

Cartagena de Indias D.T. y C., veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-010-2017-00214-02
Demandante	PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD
Demandado	AGENCIA NACIONAL DE ESPECTRO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Vinculación de litisconsorcio necesario- Confirma</i>

I.-ASUNTO

Revisada la actuación cumplida en el asunto, procede el Despacho a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra del auto dictado el 05 de abril de 2018 en el curso de la audiencia inicial, por medio del cual, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió no vincular al Fondo de Tecnologías de la información y las comunicaciones como litisconsorte necesario.

II. ANTECEDENTES

2.1 Auto apelado¹

El asunto en referencia, fue conocido por la Juez Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, quien, por medio de providencia del 05 de abril de 2018 en el curso de la audiencia inicial, resolvió no vincular al Fondo de Tecnologías de la información y las comunicaciones como litisconsorte necesario.

El *a quo* expuso, que sin desmedro de que en los términos de lo previsto en el numeral 2 del artículo 37 de la ley 1341 de 2009, se prevé que el valor de la multa impuesta a PROSEGUR, forma parte del presupuesto del mentado Fondo, ello no torna en necesaria la participación de dicha entidad en este proceso y mucho menos impide dictar sentencia de mérito, ya que no existe ni se vislumbra una relación jurídico sustancial que imposibilite tal cometido, y que torne en cesaría la anuencia de esta última; pues primeramente se recalca que la Agencia Nacional del Espectro, es quien detenta la titularidad de la actuación administrativa, que culminó con la expedición de los actos que se demandan; y en segundo lugar, se colige que tal Fondo en virtud del mandato legal que estableció el funcionamiento de las entidades solo es

¹Fl. 142-143 (CD: Min: 6:00 a 11:53)

13-001-33-33-010-2017-00214-02

destinatario del rubro o valor de la sanción que se impuso, lo que a juicio del Despacho no sustenta la necesidad de ser tenido como parte en este debate judicial.

Por lo que concluyó que resultaba innecesaria e improcedente la vinculación del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como litisconsorte necesario, ya que dicho ente no tuvo injerencia en la expedición de los actos administrativos que se demandan.

2.2. Fundamentos del recurso de apelación²

La apoderada de la parte demandada, argumenta su recurso afirmando que reitera lo expuesto en la contestación de la demanda y, en segundo lugar, si bien la Agencia Nacional del Espectro tiene personería jurídica y puede tomar las decisiones, los dineros ingresan al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo que considera que la decisión final puede afectar su presupuesto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de la apelación de un auto proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

3.2. Problema Jurídico

El Despacho se centrará en el estudio de los argumentos expuestos por la parte recurrente, así:

¿Reúne el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los presupuestos establecidos en la ley para comparecer al proceso como litisconsorte necesario?

² CD Minuto 12:00 -12:30

13-001-33-33-010-2017-00214-02

3.3. Tesis de la Sala

El Despacho **confirmará** la providencia de primera instancia, atendiendo a que, dentro de la ley 1341 de 2009, en sus artículos 27 y subsiguientes, se regula lo concerniente a la Organización de la Agencia Nacional de Espectro y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el mismo se logra establecer que este último hace parte del consejo directivo de la aquí demandada, por otro lado el numeral 11 del artículo 28 de la misma ley establece la función de imponer las sanciones a que haya lugar por infracciones al régimen del espectro, con excepción de lo dispuesto en artículo 76 de la Constitución Política a la Agencia Nacional de Espectro.

Así mismo, el artículo 31 numeral 5 de la ley en mención, establece que Los recursos de la Agencia Nacional del Espectro estarán constituidos por, los recursos que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones destine para el desarrollo de actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones asignadas a la Agencia Nacional del Espectro o proyectos que ésta desarrolle.

Para resolver el presente asunto, la Corporación adelantará el siguiente estudio: (i) Marco Normativo Litisconsorcio necesario - noción / litisconsorcio facultativo o voluntario; (ii) caso en concreto; y (iii) conclusión.

3.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

3.4.1 LITISCONSORCIO NECESARIO - Noción / LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO³

Existencia Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial" (art. 51 C. de P. Civil); en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos. En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)

13-001-33-33-010-2017-00214-02

demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil). En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. Sólo contándose con su presencia en el proceso, la decisión que se adopte en la sentencia lo vinculará, dado que en ella se decidirá sobre sus propias pretensiones o sobre las razones que esgrime en su defensa. La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad (art. 52 ejusdem).

3.5. Caso en concreto

Encuentra esta Corporación, que la sociedad PROSEGUR vigilancia y seguridad privada, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que solicita se declare la nulidad de los actos administrativos No. 609 de 2014, 572 de 2015 y 798 de 2015 por medio de los cuales se le impone una sanción a la sociedad aquí demandante y se resuelven los recursos de ley.

En primer lugar se referirá esta Corporación sobre la ley 1341 de 2009⁴, el numeral décimo del artículo 26 de dicha norma, determina que la Agencia Nacional del Espectro tendrá entre otras, las siguientes funciones:

“10. Adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer las sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política”.

En ese sentido, se confirma lo dicho por las partes, en el sentido a que ella es la competente para establecer las investigaciones, como en el caso

⁴ “POR LA CUAL SE DEFINEN PRINCIPIOS Y CONCEPTOS SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES - TIC-, SE CREA LA AGENCIA NACIONAL DE ESPECTRO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”.

13-001-33-33-010-2017-00214-02

concreto, por violación al régimen de telecomunicaciones.

Por otro lado, el artículo 27 de la ley 1341 de 2009⁵, determina la relación entre la Agencia Nacional del Espectro y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

“Artículo 27.- órganos de dirección de la Agencia Nacional del Espectro: La Agencia Nacional del Espectro contará con un Consejo Directivo, como instancia máxima para orientar sus acciones y hacer seguimiento al cumplimiento de sus fines. Dicho Consejo estará integrado por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien lo presidirá, por el Viceministro, y por el Coordinador del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o quien haga sus veces. Harán parte con voz pero sin voto, los Directores de la Agencia Nacional del Espectro y de la Dirección de Comunicaciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Consejo Directivo se reunirá ordinariamente seis (6) veces al año y extraordinariamente cuando lo cite su Presidente.

La Agencia Nacional del Espectro contará con un Director General quien representará legalmente a la misma. El Director General de la Agencia será a su vez el Secretario del Consejo Directivo.

El Consejo Directivo actuará como segunda instancia de las decisiones y actos administrativos proferidos por la Agencia Nacional del Espectro”.

En ese sentido, siguiendo el orden La Dirección de la Agencia Nacional del Espectro está conformada por un Consejo Directivo integrado por el viceministro de Tecnologías de la Información y comunicaciones y el coordinador del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Siendo el director el representante del mismo y secretario del consejo directivo. Es decir, quien representa a la entidad jurídicamente, conforme a las funciones establecidas en el artículo 28 de la mencionada ley, con voz pero sin voto en dicho cargo.

Por otra parte, el artículo 34 de la misma normativa establece que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, estará dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Sin embargo, los argumentos del recurso se centran en que, dicho Fondo es el único que puede realizar la devolución de los dineros en caso de prosperar las pretensiones de la

⁵ “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones - tic-, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones”.

13-001-33-33-010-2017-00214-02

demanda, no obstante el artículo 31 numeral 5 de la misma ley, establece que los recursos de la Agencia Nacional del Espectro estarán constituidos, además por:

“Los recursos que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones destine para el desarrollo de actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones asignadas a la Agencia Nacional del Espectro o proyectos que ésta desarrolle”.

Expuesto lo anterior, entrará este Despacho a hacer el respectivo estudio del recurso de alzada:

Afirma la parte demandante que conforme lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 37 de la ley 1341 de 2009, son ingresos del fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los provenientes de las sanciones impuestas por la Agencia Nacional del Espectro, por lo que en caso de prosperar la demanda y haberse pagado la multa quien debe devolver los dineros es el mencionado fondo, la agencia no podría hacer devolución alguna.

Encuentra este Despacho que, en primer lugar conforme a lo antes transcrito, es la Agencia Nacional del Espectro quien tiene la dirección de la entidad, y que de la misma, forma parte el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de igual forma, es la competente para la imposición de sanciones como las que aquí se debaten.

Del artículo 31 en mención se desprende, que por ser la Agencia Nacional del Espectro la directora y que de ella hace parte el Fondo en comento, una de las fuentes de sus recursos provienen del mismo Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en cumplimiento de las funciones de la Agencia, que entre dichas funciones como ya se estableció esta la imposición de sanciones.

No obstante, en el numeral 2 del artículo antes mencionado se establece de manera textual que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá como recursos *“Las multas y otras sanciones pecuniarias impuestas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro a proveedores de redes y servicios de comunicaciones”*; sin embargo, la sanción impuesta a la parte demandante se

13-001-33-33-010-2017-00214-02

realizó como operadora de una estación base, tal como obra a folio 8 de la demanda, sino como proveedora la misma.

En ese sentido, existe una errada interpretación del apelante respecto de la fuente del presupuesto del Fondo al decir, que en virtud del numeral 2 del artículo 37 no podría la Agencia hacer la devolución de los dineros, cuando ello no es cierto, teniendo en cuenta que dichos dineros constituyen los recursos propios de la entidad.

Por otro lado, el artículo 32 de la normativa, establece que el manejo de los recursos de la Agencia Nacional del Espectro, se hará mediante celebración de contrato de fiducia. Es decir que, mal podría afirmarse que es el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a quien le corresponde el manejo de los recursos, que en este caso son provenientes de sanciones impuestas por la entidad demandada.

En ese orden de ideas, encuentra esta Corporación que no existe la mencionada relación sustancial establecidas el artículo 61 del C.G.P., esto que es sea sujeto de la relación aquí debatida o que haya intervenido en ella, requisitos que no se cumplen toda vez que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no es el competente para la expedición de los actos aquí demandados y no tuvo injerencia alguna en su producción.

Lo anterior debido a que, no fue el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien expidió los actos administrativos, pues esa competencia como ya aquí se determinó corresponde a la entidad demandada, por tal motivo no es válida la afirmación hecha por la recurrente al establecer que por ser el Fondo la dependencia que reciba los rubros por concepto de las multas, deba comparecer al proceso como parte del mismo. No encuentra asidero esta Corporación para revocar la decisión proferida en primera instancia, y por el contrario se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por no encontrarse cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 61 del C.G.P.

3.6. Conclusión

Corolario de lo expuesto, esta Magistratura **CONFIRMARÁ** la providencia de primera instancia, atendiendo a que, no se encuentran configurados los presupuestos para la vinculación del Fondo de Tecnologías de la Información

13-001-33-33-010-2017-00214-02

y las Comunicaciones, por no haber participado en la expedición de los mismos y no haber tenido injerencia en su producción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, el auto de fecha 05 de abril 2018, por medio del cual, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió no vincular como litisconsorte necesario al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **ENVIAR** el proceso al JUZGADO DE ORIGEN, para lo de su competencia.

TERCERO: DEJAR las constancias que correspondan en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado