



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 11 001 3334 005 2020 00172 01
Demandante : Gonzalo Franklin García Gutiérrez y otras personas
Demandado : Defensoría del Pueblo
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Providencia : Auto de segunda instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la decisión que en primera instancia negó ordenar una prueba que pidió en la demanda.

ANTECEDENTES

1. Gonzalo Franklin García Gutiérrez y otras personas, presentaron demanda (a.02) en contra de la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. El proceso le correspondió al Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, que adoptó la decisión que se impugna.

3. La providencia apelada. En auto del 6 de diciembre de 2022 (a.56), la primera instancia entre otras decisiones, decidió negar la prueba de oficiar a la Defensoría del Pueblo para que allegue certificación en la que consten los rendimientos financieros actualizados respecto de los dineros que puso a su disposición la Superintendencia de Sociedades para el pago de la indemnización colectiva a los pensionados de Anson Drilling Company of Colombia; consideró que la prueba era improcedente, toda vez que el demandante no acreditó haberla solicitado mediante derecho de petición, como lo establece el numeral 10, artículo 78, CGP.

4. El recurso de apelación. La parte demandante en su escrito (a.58) expresa que el Juzgado en la providencia de primera instancia, no tuvo en cuenta la respuesta de la Defensoría del Pueblo del 19 de marzo de 2019 a su oficio del 11 de febrero de 2019 en el que le solicitó la certificación actualizada de los rendimientos financieros, con lo que se acreditó su petición y ante lo que la demandada se negó a certificarlos.

5. Se dio traslado del recurso (a.63), sin pronunciamiento de la demandada (a.64).

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para resolver el recurso de apelación, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación (Artículos 153, 243.7, CPACA) y se decide por la Sala ya que se discute el rechazo de la demanda (Artículo 125.3, CPACA), trámite que se resuelve conforme lo determina el artículo 244, numeral 4, CPACA -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

2. Problema jurídico: ¿Procede revocar la providencia impugnada, de conformidad con los planteamientos de la parte demandante?

3. El caso concreto se ocupa de determinar, si es procedente ordenar la prueba que se pidió en la demanda y que el Juzgado negó.

3.1. La prueba en controversia se solicitó en su debida oportunidad procesal, con la demanda (a.02), así:

“VII. MEDIOS PROBATORIOS (...) B. OFICIOS. Sírvasse oficiar a la Defensoría del Pueblo, para que allega al Despacho, certificación en la cual consten los rendimientos financieros actualizados, respecto de los dineros que puso a su disposición la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, para el pago de la indemnización colectiva a los pensionados de ANSON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA”.

Por su parte, el Juzgado en la providencia del 6 de diciembre de 2022 (a.56), estableció entre otras decisiones:

“3.3.1.2.2. Se negará la prueba por improcedente, toda vez que el demandante no acreditó haber solicitado dicha prueba a través de derecho de petición, conforme lo prevé el numeral 10º, del artículo 78 del Código General del Proceso, que establece: “10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”. En tal sentido, la prueba será negada en su integridad”.

3.2. Sobre el tema, se pone de presente que además de la norma jurídica que invocó el Juzgado en su providencia (Artículo 78.10, CGP), también es concordante el artículo 173, CGP, en cuanto prescribe:

“ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”.
Negrilla y subrayado fuera del original.

La Corte Constitucional analizó la última frase del artículo 173, CGP, y la declaró exequible (Sentencia C-099 de 2022) y fue contundente sobre la obligatoria aplicación de las dos disposiciones que se han citado:

“9.- Síntesis de la decisión

12. Los demandantes pidieron la inexequibilidad de las normas acusadas, por considerar que vulneraban el núcleo del derecho al debido proceso, al restringir exageradamente (desproporcionalmente) las posibilidades de las partes de un proceso judicial para probar los hechos. Esto porque el incumplimiento, en su criterio, traía como consecuencia la imposibilidad posterior del juez de decretar la consecución de la prueba en el caso del numeral 10 del artículo 78 del CGP, y de que este no tuviese la obligación de solicitar a terceros la prueba requerida para la admisión de la demanda (en casos de pruebas de existencia o representación legal, o calidad en que actúan las partes) en el caso del inciso segundo del numeral 1 del artículo 85 del CGP, ni la de decretar una prueba en el caso de la frase final del inciso segundo del artículo 173 del CGP.

13. Una vez la Sala Plena se pronunció en relación con la aptitud de la demanda, planteó el problema jurídico para determinar si los artículos parcialmente demandados quebrantan el debido proceso al establecer cargas probatorias a las partes en el marco de un proceso judicial. Previo a resolver el caso concreto consignó las reglas jurisprudenciales relativas al margen de configuración del legislador en relación con la regulación del derecho al debido proceso, la prueba y sus límites, así como los criterios jurisprudenciales de esta Corte como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con el “derecho a probar” o “derecho a la prueba”. De igual manera se refirió a la relevancia y admisibilidad constitucional de las “cargas procesales” en nuestro ordenamiento jurídico. Y resaltó que junto a ellas la justicia y la verdad son el fundamento de la adjudicación de derechos en todos los ámbitos de la vida de las personas, por lo cual la garantía del derecho a probar se constituye en el modo de lograr justicia y verdad en un escenario procesal.

14. A continuación, realizó un test de proporcionalidad para determinar si las normas acusadas están suficientemente justificadas y sus consecuencias son constitucionalmente admisibles. Encontró que: (i) los contenidos normativos acusados persiguen la realización de importantes principios constitucionales, en tanto se inscriben dentro de las llamadas cargas procesales que aluden a la organización de un proceso judicial con carácter dispositivo, de tal manera que garantice los principios de igualdad de las partes y lealtad procesal, sin afectar los principios de imparcialidad e independencia del juez.

(ii) Los contenidos normativos acusados constituyen un medio adecuado para realizar los principios constitucionales de igualdad toda vez que las cargas procesales que contienen contribuyen con lo propio de manera efectiva ya que su cumplimiento permite organizar el adelantamiento del proceso, de tal manera que éste no resulte caótico.

(iii) Las normas acusadas no son evidentemente desproporcionadas porque está justificada la afectación de aquellos principios que promocionan la verdad como justicia, en favor de aquellos que promocionan la imparcialidad, la igualdad y la lealtad como justicia.

15. La Corte indicó que una de las formas en la que se satisface la verdad en el proceso como forma de justicia, es precisamente obligando a las partes a cumplir con sus cargas procesales, y así al juez a honrar dicha obligación. Por eso no es razonable sostener que tras perder la oportunidad procesal de aportar una prueba al expediente se configura una afectación desproporcionada del propósito constitucional del derecho

a la prueba (hallar la verdad y con base en ella adjudicar derechos), cuando ello tiene como causa el incumplimiento de uno de los medios para ello, cual es el establecimiento de cargas procesales en materia probatoria.

16. Por demás recabó en que una prueba que no se decrete en el proceso con base en el incumplimiento de una regla procesal (carga procesal) no significa que se ha sacrificado el derecho sustancial por privilegiar las formas (artículo 29 superior). Esto por cuanto, de un lado la consecución de la prueba se constituye como una obligación de medio y no de resultado; la prueba garantiza una posibilidad y no una certeza en cuanto a la verdad en el proceso. Y de otro lado dichos preceptos analizados no afectan la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas; siempre podrá hacerlo si así lo considera en aras de llegar a la certeza en la definición”.

De manera que con la normativa aplicable al caso (Artículos 78.10 y 173, CGP) y la consagración jurisprudencial citada, en principio tiene razón el Juzgado la negar la prueba, pues se torna inexorable sancionar de esa manera a la parte que no procuró obtenerla mediante el derecho de petición.

3.3. No obstante y por eso se expresó que “en principio”, en este caso específico la parte demandante sí demostró en el expediente que le pidió a la Defensoría del Pueblo, previo a la radicación de la demanda y si bien es cierto con otro propósito definido, el 11 de febrero de 2019 que le expidiera (a.05) *“una certificación en la cual conste el monto actual de los rendimientos financieros generados por el valor de la indemnización colectiva, contentiva de los daños materiales y morales por la Superintendencia de Sociedades, consignados a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO”*.

También se aportó al expediente (a.05), la respuesta de la Defensoría del Pueblo del 19 de marzo de 2019, en la que se le informa al peticionario que los rendimientos no pueden ser certificados.

Con los anteriores documentos se demuestra que la parte demandante ejerció su deber de tratar de obtener la prueba que ahora pide en vía judicial, a través del derecho de petición, solicitud que no fue atendida por la hoy demandada, y acreditó dicha gestión de manera plena con los oficios que remitió al Juzgado antes de la decisión que se apeló, con lo cual le dio cumplimiento a la exigencia de los artículos 78.10 y 173, CGP.

En consecuencia, en esta segunda instancia prospera el recurso de apelación y se le ordenará al Juzgado que decrete la prueba pedida por la parte demandante en la demanda de *“B. OFICIOS. Sírvese oficiar a la Defensoría del Pueblo, para que allega al Despacho, certificación en la cual consten los rendimientos financieros actualizados, respecto de los dineros que puso a su disposición la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, para el pago de la indemnización colectiva a los pensionados de ANSON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA”*.

3.4. Por lo tanto, se responde ante el problema jurídico planteado, que procede revocar la providencia impugnada en el aspecto que se apeló.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutive del auto del 6 de diciembre de 2022 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá; y en su lugar, **ORDENARLE** que decrete la prueba pedida por la parte demandante en la demanda de “*B. OFICIOS. Sírvase oficiar a la Defensoría del Pueblo, para que allega al Despacho, certificación en la cual consten los rendimientos financieros actualizados, respecto de los dineros que puso a su disposición la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, para el pago de la indemnización colectiva a los pensionados de ANSON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA*”.

SEGUNDO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA-SUBSECCIÓN “C”

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

EXPEDIENTE: 25000-23-41-000-2023-01630-00
ACCIÓN: CUMPLIMIENTO
DEMANDANTE: ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES
DEMANDADO: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)
ASUNTO: RECHAZA DE PLANO LA DEMANDA

Magistrada Ponente
ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES

I. ANTECEDENTES

El señor **ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES** demandó a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)**, el cumplimiento de «*algunas normas de la Ley 1341 de 2009, expedida el 30 de julio de 2009 por el Congreso de Colombia, modificada por la Ley 1978 de 2019, expedida el 25 de julio de 2019 por el Congreso de la Colombia*».

Adujo que dicha entidad incumplió el deber de adoptar **medidas regulatorias de carácter particular** para controlar los abusos en la posición dominante que ostenta la empresa COMCEL sobre el mercado de las comunicaciones móviles.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 87 de la Carta Política, la acción de cumplimiento fue instituida para brindar a las personas la posibilidad de exigir de las autoridades la realización de un deber que ha sido omitido, en procura de obtener la efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva a la concreción de principios modulares del Estado que tienden a asegurar un orden jurídico, social y económico.

El artículo 1 de la Ley 393 de 1997 “por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”, dispuso que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza de ley, actos administrativos o contra acciones u omisiones de particulares cuando actúen en ejercicio de funciones públicas.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 8 de la mencionada ley prevé como requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento la renuencia de la autoridad, que se constituirá una vez el accionante efectuó una reclamación previa y ella se ratifique en su incumplimiento o no conteste dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.

El Consejo de Estado mediante providencia del 23 de marzo de 2019 se pronunció respecto del agotamiento de la constitución en renuencia como requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento¹, así:

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2020, núm. exp. 76001-23-33-000-2019-00908-01(ACU), MP. Luis Alberto Álvarez Parra.

EXPEDIENTE: 2500023410002023-01630-00
ACCIÓN: CUMPLIMIENTO
DEMANDANTE: ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES
DEMANDADO: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)
ASUNTO: RECHAZA DEMANDA

“La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el **reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste**³ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que “...**el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición** sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento (Subrayas fuera de texto).

Sobre este tema, esta Sección ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento** (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de este pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.”

En el caso concreto, la parte demandante allegó un escrito que presentó ante la CRC el 18 de octubre de 2023, con la siguiente solicitud:

“Determine y establezca las medidas regulatorias particulares a las que hubiere lugar en razón de la declaratoria de dominancia de **Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.** (en adelante, **“COMCEL”**) ocurrida mediante la Resolución CRC 6146 de 2021 y evite con ello continuar en la renuncia del cumplimiento de sus deberes y funciones”.

Luego de constatar el contenido normativo de las normas que se invoca como incumplidas y el documento adjunto, la Subsección colige que no se constituyó en renuencia a la CRC, porque el escrito no contiene: i) la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; ii) **el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación**; y, iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Se llega a esa conclusión, comoquiera que el actor no citó la ley o acto administrativo que impone el deber de adoptar medidas regulatorias particulares.

EXPEDIENTE: 2500023410002023-01630-00
ACCIÓN: CUMPLIMIENTO
DEMANDANTE: ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES
DEMANDADO: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)
ASUNTO: RECHAZA DEMANDA

De otra parte, como resaltó el accionante, la Resolución CRC 6146 de 2021, acto administrativo que no ha sido anulado ni suspendido provisionalmente, y en él se dispuso NO adoptar medidas regulatorias particulares (2_ED_002ESCRITOACCIONDEC(.pdf) NroActua 2, pág. 564):

“ARTÍCULO 1. Constatar que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado “Servicios Móviles (2.5. del ANEXO 3.1.)” definido en el Anexo 3.2. del TÍTULO DE ANEXOS de la Resolución CRC 5050 de 2016.

ARTÍCULO 2. Abstenerse de imponer alguna de las medidas regulatorias particulares enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2010 y explicadas en el numeral 6 del documento denominado “Intervención de Carácter Particular en el Mercado “Servicios móviles”, remitidos a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. mediante radicado de salida número 2017537286 del 24 de febrero de 2017, por las razones expuestas en el aparte considerativo de la presente Resolución.

ARTÍCULO 3. Sin perjuicio de las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y de las medidas que en ejercicio de las mismas se puedan adoptar, transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria del presente acto administrativo, esta Comisión elaborará un informe sobre las condiciones de competencia del mercado de “Servicios Móviles”, de manera que este sirva de insumo para el ejercicio de las funciones a su cargo, de conformidad con lo expuesto en el aparte considerativo de esta Resolución”.

En vista de lo anterior, se rechazará de plano la demanda porque no se agotó en debida forma el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, porque no se señaló en la petición la norma que establece el deber de la CRC de adoptar medidas regulatorias particulares sobre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de cumplimiento presentada por el señor **ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES** contra la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, se archivará el expediente, previas las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

Firmado electrónicamente
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Firmado electrónicamente
LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011.