

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso:	ACCIÓN POPULAR
Radicación:	11001-33-35-013-2022-00058
Demandante:	ASOCIACIÓN NACIONAL DE TÉCNICOS EN TELEFONÍA Y COMUNICACIONES AFINES – ATELCA
Demandado:	ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTROS
Asunto:	AUTO NIEGA MEDIDA CAUTELAR

Procede el despacho a decidir sobre la medida cautelar incoada por la presidenta de la asociación sindical accionante ASOCIACIÓN NACIONAL DE TÉCNICOS EN TELEFONÍA Y COMUNICACIONES AFINES (en adelante ATELCA).

FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

1. La presidenta de ATELCA, como medida cautelar, solicita se ordene a la ETB: (i) suspender cualquier trámite tendiente a crear asociaciones o sociedades de propósito especial hasta tanto el Concejo de Bogotá no autorizara la disposición de sus activos, o hasta que se decida la presente acción; (ii) se abstenga de comprometer los recursos del Distrito Capital para participar en la constitución de nuevas sociedades; y (iii) “(...) no disponer del valioso activo de la fibra óptica sin autorización del Concejo de Bogotá (...)”¹.

El sustento de la cautela, extraído del libelo de la demanda, es que el presidente de la ETB está planeando constituir una sociedad de propósito especial con la empresa Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., con el fin de explorar y comercializar la fibra óptica propiedad del Distrito Capital, para lo cual, aduce, no tiene competencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 489 de 1998, pues el representante de las acciones de esa entidad es el Concejo de Bogotá.

2. Con providencias separadas del 9 de marzo de 2022, se admitió la demanda presentada por ATELCA contra la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. (en adelante ETB), y se corrió traslado

¹ Párrafo 7º, página 14 del libelo de la demanda.

de la solicitud de medida cautelar incoada por la parte actora. Dichas providencias fueron notificadas personalmente a las entidades demandadas el 10 de marzo de 2022.

3. *Con escrito remitido de forma oportuna al correo electrónico de este juzgado el 17 de marzo de 2022, la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ** y la **SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT**, de manera conjunta, se opusieron a la medida cautelar solicitada por ATELCA aduciendo que la parte actora no había cumplido con la carga argumentativa establecida en los artículos 229 y 231 del CPACA para la prosperidad de la cautela, pues no se acreditó que la no concesión de la medida pudiese causarle un perjuicio irremediable, ni que existieran serios motivos para considerar que de no concederse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, sino que por el contrario, se evidenciaba que el objeto de la cautela era idéntico a las pretensiones principales.*

Considera que ninguna de las accionadas ha transgredido los derechos colectivos invocados por ATELCA, máxime cuando la supuesta venta de la participación accionaria que, según esa asociación, pretendía realizar la ETB, no se realizó, ya que la SIC², a través de las Resoluciones N° 5971 del 17 de septiembre de 2021 y 2 de diciembre de 2021, objetó la operación de integración entre la ETB y la sociedad Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., lo que implicó que el presunto hecho generador de la alegada transgresión nunca se materializara. Que aunado a ello, no se debía perder de vista que a la fecha de presentación de esta demanda, la situación fáctica que la sustentaba ya había desaparecido.

4. *La **ETB**, con memorial enviado oportunamente al correo electrónico de este juzgado el 17 de marzo de 2022, también se opuso a la medida cautelar deprecada con los siguientes argumentos:*

Argumenta que las medidas solicitadas son amplias y exageradas en relación con las pretensiones principales de la demanda, abarcando asuntos que ni siquiera están en discusión en el sublite, por lo que en caso de prosperar, se podría generar una obstrucción a esa entidad de constituir cualquier sociedad, independientemente de que se relacione o no con los hechos de la presente acción, y además, se le impediría desarrollar su objeto social al no poder disponer de uno de sus activos, para lo cual no requiere de autorización del Concejo de Bogotá, toda

² Superintendencia de Industria y Comercio.

vez que la ETB es una empresa de servicios públicos domiciliarios que se rige por el derecho privado.

Menciona que si bien el 17 de febrero de 2021, la ETB y la sociedad Ufinet informaron a la SIC su intención de realizar una integración para crear una empresa común, en forma de sociedad por acciones simplificada, operador neutral, que operara como comercializador mayorista de servicios de fibra óptica hasta el hogar, lo cierto es que con la Resolución N° 59371 del 17 de septiembre de 2021, confirmada por la Resolución N° 78708 del 2 de diciembre de 2021, la SIC objetó esa operación de integración empresarial, por lo que ambas empresas desistieron de seguir adelantando negociaciones, tal como fue explicado ante el Concejo de Bogotá el 7 de febrero de 2022. Por ello, asevera que en el caso sub examine operó la caducidad conforme a lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, pues la demanda se impetró el 24 de febrero de 2022, cuando el proceso de integración ya se había desistido.

Discurre, además, que la acción popular es improcedente tanto para indicarle a la parte accionante “la norma” que confería facultades para determinado asunto, como para ordenarle a la ETB suministrar una información que fue negada al responder un derecho de petición, en virtud de la reserva que sobre ella recaía, pues lo primero pudo satisfacerse por ATELCA elevando un derecho de petición ante aquella entidad, sin tener que desgastar el aparato judicial, y para lo segundo cuenta con el recurso de insistencia consagrado en el artículo 26 del CPACA.

CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares son instrumentos cuya finalidad es la protección de un derecho en litigio, de forma previa y provisional, con lo cual se asegura que la duración del proceso no influya en la efectividad de la decisión final, pues el derecho o interés objeto de litigio se encuentra protegido de forma previa³. Con estas medidas se pretende garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en su tercera faceta, esto es, “(...) que la sentencia que se profiera se ejecute (...)”⁴.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 16 de mayo de 2019, rad. 25000-23-41-000-2016-01029-01(AP)A, Cp. Hernando Sánchez Sánchez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 21 de mayo de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946), C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

“(...)

Para el decreto de las medidas cautelares, en términos generales, la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en señalar que se requiere la concurrencia de unos requisitos, a saber: (i) Fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, relacionado con la urgencia de adoptar una medida para evitar un perjuicio irremediable, y, (iii) la ponderación entre los intereses en colisión en el caso concreto. Una vez verificado por parte del juez la concurrencia de los dos primeros requisitos, le corresponde realizar un test de proporcionalidad, con el fin de determinar si la concesión de la medida es o no viable.

Es necesario destacar que el segundo requisito es lo que pone en marcha el sistema de medidas cautelares, pues la finalidad de las mismas es “evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo”⁵.

Con relación a la procedencia de medidas cautelares en los procesos de conocimiento de esta jurisdicción, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“(…)

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

(…)”

Ahora, en cuanto al contenido y alcance de las medidas cautelares, el artículo 230 ibídem establece:

“(…)

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

Son tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: i) el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; ii) el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y iii) el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute⁴. Así, las medidas cautelares en materia contencioso administrativa están orientadas a garantizar el último de los elementos que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia, es decir, buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material (...)

⁵ Chinchilla Marín, Carmen – El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales.

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

(...)" - Negrillas fuera de texto-

A su turno, el artículo 231 del C.P.A.C.A consagró como requisitos para decretar las medidas cautelares, los siguientes:

"(...)

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

*El Consejo de Estado⁶ ha establecido que desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares poseen, principalmente, dos tipos de requisitos de procedibilidad, a saber: (i) unos formales, que se resumen así "(...)"¹ debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011); 2) **debe existir solicitud de parte⁷ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 3) la medida debe ser***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", auto del 29 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12), Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra.

⁷ De conformidad con el párrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las "medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

solicitada en cualquier etapa del proceso antes o después de haberse notificado el auto admisorio de la demanda (artículo 233 y 234, Ley 1437 de 2011) (...); **(ii) unos materiales**, que se traducen en que “(...)1) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 2) debe haber una relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011) (...).”

Descendiendo al caso sub examine, se advierte que la asociación sindical accionante solicita, como medida cautelar, se ordena a la ETB (i) suspender cualquier trámite tendiente a crear sociedades de propósito especial hasta tanto el Concejo de Bogotá no autorizara la disposición de sus activos, o hasta que se decidiera la presente acción; (ii) se abstenga de comprometer los recursos del Distrito Capital para participar en la constitución de nuevas sociedades; y (iii) no disponer de la fibra óptica hasta que obtenga autorización previa del Consejo de Bogotá para ello.

Como se indicó previamente, para efectos de analizar la procedibilidad de las medidas cautelares en los procesos que conoce la jurisdicción contencioso administrativa, incluido el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, se establecieron unos requisitos formales y otros materiales.

En el presente caso se advierte que se cumplen los tres requisitos formales de la medida cautelar, por cuanto: (i) se trata de un medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, el cual, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo del artículo 229 del CPACA, se rige por las disposiciones de ese código en lo que atañe al trámite de las cautelas. (ii) Pese a que no existe efectivamente una carga argumentativa que sustente la medida deprecada, como lo ponen de presente el DISTRITO CAPITAL y la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT en su escrito de oposición, esta no resulta necesaria en los procesos cuya finalidad es la defensa e integridad de los derechos e intereses colectivos. (iii) Existe una solicitud expresa de medida cautelar, formulada por la presidenta de ATELCA en el libelo de la demanda.

No ocurre lo mismo con los requisitos materiales de procedencia, particularmente el consistente en que “(...) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)” (periculum in mora), por las siguientes razones:

A juicio de la representante de ATELCA, la medida cautelar solicitada se torna imperativa para impedir que la ETB conforme una sociedad de propósito especial con la empresa Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., para disponer de la explotación de la fibra óptica del Distrito Capital.

De acuerdo con las pruebas aportadas al plenario por parte de las entidades accionadas, se advierte que, en efecto, el 17 de febrero de 2021 la ETB y la empresa Ufinet Colombia Participaciones S.A.S. informaron a la SIC su intención de “(...) realizar una operación de integración mediante la cual se crea una empresa común, en forma de sociedad por acciones simplificada “NewCo”, la cual operará de manera neutral y sin exclusividades (...)”⁸. La finalidad de esa nueva sociedad sería operar “(...) como comercializador mayorista de servicios FTTH, esto es, servicios de conectividad sobre redes de acceso FTTH de ultra banda ancha, orientado al mercado mayorista de Operadores de Servicios de Telecomunicaciones, para que a su vez, éstos (sic) ofrezcan sus servicios (internet, televisión y telefonía) (...)”⁹.

Mediante la Resolución N° 59371 del 17 de septiembre de 2021, la SIC objetó la operación de integración empresarial entre la ETB y Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., debido a que “(...) Revisados los condicionamientos ofrecidos, esta Superintendencia considera que estos apenas se orientan a mitigar parcialmente algunos de los elementos de riesgo que podrían derivarse de la operación proyectada. Sin embargo, esos condicionamientos no están relacionados con las principales preocupaciones que esta Superintendencia pudo identificar mediante un análisis que implicó examinar aspectos adicionales a los que las INTERVINIENTES identificaron como riesgos que en materia de competencia podría generar la operación proyectada. Como quedo (sic) claro, esos aspectos están relacionados con el riesgo de efectos unilaterales derivado del doble rol de regulador-regulado que tiene el controlante de ETB con relación al reforzamiento de barreras legales de entrada que impedirá la libre concurrencia de los agentes a los mercados relevantes definidos (...)”¹⁰.

Se probó, asimismo, que la anterior resolución fue confirmada por la SIC a través de la Resolución N° 78708 del 2 de diciembre de 2021, en virtud del recurso de

⁸ Se extrae de la Resolución N° 59371 del 17 de septiembre de 2021, obrante a folios 530 a 577 del cuaderno de medidas cautelares del expediente digital.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

reposición impetrado por la ETB y la sociedad Ufinet Colombia Participaciones S.A.S.

Por último, se acreditó que en sesión plenaria de la Comisión Segunda del Concejo de Bogotá adelantada el 7 de febrero de 2022¹¹, el representante legal de la ETB informó a los concejales y a las concejales que se había desistido de adelantar el proceso de integración empresarial con la empresa Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., debido a las objeciones presentadas por las SIC.

Como se puede apreciar, en el sublite no se cumple con el primer presupuesto material de procedencia de la medida cautelar solicitada por ATELCA, consistente en la necesidad de adoptar una medida tendiente a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, pues la voluntad de conformar una sociedad de propósito especial entre la ETB y la empresa Ufinet Colombia Participaciones S.A.S., que es el principal motivo por el que la asociación sindical accionante incoó esta acción, fue declinada por esas empresas ante las objeciones presentadas por la SIC mediante las Resoluciones 59371 del 17 de septiembre de 2021 y 78708 del 2 de diciembre de 2021. Por lo tanto, como, en últimas, lo que ATELCA pretende con este medio de control es que la ETB y Ufinet no conformen una sociedad de propósito especial para gestionar la fibra óptica del Distrito Capital, y teniendo en cuenta que esa operación ya no se va a realizar, no cabe duda que la presente medida cautelar se tornaría inane.

En este orden de ideas, al no existir el presupuesto material del periculum in mora para efectos de adoptar la medida cautelar solicitada por ATELCA, el despacho denegará la misma.

Por lo expuesto, el JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la medida cautelar solicitada por la asociación sindical accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

¹¹ https://www.youtube.com/watch?v=_oUykgncRF8 (fecha de visualización: 1° de abril de 2022)

Radicación: 11001-33-35-013-2022-00058
Proceso: ACCION POPULAR
Demandante: ATELCA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTROS

**YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZA**

JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
SECCIÓN SEGUNDA
Por anotación en el estado electrónico No. **039** de fecha **07-04-2022** fue notificado el auto anterior. Fijado a las 8:00 AM.
110013335013202200058

Firmado Por:

**Yanira Perdomo Osuna
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
013
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6c31b5b73e2d8c826ef9d905e3599520219bd5c51432d4e46c35bb641cd6a6de**

Documento generado en 06/04/2022 08:12:38 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**