de 2007. Agregó que la acción popular no es idónea para indagar sobre los supuestos incumplimientos de la concesionaria en las prestaciones económicas, y que no vulneró derecho colectivo alguno. TIGO argumentó el cumplimiento de sus obligaciones como prestadora de PCS y de los requisitos para obtener el Título de Habilidadación Convergente. Explicó que tanto la concesión



PCS como la habilitación convergente le permiten proveer servicios de valor agregado, sin que la Ley la obligue a actuar bajo una u otra licencia. Afirmó que la acción popular se fundamentó en apreciaciones subjetivas y temerarias de los demandantes. Advirtió que el MINTIC no la ha sancionado por los hechos de la demanda y que no ha causado detrimento al erario.

El 5 de septiembre de 2011 se llevó a cabo **audiencia de pacto de cumplimiento**, que se declaró fallida porque las partes no propusieron una fórmula de arreglo. El 26 de noviembre de 2013 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**. TIGO indicó que ha pagado al Fondo de Comunicaciones las contraprestaciones periódicas a las que está obligada. Alegó que como el artículo 2 del Decreto 2870 de 2007 no la excluyó de la habilitación convergente, el MINTIC le concedió esa licencia. Destacó que si no tuviera el título de la convergencia -como lo pretenden los demandantes- tendría que proveer servicios de valor agregado en condiciones desiguales frente a sus competidores. Los demandantes reiteraron sus argumentos. El Ministerio Público y el MINTIC guardaron silencio.

El 12 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la **sentencia** impugnada, que negó las pretensiones al considerar que los demandantes no probaron la vulneración de los derechos colectivos. Estimó que como se controvierte la legalidad del acto que concedió la habilitación convergente a TIGO, se debió acudir a los medios de control ordinarios, pues la acción popular no procede para ese efecto. Afirmó que TIGO cumplió con las obligaciones de la concesión PCS y que el pago de las contraprestaciones periódicas al Fondo de Comunicaciones, en los porcentajes del 3% y del 5%, obedeció a las condiciones establecidas en las respectivas licencias. Negó el reconocimiento del incentivo, de acuerdo con la Ley 1425 de 2010.

La parte demandante interpuso **recurso de apelación**, que fue concedido el 4 de junio de 2014. El 19 de enero de 2015 se corrió traslado para la sustentación de la impugnación y el 2 de marzo siguiente se admitió. Los recurrentes esgrimieron que sí se afectó el erario y la moralidad administrativa, porque TIGO pagó una menor contraprestación periódica al Fondo de Comunicaciones por los ingresos obtenidos como proveedor de valor agregado. El 4 de abril de 2016, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. Los demandantes y



TIGO reiteraron sus argumentos. El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en el actuar y en las omisiones de las entidades públicas, según los artículos 15 de la Ley 472 de 1998 y 82 CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó un numeral al artículo 132 CCA.

Demanda en tiempo

2. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 472 de 1998 y en los términos de la decisión proferida por la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1999, la acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo o, en cualquier tiempo, cuando se pretenda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación de un derecho o interés de esta naturaleza.

Legitimación en la causa

3. El artículo 12 de la Ley 472 de 1998 establece que para el ejercicio de la acción popular estará legitimada cualquier persona (legitimación universal), porque procede para la defensa de un derecho colectivo, en el marco de un conflicto que resulta de interés general¹.

Por ello Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez y Rodrigo Sebastián Hernández Alonso están legitimados para el ejercicio de esta acción, porque pretenden la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. La Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MINTIC y Colombia Móvil S.A.-TIGO están legitimados en la

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2.005, Rad. AP 20001-23-31-000-2001-01588-01 [fundamento jurídico 3].



causa por pasiva, pues la entidad concedió una habilitación convergente a la empresa de telecomunicaciones para la prestación del servicio de valor agregado, licencia que, según los demandantes, violó los derechos colectivos.

Acción procedente

4. La Sala se ve obligada a plantear el problema jurídico en el estudio de este presupuesto procesal por las razones que se pasarán a explicar.

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la acción popular procede para discutir la legalidad de una licencia de telecomunicaciones y estudiar si la contraprestación periódica por esa habilitación viola los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

III. Análisis de la Sala

5. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera, en fallo de unificación, consideró tenían mérito probatorio².

Los hechos probados

6. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

6.1. El 3 de febrero de 2003, el MINTIC y TIGO celebraron el contrato de concesión n°. 007 para la prestación del servicio de comunicación personal -PCS-, definido en el artículo 2 de la Ley 555 de 2000, en el Área Oriental del país. Pactaron un pago inicial y una contraprestación periódica a favor del Fondo de Comunicaciones, que consiste en una suma equivalente al 5% de los ingresos brutos trimestrales obtenidos por la concesionaria por el uso del espectro radioeléctrico asignado. En la misma fecha y en iguales condiciones, celebraron los contratos de concesión n°. 008 y n°. 009 de 2003 para la prestación de ese servicio en el Área Occidental y en la Costa Atlántica, respectivamente, según da

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo, lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984. Estas providencias se pueden consultar en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 363, 364 y 365, respectivamente.



cuenta copia auténtica de los contratos (f. 480-498, 499-517 y 518-536 anexo 1).

6.2. El 28 de abril de 2008, mediante Resolución n°. 000841, el MINTIC otorgó a TIGO el Título Habilitante Convergente para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con cobertura nacional y conexión con el exterior, de conformidad con el Decreto 2870 de 2007. Como contraprestación periódica se estableció el 3% del ingreso neto trimestral percibido por TIGO al proveer esos servicios, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 1972 de 2003, según da cuenta copia auténtica de la resolución (f. 468-471 anexo 1).

6.3. El 16 de junio de 2008, mediante Oficio n°. 202299, TIGO informó al MINTIC que, de conformidad con el Título Habilitante Convergente y lo autorizado por el artículo 5 del Decreto 2870 de 2007, iba a proveer los servicios de valor agregado con base en esa licencia, según da cuenta copia simple del oficio (f. 165, c. 1).

6.4. El 3 de julio de 2008, mediante Oficio n°. 007926, el MINTIC acusó recibo de la comunicación del 16 de junio e informó a TIGO la actualización de las bases de datos de la entidad con el registro de que la concesionaria iba prestar el servicio de valor agregado al amparo del Título Habilitante Convergente, según da cuenta copia simple del oficio (f. 164, c. 1).

6.5. El 18 de abril de 2011, mediante Oficio n°. 036927, el MINTIC certificó que, por el período comprendido entre los años 2008 y 2010 -período controvertido por los demandantes-, TIGO pagó al Fondo de Comunicaciones como contraprestación -3%- la suma de \$11.343'827.000 por concepto del servicio de valor agregado, conforme al Título Habilitante Convergente, y por concepto de la concesión PCS -5%- la suma de \$100.782'804.000, según da cuenta copia simple de ese oficio (f. 162-163, c. 1).

Acción popular y control de legalidad de actos administrativos en vigencia del CCA

7. La acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas, pues es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República o discutir



decisiones judiciales de constitucionalidad; ni para cuestionar la constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para controvertir providencias judiciales; no es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales; ni es el mecanismo para cuestionar la validez de contratos estatales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios (*v.gr.* acción de controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho)³.

8. En relación con los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 - CCA-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio al concluir que la acción popular no procede para controvertir la legalidad, ni para anular actos administrativos, porque ello compete al juez que conoce de las acciones anulatorias, posición que está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 144 del CPACA para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012⁴.

Aún más, el juez de la acción popular no puede evadir la prohibición de anular actos administrativos, a través de medias alternativas, por ejemplo, la suspensión o la inaplicación de un acto. Un proceder, en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente se intentan asemejar a la nulidad.

9. En 2003 el MINTIC y TIGO celebraron unos contratos de concesión para la prestación de PCS en el territorio nacional y pactaron una contraprestación periódica del 5% de los ingresos brutos trimestrales obtenidos por la concesionaria por el uso del espectro radioeléctrico asignado [hecho probado 6.1]. En 2008 el MINTIC otorgó un Título Habilitante Convergente a TIGO para prestar servicios de telecomunicaciones y estableció una contraprestación periódica del 3% de los ingresos netos trimestrales obtenidos por la licenciataria como proveedora esos servicios [hecho probado 6.2]. TIGO comunicó a MINTIC que iba a prestar los servicios de valor agregado al amparo de esa habilitación y el MINTIC dio su visto

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de abril de 2016, Rad. AP 85001-23-31-000-2012-00139-01 [fundamentos jurídicos 8 y 9] y sentencia del 5 de octubre de 2005, Rad. AP 20001-23-31-000-2001-01588-01 [fundamento jurídico 2] en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 916-917.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, Rad. CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01 [fundamento jurídico 56]. A.V. doctores Carlos Enrique Moreno Rubio, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rocío Araújo Oñate, Marta Nubia Velásquez Rico, Guillermo Sánchez Luque, Milton Chávez García, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Alberto Yepes Barreiro y Hernando Sánchez Sánchez. S.P.V doctora Stella Conto Díaz del Castillo.



bueno [hechos probados 6.3 y 6.4]. TIGO pagó al Fondo de Comunicaciones las contraprestaciones periódicas por los años 2008 a 2010 como concesionaria PCS y titular de la habilitación convergente [hecho probado 6.5].

Las pruebas que obran en el expediente no permiten concluir que la habilitación convergente que MINTIC concedió a TIGO vulneró el derecho a la moralidad administrativa. Esas pruebas tampoco llevan a inferir que la contraprestación periódica pagada por TIGO al Fondo de Comunicaciones por los ingresos obtenidos de los servicios de valor agregado, en el lapso referido, fueron lesivas para el erario.

Como la acción popular no es un mecanismo supletivo de otras acciones, por ejemplo, las acciones anulatorias, la acción de controversias contractuales o los mecanismos de solución de conflictos pactados por las partes de un contrato estatal [núm. 7] y tampoco es el medio procedente para controvertir la legalidad, ni para anular una licencia concedida mediante acto administrativo por la autoridad de telecomunicaciones a una empresa para la prestación de ese servicio [núm. 8], se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala



9

Expediente n°. 25000-23-24-000-2010-00763-01
Demandante: Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez y otro
Niega pretensiones

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NICOLÁS YEPES CORRALES

MAR/5C