

SU041-18

Sentencia SU041/18

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA DE PERSONA JURIDICA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Jurisprudencia constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Relevancia constitucional como requisito de procedibilidad

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Análisis de la solicitud de amparo cuando el proceso judicial se encuentra en curso

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO SUSTANTIVO-Alcance de la competencia del juez de tutela para analizarlo

CARACTERIZACION DEL DEFECTO ORGANICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

PROCESO EJECUTIVO ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TITULO EJECUTIVO-Concepto

TITULO EJECUTIVO-Condiciones formales y sustanciales/TITULO EJECUTIVO SIMPLE/TITULO EJECUTIVO COMPLEJO

PROCESO EJECUTIVO-Mandamiento de pago

PROCESO EJECUTIVO-Apelación del mandamiento de pago por parte del ejecutante

PROCESO EJECUTIVO-Derecho de defensa del ejecutado como parte integral del debido proceso

PROCESO EJECUTIVO-Finalidad de las excepciones

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defectos orgánico y procedimental absoluto en proceso ejecutivo

Se demostró que la Corporación accionada incurrió en un vicio orgánico porque excedió sus competencias funcionales al proferir la orden de pago en segunda instancia, debido a que desconoció los márgenes de decisión del juez de primera instancia en el marco del proceso ejecutivo y particularmente, en el conocimiento de asuntos relacionados con la controversia de asuntos formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas. Por su parte, se acreditó el yerro procedimental absoluto bajo el entendido que la providencia objeto de censura pretermitió la oportunidad que tenía la ETB para formular el recurso de reposición contra la orden de pago y ejercer de esta manera sus derechos de defensa y de contradicción, que hacen parte contenido esencial del debido proceso, específicamente, la posibilidad de controvertir las condiciones formales de los documentos presentados como base de ejecución, las cuales no puede debatir en otra etapa del proceso; el derecho de excusión y la presentación de las circunstancias que tienen la connotación de excepciones dilatorias.

Referencia: Expediente T- 6.131.714.

Acción de tutela instaurada por Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB- S.A. E.S.P. contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Asunto: Límites del juez constitucional al analizar las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Defectos orgánico y procedimental absoluto porque el superior jerárquico al desatar el recurso de apelación contra la providencia que negó mandamiento de pago en un proceso

ejecutivo, desconoció los márgenes de decisión del juez de primera instancia y además, se pretermitió una etapa procesal para el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción de la ejecutada, como elementos integrantes del derecho fundamental al debido proceso.

Magistrada Sustanciadora

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias dictadas el 23 de febrero de 2017 y el 10 de noviembre de 2016, por la Secciones Quinta y Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda y primera instancia respectivamente, dentro de la acción de tutela T-6.131.714, promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P-en adelante ETB-, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 0090 del 24 de abril de 2017, por la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Seis de la Corte, mediante auto del treinta (30) de junio de 2017, resolvió seleccionar el asunto de la referencia para su revisión.

ANTECEDENTES

La empresa accionante formuló acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la corporación judicial demandada por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia,

con ocasión de las siguientes providencias judiciales proferidas dentro del proceso ejecutivo radicado número 25000233100020090063601, instaurado por Telefónica Móviles de Colombia S.A-en adelante Telefónica- contra la ETB:

i) El mandamiento de pago librado en segunda instancia el 27 de mayo de 2015, por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aclarado mediante auto del 13 de abril de 2017, dictado por ese mismo Tribunal.

ii) La decisión que negó la recusación formulada en contra de una conjuez que integró la Sala que resolvió librar mandamiento de pago, adoptada por el despacho judicial accionado el 19 de enero de 2016.

Expresó que las mencionadas providencias incurrieron en los defectos que se sintetizan a continuación:

- Sustantivo: porque: a) desconoció la sentencia T-058 de 2009, que en su momento decidió la causa que ahora se ventila en el proceso ejecutivo; b) “Se dotó de vida jurídica” a las Resoluciones CRT 1269 y 1303 ambas del año 2005, las cuales estaban “decaídas” según lo había reconocido la Corte Constitucional; y c) el título ejecutivo fue simple y las providencias judiciales censuradas lo convirtieron en complejo sin ningún fundamento fáctico y legal.

- Orgánico: en el sentido de que: a) la Sala demandada profirió mandamiento de pago en alzada en lugar de devolver el expediente a la instancia correspondiente; con lo que b) desconoció el derecho fundamental de defensa del ejecutado.

- Procedimental: relacionado con la recusación formulada en contra de una Conjuez de la Corporación accionada, basada en la causal contenida en el numeral 6º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil[1]. La entidad peticionaria sustentó el defecto con fundamento en: a) la “ignorancia y renuencia” para analizar adecuadamente los criterios de recusación; ii) la “ignorancia” del precedente judicial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance de la causal de recusación invocada; y c) la “ignorancia” de otras normativas que sí reconocen la causal invocada como circunstancia de impedimento.

De esta manera, la ETB solicitó que se conceda la solicitud de amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales invocados, en el sentido de revocar el mandamiento de pago librado en su contra y dejar sin efectos la providencia que negó la recusación presentada en contra de una Conjuez que integró la Subsección accionada.

De forma subsidiaria, expresó que su pretensión se orienta a que el juez de tutela verifique la existencia del defecto orgánico en la providencia que libró mandamiento de pago en segunda instancia y se ordene que la decisión retorne a su “sede judicial natural”, para que puedan presentarse los recursos correspondientes.

Contexto procesal

1. La actora expresó que celebró con Telefónica 2 contratos de interconexión con el objeto de establecer las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas del acceso, uso e interconexión de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia de ETB con la red de telefonía móvil celular de Telefónica. Las partes acordaron que los contratos se regirían por las normas regulatorias vigentes en aquel momento, conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887[2].

2. Los contratos suscritos tendrían una duración inicial de 5 años prorrogables. Las partes pactaron el valor de los cargos de acceso bajo la modalidad de minuto real, es decir, la remuneración que la ETB pagaría a Telefónica sería por cada minuto real de tráfico de larga distancia internacional entrante que utilizaran las redes del operador celular[3].

3. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –en adelante CRT-, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones – en adelante CRC-, expidió en diciembre de 2001, la Resolución CRC 463 de 2001, vigente desde el 1° de enero de 2002. Ese acto administrativo modificó los Títulos IV y V de la Resolución CRC 087 de 1997 y fijó los valores máximos para los cargos de acceso bajo dos modalidades de pago: i) por minuto redondeado; o ii) por capacidad[4].

4. La accionante expresó que, de acuerdo con la Resolución CRC 463 de 2001, los operadores de Telefonía Móvil Celular – en adelante TMC- y los de Telefonía Básica Conmutada de Larga Distancia – en adelante TBCLD-, podrían acogerse a dicho acto

administrativo o mantener las condiciones pactadas en sus contratos[5].

5. La CRT expidió la Resolución CRT 469 del 4 de enero de 2002, mediante la cual derogó el Título IV de la Resolución 087 de 1997[6].

6. El contrato de interconexión celebrado entre la ETB y Telefónica se prorrogó en el año 2003, debido a que las partes no manifestaron su voluntad de terminarlo o de modificar sus condiciones. Con base en lo anterior, la accionante realizó los pagos de los servicios prestados por Telefónica conforme a lo previsto en el contrato, es decir, mediante el sistema de minuto real[7].

Etapas de solución alternativa administrativa del conflicto

7. Seis (6) meses después de la prórroga del contrato, Telefónica concurrió ante la CRT con la finalidad de que declarara que la ETB estaba obligada a pagar los valores máximos contenidos en la Resolución CRC 463 de 2001, por concepto de los cargos de acceso[8].

8. La CRC expidió la Resolución número CRC 1269 del 28 de julio de 2005, mediante la cual resolvió “Negar la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001”[9].

9. La mencionada decisión fue recurrida por Telefónica. El recurso fue desatado mediante Resolución CRC 1303 del 29 de septiembre de 2005, en la que resolvió aclarar el artículo 1° de la Resolución CRC 1269 de 2005 en el sentido de que “(...) si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos con acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente entre RED de TMC de dicho operador y l(sic) la RTPBCLDI de ETB S.A. si se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 (sic) de la mencionada resolución, (sic) en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.”[10]

Etapas arbitrales de la solución del conflicto

10. Telefónica convocó un Tribunal de Arbitramento para solucionar jurisdiccionalmente las diferencias con la ETB. En su demanda, solicitó que se declarara el incumplimiento de los

contratos celebrados en 1998 y se le condenara a pagar el valor establecido como cargo de acceso determinado en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRC 463 de 2001, es decir, el cargo de acceso máximo por minuto[11].

11. El Tribunal de Arbitramento, mediante laudo del 7 de noviembre de 2007, condenó a la ETB a pagar a Telefónica el cargo de acceso conforme a la Resolución CRC 463 de 2001[12].

12. La Corte Constitucional, mediante sentencia T-058 de 2009, declaró la nulidad del laudo del 7 de noviembre de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento de Telefónica contra la ETB[13]. De igual manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 1° de abril de 2009, anuló la mencionada decisión arbitral[14].

El proceso ejecutivo que originó la acción de tutela de la referencia

13. Telefónica presentó demanda ejecutiva contra la ETB ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con base en las Resoluciones números CRC 1269 y 1303 de 2005, con la finalidad de que se librara mandamiento de pago por la suma de \$41.272.833.321,69[15]. Al proceso le correspondió el número de radicado 25000232600020090063600.

En aquella oportunidad, la empresa ejecutante expresó en su demanda lo siguiente:

“El título base de la ejecución son las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en las que se establece que la ETB debe remunerar las redes de Telefónica con las tarifas fijadas por minuto en la Tabla “Opción 1” del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, que aunque no determinan la cifra numérica precisa que debe pagar la ETB, basta una simple operación aritmética para establecer el monto de la obligación.”[16] (Subrayas fuera de texto)

14. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto el 29 de abril de 2010, negó el mandamiento de pago a favor de Telefónica, con fundamento en que:

i) El título que sustentaba la demanda ejecutiva no cumplía con las condiciones formales previstas en la ley, pues no se trataba de un documento que emanara del deudor, ni de providencia judicial o de policía, o un acto administrativo contractual con fuerza ejecutiva. En efecto, para ese Tribunal la ejecutante aludió a unos actos administrativos de la CRT

como parte del título ejecutivo, que no corresponden a ninguno de los eventos previstos en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, como constitutivas de obligaciones que pueden cobrarse por esta vía procesal[17].

ii) La obligación no era expresa, porque las cláusulas pactadas en los contratos presentados como base de ejecución no contenían en su redacción la forma precisa de los términos y condiciones en que debe ser aplicada la resolución sobre las tarifas previstas para tal fin[18]. Adicionalmente, los actos administrativos que conforman el título complejo no consagraron una acreencia expresa, en el sentido de que las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, no establecieron que la ETB debía pagarle las tarifas de los servicios de interconexión pactados en los contratos mediante la opción de acceso por minutos y no por capacidad, según las 2 opciones establecidas en la regulación del asunto.

iii) La obligación tampoco es clara[19] porque la aplicación de cargos de acceso por minuto correspondería a una pretensión que debe formularse mediante la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la finalidad de verificar el alcance de las obligaciones contractuales y los criterios para su cumplimiento, en el sentido de que se debe establecer la base para el pago de los servicios y los factores que deben aplicarse, aspectos que escapan al proceso ejecutivo. Esta providencia fue apelada por el apoderado de la accionante[20].

15. El 18 de febrero de 2011, el apoderado de la ETB recorrió el traslado del recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante en el que expresó lo siguiente[21]:

i) La controversia que pretende hacer valer Telefónica fue resuelta de fondo en la declaratoria de ilegalidad del laudo proferida tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional.

ii) Las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, que el apelante pretende hacer valer como título ejecutivo, no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y se sustentaron en la Resolución CRT 463 de 2001, que a su vez fue derogada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 4 días después de su entrada en vigencia, mediante Resolución 469 de 2002. Lo expuesto, generó que se declarara la nulidad del principio de integralidad y que dichos actos administrativos hayan perdido su fuerza ejecutoria al haber desaparecido su fundamento de derecho.

iii) Los documentos presentados como títulos ejecutivos no se aportaron en originales y las copias anexadas deben cumplir con el requisito del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que el mismo despacho que las profirió haga constar que prestan mérito ejecutivo y el expediente de que trata dicha copia.

16. El 15 de noviembre de 2012, el apoderado de Telefónica presentó ante el juez de segunda instancia un escrito en el que solicitó dar trámite a la interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[22].

17. La Subsección “A” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto el 21 de noviembre de 2012, negó la apelación interpuesta por el apoderado de Telefónica en contra de la providencia de primera instancia que en su momento se abstuvo de librar mandamiento de pago a su favor[23]. Ese Tribunal sustentó su decisión en los siguientes argumentos:

i) Contrario a lo considerado por el apelante, el título ejecutivo que debiera contener la presunta obligación insoluta tendría que estar compuesto por: el contrato en el cual conste el compromiso de pago y en los demás documentos en los que se imponga el cumplimiento de la obligación, sobre los cuales pueda establecerse de manera clara y expresa su contenido, así como su exigibilidad[24].

Con base en lo anterior, los contratos de interconexión celebrados entre las partes contienen la obligación por la cual se pretende ejecutar a la ETB S.A, pues su objeto consistió en regular las relaciones derivadas de la interconexión entre las redes operadas por ETB y por los prestadores del servicio de telefonía móvil celular (Cocelco y Celumovil S.A – hoy Telefónica). Sin embargo, de dichos documentos no es posible determinar cuál era el valor de la acreencia, la cual por sí sola no era ni clara ni expresa[25].

ii) Las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, proferidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en especial esta última, señaló que en virtud del artículo 5º de la Resolución 463 de 2001, la ETB podía escoger entre mantener “las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todos sus efectos.”[26]

Por tal razón, a la interconexión existente entre Telefónica y la ETB le es aplicable dicha normativa y en consecuencia debería remunerarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, norma según la cual “los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión”, es decir, cargos de acceso máximo por minutos o de acceso por capacidad[27], sin que ninguno de los actos administrativos presentados como título ejecutivo indicara cuál de las 2 opciones debía ser empleada para la remuneración de la interconexión[28].

iii) En suma, en los documentos aportados con la demanda no se encontró definida la modalidad en que se debían pagar las tarifas de los mencionados contratos de interconexión, pues no se presentó prueba de que la ETB haya optado por alguna de ellas. De esta manera, la obligación no era clara ni estaba expresamente definida[29].

18. Ese despacho judicial consideró que había omitido dar trámite a la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia, presentada por el apoderado de Telefónica el 15 de noviembre de 2012. Por tal razón, el Consejo de Estado, mediante auto del 28 de ese mismo mes y año, resolvió dejar sin efectos la providencia que confirmó la providencia de primera instancia que negó la orden de pago, en consecuencia, surtir el trámite de interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia[30]. Contra esa decisión la ETB formuló recurso de reposición[31], el cual fue negado mediante providencia del 29 de mayo de 2013[32].

Una vez surtido el trámite correspondiente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resolvió la solicitud de interpretación prejudicial solicitada por el ejecutante el 16 de julio de 2014[33].

19. El 12 de noviembre de 2014, el Consejo de Estado aceptó el impedimento manifestado por el doctor Alier Eduardo Hernández, quien había sido designado conjuez debido al empate en el estudio del proyecto analizado en la sala del 29 de octubre de 2014[34] y, en consecuencia, ordenó un nuevo sorteo para su reemplazo[35].

20. El 4 de diciembre de 2014, se realizó audiencia pública con la finalidad de adelantar el sorteo de conjuez, en la que participó el apoderado de la ETB. En desarrollo de la diligencia se expresó que “(...) se introducen las fichas numeradas en la bolsa y se pide al Dr. RAMIRO

BEJARANO GUZMAN extraer una de ellas, dando como resultado el CONJUEZ No. 5 = Dra. PATRICIA MIER BARROS.”[36]

21. El Consejo de Estado mediante auto del 27 de mayo de 2015, resolvió lo siguiente:

“Primero.- REVÓCASE el auto proferido el 29 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”. En su lugar, se dispone:

“PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de Telefónica Móviles de Colombia S.A. y en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por las siguientes sumas:

“a.- Por la diferencia entre el valor pagado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P. y el valor de la tarifa fijado en el artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS-, de la Resolución CRT 463 de 2001, por concepto de los cargos de acceso causados por la interconexión directa de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional -TPBCLDI- de ETB y la red de telefonía móvil de celular -TMC- de Telefónica, en las llamadas internacionales entrantes y terminadas, durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005.

b.- Por los intereses de mora causados sobre la cantidad líquida resultante de la diferencia entre lo pagado y lo establecido en el mencionado artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS- de la Resolución CRT 463 de 2001, causados desde la fecha de ejecutoria de la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005, esto es, desde el 19 de octubre de 2005 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

SEGUNDO.- La anterior suma, junto los intereses de mora causados deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes, tal como lo dispone el artículo 498 del C.P.C.”.

Segundo.- una vez notificada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.”

La anterior decisión se fundamentó en las siguientes razones[37]:

21.1. En los contratos celebrados por las partes se pactó que el acceso a la red de TMC de Celumovil S.A y de Cocelco S.A sería remunerado por la ETB por minuto o fracción de llamada entrante, completada a través de la interconexión directa entre las partes, de modo que cada vez que la ETB recibiera a través de su red una llamada y la interconectara a través de la red del TMC para completarla, tenía que pagar una remuneración al dueño de la red utilizada, bajo el esquema de minuto o fracción[38].

21.2. La controversia suscitada entre Telefónica y la ETB fue dirimida por la CRT, mediante las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, en el sentido de indicar que la interconexión entre la red TPBCLD de ETB y la red de TMC de Telefónica debía ser remunerada con fundamento en una de las siguientes 2 opciones: i) acceso por uso-minutos; o ii) por capacidad, de tal manera que la ETB tenía 2 alternativas para el pago de la obligación[39].

21.3. Para establecer cuantos minutos se causaron y su valor se debe acudir a los informes de conciliación suscritos por funcionarios de las partes contratantes[41].

21.4. Los actos administrativos presentados como títulos ejecutivos, desde el punto de vista estrictamente formal, se ubican como uno de aquellos documentos que tienen fuerza ejecutiva y por consiguiente, tienen vocación de servir de título ejecutivo conforme al artículo 488 del C. de P. C.[42]

21.5. Si los actos administrativos se analizan de forma aislada no surge con nitidez la obligación, pero si se integran con los contratos y los informes de conciliación, se deduce, sin ninguna duda, la acreencia cuyo pago se pretende[43].

21.6. Las cláusulas de los contratos celebrados entre las partes dan cuenta de que se pactó un esquema general de los cargos que se generaban por acceso a la red de TMC, consistente en el pago de la tarifa o fracción de llamada completada.

De igual forma, se logra deducir que las partes fijaron una tarifa provisional, que consistió en el cargo de acceso que pagaban los operadores de la larga distancia por el acceso a la red TPBCL, conforme al valor establecido en la regulación vigente o al que estableciera en el futuro el órgano regulador, es decir, la CRT.

Se acordó un plazo de 90 días para que las partes fijaran de consuno el valor definitivo que debía pagar la ETB al operador celular por la utilización de sus redes TMC, en las llamadas internacionales completadas.

No existió prueba en el expediente de que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre el cargo definitivo por el acceso a la red TMC, de modo que el esquema general, es decir, la remuneración por minutos se mantuvo y la tarifa fue definida por las normas regulatorias proferidas por la CRT. En otras palabras, el régimen tarifario de la obligación está contemplado en artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 y el esquema básico de remuneración por el acceso es el contemplado en cada uno de los citados contratos (minutos o fracción)[44].

21.7. Aun en el caso de que el operador que demandara interconexión no hubiera escogido una de las opciones de cargos de acceso y no se hubiese establecido el esquema básico de remuneración, el título ejecutivo no se vería afectado, pues la obligación sería alternativa y la elección correspondería al deudor, por lo que debería darse aplicación al artículo 496 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, en este caso, las partes pactaron que la remuneración sería por minuto o por fracción de llamada completada y tal esquema no fue modificado.

Por tal razón, no resultaría válido que la ETB utilizara la red de TMC de Telefónica “(...) y se sustrajera de la obligación de pagar los cargos de acceso, por el simple hecho de no haber escogido una de las opciones contempladas en la regulación tarifaria o simplemente pagara lo que a bien tuviera, con desconocimiento de lo estipulado en los respectivos contratos y de lo decidido por la CRT a través de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005. Tal proceder pugnaría con la buena fe que debe preceder todas las relaciones jurídicas (...)”[45]

21.8. El ejecutado cuestionó la legalidad de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, aspecto que debió debatir mediante el uso de las acciones judiciales dispuestas para la declaración de nulidad de dichos actos administrativos[46].

21.9. El argumento principal de la sentencia del 1º de abril de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró la nulidad del laudo del 7 de noviembre

de 2007, fue que la controversia sometida al conocimiento de la justicia arbitral, relacionada con la remuneración por el acceso a la red de TMC de Telefónica, fue decidida previamente y de forma definitiva por la CRT, a través de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-058 de 2009.

Conforme a lo expuesto, el ejecutante solicitó el cumplimiento de lo resuelto por el organismo regulador, a través del proceso ejecutivo, sin embargo, el Tribunal de primera instancia negó el mandamiento ejecutivo, porque la base para el pago de los servicios y los factores para su aplicación, deben ser determinados mediante proceso ordinario contencioso administrativo.

Este argumento desconocería el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la ejecutante, pues los actos administrativos no podrían hacerse valer mediante el proceso ejecutivo y tampoco puede acudir a la justicia arbitral ni ordinaria, pues su asunto ya fue objeto de pronunciamiento previo[47].

21.10. En suma, en el presente asunto el título ejecutivo está constituido por documentos emanados del deudor y por actos administrativos con fuerza ejecutoria, particularmente por: i) los contratos de interconexión del 11 y del 13 de noviembre de 1998, celebrados entre las partes ejecutante y ejecutada, los cuales constituyen el origen de la obligación y en los cuales se previó el esquema general de remuneración por el uso de la red de TMC de los operadores celulares (por minutos o fracción); ii) los actos administrativos proferidos por la CRT, que dirimieron el conflicto suscitado entre la acreedora y la deudora; y iii) los informes de conciliación suscritos por funcionarios de ambas empresas, en los que se detalló el tráfico de minutos de las llamadas[48].

21.11. Desde el punto de vista material, la obligación es clara porque de los documentos que integran el título ejecutivo se deduce sin duda que: i) la ETB debía pagar a Telefónica por el acceso a la red de TMC; ii) según lo decidido por la CRT la ETB debía pagar los cargos de acceso a la red TMC con fundamento en las tarifas previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, de acuerdo la opción que aquella escogiera, esto es por minuto o por capacidad; y iii) las partes acordaron que el pago de acceso a la red de TMC se haría por minuto o por fracción de llamada completada, pues aquel fue el esquema básico de remuneración en los contratos de interconexión.

La obligación es expresa porque está determinada en los documentos que integran el título, y finalmente es exigible en el entendido de que los actos administrativos que hacen parte del título ejecutivo se encuentran ejecutoriados y no existe plazo o condición que esté pendiente para que Telefónica pueda demandar la satisfacción de la deuda insoluta. En este sentido, si bien la acreencia no está expresada en una cifra numérica precisa, resulta liquidable por simples operaciones aritméticas[49].

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado resolvió: i) revocar el auto del 29 de abril de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y ii) librar mandamiento de pago a favor de Telefónica y en contra de ETB.

22. La ETB presentó el 1º de junio de 2015, solicitud de aclaración del mandamiento de pago proferido por el 27 de mayo de 2015, puesto que no fue determinado cuando empiezan a contarse los términos para ejercer los mecanismos de defensa por parte de la ejecutada y ante quien deberán presentarse. De esta suerte, expresó que al proferirse la orden de pago parcial por el juez de segunda instancia, se podrían afectar los derechos al debido proceso y de defensa de la demandada, pues no conocía con certeza “(...) cómo, cuándo y ante quien habrá de hacer valer sus derechos”[50].

23. En la misma oportunidad, la ETB presentó solicitud de nulidad en contra del mandamiento de pago, con fundamento en que el Consejo de Estado, al proferir la orden ejecutiva y no devolverlo al juez de instancia para que surtiera dicha actuación, adoptó una decisión sin competencia, situación que se agrava porque la conjuez Patricia Mier Barros no podía intervenir en ese asunto, tras presuntamente estar in cursa en una casual de impedimento[51].

25. La doctora Patricia Mier Barros, a través de escrito el 10 de junio de 2015, expresó que no aceptaba la recusación presentada por la parte ejecutada, con fundamento en que los presupuestos fácticos de la causal de impedimento invocada por la ETB son inexistentes, bajo el entendido de que no existe pleito pendiente entre el apoderado de esa entidad y la conjuez. En ese sentido, la causal se refiere a las partes enfrentadas y no a sus apoderados[53].

26. La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto el 19 de enero de 2016, negó la recusación formulada por la accionante en contra de la conjuez, con

base en que la causal invocada se predica en relación con los sujetos que los apoderados representan y no frente a estos últimos. En el caso concreto, las partes del proceso ejecutivo son diferentes a las que se encuentran enfrentadas en el trámite arbitral, por lo que no se configuró la causal alegada[54].

27. La Corporación judicial accionada, por solicitud de la ejecutada, aclaró el auto del 27 de mayo de 2015, mediante providencia del 13 de abril de 2016, en el sentido de que la expresión “para lo de su cargo” significa “para que continúe con el trámite del proceso, en el ámbito de sus competencias”[55].

En relación con los interrogantes planteados por la ejecutada, esa Corporación expresó que exceden el marco legal de la aclaración de las providencias judiciales “(...) pues no le corresponde al juez, por estar fuera de la esfera de sus competencias, explicar a las partes los efectos que se siguen de las providencias o sugerir el momento en el cual pueden ejercer sus actos procesales o el lugar o la autoridad ante la cual deben desplegar sus actuaciones. Eso es algo que todo abogado debería saber (...)”[56]

28. La ejecutada, el 22 de abril de 2016, presentó recurso de reposición en contra del auto, que libró mandamiento de pago a favor de Telefónica, con la finalidad de que se revoque y en su lugar se niegue la orden de pago por inexistencia del título ejecutivo[57]. Las razones que sustentaron su petición se sintetizan a continuación:

28.1. El Consejo de Estado modificó de manera injustificada el supuesto título ejecutivo simple invocado por la demandante y lo convirtió en uno complejo, no obstante que Telefónica presentó única y exclusivamente, como presuntos documentos que contienen la obligación, las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 y no los contratos celebrados entre las partes y las conciliaciones suscritos por sus funcionarios, las cuales fueron integradas por el juez de segunda instancia como base de la ejecución[58].

28.2. De tal suerte que: i) la resoluciones de la CRT, se limitaron a reiterarle a Telefónica que el derecho de escoger una opción de remuneración de los cargos de acceso por la interconexión era un derecho de la ETB, sin que se hubiese definido una suma de dinero o una metodología para calcularla; ii) los contratos fijaron una tarifa para el cargo de acceso de las llamadas de larga distancia internacional que fue pagado por la ejecutada; y iii) los informes de conciliación dan cuenta de lo pagado por la ETB a Telefónica[59].

28.3. Insistió en el decaimiento de los actos administrativos base de ejecución y los efectos sobre la validez de las resoluciones de la CRT derivados de la sentencia T-058 de 2009 proferida por la Corte Constitucional[60].

28.4. Formuló una excepción previa fundada en la presunta falta de competencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado para proferir “la irregular e ilegal orden de pago” en contra de ETB, puesto que solo debió revocar la providencia que negó mandamiento ejecutivo y remitir el expediente al juez de primera instancia para que aquel dictara la providencia respectiva[61].

Fundamentos de la acción de tutela de la referencia

Causales genéricas de procedibilidad

29. La accionante expresó que en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, con base en las siguientes razones:

i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional porque se sustenta en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. En efecto, se libró mandamiento de pago a partir de normas decaídas y supuestos de hecho “descartados” por la jurisdicción competente. Además, en dicha actuación la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que el título aportado era complejo, no obstante que el ejecutante lo invocó como simple[62].

Se desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que haber librado mandamiento de pago en segunda instancia implica que, si bien formalmente se puede presentar un recurso de reposición en contra de la mencionada providencia, al juez de primera instancia “(...) le quedará legalmente imposible decidir en contravía de lo ordenado por el ad quem”, quien, además, obró como si fuese el juez de instancia[63].

Finalmente, el monto que en este caso se disputa es de “alta cuantía” y representa importantes consecuencias fiscales para la ETB[64].

ii) En relación con el agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, manifestó que en el presente asunto se generó una incertidumbre sobre la

procedibilidad de ejercer un recurso ordinario contra el mandamiento de pago, pues fue proferido en segunda instancia y sobre dicha actuación, en principio, no procede recurso alguno. Por tal razón, la acción de tutela se interpuso como mecanismo transitorio para evitar el daño irreparable que sufriría la ETB, por las gravosas consecuencias económicas adversas[65].

iii) En este caso se cumple con el requisito de inmediatez en atención a que el mandamiento de pago fue proferido mediante providencia del 27 de mayo de 2015 y aclarado por auto del 13 de abril de 2016, notificado por estado del 19 de ese mismo mes y año, y la acción de tutela fue presentada sin que haya transcurrido más de un mes desde la mencionada decisión[66].

iv) Sobre la irregularidad procesal y los efectos decisivos o determinantes en la providencia que se censura, adujo que la inadecuada apreciación del supuesto título ejecutivo y la aplicación de normas “proscritas” del ordenamiento, fueron decisivas en la providencia impugnada[67].

v) Se identificaron de forma razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos fundamentales invocados[68].

vi) No se trata de una acción de tutela contra una sentencia proferida en un proceso de igual naturaleza, pues en esta oportunidad el amparo se dirige en contra de providencias dictadas por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[69].

Causales específicas de procedencia

30. La accionante fundamentó la acción de tutela en el supuesto de que las providencias acusadas incurrieron en 3 defectos: i) sustantivo, ii) orgánico y, iii) procedimental.

30.1. La ETB sustentó el defecto sustantivo con base en 3 ejes argumentativos:

30.1.1 El desconocimiento de la sentencia T-058 de 2009

Consideró que tanto el proceso ejecutivo como el resuelto por la Corte en la sentencia T-058 de 2009, son idénticos, por lo que ya existe una decisión de fondo al respecto[70]. En ese

sentido, la Corporación accionada desconoció el precedente judicial aplicable en el que existían consideraciones sobre:

- a. La falta de vigencia de la Resolución CRC 463 de 2001[71].
- b. La invalidez de una providencia fundamentada en una norma inexistente[72].
- c. Si en gracia de discusión se admitiera que la resolución CRC estaba vigente, su aplicación era inviable debido a que configuraría una modificación arbitraria del contrato válidamente celebrado entre las partes[73].
- d. El principio de integralidad adolecía de inconstitucionalidad manifiesta[74].
- e. Las Resoluciones CRC 1269 y 1303 de 2005 perdieron fuerza ejecutoria[75].

Adicionalmente, la accionante consideró que:

- i) El Tribunal accionado no ofreció ninguna razón para desconocer el precedente aplicable[76].
- ii) La Corporación demandada le atribuyó a un obiter dicta contenido en la sentencia que declaró fundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral, el carácter de orden judicial y precedente. En efecto, en el fallo proferido el 1° de abril de 2009, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró la anulación del laudo del 7 de noviembre de 2007, en el trámite arbitral de Telefónica contra la ETB, ese Tribunal expresó:

“Sin embargo, no deja de extrañar que la parte actora, pese a sacar adelante sus pretensiones ante la CRT –pues ordenó hacer lo que le pidió-, convocara luego a un tribunal de arbitramento (sic) para los mismos efectos, toda vez que en este caso era aparentemente innecesario. No obstante, dicho aspecto o proceder no es objeto de este recurso de anulación, y más bien pertenece a la libre valoración del actor, lo cual no reprocha la Sala desde ese sólo punto de vista; pero tampoco se puede dejar pasar por alto que el tema decidido era el mismo, ya que ese aspecto sí le corresponde controlarlo.”[77]
- iii) La Sección Tercera del Consejo de Estado permitió que en el proceso ejecutivo se reviviera un asunto que el máximo juez constitucional ya había finalizado: porque ya

existían pronunciamientos previos sobre la fijación de las tarifas, la vigencia de las resoluciones y la legitimidad del derecho reclamado por Telefónica[78].

30.1.2 Se dotó de vida jurídica a las Resoluciones CRC 1269 y 1303 de 2005, las cuales ya habían “decaído” como lo reconoció la Corte

Para la accionante, la actuación de la Corporación accionada produjo “(...) el renacimiento automático e ilegal de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, para justificar la desastrosa y equivocada construcción oficiosa del supuesto título ejecutivo compuesto, que ni siquiera invocó la parte actora.”[79]

Adicionalmente, expresó que, en el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento de COMCEL contra la ETB, se realizó un análisis sobre la vigencia de las Resoluciones CRC 463 de 2001 y 469 de 2002, que evidencia el decaimiento de los actos expedidos con posterioridad, como fueron las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005[80].

30.1.3 El título ejecutivo compuesto carece de fundamento fáctico y legal

La accionante consideró que el título presentado por el ejecutante no reúne los requisitos previstos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, puesto que las resoluciones que soportaron la demanda no contenían una obligación clara, expresa y exigible en contra de la ETB y a favor de Telefónica, por lo que no podía librarse mandamiento de pago en la forma en que lo hizo la Corporación judicial accionada[81].

30.2. La accionante, en relación con el defecto orgánico, expresó los siguientes argumentos:

i) La sala profirió el mandamiento de pago en lugar de devolver el expediente a la instancia competente para que lo librara: bajo el entendido de que, según la actora, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir el mandamiento de pago asumió el conocimiento de fondo sobre el asunto y se arrogó una competencia que no era suya por disposición de la ley o de las partes. Es decir, la Corporación judicial accionada no tenía competencia para dictar la providencia objeto de censura, sino que, solamente podía revocar la decisión de primera instancia sin decretar el mandamiento de pago a favor del ejecutante. En ese sentido, estaba en la obligación de ordenarle al juez de

primera instancia que expidiera el auto ejecutivo, conforme a las consideraciones que sustentaran tal decisión[82].

ii) La Sala cercenó una posibilidad de defensa por parte del ejecutado: porque el mandamiento de pago se libró en el auto que resolvió la apelación y se tiene el “riesgo” de que contra dicha providencia no proceda ningún recurso, lo que la convierte en una decisión incontrovertible[83].

30.3. Finalmente, la actora sustentó el defecto procedimental con base en los siguientes fundamentos:

Ignorancia y renuencia para analizar adecuadamente los criterios de recusación a la luz de los supuestos de hechos

La demandante adujo que la Corporación accionada al resolver la recusación presentada contra la conjuez Patricia Mier Barros, realizó un análisis de la causal 6ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, restringido y apegado al texto de la ley “(...) sin reconocer el sentido tras el sistema de impedimento (sic) y recusaciones y la determinante finalidad constitucional que está llamado a cumplir.”[84]

Para tal efecto, transcribió los artículos 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 150 del Código de Procedimiento Civil; 141 del Código General del Proceso; 84 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único); 56 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal); y 16 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje)[85]. A continuación, agregó que los conjueces se encuentran sometidos a las mismas causales de recusación de los operadores judiciales[86].

Precisó que no existe formalmente una causal de impedimento que contemple la situación de un juez que debe ejercer su función sobre quien actúa o ha actuado como su contraparte, lo cual no implica que, cuando aquello ocurra, no se configure un conflicto de intereses[87]. Para tal efecto, afirmó que: “(...) cuando el conjuez es contraparte de una de las partes en el proceso, existe entre ellos dos un pleito pendiente.”[88]

Concluyó que el Tribunal accionado incurrió en un exceso ritual manifiesto, bajo el entendido de que no consideró la realización material de la justicia, sino que realizó un

análisis “robótico y formalista (...) cuando la lógica y el sentido común claramente indican lo contrario.”[89]

Ignorancia del precedente judicial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre impedimentos de conjueces

La accionante citó la sentencia T-176 de 2008[90], que resolvió un caso de impedimento en materia disciplinaria, en el cual un juez es contraparte penal de quien investiga disciplinariamente. Expresó que el juez de tutela no puede apartarse de este precedente, sino que está en la obligación de reiterarlo[91].

De igual manera, se refirió al auto del 11 de diciembre de 2007, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado número 28.784. Enfatizó que esa Corporación, en la providencia citada, reconoció que: “(...) no se puede descartar que sí existen supuestos de hecho que conducen a la separación del cargo del conjuez que también actúa como contraparte de una de las partes del proceso.”[92]

Trámite de la acción de tutela

Primera instancia

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoció de la acción de tutela en primera instancia. Esa Corporación avocó conocimiento mediante auto del 18 de mayo de 2017, en el que ordenó: i) vincular a Telefónica Móviles de Colombia S.A, a la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a la Comisión de Regulación y Telecomunicaciones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; y, ii) oficiar a la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que notificara la acción de tutela a los demás terceros con interés dentro del proceso ejecutivo, y además, para que remitiera el original o una copia íntegra del expediente radicado bajo el número 25000233100020090063600, según lo considerara procedente o eficaz[93].

Respuestas de las entidades accionadas

Telefónica Móviles de Colombia S.A.[94]: presentó escrito de contestación de la tutela el 31 de mayo de 2016, ante el juez de primera instancia, en el que manifestó oponerse a la

solicitud de amparo, tanto en las pretensiones principales y subsidiarias, con fundamento en los siguientes argumentos:

La acción de tutela de la referencia es improcedente, pues no acreditó los requisitos generales de procedibilidad.

Manifestó que la solicitud de amparo no procede como mecanismo transitorio por las siguientes razones: i) la ETB nunca cuestionó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, con lo cual aceptó la legalidad de los mencionados actos; ii) la ejecución de las decisiones de la CRT se encuentran en conocimiento de los “más altos” jueces de lo contencioso administrativo y mediante el procedimiento legal establecido, por lo que, no existe un perjuicio inminente que requiera medidas urgentes e impostergables a favor de la ETB[96]; y, iii) cuando se alega la existencia de una afectación económica, es necesario acreditar daños adicionales como la pérdida de la capacidad jurídica para realizar el objeto social, situación que no se acreditó en el asunto de la referencia[97].

En conclusión, manifestó que en este caso no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable, grave e inminente, por lo que la acción de tutela es improcedente como mecanismo transitorio[98].

La solicitud de amparo no cumple con el requisito de inmediatez: porque el auto que es objeto de censura constitucional fue proferido el 27 de mayo de 2015 y la acción de tutela fue presentada un año después, por lo que no fue formulada dentro de un término razonable y proporcionado. Adujo que la solicitud de aclaración no enmienda la falta de inmediatez, puesto que aquella actuación no genera cambios de fondo en la providencia[99].

De igual manera, este requisito tampoco se cumple en relación con el auto que negó la recusación presentada contra la conjuez, pues aquella providencia es del 19 de enero de 2016[100].

La acción de tutela no identificó los derechos fundamentales y los hechos que supuestamente los conculcan, pues la accionante reiteró todos los argumentos que ya fueron “derrotados” en las instancias del proceso ejecutivo, por lo que pretende convertir la

acción de tutela en una “tercera instancia”[101].

No se configuraron los defectos sustancial, orgánico y procedimental. En efecto, expresó que las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, tienen plena validez, porque la Resolución 463 de 2001 no perdió vigencia, conforme a la sentencia del 19 de febrero de 2015, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Adicionalmente, las providencias objeto de censura no desconocieron la sentencia T-058 de 2009, y, además, resulta infundado afirmar que el título ejecutivo carece de sustento fáctico y legal[102].

En cuanto al defecto orgánico, agregó que, conforme al artículo 350 del C.P.C., el superior puede revocar o modificar las providencias del inferior. La postura expuesta por la accionante desconoce el principio de jerarquización y de autonomía de los jueces, puesto que el juez de segunda instancia no puede obligar al de primera a asumir un determinado criterio[103].

Finalmente, frente al defecto procedimental, enfatizó que las sentencias citadas por la actora no constituyen precedente, porque se trata de aspectos fácticos diferentes a los estudiados en el proceso ejecutivo[104].

Comisión de Regulación de Comunicaciones[105]: presentó escrito de contestación de la tutela el 31 de mayo de 2016, ante el juez de primera instancia, en el que expresó que la CRC ni es parte ni tercero interesado en el proceso ejecutivo donde se proferieron las providencias censuradas. Adicionalmente, los efectos que del mismo se puedan derivar no hacen parte de las competencias de esa entidad ni la afectan directa o indirectamente. Por tal razón, no formuló pronunciamiento de fondo al respecto.

Subsección “A” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[106]: el magistrado ponente del auto que libró mandamiento de pago presentó escrito el 31 de mayo de 2016, en el que informó las actuaciones surtidas en el proceso ejecutivo radicado con el número 25000233100020090063601.

Manifestó que los actos administrativos que sirvieron de base para la ejecución se encontraban en firme y daban cuenta de que la controversia suscitada entre las partes

había sido dirimida por la CRT, “(...) en el sentido de indicar que la interconexión entre la red de TPBCLDI de ETB y la red de TMC de Telefónica debía ser remunerada con fundamento en una de las opciones señaladas en la norma transcrita (acceso por uso -minutos- o por capacidad), de manera que la ETB contaba con dos alternativas para el pago de la obligación.”[107]

Adujo que, para la Sala, la ETB debía pagar conforme a la opción 1 de la norma transcrita, porque en los contratos de interconexión las partes acordaron la remuneración o los cargos de acceso a las redes de TMC, bajo el esquema de minuto o fracción de llamada entrante completada y no por capacidad[108].

Expresó que, para establecer el número de minutos causados entre el 1° de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005, fueron allegados los informes de conciliación suscritos por funcionarios de las partes contratantes, en los que se detalla, por mes de tráfico, el número de llamadas entrantes internacionales y el valor total de los cargos de acceso bajo el esquema de remuneración pactado, a la luz de lo dispuesto por la Resolución CRT 087 de 1997[109].

Agregó que la Sala desestimó los argumentos del juez de primera instancia y de la ejecutada porque: i) se trataba de una obligación clara, expresa y exigible; y, ii) estaba contenida en una providencia emanada de autoridad competente, es decir expedida dentro del marco de sus funciones, y que, además, tenían fuerza ejecutiva[110], la cual no depende de la forma del documento, sino que, es el contenido jurídico del mismo el que le otorga esa característica fundamental[111].

De otra parte, aclaró que no es a la parte ejecutante a quien le corresponde señalar si el título ejecutivo presentado es simple o complejo. Por el contrario, es el juez el que determina si los documentos allegados con la demanda contienen una obligación clara, expresa y exigible, y si, además, se trata de un título simple o complejo[113].

Precisó que: i) a pesar de la confusa redacción de la cláusula del contrato, el esquema básico de remuneración por el acceso a la red de TMC era por minuto o fracción de llamada entrante y completada; y ii) ante la falta de acuerdo entre las partes dentro del término previsto en los contratos o si no se lograba un aumento diferencial, la tarifa definitiva sería la prevista por las normas regulatorias expedidas por la CRT[114].

Enfatizó en que para la Sala no resultaría válido que la ETB “(...) se sirviera de la red de TMC de Telefónica y se sustrajera de la obligación de pagar los cargos de acceso, por el simple hecho de no haber escogido una de las opciones contempladas en la regulación tarifaria o simplemente pagara lo que a bien tuviera, con desconocimiento de lo estipulado en los respectivos contratos y de lo decidido por la CRT (hoy CRC), a través de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005. Tal proceder pugnaría con la buena fe que debe preceder todas las relaciones jurídicas, incluidas, con mayor rigor o razón, las contractuales.”[115]

En relación con el argumento de la falta de legalidad de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, resaltó que la ETB debió obtener la declaratoria de nulidad de dichos actos administrativos a través del proceso ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en ejercicio de la acción que resultaba procedente. Por tal razón, la presunción de legalidad y de veracidad se hallaba incólume y no era posible discutirla en los procesos ejecutivos, ni siquiera por vía de excepción.[116]

Adicionalmente, destacó que tampoco ocurrió el decaimiento de los efectos de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, puesto que la derogatoria de la Resolución CRT 463 de 2001, ocurrió el 4 de enero de 2002, es decir, antes de la expedición de las resoluciones. Por tal razón, lo que hipotéticamente se habría presentado sería un vicio de validez, puesto que el fundamento jurídico que las cimentaba desapareció antes de su expedición, aspecto que debió ser debatido ante la jurisdicción competente[117].

De la misma manera, añadió que la sentencia del 21 de agosto de 2008, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, no le restó fuerza ejecutoria a las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, pues la declaración de nulidad recayó sobre algunas disposiciones de la Resolución CRT 489 de 2002 y no sobre las normas de la CRT 463 de 2001, que constituye el fundamento de los mencionados actos administrativos censurados. De igual forma, manifestó que esa providencia no declaró nulas las 2 opciones de cargos de acceso, pues simplemente señaló que no se podían compilar normas derogadas.[118]

De otro lado, la sentencia del 1º de abril de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la cual declaró la nulidad del laudo del 7 de noviembre de

2007 de Telefónica contra la ETB, enfatizó en que la controversia sometida al conocimiento de la justicia arbitral, relacionada con la remuneración por el acceso a la red de TMC de Telefónica, fue decidida previamente y de forma definitiva a través de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, y por tal razón, no podía darse un nuevo pronunciamiento, sobre un conflicto ya resuelto. Expresó que la Corte Constitucional se pronunció en el mismo sentido en la sentencia T-058 de 2009[119].

En conclusión, el título ejecutivo presentado estaba constituido por los siguientes documentos: i) los contratos de interconexión del 11 y del 13 de noviembre de 1998, celebrados entre la parte ejecutante y ejecutada, que contienen la obligación económica cuya satisfacción reclama Telefónica y el esquema de remuneración por el uso de la red TMC; ii) los actos administrativos proferidos por la CRT, la cual, en ejercicio de sus competencias, dirimió el conflicto suscitado entre los contratantes; y iii) los informes de conciliación suscritos entre funcionarios de ambas empresas[120].

Informó que el apoderado de la ETB interpuso recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento de pago en segunda instancia y de manera simultánea solicitó la declaratoria de nulidad de la mencionada providencia, con base en argumentos similares a los que sustentan la presente tutela. Estas actuaciones están pendientes de resolver[121].

Sobre el auto que resolvió la recusación de la conjuez Patricia Mier Barros, adujo que se remite a las razones expresadas en la providencia del 19 de enero de 2016[122].

Finalmente, manifestó que: i) la ETB no precisó las razones por las cuales el Consejo de Estado desconoció la sentencia T-058 de 2009; ii) con la acción de tutela se pretende “reargüir” el fundamento expuesto por la Sala de Decisión, relacionado con la ausencia de impugnación por los medios ordinarios de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005; iii) sin razón válida insiste en que el juez no puede calificar el título ejecutivo como complejo, con base en que la demandante consideró que era simple; iv) las partes han tenido la oportunidad de intervenir en el proceso, de modo que la Sala accionada les ha garantizado el debido proceso y el derecho de defensa; v) el hecho de que el apoderado no comparta la decisión que negó la recusación a la conjuez, no implica que la misma sea violatoria de derecho fundamental alguno. En suma, solicitó que se niegue el amparo de la

referencia[123].

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[124]: presentó escrito ante el juez de primera instancia el 31 de mayo de 2016, en el que expresó que los hechos que sustentan la acción de tutela no guardan relación alguna con sus competencias y funciones, por lo que solicitó su desvinculación al presente trámite.

Otras intervenciones

Los apoderados de la ETB y de Telefónica presentaron escritos ante el juez de primera instancia, en los que se pronunciaron sobre las intervenciones de las entidades vinculadas e informaron sobre el trámite del proceso ejecutivo[125]. Entre la información allegada se resaltan los siguientes aspectos:

i) El apoderado de la ETB presentó recurso de reposición contra la providencia del 27 de mayo de 2015, aclarada por auto del 13 de abril de 2016, mediante la cual se resolvió la apelación presentada contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el mandamiento de pago solicitado por Telefónica[126].

ii) El Consejo de Estado, mediante auto del 13 de junio de 2016, rechazó de plano el recurso de reposición presentado por la ejecutada con fundamento en que[127]:

a. De acuerdo con los artículos 29 y 348 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de reposición interpuesto contra la providencia que resuelve la apelación de un auto es improcedente.

b. El recurso de reposición “(...) es procedente únicamente cuando el auto que libra mandamiento ejecutivo es proferido en el curso de la primera instancia, tal como se desprende del contenido de los artículos 505 y 348 del Código de Procedimiento Civil; pero, bajo ninguna circunstancia es procedente cuando el mandamiento de pago es librado por el superior funcional en sede de apelación, entre otras razones, porque, una vez resuelto el recurso de apelación, el ad quem pierde competencia.”[128]

c. En ese asunto, la ejecutada intervino desde antes del auto que negó la orden de pago, y ha tenido la oportunidad de exponer sus argumentos ante el juez de alzada para oponerse a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la ejecutante. Dichos argumentos

fueron examinados en su totalidad en el auto recurrido, por lo que esa Sala no tendría que pronunciarse nuevamente sobre los mismos[129].

d. La demandada pretendió exponer un supuesto desconocimiento de su derecho al debido proceso que no acaeció, puesto que “(...) las causales constitutivas de excepciones previas que pudieron ser planteadas por vía de recurso debió exponerlas el ejecutado al momento de oponerse a la prosperidad de la apelación (...)”[130]

e. El argumento de que el Consejo de Estado solo debió revocar la decisión de primera instancia y dejar que el Tribunal librara formalmente el mandamiento de pago, resulta “completamente inviable, porque de nada serviría proponer un recurso ante el a quo si este carece de competencia para proferir una decisión contraria a la del superior.”[131]

Autos de Trámite

El juez de primera instancia, mediante auto del 12 de julio de 2016, ordenó oficiar a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para que remitiera en calidad de préstamo, el expediente del proceso ejecutivo radicado con el número 25000233100020090063601, o en su defecto, enviara copia íntegra del mismo y adicionalmente, notificara a la doctora Patricia Mier Barros (conjuez) la existencia del proceso de tutela[134].

La Secretaría General de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante oficio No. A-2016-1244-O, remitió copia de la notificación efectuada a la doctora Patricia Mier Barros vía correo electrónico[135].

Esta Sala Plena advirtió que el informe presentado por esa dependencia solo daba cuenta de que a la doctora Mier se le remitió el oficio de notificación No. 82 del 22 de julio de 2016, junto con el auto que admitió a trámite la acción de tutela, al correo electrónico patriciamier13@hotmail.com, sin que haya certificado si el mismo fue efectivamente recibido por la destinataria.

Decisión de primera instancia

El Tribunal de primera instancia, mediante fallo del 10 de noviembre de 2016[136], resolvió negar el amparo de los derechos invocados, con fundamento en las siguientes razones:

i) Los argumentos relacionados con la recusación de la doctora Patricia Mier (defecto procedimental) y el presunto desconocimiento del derecho de doble instancia (defecto orgánico), no cumplen con el requisito de subsidiariedad, porque aquellas cuestiones fueron invocadas por la parte actora como causal de nulidad en el escrito del 1° de junio de 2015 y deberán ser resueltas por el juez natural de la causa[137].

ii) La autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo, puesto que la decisión fue proferida con base en un análisis objetivo y razonable de las pruebas aportadas al expediente, de la normativa, de los precedentes vigentes y de las circunstancias del caso concreto[138].

En ese sentido, la obligación era clara al menos por dos razones, bien porque estaba contenida en el contrato y daba cuenta del cargo por minuto o fracción, o porque según las resoluciones de la CRT se trataba de una obligación alternativa[139]. Conforme a lo anterior, el accionante debe interponer las excepciones correspondientes para cuestionar la naturaleza de la obligación y la configuración del pago como forma de extinguir las obligaciones si a ello hubiere lugar[140].

En relación con la exigibilidad, afirmó que los actos administrativos que conforman el título están en firme y no existe plazo o condición pendiente de cumplirse frente a la satisfacción de la obligación insoluta[141].

La Subsección accionada no calificó el “mérito” de la obligación, solo se limitó a afirmar que era clara, por lo que se trata de un debate que deberá darse al momento de resolver las excepciones que se propongan en contra del título ejecutivo. Lo anterior sin desconocer que la validez de dicho documento debe impugnarse por el medio de control contencioso administrativo pertinente[142].

El juez de ejecución tiene competencia para estudiar el título y determinar, con fundamento en el material probatorio que obra en el expediente, si aquel tiene naturaleza simple o compuesta[143].

Frente al argumento de la fuerza ejecutoria de las resoluciones dictadas por la CRC, manifestó que lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, constituyó un obiter dictum y no ratio decidendi en estricto sentido. Adicionalmente, la

decisión de nulidad proferida por el Consejo de Estado afectó la norma compiladora pero no la regulación aplicable a los contratos objeto de la ejecución[144].

iii) Tampoco se afectó “la doble instancia” en lo relacionado con el mandamiento de pago, puesto que conforme al artículo 321.4 del Código General del Proceso (art. 351.4 del C.P.C), el recurso de apelación solo procede contra el auto que lo niega parcialmente y no contra el que lo decreta[146].

Por tal razón, no existe una restricción al derecho de doble instancia ni al de acceso a la administración de justicia, bajo el entendido que la accionante cuenta con la oportunidad de interponer las correspondientes excepciones en la etapa procesal oportuna[147].

Finalmente, las consecuencias de naturaleza fiscal son cuestiones ajenas al ámbito de competencia del juez de tutela, debido a que no guardan relación con la garantía de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados[148].

Actuaciones previas a la presentación de la impugnación

El apoderado de la accionante presentó el 17 de noviembre de 2016, ante el juez de primera instancia, escrito mediante el cual solicitó tener en cuenta para resolver el presente asunto la sentencia C-496 de 2016, que resolvió una demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 130 de la Ley 1437 de 2011 y 141 de la Ley 1564 de 2012. En esa oportunidad, la Corte no obstante haber declarado exequibles las disposiciones acusadas, presuntamente fijó el contenido de la causal de recusación que la actora presentó en contra de la conjuez que actuó en el proceso ejecutivo que dio origen a la acción de tutela de la referencia[149].

Impugnación

La empresa tutelante presentó el 2 de diciembre de 2016, impugnación a la decisión de primera instancia[150], con fundamento en los siguientes argumentos:

i) La acción de tutela fue presentada como mecanismo transitorio, razón por la cual debieron estudiarse los defectos procedimental y orgánico.

ii) La nulidad contra la providencia que no accedió a la recusación de la conjuez fue

negada mediante auto del 5 de septiembre de 2016.

iii) La sentencia C-496 de 2016, concluyó que el hecho de que un juez sea apoderado por la contraparte de una de las partes configura la causal de recusación de pleito pendiente.

iv) La ETB nunca sostuvo que el auto que libró mandamiento de pago fuera apelable.

v) El estudio del defecto sustantivo presentó errores de análisis.

vi) La calificación del título como simple o complejo no era competencia del juez del proceso de ejecución.

vii) El precedente jurisprudencial contenido en la sentencia T-058 de 2009.

viii) La pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, invocadas como título base de ejecución.

ix) El “malhadado” argumento no expuesto de la doble instancia del mandamiento de pago.

x) Se trata de una ejecución dineraria en la que se libró mandamiento de pago sin establecer una suma específica, lo cual constituye un defecto sustantivo sobre el cual no se pronunció la providencia apelada.

xi) En el presente asunto se encuentra en riesgo una enorme cantidad de recursos públicos.

Por su parte, el apoderado de Telefónica presentó el 10 de febrero de 2017, un documento en el que manifestó oponerse a la impugnación formulada por la accionante[151].

Decisión de segunda instancia

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 23 de febrero de 2017[152], resolvió confirmar el fallo que había negado el amparo solicitado.

En relación con la sentencia C-496 de 2016, consideró que no es posible ordenarle a la

autoridad judicial demandada que aplique la jurisprudencia que invocó el accionante, puesto que la resolución de la recusación se dio antes de que se prohiriera la decisión de la Corte. Además, la decisión censurada se sustentó en la ley y la jurisprudencia vigente para ese momento[153].

Expresó que el despacho accionado no incurrió en defecto sustantivo, pues el ejecutado, dada la naturaleza de la obligación, puede proponer las excepciones que considere convenientes dentro del proceso de ejecución. En consecuencia, la providencia que libró mandamiento de pago se ajustó a las normas procesales y sustanciales aplicables al asunto, por lo que no se presenta la vulneración de los derechos fundamentales alegada[154].

Respecto a la calificación del título ejecutivo como complejo, expresó que el juez sí tiene competencia para determinar su naturaleza. De tal suerte que, el despacho accionado, con base en las normas aplicables al caso concreto y las pruebas que se allegaron con la demanda, identificó cuales eran los documentos que integraban el título y que contenían una acreencia a favor de telefónica[155].

De otra parte, sobre el desconocimiento de la sentencia T-058 de 2009 y la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, manifestó que no le corresponde al juez de tutela valorar el criterio interpretativo de los jueces ordinarios y, además, los alegatos expuestos por la accionante no son suficientes para conceder el amparo[156].

Sobre la acusación de desconocimiento de la doble instancia, ese Tribunal adujo que la oportunidad para proponer las excepciones dentro del proceso ejecutivo precluyó, pues el impugnante debió formular las previas al momento de oponerse a la prosperidad del recurso de apelación; y las de mérito dentro de los 10 días siguientes a la notificación del mandamiento de pago[157].

En relación con el defecto sustantivo por no librar el mandamiento de pago por una suma específica, precisó que dicha acusación solo fue alegada por el accionante en la impugnación, por lo que no fue analizada[158].

Finalmente, sobre la afectación de la sostenibilidad fiscal, sostuvo que aquel concepto no es un derecho fundamental, sino que se trata de un criterio orientador, lo que implica que su

estudio escapa de la competencia del juez de tutela[159].

En suma, adujo que lo pretendido por el accionante era reabrir el debate de instancia y revivir interpretaciones que son propias del juez natural del asunto. De concederse el amparo solicitado, se desconocería el principio de autonomía judicial y la acción de tutela perdería su naturaleza residual y excepcional, para convertirse en una instancia adicional de control de las decisiones jurisdiccionales[160].

Solicitud de aclaración de la sentencia de segunda instancia

La accionante presentó[161], ante el juez de segunda instancia, una solicitud de aclaración de la sentencia, la cual fue negada mediante auto del 23 de marzo de 2017[162], bajo el argumento de que la intención del tutelante era debatir nuevamente los aspectos sobre los cuales fundamentó el amparo de la referencia y no presentar razones sobre frases o conceptos que generen duda a las partes.

Actuaciones en sede de Revisión

Decreto oficioso de pruebas

1. El despacho de la Magistrada Sustanciadora mediante auto del 4 de septiembre de 2017, consideró necesario decretar pruebas de oficio, con la finalidad de esclarecer los hechos en los que se fundó la solicitud de amparo de la referencia, en especial aquellos sobre: i) la efectiva notificación del presente asunto a la conjuez Patricia Mier Barros; y ii) el estado actual del proceso ejecutivo número 25000232600020090063600, concretamente, las actuaciones procesales surtidas con posterioridad al auto del 13 de abril de 2016, que resolvió aclarar la providencia del 27 de mayo de 2015, mediante la cual se libró mandamiento de pago en contra de la accionante y a favor de Telefónica. Igualmente, iii) si se habían decretado y practicado medidas cautelares en contra de la ETB. Por tal razón, ordenó que por Secretaría General de la Corte se oficiara a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a la Sección Tercera del Tribunal de Cundinamarca y a la doctora Patricia Mier Barros, para los fines expuestos previamente.

2. El 6 de septiembre de 2017, Telefónica radicó un documento mediante el cual solicitó a la Corte que confirmara los fallos de instancia proferidos por las Secciones Cuarta y Quinta de

la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negaron la acción de tutela de la referencia[163].

3. El apoderado de la ETB, radicó el 12 de septiembre de 2017, documentos relacionados con la notificación efectuada en el trámite de la presente acción de tutela a la conjuez Patricia Mier Barros[164].

4. La conjuez Patricia Mier Barros radicó el 26 de septiembre de 2017, vía correo electrónico, un documento en el que confirmó y ratificó las razones que en su momento expuso en el escrito del 10 de junio de 2015, presentado ante la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que obra en el expediente[165]. En dicho pronunciamiento no alegó la nulidad de la actuación por la configuración de algún vicio procedimental relacionado con su vinculación al presente trámite.

5. El 14 de septiembre de 2017, la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca radicó el oficio No. 20147-blc-340, mediante el cual remitió algunas piezas procesales del expediente ejecutivo y certificó el estado actual del proceso.

En ese sentido, realizó una breve descripción de las providencias que se han proferido en el proceso ejecutivo, en la que se destacan los autos del 5 de septiembre de 2016, mediante el cual se negó la solicitud de nulidad presentada por la ejecutada; y del 13 de septiembre de 2017, dictado por ese Tribunal, que decidió obedecer lo resuelto por el Consejo de Estado en providencia que desató el recurso de apelación formulado por la ejecutante.

Finalmente, manifestó para ese momento no se habían decretado ni practicado medidas cautelares, en contra de la ETB.

6. En relación con el auto del 5 de septiembre de 2016, por medio del cual negó la solicitud de nulidad presentada por la ETB, la Sala presenta una breve síntesis de sus principales argumentos:

6.1. El artículo 350 del Código de Procedimiento Civil establece que “(...) el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme.” En ese sentido, el objeto de la apelación es el

de llevar al conocimiento del superior la providencia impugnada proferida por el fallador de primera instancia, para que la examine y la revoque o reforme, “(...) pudiendo el ad quem, en el evento de que prosperen los motivos de la apelación, sustituir la providencia impugnada, previa revocatoria de la misma.”[166]

6.2. Conforme a lo anterior, una actuación contraria desconocería el principio de la autonomía judicial del inferior. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-249 de 1995, estableció que:

“(...) el principio democrático de la autonomía funcional del juez, busca evitar que las decisiones judiciales no sean el resultado de mandatos sobre el funcionario que las adopta. Aun cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia o providencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional, para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales, pero sin imponer su criterio en relación con el asunto controvertido. Esta es, la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación que la Sala de Revisión reitera en esta oportunidad por tratarse del mismo criterio y que, desde luego, no puede ser desconocido ni quebrantado por una Sala de Revisión de Tutela como en la presente oportunidad.

Así pues, de ningún modo se podría preservar la autonomía e independencia funcional de un juez de la República si la providencia por él proferida en un caso específico, quedara expuesta a criterios provenientes de otro distinto al juez competente en el proceso correspondiente y en lo que hace relación a la aplicación e interpretación de la ley.”

6.3. No le asiste razón a la ETB en el sentido de que el Consejo de Estado excedió su competencia al librar mandamiento de pago en favor de Telefónica, puesto que, lo que correspondía luego de revocar el proveído impugnado era sustituir la decisión del a quo, ya que no se le pueden impartir órdenes respecto del sentido de la decisión, sin que al hacerlo vulnerar los principios de independencia y de autonomía judicial[167].

7. El 13 de septiembre de 2017, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, profirió auto en que decidió: i) obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado en la providencia del 27 de mayo de 2015, por

medio de la cual revocó la providencia apelada y libró mandamiento de pago a favor de Telefónica; y ii) “En firme este auto, ingrese el expediente al despacho para el impulso procesal pertinente.”[168]

8. El 3 de octubre de 2017, la Sala Plena de la Corte decidió asumir el conocimiento del presente asunto, con fundamento en el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corporación. Al día siguiente, el despacho de la magistrada sustanciadora declaró la suspensión de términos con fundamento en la norma citada previamente[169].

9. El apoderado de la ETB, radicó el 7 de noviembre de 2017, escrito mediante el cual se pronunció sobre el documento presentado por Telefónica[170].

10. El 16 de noviembre de 2017, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, radicó el concepto No. 185[171], en el que manifestó que las decisiones objeto de censura desconocieron el precedente judicial, especialmente la sentencia T-058 de 2009, por lo que incurrieron en defecto sustantivo[172].

12. El 15 de marzo de 2018, el apoderado de la accionante presentó un documento en el que se pronunció sobre el escrito radicado por Telefónica el 22 de febrero del presente año.

13. La Secretaría de la Sección Tercera, radicó el oficio número 2018-blc-105 del 2 de abril de 2018, mediante el cual remitió copia del auto del 23 de marzo del presente año, proferido por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que consideró que el escrito presentado por la ETB y que contiene las excepciones de mérito formuladas en el proceso, fue radicado de manera oportuna, por lo cual resolvió correr traslado de las mismas, conforme a lo consagrado en el numeral primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela número T-6.131.714, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa

2. Antes de adelantar el estudio del asunto de la referencia, la Sala debe ocuparse del análisis del ejercicio de la acción de tutela por parte de personas jurídicas y la acreditación de los requisitos generales de la solicitud de amparo de la referencia. Una vez verificada su demostración, si es del caso, la Corte formulará el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las causales específicas de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales alegadas en el escrito de tutela.

El derecho fundamental al debido proceso de las personas jurídicas y su legitimación para presentar la acción de tutela

3. Esta Corporación ha establecido que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, razón por la cual, pueden acudir a la acción de tutela para buscar su protección. En efecto, la sentencia T-644 de 2013[174], estableció que las personas jurídicas están legitimadas por activa para instaurar acciones de tutela, en procura de la salvaguarda de sus derechos fundamentales[175].

En sentencia T-267 de 2009[176], la Corte manifestó que el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas reviste 2 fuentes legitimadoras, de una parte, de carácter directo cuando por la naturaleza de los derechos fundamentales son predicables de las mencionadas entidades; y de otra, indirectamente, cuando las vulneraciones acusadas afectan las garantías superiores de las personas naturales que las integran[177].

De igual manera, en la sentencia C-360 de 1996[178], se reconoció que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales siempre que así lo permita la naturaleza del derecho objeto de vulneración o amenaza, como sería el debido proceso, la libertad de asociación y la inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros[179].

4. De esta suerte, las personas jurídicas son titulares directos de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, razón por la cual pueden hacer uso de la acción de tutela para su protección. A esta conclusión llegó la sentencia T-644 de 2013[180], al afirmar que: “Las personas jurídicas privadas o públicas también son titulares de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la

administración de justicia, pues se derivan de su “capacidad para obrar” (...).”

5. En el presente asunto, la acción de tutela fue presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la cual fue constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital, mediante Acuerdo No. 72 de 1967, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá. Posteriormente, con fundamento en la Ley 142 de 1994 y a través del Acuerdo No. 21 de 1997[181], se transformó en una empresa de servicios públicos del orden distrital, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones, con la totalidad de aportes oficiales[182].

El 17 de marzo de 2000, se efectuó la venta de parte de la propiedad accionaria, por lo que se constituyó como una empresa de servicios públicos mixta. Al respecto, el artículo 2° de los Estatutos Sociales de la ETB, establece:

“Artículo 2. NATURALEZA JURIDICA: La [ETB S.A E.S.P.] es una sociedad comercial, por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos, de carácter mixto conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y la Ley 1341 de 2009 y demás normas concordantes.

La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.”

En virtud de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la ETB es una empresa de servicios públicos mixta, porque “en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%”. Esto se puede verificar al revisar la reciente composición accionaria de la ETB, donde el 88.39% pertenece a entidades de carácter público, mayoritariamente del Distrito Capital y tan solo el 11.60% es de naturaleza privada[183].

Con base en los artículos 38 y 68 de Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, la ETB como empresa de servicios públicos mixta, integra la rama ejecutiva de la administración en el nivel distrital, específicamente, dentro del sector

descentralizado por servicios -Sector de Hábitat[184], por lo que se trata de una entidad pública[185].

6. La Sala encuentra que la ETB presentó solicitud de amparo a través de apoderado judicial, en la que expresó la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia, lo que, de acuerdo con lo expuesto, acredita la legitimación en la causa por activa en atención al cumplimiento de los presupuestos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, como quiera que la persona jurídica demandante es titular de los derechos cuya protección es susceptible de alegarse de manera directa en sede constitucional.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales. Reiteración de jurisprudencia[186]

7. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional[187] y encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta, que establece su viabilidad cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales se produce por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidos los jueces de la República.

8. Con la sentencia C-590 de 2005[188], la Corte Constitucional superó el concepto de vías de hecho, utilizado previamente en el análisis de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para dar paso a la doctrina de específicos supuestos de procedibilidad. En ese sentido, la procedencia de la acción de tutela está condicionada al cumplimiento de ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, agrupados en: i) requisitos generales de procedencia y ii) causales específicas de procedibilidad[189].

9. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios-, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio iusfundamental irremediable[190]; iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración[191]; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo[192]; v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los

mismos hayan sido alegados en el proceso judicial[193]; y vi) que no se trate de una tutela contra tutela.[194]

10. En atención al asunto de la referencia, la Sala realizará una breve exposición sobre la relevancia constitucional que debe revestir el asunto sometido al juez de amparo y el principio de subsidiariedad, en especial cuando la solicitud de amparo es promovida cuando el proceso jurisdiccional aún se encuentra en curso.

Relevancia constitucional como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

11. La relevancia constitucional del asunto sometido al juez de amparo, es uno de los requisitos generales que debe acreditarse para avalar la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte en sentencia C-590 de 2005, estableció que este presupuesto implica que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no demuestren una clara importancia constitucional, pues de lo contrario, se involucraría en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.

12. Así las cosas, la relevancia constitucional requiere que el asunto sometido a conocimiento del juez de tutela, debe tener trascendencia Superior y no solamente legal, contractual o de otra naturaleza, como sería la exclusivamente económica.

La Corte en sentencia T-470 de 1998[195] manifestó que las controversias por elementos puramente económicos, regulados estrictamente por normas de rango legal o contractual[196], mas no constitucionales, exceden el alcance de la acción de tutela, puesto que aquella tiene como único objeto, la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales, frente a acciones u omisiones que los vulneren o amenacen.

Por su parte, la sentencia T- 606 del 2000[197], reiteró que resultan ajenas a la jurisdicción constitucional las discusiones que surjan sobre derechos de índole económica, debido a que, para esta clase de debates, se encuentran consagrados los instrumentos procesales propios para su trámite y su resolución.

13. No obstante, el juez de tutela, en principio, no puede declarar la improcedencia del amparo cuando está frente una controversia de naturaleza contractual o económica, con

base en que, en esta clase de asuntos no se debaten derechos fundamentales, sino que, debe analizar la situación planteada y determinar si se trata de una discusión ius fundamental, a partir del estudio de elementos que hacen parte de la dimensión objetiva de los derechos afectados, así como, de las circunstancias subjetivas de las partes que solicitan la protección constitucional, de tal manera que se garantice el “efecto de irradiación” de la Carta sobre el ordenamiento jurídico[198].

En definitiva, el juez de tutela debe verificar si el caso puesto a su conocimiento contiene un debate de relevancia constitucional, especialmente cuando existan intereses que prima facie, podrían ser considerados económicos, lo que generaría la improcedencia de la petición de protección, en particular, porque la vulneración de los derechos fundamentales invocada tendría la potencialidad de generar un impacto financiero en sus titulares, sin embargo, dicha circunstancia no convierte el asunto en una discusión estrictamente dineraria, pues el debate que subyace y que resulta transversal a la misma tendría una innegable naturaleza ius fundamental, con independencia de sus consecuencias patrimoniales.

De igual manera, este Tribunal modificó su reglamento interno (Acuerdo 05 de 1992), en el que incluyó como criterio orientador para la selección de tutelas, la posibilidad de revisar asuntos que revistan una grave afectación del patrimonio público, es decir, cuando dicha controversia tenga interés general en tanto que perjudica el erario[199].

La Corte en sentencia T-610 de 2015[200] aclaró que la habilitación para el estudio que en propio, se muestran eminentemente económicos, opera en el evento de evidenciarse una violación de derechos fundamentales en la que, además, afecte o amenace el patrimonio público, por lo que la procedibilidad general de la acción de tutela, está condicionada a una argumentación sólida que demuestre que el litigio económico, sobre el que se acusa la vulneración de derechos fundamentales afecta de manera injusta y antijurídica el erario.

14. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución. De igual manera el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo será improcedente “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Esta Corporación ha decantado desde sus inicios la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en especial, cuando se emplea contra providencias judiciales[201]. En sentencia C-590 de 2005[202], la Corte manifestó que tal principio implica el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De esta manera, el mencionado presupuesto establece un deber del actor de desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

La inobservancia de esta carga procesal instituiría al amparo constitucional como un mecanismo de protección alternativo, que vaciaría las competencias de las distintas autoridades judiciales que ejercen función jurisdiccional en sus distintos ámbitos de conocimiento, puesto que concentraría en la jurisdicción constitucional todas las decisiones que les son inherentes a aquellas y se desbordarían las funciones que la Constitución le otorgó a esta última[203].

15. En ese orden de ideas, la acción de tutela ejercida contra providencias judiciales no puede tenerse como un mecanismo alternativo, adicional o complementario al proceso que adelanta el juez ordinario competente, lo que significa que el juez de amparo no puede reemplazar en sus competencias y procedimientos a los funcionarios especiales que conocen de los asuntos que las partes le someten a su consideración[204]. Sin embargo, aunque no se hayan agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, la acción de tutela procederá siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable.

16. Las características del principio de subsidiariedad y que fundamentan la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, fueron discernidas por la Corte en sentencia T-103 de 2014[205] al señalar la falta de competencia del juez constitucional cuando: “(i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.”

Así las cosas, la primera característica del principio de subsidiariedad que genera la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es la vigencia del

proceso jurisdiccional en el que se han producido las supuestas vulneraciones alegadas.

17. Sobre este punto, la Sala reitera que la solicitud de amparo puede dirigirse contra “providencias judiciales” en general, por lo que no se limita únicamente a las “sentencias” que ponen fin a los procesos judiciales, sino que, también procede contra autos interlocutorios que se profieren al interior del trámite procedimental que puede continuar vigente. En tal evento, deben acreditarse las causales de procedibilidad tanto generales como específicas[206].

La sentencia SU-599 de 1999[207] manifestó que la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando no se ejercieron los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se formularon de manera extemporánea o para obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción.

Por tal razón, el amparo constitucional debe ceder ante el mecanismo ordinario de defensa dispuesto en el sistema normativo, de tal forma que el juez natural, dentro de su autonomía y con sujeción estricta a las garantías constitucionales del proceso, tenga oportunidad de corregir los errores cometidos por el funcionario instructor[208]. En ese sentido, la acción de tutela no puede desplazar los recursos ordinarios y extraordinarios que están al alcance del actor, en especial cuando el proceso judicial está en curso, pues la vulneración de los derechos fundamentales invocada puede ser conjurada mediante los instrumentos procesales dispuestos para tal fin por la legislación[209].

En la sentencia T-113 de 2013[210], este Tribunal manifestó que el análisis del requisito de subsidiariedad puede hacerse a partir de dos escenarios: i) que el proceso haya concluido; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso. En este último evento la intervención del juez de tutela está, en principio, restringida, pues el amparo constitucional no es un mecanismo procedimental alternativo o paralelo. Sin embargo, puede ser utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de los derechos fundamentales.

Esta Corporación en sentencia T-211 de 2013[211], reiteró que las etapas, los recursos y los procedimientos de un diseño procesal específico, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales, específicamente de las garantías del debido proceso. En ese

sentido, el medio judicial por excelencia para la preservación de los derechos es el proceso, pues se trata de un escenario en el que el afectado cuenta con todas las herramientas necesarias para corregir, durante su trámite, las irregularidades procesales que puedan afectar el debido proceso de ese extremo de la litis.

18. Ahora bien, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias que tienen la naturaleza interlocutoria, esta Corte ha precisado que, por regla general deben agotarse los recursos ordinarios propios del procedimiento que aún está en trámite. No obstante, la procedencia de la tutela en estos eventos se torna excepcional y se configura cuando[212]; i) no existen recursos que puedan ser interpuestos; ii) a pesar de su consagración legal, aquellos no son idóneos ni eficaces para proteger el derecho presuntamente vulnerado; iii) se pretende evitar la configuración de un perjuicio irremediable; o iv) los recursos fueron ejercidos oportunamente, pero la vulneración de los derechos continua[213].

19. En suma, cuando se utiliza la acción de tutela contra providencias que tienen naturaleza interlocutoria, que fueron dictadas al interior de un proceso judicial que no ha terminado y que, además, contempla dentro de sus etapas mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo se torna improcedente, salvo que se hayan utilizado todos los medios judiciales ordinarios y extraordinarios dispuestos para conjurar la irregularidad procesal que atenta contra los derechos fundamentales, o no obstante su presencia, aquellos no son idóneos ni eficaces, o se utilice el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. A continuación, la Sala se referirá brevemente al concepto de perjuicio irremediable y los requisitos para su acreditación.

20. El perjuicio irremediable ha sido definido por esta Corporación como aquella afectación que una vez acaecida impide que las cosas regresen a su estado anterior. En efecto, la sentencia T-458 de 1994[214], expresó que:

“(…) la irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al juez la concesión de la tutela como “mecanismo transitorio” y no como fallo definitivo, ya que éste se reserva a la decisión del juez o tribunal competente. Es decir, se trata de un remedio temporal frente a una actuación arbitraria de autoridad pública, mientras se resuelve de fondo el asunto por el

juez competente.”

En la sentencia T-956 de 2014[215], la Corte reiteró las características del perjuicio irremediable de ser inminente, urgente, grave, e impostergable. En efecto, en esa oportunidad manifestó:

“(…) el perjuicio irremediable reviste carácter de: inminente, es decir, está por suceder; se requieren medidas urgentes para conjurarlo; es grave, puesto que puede trascender al haber jurídico de una persona; y exige una respuesta impostergable, que asegure la debida protección de los derechos comprometidos[216].”

Verificación en el presente asunto de las causales genéricas de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

21. Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que en el presente asunto se acreditaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales como pasa a verse a continuación:

i) La accionante manifestó que están en riesgo recursos del erario en atención a su naturaleza de sociedad de economía mixta, debido a la participación accionaria de entidades públicas, particularmente por la “alta cuantía” de las pretensiones de Telefónica en el proceso ejecutivo. Además, invocó la vulneración de sus derechos fundamentales de defensa y de acceso a la administración de justicia que hacen parte del núcleo esencial del debido proceso, principalmente porque se libró mandamiento de pago en segunda instancia presuntamente con fundamento en un título ejecutivo que no cumple los requisitos legales y adicionalmente, porque supuestamente se le impide la presentación de mecanismos de defensa, pues contra la mencionada providencia no procede ningún recurso judicial. Lo anterior evidencia una indiscutible relevancia constitucional.

ii) El agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. La accionante realizó las siguientes actuaciones: i) participó en el debate surtido en el trámite de alzada; ii) formuló recurso de reposición contra la decisión que revocó el auto del a quo y libró mandamiento de pago, el cual fue rechazado de plano durante el presente trámite de tutela; iii) presentó solicitud de nulidad contra la mencionada providencia, la cual también fue negada en desarrollo de la solicitud de amparo de la referencia; y iv) una vez proferida

la decisión que desató la alzada, recusó a la conjuez que participó en el debate, la cual fue negada. Adicionalmente, la tutelante afirmó encontrarse en un escenario de incertidumbre sobre la procedibilidad de ejercer un recurso judicial ordinario contra el mandamiento de pago, en el entendido de que fue proferido en segunda instancia.

Ahora bien, la Sala advierte que el proceso ejecutivo en el que se proferieron las providencias atacadas, se encuentra en curso, puesto que la censura recae sobre el auto que libró mandamiento de pago y aquel que negó una recusación, lo que haría improcedente la acción de tutela por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad.

No obstante, para la Corte, en el presente asunto procede la acción de tutela como mecanismo definitivo porque la solicitud de tutela se dirige en concreto contra dos providencias proferidas al interior de un proceso ejecutivo. Particularmente, respecto del auto que resolvió la apelación en segunda instancia contra la providencia que negó la orden de pago, la Sala advierte que el recurso de reposición y la solicitud de nulidad fueron resueltos mientras se adelantaba el proceso de tutela que nos ocupa, sin embargo dichos instrumentos ordinarios no resultaban idóneos ni eficaces, puesto que, por disposición legal, contra la decisión del superior que desata la alzada no procede el recurso de reposición. Finalmente, los mismos fueron negados por esa instancia judicial.

Conforme a lo expuesto, para este Tribunal, la accionada no cuenta con otros instrumentos para el ejercicio de sus garantías procesales ni para corregir la actuación judicial que presuntamente desconoció sus derechos fundamentales.

En suma, la tutelante logró acreditar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en el presente asunto.

iii) En relación con la inmediatez, la Sala considera que este mecanismo se satisface, puesto que la última decisión proferida en el proceso, por el Consejo de Estado, es del 13 de abril de 2016, mediante la cual se aclaró la orden de pago dictada mediante providencia del 27 de mayo de 2015. En tal sentido, no le asiste razón al apoderado de Telefónica en relación con la falta de inmediatez en el presente asunto, debido a que la solicitud de aclaración no tenía la entidad suficiente para modificar el fondo de la decisión objeto de censura, porque dicha actuación judicial fue promovida para que la Corporación accionada decantara el escenario procesal en el que la entidad ejecutada podía ejercer su derecho de

defensa como elemento esencial del debido proceso, específicamente en las modalidades exceptivas previstas en la legislación procesal.

Por tal razón, para esta Sala, si bien en la aclaración la ejecutada no podía cambiar la decisión que resolvió de fondo la apelación surtida ante el superior, dicha solicitud si tenía la finalidad de definir las oportunidades y las formas en que la accionante podía ejercer su derecho de defensa que hace parte integral del debido proceso, aspecto que se debate en el presente trámite de amparo y para lo cual el mencionado mecanismo resultaba idóneo, si la providencia llegase a contener motivos que ofrecieran duda al respecto. En consecuencia, es partir de este momento que debe contarse el término para la presentación de la petición de tutela. Adicionalmente, el auto que resolvió sobre la recusación de una conjuez, es del 19 de enero de 2016.

En ese sentido, la acción de tutela fue radicada el 4 de mayo de 2016, cuando habían transcurrido menos de seis meses, a partir de las actuaciones, supuestamente generadoras de las vulneraciones a los derechos fundamentales de la ETB, por lo que el tiempo transcurrido se considera razonable y supera el examen del requisito de inmediatez.

iv) La supuesta irregularidad procesal acusada en la providencia que negó la recusación presentada en contra de una conjuez tuvo efectos decisivos y determinantes en el auto que se censura.

vi) El presente asunto no tiene como finalidad la censura de una sentencia de tutela. Las solicitudes de amparo se dirigen a cuestionar providencias judiciales proferidas dentro de un proceso ejecutivo del que conoce actualmente la jurisdicción contenciosa administrativa.

Asunto bajo revisión y formulación de los problemas jurídicos

22. Como se advirtió previamente, la ETB formuló acción de tutela en contra del Consejo de Estado por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia, con ocasión de las siguientes providencias adoptadas en el marco de un proceso ejecutivo de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa:

i) El mandamiento de pago librado en segunda instancia el 27 de mayo de 2015, por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aclarado mediante auto del 13 de abril de 2017, dictado por esa misma Corporación judicial.

ii) La decisión que negó la recusación formulada en contra de una conjuez que integró la Sala que resolvió librar mandamiento de pago, adoptada por el despacho judicial accionado.

Expresó que las mencionadas providencias incurrieron en los defectos que se sintetizan a continuación:

– Sustantivo: porque: i) desconoció la sentencia T-058 de 2009, que en su momento decidió la causa que ahora se ventila en el proceso ejecutivo; ii) “Se dotó de vida jurídica” a las Resoluciones CRT 1269 y 1303 ambas del año 2005, las cuales estaban “decaídas” según lo había reconocido la Corte Constitucional; y iii) el título ejecutivo fue simple y las providencias judiciales censuradas lo convirtieron en complejo sin ningún fundamento fáctico y legal.

– Orgánico: en el sentido de que: i) la Sala demandada profirió mandamiento de pago en alzada en lugar de devolver el expediente a la instancia correspondiente; y ii) la accionada desconoció el derecho fundamental de defensa del ejecutado.

– Procedimental: relacionado con la recusación formulada en contra de una conjuez de la Corporación accionada, basada en la causal contenida en el numeral 6º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil[217]. El defecto lo sustentó en: i) la “ignorancia y renuencia” para analizar adecuadamente los criterios de recusación; ii) la “ignorancia” del precedente judicial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance de la causal de recusación invocada; y iii) la “ignorancia” de otras normativas que sí reconocen la causal invocada como causal de impedimento.

23. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que los problemas jurídicos que debe abordar son los siguientes:

i) ¿El Consejo de Estado, al desatar la apelación del auto que negó el mandamiento de pago, revocar dicha providencia y proferir la orden de pago en contra de la accionante incurrió en defectos sustantivo y orgánico, porque consideró que el título ejecutivo era

complejo y porque la Corporación judicial accionada no tenía competencia para proferir la providencia de reemplazo?

ii) ¿El Tribunal demandado incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al negar la recusación formulada en contra de una conjuez, por aplicar de manera restrictiva la causa de impedimento de pleito pendiente entre las partes y no extenderla a los apoderados que los representan?

Ahora bien, en atención a las particularidades del asunto de la referencia, la Sala verificará también: iii) si la entidad accionada desconoció el derecho de contradicción de la actora al haber proferido el mandamiento de pago cuando resolvió el recurso de apelación, puesto que contra dicha providencia no proceden recursos judiciales y se habría pretermitido una etapa procesal para que la ejecutada desplegara los mecanismos de defensa procedentes.

24. Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará el estudio de los siguientes asuntos: i) los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, con especial énfasis en los defectos sustantivo, orgánico y procedimental; ii) el proceso ejecutivo de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, su trámite y los actos procesales del juez y de las partes; iii) los derechos de defensa y de contradicción del ejecutado como expresión del núcleo esencial del debido proceso y por último, iv) resolverá el caso concreto.

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

25. Las causales especiales de procedibilidad persiguen el análisis sustancial del amparo solicitado, así lo advirtió esta Corporación en la sentencia C-590 de 2005[218], que además estableció que basta con la configuración de alguna de las causales específicas, para que proceda el amparo respectivo. Tales causales han sido decantadas por la jurisprudencia constitucional en forma de defectos, así:

- Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

- Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio, que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión o cuando se desconocen pruebas que tienen influencia directa en el sentido del fallo.
- El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta, de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.
- Desconocimiento del precedente[220]: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.
- Violación directa de la Constitución: que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

26. En este caso, como lo indicó la Sala previamente, se identificó el objeto de las vulneraciones en la posible ocurrencia de los defectos sustantivo, orgánico y procedimental.

Por tal razón, a continuación, se presenta una breve caracterización de los mismos.

Defecto sustantivo

27. El defecto sustantivo se sustenta en que la función de las autoridades judiciales de interpretar y de aplicar las normas jurídicas, con fundamento en el principio de autonomía y de independencia judicial, no es absoluta[221]. De esta manera, la configuración del mencionado yerro se presenta cuando la decisión que adopta el juez desconoce la Constitución y la Ley, porque se basa en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto[222].

28. Este defecto ha sido decantado extensamente por esta Corporación. En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica[223].

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos[224]:

a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente[225] o porque ha sido derogada[226], es inexistente[227], inexecutable[228] o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador[229].

b. No se hace una interpretación razonable de la norma[230].

c. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes[231].

d. La disposición aplicada es regresiva[232] o contraria a la Constitución[233].

e. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición[234].

f. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

Alcance de la competencia del juez de tutela para analizar el defecto sustantivo

29. Conforme a lo expuesto, la Sala considera necesario precisar que la competencia del juez de tutela en materia del análisis del defecto sustantivo es restringida, pues su conocimiento del asunto no se basa en un escrutinio del alcance legal de la disposición inaplicada o indebidamente interpretada, o de las razones adoptadas por el funcionario judicial al momento de proferir la decisión, sino que, su estudio siempre debe concentrarse en la verificación de si la providencia objeto de censura desconoció los principios y los

valores Superiores y que en consecuencia, si se generó la vulneración de un derecho fundamental[235].

De esta manera, la garantía del principio de legalidad que sustenta el defecto sustantivo, debe ser verificada por el juez de tutela en consideración al valor normativo intrínseco de la Constitución (art. 4 Superior), por lo que el yerro judicial invocado con ocasión a la labor de interpretación y de aplicación de las normas legales, debe sustentarse en el apartamiento de los cauces de la Carta y la vulneración de los derechos fundamentales[236].

30. En atención a lo anterior, la carga argumentativa que debe asumir el actor para acreditar la configuración del defecto sustantivo es mucho más estricta, pues para habilitar la competencia del juez constitucional, relacionada con el estudio del mencionado vicio, debe hacerse en “clave constitucional”[237] y de los derechos fundamentales.

31. De esta manera, el juez de tutela analiza el defecto orientado por la “especificidad de la interpretación”[238] de la Constitución y de los derechos fundamentales, lo que implica que la demostración del yerro no se centra en acreditar que el juez ordinario simplemente desconoció la ley, sino que aquella se dirige a establecer que dicha actuación desconoció las garantías superiores.

En ese sentido, la competencia del juez de amparo no se refiere a debates sobre asuntos legales, sino que el examen del defecto sustantivo se restringe a examinar la vulneración o el riesgo de afectación de los derechos fundamentales.

Defecto orgánico

32. El defecto orgánico se edifica sobre la garantía constitucional del juez natural, consagrada en el artículo 29 de la Constitución, por lo que se configura cuando una persona o un asunto objeto de litigio es juzgado por quien carece de los elementos de la competencia fijados previamente por la ley[239].

La inobservancia de la competencia en un proceso judicial configura un yerro de carácter orgánico que afecta al debido proceso, porque “el grado de jurisdicción correspondiente a un juez, tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica” que representa un límite para la autoridad

pública que administra justicia, en la medida en que “las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen[240].”[241]

En sentencia SU-210 de 2017[242] se reiteró que el análisis de este defecto comprende 2 elementos: i) que el peticionario se encuentre supeditado a una situación en la que existe una actuación consolidada y no tiene otro mecanismo de defensa, como es el caso de una decisión que está en firme y que fue dada por un funcionario que carecía de manera absoluta de competencia; y ii) que en el transcurso del proceso el actor puso de presente las circunstancias de incompetencia y dicha situación fuera desechada por los jueces de instancia, incluso en el trámite de recursos ordinarios y extraordinarios, lo que constituye una actuación erigida sobre una competencia inexistente.

33. Este Tribunal ha identificado al menos 2 hipótesis en la que se configura el mencionado defecto: la funcional, cuando la autoridad judicial extralimita de forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, lo que en ocasiones, puede desconocer los márgenes decisoriales de otros funcionarios; y la temporal, en el evento en que el juez cuenta con atribuciones y funciones, pero las ejerce por fuera del término previsto para ello[243].

Conforme a lo anterior, la Corte ha entendido el factor funcional de la competencia como aquel que comprende tanto el grado jerárquico como la etapa procesal en la que se ejerce. De igual forma, se refiere al conocimiento de los recursos extraordinarios de casación y de revisión, así como la división del proceso en etapas, cuando aquellas se surten ante funcionarios judiciales diferentes[244].

34. En ese sentido, el estudio del defecto orgánico cuando se trata de providencias judiciales, debe verificar si las mismas se expidieron con plena observancia de los ámbitos de competencia funcional y temporal, entre otros, los cuales han sido previamente determinados constitucional y legalmente. Su desconocimiento genera la configuración de la causal específica por la vulneración del derecho fundamental al debido proceso[245].

Defecto procedimental

35. El defecto procedimental se configura cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo, lo que genera una

vulneración palmaria de los derechos fundamentales de quien concurre al mismo[246].

Se trata de una garantía del debido proceso y del acceso a la administración de justicia, en el sentido de que sujetan al juez a los procedimientos previamente establecidos, en virtud del principio de legalidad, con la finalidad de proteger los derechos de defensa y de contradicción de las partes en el marco de un proceso judicial, que hacen parte del núcleo esencial del debido proceso[247].

En ese sentido, la actuación del juez natural cuando incurre en este defecto pone en peligro la protección y la efectividad de los derechos subjetivos de las partes en el referido trámite, puesto que las formas procesales están diseñadas para asegurar la efectividad de los derechos sustanciales que se debaten en su curso[248].

36. La Corte, en sentencia T-996 de 2003[249] expresó que este defecto se configura en su modalidad de absoluto cuando: i) el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia; y ii) cuando pretermite las etapas propias del juicio, por ejemplo, cuando omite la notificación de un acto que requiera de dicha formalidad, o cuando elude realizar el debate probatorio, lo que les impide a los sujetos procesales sustentar o comprobar los hechos de la demanda, o su contestación, con la consecuente negación de sus intereses judiciales y la violación de sus derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, existe vulneración de los derechos de defensa y de contradicción de una de las partes como garantía del debido proceso, cuando se presenta la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad que desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos procesales, y que le impide ejercer sus derechos fundamentales[250].

37. Por su parte, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, por lo que sus actuaciones generan un escenario de denegación de justicia[251]. En otras palabras, se trata de un desconocimiento consciente del principio Superior de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, contenido en el artículo 228 de la Carta y, además, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

El proceso ejecutivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

38. En términos generales, el proceso ejecutivo deviene de una pretensión de satisfacción de una obligación que aparece clara y determinada en el título que se presenta con la demanda[253]. Dicho proceso en el ámbito contencioso administrativo, estaba regulado en el Decreto 01 de 1984, específicamente en el artículo 87, el cual establecía que en los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicaría la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, vigente desde el 2 de julio de 2012, y que derogó el Decreto 01 de 1984, estableció en su artículo 297 lo siguiente:

“ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.
2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.
3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.
4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar.”

De igual forma, el artículo 306 de ese cuerpo normativo, consagró la remisión al Código de Procedimiento Civil, en los aspectos no regulados por el mismo, siempre que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El concepto de título ejecutivo

39. Conforme a lo expuesto, el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C), establece que:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso – administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia.

La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294.”[254]

40. Con fundamento en la citada norma, el Consejo de Estado ha precisado que el título ejecutivo debe reunir unas condiciones formales y sustanciales para generar la orden pretendida. Las primeras, dan cuenta de la existencia de la obligación y tienen como finalidad demostrar que los documentos o su conjunto: i) son auténticos; y ii) emanan del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o de otra providencia que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley[255], es decir, que tengan la entidad de constituir prueba en contra del obligado.

Por su parte, las condiciones sustanciales se refieren a la verificación de que las obligaciones que dan lugar a la pretensión de ejecución sean expresas, claras y exigibles. De esta manera, la obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título; en otras palabras, aquella debe constar en el documento en forma nítida, es decir, debe contener el crédito del ejecutante y la deuda del obligado, sin necesidad de acudir a elucubraciones o suposiciones[256]. Es clara cuando además de ser expresa, aparece determinada en el título, es fácilmente inteligible y se entiende en un solo

sentido[257]. Finalmente es exigible cuando puede demandarse su cumplimiento por no estar sometida a plazo o a condición[258].

Además, esta Corte ha establecido que el título ejecutivo puede ser singular o simple, cuando este contenido o constituido en un solo documento, o complejo cuando la acreencia consta en varios documentos[259], como es el caso de la ejecución derivada de contratos estatales.

El mandamiento de pago

41. Presentada la demanda para el cobro de una determinada obligación, entre las cuales se encuentran el pago de una suma de dinero[260], el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales del libelo y, además, que el título cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 488 del C.P.C, hoy 422 del C.G.P. Si los mencionados presupuestos están acreditados, el funcionario judicial librará mandamiento con la orden al demandado para que satisfaga la deuda[261].

42. El artículo 505 del C.P.C. (hoy 438 del C.G.P.), establecía que contra el auto que libraba mandamiento de pago no procede el recurso de alzada, mientras que la providencia que lo niegue total o parcialmente, será apelable.

La apelación del mandamiento de pago por parte del ejecutante

43. El trámite de la apelación del mandamiento de pago se rige por las normas procesales dispuestas en el ordenamiento jurídico para tal fin[263]. Sin embargo, en atención al objeto de la acción de tutela de la referencia, la Sala presentará un breve análisis sobre la competencia del superior y del inferior en materia del recurso de alzada contra providencias interlocutorias.

44. El artículo 357 del C.P.C (hoy 328 del C.G.P.), regulaba la competencia del superior en materia de apelación de autos en el siguiente sentido: “En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses.”. El alcance de esta competencia legal debe analizarse de manera sistemática con los fines del recurso de alzada contenidos en el artículo 350 del C.P.C. (hoy 320 del C.G.P.), pues aquel tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en

la providencia de primer grado, la revoque, la reforme o la confirme.

De igual forma, el artículo 348 del C.P.C. (hoy artículo 318 del C.G.P.), establecía que no procede el recurso de reposición contra autos que resuelven un recurso de apelación.

45. Ahora bien, una vez proferida la decisión por parte del superior y devuelto el expediente al juez de primera instancia, dicho funcionario deberá dictar un auto de obediencia a lo resuelto en la alzada, en el que dispondrá lo pertinente para su cumplimiento[264].

El derecho de defensa del ejecutado como parte integral del debido proceso

46. De manera correlativa al derecho de acción que sustenta la demanda ejecutiva presentada por el acreedor, se encuentra el de contradicción en cabeza del obligado que le permite defenderse y oponerse a las pretensiones presentadas por el demandante[265]. De esta manera, el derecho de contradicción es la causa, mientras que la oposición y las excepciones son el efecto. Aquel existe siempre, aunque no se formulen aquellas[266].

El derecho de contradicción tiene como finalidad ser oído y contar con oportunidades para defenderse en el proceso. Por su parte, la oposición es una de las maneras como el demandado puede ejercer su derecho de contradicción, mientras que la excepción es una de las formas en las que se formula la oposición[267].

47. Esta Corporación en sentencia T-350 de 2008[268] expresó que las excepciones son los medios que el demandado utiliza para defenderse de las pretensiones del demandante y contiene las razones para controvertir el derecho sustancial que se alega en el proceso o para dar por terminado su trámite.

Estas excepciones pueden ser previas o dilatorias, o de mérito. Las primeras buscan corregir el procedimiento y sanear las fallas formales iniciales, por lo que, una vez subsanadas, el proceso puede continuar su trámite. Las excepciones de mérito tienen como objetivo desvirtuar las pretensiones del demandante y el juez se pronuncia sobre ellas en la sentencia[269].

48. Ahora bien, en el marco del proceso ejecutivo, el demandado cuenta con un complejo sistema de garantías procesales que le permiten ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, como expresión del debido proceso, en la forma y la oportunidad que

establece la ley, así como la instancia judicial que tiene competencia para conocerlas, que en su mayoría de veces corresponde al juez de primera instancia, tal y como se expone a continuación:

48.1 Una vez se libra el mandamiento de pago en contra del ejecutado en primera instancia, la discusión sobre los requisitos formales del título solo podrá hacerse mediante la presentación del recurso de reposición contra esa providencia. Con posterioridad no se admitirá ninguna controversia sobre el mencionado aspecto[270].

48.2 La formulación de excepciones previas y la solicitud del beneficio de excusión se realiza a través de la presentación de recurso de reposición contra la orden de pago[271].

La Corte en sentencia C-1193 de 2005[272] analizó el alcance de la forma y la oportunidad para presentar los hechos que, en el proceso ejecutivo, constituyen excepciones previas mediante recurso de reposición, en términos del ejercicio del derecho de defensa y que constituye el núcleo esencial del debido proceso. En aquella oportunidad expresó lo siguiente:

“(...) al demandado en el proceso ejecutivo no se le desconoce ni disminuye el derecho de defensa, por la circunstancia de haber previsto el Legislador que los hechos constitutivos de excepciones previas solo puedan ser alegados mediante la interposición del recurso de reposición. En definitiva, lo que esto significa, es que ellas no serán tramitadas como un incidente de previo y especial pronunciamiento, en el que, además, la providencia que lo resolvía era susceptible de impugnación con el recurso de apelación. De esta suerte, si los hechos constitutivos de excepciones previas de todas maneras pueden ser alegados, resulta evidente que no le asiste la razón a la actora sobre la supuesta violación del derecho de defensa como sucedería si se le impidiera por completo su alegación.” (Negrilla fuera de texto).

48.3 De igual manera, el ejecutado también puede formular excepciones de mérito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo[273].

49. En suma, el auto que libra mandamiento de pago y que da inicio al proceso ejecutivo, no solo tiene la característica de una providencia mediante la cual se admite la demanda porque reúne los requisitos para tal fin y da inicio al proceso respectivo, tal como ocurre en

la mayoría de procedimientos y especialmente en el de naturaleza cognitiva o declarativa, sino que además, establece la competencia del juez que lo profiere para analizar los documentos que contienen la obligación cuya ejecución se pretende, pues debe encontrar acreditada la existencia de un título ejecutivo, porque satisfacen las condiciones formales y sustanciales establecidas en la ley y puede generar su cobro al ejecutado.

Adicionalmente, se trata de una providencia que tiene un fuerte impacto en el devenir del proceso de ejecución y sus efectos inciden de manera directa en los actos procesales de las partes que intervienen, especialmente del ejecutado, pues, una vez es librada la orden de pago, se activa el robusto sistema de garantías procesales con el que cuenta para el ejercicio de sus derechos de defensa y de contradicción, que constituyen la esencia de debido proceso, los cuales por regla general, deben ejercerse ante el juez que profirió la providencia, puesto que este funcionario tiene la competencia para conocer y decidir sobre los asuntos sometidos a su discernimiento, algunos de ellos por vía de reposición, tal como se observa a continuación:

i) La controversia sobre los aspectos formales del título, la solicitud del beneficio de excusión y la presentación de excepciones previas, mediante la formulación del recurso de reposición contra la providencia que ordenó el pago y ante el funcionario judicial que originalmente la profirió, por lo que aquel mantiene por disposición legal un margen de decisión sobre aquellas materias. Es de advertir que con posterioridad no se admite ninguna controversia sobre los requisitos formales de los documentos que sirven de base para la ejecución.

ii) La presentación de excepciones de mérito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la mencionada providencia, entre otros.

Conforme a lo expuesto, la orden de ejecución tiene una innegable trascendencia ius fundamental pues le permite al demandado ejercer sus derechos de defensa y de contradicción que configuran el núcleo esencial del debido proceso, mediante el uso de los instrumentos consagrados en el sistema de garantías procesales y constitucionales, los cuales se formulan ante el funcionario que inicialmente la dictó, quien mantiene un margen decisonal sobre dichos asuntos.

La Sala resalta que la utilización de los mencionados mecanismos de defensa depende del

mandamiento de pago y que, particularmente, la discusión de los aspectos formales y la presentación de excepciones previas, solamente tienen cabida una vez se profiera la providencia citada, mediante la formulación del recurso de reposición ante el funcionario judicial que originalmente la dictó, ya que el ordenamiento procesal no dispone de otra oportunidad para adelantar el mencionado debate.

Análisis y resolución del caso concreto

Falta de acreditación del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto

50. La acción de tutela se dirige a censurar la decisión del 19 de enero 2016, que negó la recusación formulada en contra de una conjuez, que integró la Sala que resolvió librar mandamiento de pago, adoptada por el despacho judicial accionado. En efecto, consideró la tutelante que la Corporación judicial accionada analizó con “ignorancia y renuencia” la causal de impedimento contenida en el numeral 6º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, específicamente, por existir pleito pendiente entre la funcionaria judicial y el apoderado de la ETB, debido a que fueron abogados contraparte en distintos trámites arbitrales.

De esta suerte, si bien la causal de impedimento ha sido aplicada únicamente a las partes del proceso, la entidad accionante pretende que la misma se extienda a los apoderados que las representan, circunstancia en la que se encuentra la conjuez y el representante de la ETB y que ha sido presuntamente desconocida por el Tribunal accionado, en el sentido de que prefirió dar aplicación a la norma procesal y no reconocer el derecho sustancial que subyace a la misma.

51. La Sala considera que la argumentación presentada por la accionante, no se adecua a la demostración de un vicio procedimental, sino que sus razones giran en torno a la presunta existencia de un defecto sustancial, en atención a la indebida interpretación de la causal de impedimento que sustentó la recusación presentada.

52. Hecha la anterior precisión, la Corte expone las siguientes consideraciones que fundamentan la falta de acreditación del mencionado defecto:

52.1 La conjuez fue seleccionada el 4 de diciembre de 2014, mediante audiencia pública

en la que participó el actual apoderado de la ETB, con el único propósito de dirimir el empate que se presentó en el estudio del proyecto de auto realizado en la sala del 29 de octubre de 2014.

Desde el 4 de diciembre de 2014, la accionante, por intermedio de su apoderado, conocía que la doctora Patricia Mier Barros fungía como conjuez en el proceso, con la única finalidad de proferir la decisión que resolvería el recurso de alzada, la cual finalmente fue dictada el 29 de mayo de 2015. Es decir, desde aquel momento, la ETB tenía pleno conocimiento de la persona nombrada como conjuez.

52.2 El apoderado de la ETB expresó en su escrito de recusación que: i) presentó el 14 de abril de 2015, ante el Tribunal de arbitramento en el cual actúa, el poder otorgado por la parte que representaba; y que, ii) solo hasta el 8 de mayo de ese mismo año, le fue reconocida personería jurídica, mediante providencia que fue notificada el 20 de ese mismo mes y año, momento en el que se enteró que la doctora Patricia Mier Barros, también fungía como apoderada de una de las partes del litigio.

52.3 Al revisar el expediente, la Sala no observó que el apoderado de la ETB haya realizado alguna actuación con posterioridad al momento en que tuvo conocimiento de que la conjuez era apoderada de una contraparte del proceso arbitral.

52.4 No obstante, si bien el apoderado de la contraparte no realizó ninguna actuación con posterioridad al momento en el que presuntamente se configuró la causal de impedimento, para la Sala es claro que sí conocía la supuesta situación que sustentó su solicitud de recusación antes de la decisión que libró mandamiento de pago a favor de Telefónica.

Bajo este entendido, la Sala considera que el conocimiento de la configuración de la causal de impedimento, previo a la providencia que ordenó el pago, muestra que la accionante debió actuar con diligencia y presentar su solicitud de manera inmediata, antes de que se proferiera el auto del 27 de mayo de 2015, pues la intervención de dicha funcionaria fenecía en ese momento.

De esta manera, lo que pretende la ETB es revivir la oportunidad procesal de cuestionar la imparcialidad de la conjuez, puesto que no formuló la recusación antes de proferirse la

providencia acusada, con el agravante que, conforme al artículo 152 del C.P.C, “La actuación del funcionario, anterior a la recusación propuesta o a su declaración de estar impedido, es válida.”

Además, la Sala observa que la finalidad de la recusación formulada por la ETB fue la de cuestionar la legalidad de la providencia acusada, pues dicho argumento sirvió para sustentar la solicitud de nulidad que presentó en contra del auto del 27 de mayo de 2015.

En ese sentido, la acción de tutela no puede ser utilizada para suplir las omisiones procesales de las partes, en especial, cuando se tuvo conocimiento de la situación que presuntamente generaba el impedimento del juzgador, con la debida antelación al pronunciamiento judicial en el que se agotaba su participación en el proceso.

53. Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara la posibilidad de discutir la imparcialidad de la conjuez con posterioridad al pronunciamiento para la cual fue escogida, no obstante que el solicitante conoció previamente la situación en la que sustenta la recusación, la Sala advierte que el defecto alegado tampoco fue acreditado por la entidad peticionaria.

54. En efecto, la argumentación presentada por la ETB se basó en la supuesta “ignorancia y renuencia” de la autoridad accionada al momento de interpretar la causal de recusación contenida en el numeral 6º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por existir pleito pendiente entre la conjuez y el abogado de ETB, bajo el entendido de que fueron apoderados contrapartes en un trámite arbitral.

Contrario a lo afirmado por la demandante, la decisión judicial que negó la recusación formulada fue sustentada de manera racional y con plenos fundamentos jurídicos, especialmente en atención al carácter taxativo y restrictivo de las casuales de impedimento, pues consideró que:

“(…) la causal de recusación formulada resulta infundada e improcedente, puesto que, de conformidad con el marco jurisprudencial reseñado, los supuestos fácticos expuestos por la parte recusante no se acompasan con lo previsto en la referida causal, toda vez que no existe pleito pendiente entre la conjuez Patricia Mier Barros y el apoderado de la parte ejecutada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, pues la primera no ha adelantado

demanda alguna en contra del segundo o viceversa, así como tampoco en contra de las partes del presente asunto.

Si bien es cierto la doctora Patricia Mier Barros y el apoderado de la parte Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá actúan como apoderados de partes contrarias en un proceso arbitral, esa circunstancia no hace que entre las mencionadas personas exista un pleito pendiente, en los términos de la causal 6ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, pues ese litigio sometido al trámite arbitral se predica entre los sujetos que esos apoderados representan, los cuales, además, son distintos a las partes del presente proceso ejecutivo.

Resulta importante señalar que los impedimentos y las recusaciones gozan de un carácter excepcional y que, debido al carácter taxativo de las causales en que se originan, su interpretación debe ser restrictiva, razón por la cual no puede extenderse el alcance de la causal prevista en el numeral 6º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, como lo sugiere la parte ejecutada, en el entendido de que esta también se configura cuando el juez y el apoderado de alguna de las partes actúan en otro litigio como apoderados de partes enfrentadas.”[274]

55. Ahora bien, la actora insiste en que el Tribunal accionado debió interpretar la causal invocada de forma sistemática e integral, en especial en atención a otros ordenamientos procesales. Sin embargo, en la sustentación del defecto expresó que:

“De allí que no exista formalmente causal de impedimento que contemple la desafortunada situación en que un juez deba juzgar a quien actúa o ha actuado como su contraparte, pues lo jueces tienen prohibido el ejercicio profesional del derecho en el litigio. Aun así, dicha comisión legislativa no quiere decir que cuando ello ocurra no se configure un conflicto de intereses.”

De acuerdo con lo expuesto, el apoderado de la ETB reconoció que no existe norma que consagre una causal de recusación en el sentido que él pretende darle, por lo que, contrario a lo expresado por la entidad demandante, la decisión adoptada por la Corporación accionada no se muestra caprichosa ni arbitraria, ya que no estaba en la obligación de resolver el asunto, con base en causales contenidas en otras legislaciones, puesto que para ese caso las normas de procedimiento civil establecían de manera taxativa y

específica, las circunstancias que configuraban los impedimentos de los juzgadores.

56. De otra parte, en relación con la aplicación de la sentencia C-496 de 2016, sugerida por la ETB en el trámite de la presente acción de tutela, la Sala considera que no le asiste razón en atención a los siguientes fundamentos:

56.1 La decisión proferida por la Corte es posterior al auto que resolvió la recusación formulada en contra de la conjuez. En efecto, dicha providencia es del 19 de enero de 2016, mientras que el pronunciamiento de esta Corporación es del 14 de septiembre de 2016, por lo que no puede darse una aplicación retroactiva de la misma, puesto que esta Corporación no moduló los efectos de esa decisión en tal sentido.

56.2 La normas analizadas por la Corte en sede de constitucionalidad fueron los artículos 130 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, y el 141 de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, por lo que el análisis que en su momento realizó la Corte, no cobijó al numeral 6º del artículo 150 del C.P.C, pues aquella disposición no fue objeto del juicio constitucional.

Adicionalmente, la Corte resolvió declarar la exequibilidad pura y simple de los artículos acusados, por lo que no se dio un sentido diferente a la interpretación constitucional y legal de la causal de impedimento contenida en las mencionadas proposiciones jurídicas.

57. Con fundamento en lo anterior, la accionante no logró demostrar que la interpretación realizada por el despacho judicial accionado, en relación con la causal de recusación invocada, estuviera desprovista de la racionalidad propia de las actuaciones judiciales y que, además, la misma haya generado la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo.

En ese sentido, la censura que sustenta la argumentación pretendía que la Corporación accionada interpretara la causal de recusación con pleno desconocimiento de los presupuestos de taxatividad y sin atender el carácter restrictivo de la misma, ya que el abogado de la ETB buscaba la aplicación de normas procesales dispuestas para otra clase de procesos que se surten en diferentes jurisdicciones como la disciplinaria y la penal, entre otras. De igual manera, la actora buscaba otorgar efectos retroactivos a una sentencia de

constitucionalidad de esta Corte, la cual, no resolvió la exequibilidad de la norma que contenía la causal invocada y además, fue proferida con posterioridad al auto que se censura.

En suma, el debate propuesto por la peticionaria se limitó a censurar los fundamentos legales de la decisión atacada y a expresar su descontento, sin que configurara un razonamiento en clave constitucional que habilitara la competencia de la Corte para analizar, con criterios de especificidad de la interpretación constitucional, las vulneraciones a los derechos fundamentales invocadas en la demanda. En tal sentido, no se demostró la configuración del vicio alegado.

Ausencia de acreditación del defecto sustantivo

58. La empresa accionante censuró el mandamiento de pago librado en segunda instancia el 27 de mayo de 2015, por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aclarado mediante auto del 13 de abril de 2017, porque presuntamente incurrió en defecto sustantivo debido a que dicha providencia: i) desconoció la sentencia T-058 de 2009, que en su momento decidió la causa que ahora se ventila en el proceso ejecutivo; ii) “Se dotó de vida jurídica” a las Resoluciones CRT 1269 y 1303 ambas del año 2005, las cuales estaban “decaídas” según lo reconoció la Corte Constitucional; y, iii) el título ejecutivo fue simple y las providencias judiciales censuradas lo convirtieron en complejo sin ningún fundamento fáctico y legal.

59. Para la Sala, las razones que sustentan el defecto presentado por la accionante tienden a cuestionar la existencia del título ejecutivo por la ausencia de los requisitos legales contenidos en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, especialmente por la inexistencia de la obligación y porque los documentos que constituyen el título no reúnen los requisitos sustanciales para acreditar que la acreencia es clara, expresa y exigible.

En efecto, al manifestar que la providencia acusada desconoció la sentencia T-058 de 2009, expresó que dicha acusación se fundamentó en: i) la falta de vigencia de la Resolución CRC 463 de 2001; ii) la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005; iii) la mediación arbitraria del contrato celebrado entre las partes; iv) la inconstitucionalidad del principio de integralidad; v) el alcance de una presunta obiter dicta en relación con los efectos de la obligación cuyo cobro se persigue en esta ocasión; y vi) el

debate sobre un asunto que ya había sido resuelto por las jurisdicciones contencioso administrativa y constitucional.

De igual forma, expresó que la providencia objeto de censura revivió los efectos jurídicos de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, las cuales fueron presentadas como título ejecutivo. Por tal razón, el título ejecutivo no cumplió con los requisitos legales del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, bajo el entendido de que no contenían una obligación clara, expresa y actualmente exigible en contra de la ETB, aspecto que no habilitaba al juez a librar mandamiento de pago en la forma en que lo hizo la Corporación judicial accionada.

60. No obstante, la tutelante no expresó las razones por las cuales, en concreto, se produjeron las vulneraciones a los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia, invocados en la acción de tutela, pues se limitó a manifestar que los mismos fueron desconocidos y que debía aplicarse la ley de una manera distinta a como él considera correcta.

61. Conforme a lo expuesto, para la Sala la acusación presentada por la ETB se enmarca dentro del análisis de la legalidad del título ejecutivo cuyo pago se pretende en el proceso, sin que haya logrado acreditar la vulneración a los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo, por lo que el juez de tutela no tiene competencia para examinar el asunto puesto a su conocimiento, pues aquel exige un ejercicio argumentativo y hermenéutico guiado por la especificidad de los contenidos constitucionales y las garantías superiores.

De esta manera, se trata de un asunto en el que se debate la legalidad de los documentos que sirven de base para la ejecución, específicamente la inexistencia de la obligación y el incumplimiento de los requisitos sustanciales del mismo, por lo que la competencia para conocer este debate recae exclusivamente en el juez ordinario, particularmente, cuando en el presente caso, el proceso está vigente y la ejecutada puede alegar sus argumentos en la oportunidad procesal dispuesta para tal fin.

Para la Corte, la accionante pretende obtener, mediante la solicitud de amparo de la referencia, una respuesta pronta y anticipada sobre el fondo del asunto debatido en el proceso ejecutivo, con elusión del trámite procesal regulado por la ley y el desconocimiento

de la competencia de los jueces ordinarios para dirimir el mencionado litigio.

62. En suma, la Sala observa que la empresa accionante no asumió la carga argumentativa tendiente a demostrar que la actuación de la Corporación demandada desconoció los derechos fundamentales que invocó en la demanda, por lo que su censura simplemente debate los fundamentos legales de la decisión atacada, sin que configure un razonamiento en clave constitucional que permita a la Corte desplegar su análisis a partir de la especificidad de las vulneraciones a las garantías fundamentales invocadas en la demanda. Por el contrario, las razones que sustentaron el defecto evidencian el inconformismo de la ETB con las decisiones adoptadas dentro del marco de un debate sobre la legalidad del título ejecutivo. En tal sentido, no se demostró la configuración del vicio alegado.

Acreditación de los defectos orgánico y procedimental. La decisión adoptada en sede de apelación desconoció el margen de decisión del juez de primera instancia en los procesos ejecutivos y pretermitió una oportunidad procesal para que el ejecutado ejerciera los derechos de defensa y de contradicción como expresión del contenido esencial del debido proceso

63. El accionante consideró que la Corporación demandada profirió, sin competencia, mandamiento de pago en sede de alzada, en lugar de devolver el expediente a la instancia correspondiente para que aquella adelantara dicha actuación, con lo cual desconoció el derecho fundamental de defensa del ejecutado.

En concreto, expresó que el Tribunal accionado asumió el conocimiento de fondo sobre el asunto y se arrogó una competencia que no tenía, pues aquella y en especial la de librar la orden de pago, le corresponde al juez de primera instancia.

64. Para la Sala, el defecto orgánico formulado en contra de la providencia judicial objeto de censura está llamado a prosperar, en atención a que el Consejo de Estado al haber revocado la providencia impugnada y proferir un auto de reemplazo, específicamente la orden de pago, desconoció el margen de decisión del juez de primera instancia, tal como pasa a verse a continuación:

64.1 La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es el superior jerárquico y funcional del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de acuerdo con el artículo 150

del C.P.A.C.A[275], conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las impugnaciones de autos susceptibles este medio de control.

Ahora bien, como quedó expuesto previamente, existe una competencia funcional y material del superior al momento de resolver la apelación formulada por alguna de las partes en contra de una providencia. En tal sentido, el artículo 350 del C.P.C, establece que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado, la revoque, la reforme o la confirme.

Por su parte, el artículo 357 del mencionado cuerpo normativo, dispone que en la apelación de autos el superior solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses.

Nótese que, si bien las normas descritas no le imponen al superior una modalidad concreta para adelantar el estudio de la cuestión sometida a su conocimiento, ni mucho menos, una determinada manera de decidir el recurso, esto es, revocar la providencia impugnada y proferir una nueva, o diferir esta actuación al juez de primera instancia, entre otras. Tal situación exige que ese juez ejerza dicha función en atención a los límites constitucionales que orientan su labor, es decir, en el marco de su competencia y con plena observancia del margen de decisión que le asiste al a quo cuya actuación es objeto de revisión, específicamente, sobre las materias que, por disposición legal, solo pueden ser debatidas en esa instancia.

Un claro ejemplo de dicho ejercicio ponderado de la competencia del superior se deriva del caso que nos ocupa, particularmente del trámite del recurso de alzada contra el auto que libró mandamiento de pago en el marco de un proceso ejecutivo. En efecto, la actuación del superior en este específico escenario procesal, es decir, en la resolución de la apelación contra la providencia que ordenó al ejecutado el pago de la acreencia, no puede desconocer los márgenes de decisión del juez inferior, concretamente en materia de controversias sobre las condiciones formales del título valor, la solicitud del beneficio de excusión y las excepciones previas, cuyo conocimiento está condicionado a que dicha discusión se genere a través del recurso de reposición contra el auto ejecutivo.

Bajo esta perspectiva, el despacho judicial accionado al haber proferido directamente el

mandamiento de pago en sede de alzada, actuó por fuera de su competencia y configuró un defecto orgánico. Bajo ese entendido, dicha actuación vació los márgenes de decisión del juez de primera instancia, al impedir su conocimiento sobre asuntos relacionados con los requisitos formales del título, el beneficio de excusión y las excepciones previas, ya que limitó su actuación procesal a proferir un auto de obedecer lo resuelto por el superior, contra el que no procede ningún recurso y le impide el discernimiento sobre dichos asuntos.

65. En el presente asunto, la Sala considera que la Corporación accionada al haber revocado el auto que negó mandamiento de pago y proferir directamente la orden de cancelar la acreencia, actuó por fuera de los márgenes que le otorga su competencia funcional y material, por lo que dicha actuación configuró un defecto orgánico al desconocer los márgenes de decisión del inferior en materias relacionadas con las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, pues aquellas solo pueden invocarse con la presentación de recurso de reposición contra la providencia que ordenó el pago.

De esta manera, se desconoció la garantía del juez natural de la ETB, lo que compromete de manera irreparable el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, porque situó al ejecutado en una situación de completa indefensión e incertidumbre frente a aquella decisión viciada que adquirió ejecutoria[276], la cual es intolerable en términos ius fundamentales, debido a que significó un déficit en sus garantías superiores, pues se generó el desconocimiento de las reglas que determinaban los márgenes de conocimiento y de decisión del juez de primera instancia relacionados con aspectos trascendentales concernientes al ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción de la empresa demandada en el trámite ejecutivo, que constituyen la más genuina expresión del debido proceso y que pueden afectar el desarrollo del trámite.

66. De igual forma, la Corte encuentra que, en este caso, la decisión del Consejo de Estado de librar mandamiento ejecutivo en segunda instancia también configuró un defecto procedimental absoluto, porque pretermitió una oportunidad procesal para que el deudor ejerciera sus derechos de defensa y de contradicción, como elementos estructurales del debido proceso, tal como pasa a verse a continuación:

66.1 La orden de pago proferida en segunda instancia por la Corporación judicial accionada está revestida de la garantía de seguridad jurídica, pues aquella constituyó un acto cierre en el objeto de discusión del recurso de alzada, por lo que a la luz del artículo 348 del C.P.C., no procede la reposición contra autos que resuelven una apelación. Sin embargo, en el marco del proceso ejecutivo, esta disposición se impone como una barrera infranqueable para el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción del demandado, que hacen parte del contenido fundamental del debido proceso, ya que el complejo sistema de garantías que la legislación le otorga al ejecutado se activa con: i) el mandamiento de pago; y ii) la oportunidad de formular el recurso de reposición en su contra, con lo que puede cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo, presentar excepciones previas y ejercer el derecho de excusión.

66.2 El Consejo de Estado, mediante auto del 13 de junio de 2016, rechazó de plano el recurso de reposición que en su momento presentó la parte ejecutada, con fundamento en que: i) no procede la reposición contra una providencia que resuelve una apelación (Artículo 29 y 348 del C.P.C); ii) en consecuencia, dicho mecanismo de impugnación procede únicamente cuando el auto que libra mandamiento de pago es proferido en el curso de la primera instancia, pero “(...) bajo ninguna circunstancia es procedente cuando el mandamiento de pago es librado por el superior funcional en sede de apelación, entre otras razones, porque, una vez resuelto el recurso de apelación, el ad quem pierde competencia.”[277]; y, iii) los hechos constitutivos de excepciones previas que pudieron ser planteadas mediante el recurso de reposición “(...) debió exponerlas el ejecutado al momento de oponerse a la prosperidad de la apelación (...)”[278]

De acuerdo a lo expuesto, la Corporación accionada conocía las implicaciones jurídicas y procesales de su decisión de librar mandamiento de pago en segunda instancia, específicamente por la imposibilidad del ejecutado para formular el recurso de reposición en contra de la mencionada providencia y de esta manera ejercer su oposición frente a los requisitos formales del título, solicitar el beneficio de excusión o presentar excepciones previas. Adicionalmente, le impuso una carga procesal desproporcionada e irracional, en el sentido de que, al momento de oponerse a la impugnación en sede de alzada, debía haber presentado anticipadamente los hechos que probablemente constituirían excepciones previas frente a una decisión interlocutoria que aun no se había proferido.

66.3 De igual forma, dicha actuación generó un escenario de incertidumbre procesal en relación con el ejercicio de otras garantías procedimentales, en especial, el término para la formulación de excepciones de mérito, pues no era claro para la ejecutada el momento en que aquel corría, es decir, si a partir de la notificación del auto que resolvió la apelación o de la providencia de obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, que debía proferir el Tribunal de primera instancia.

67. Para la Corte, los efectos procesales del mandamiento de pago librado en segunda instancia por la Corporación accionada, afectaron los derechos fundamentales de defensa y de contradicción de la ejecutada, que configuran el estándar mínimo de protección derivado del debido proceso, puesto que le impidieron formular el recurso de reposición en contra de la mencionada providencia y de esta manera, limitaron injustificadamente los medios de oposición a la pretensión ejecutiva.

En ese sentido, se trató de una providencia que, sin desconocer el alcance y el contenido del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, pues es claro que el superior jerárquico tiene la posibilidad de proferir el mandamiento de pago, en este preciso caso impidió que se debatieran temas relacionados con el ejercicio del debido proceso, especialmente, el derecho de defensa de la ejecutada que hace parte de la esencia del debido proceso, puesto que no contó con la oportunidad procesal para: i) formular excepciones previas; ii) cuestionar los requisitos formales del título; y. iii) solicitar el beneficio de excusión.

De esa manera, la decisión judicial acusada fue adoptada sin que la ejecutante tuviera la oportunidad procesal de agotar todas las posibilidades de defensa, especialmente aquellas que se activan con la formulación del recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo y que no pueden alegarse en ninguna otra etapa del trámite judicial. Lo anterior generó una disminución desproporcionada en el sistema de garantías procesales de la ETB, por lo que procede el amparo solicitado.

No obstante, la Corte aclara que el análisis que antecede está limitado a las particularidades del caso puesto en conocimiento de esta Corporación y no implica que este Tribunal establezca por vía jurisprudencial la imposibilidad de que el juez de segunda instancia, con fundamento en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, pueda proferir la orden ejecutiva y que con la misma se active la oportunidad de formular el

recurso de reposición como expresión el ejercicio del derecho de defensa del ejecutado, que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, pues aquel se dirige contra la decisión de mandamiento de pago y no contra la que revoca la providencia proferida en primera instancia.

A tal conclusión de llega de una interpretación sistemática, integral y constitucional de los artículos 350 y 497 del CPC, que regulan las competencias generales en materia de apelación y la forma particular de ejercer el derecho al debido proceso en su dimensión de defensa y de contradicción por parte del ejecutado, mediante la reposición formulada contra el mandato de pago. En tal circunstancia, es deber del juez que profiere la providencia garantizar al ejecutado el pleno ejercicio del debido proceso, específicamente los derechos de defensa y de contradicción que se activan con el mandato de pago.

68. Ahora bien, la Sala, en relación con la orden de protección que debe proferirse en el asunto de la referencia, presenta las siguientes consideraciones:

68.1 En esta sentencia se demostró que no existe una fórmula legal precisa de la manera en que debe ser resuelto el recurso de apelación por parte del superior. Sin embargo, la Corte pudo identificar al menos 2 modalidades de decisión en sede de alzada en materia de mandamiento de pago dictado en procesos ejecutivos dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, las cuales se sustentan en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, tal como se analizó previamente: i) revocar y proferir una providencia de reemplazo, forma que es la mayoritariamente utilizada en la práctica judicial y que encuentra su principal sustento en el principio de autonomía judicial, tal como lo advirtió el Consejo de Estado en el auto que resolvió la nulidad formulada por la ETB, en el que además se fundamentó en la sentencia T-249 de 1995 y como lo alegó Telefónica al momento de contestar la solicitud de amparo de la referencia; y ii) revocar el auto y deferir la expedición de la nueva decisión al juez de primera instancia, modelo de decisión que esa misma Corporación judicial ha utilizado en algunas oportunidades, específicamente en los autos del 18 de julio de año 2013 y del 1º de agosto de 2016, proferidos por la Subsección B de la Sección Segunda y Tercera del Consejo de Estado, dentro de los expedientes radicados con los número 1505-12 y 56615, respectivamente.

68.2 La Sala considera que la segunda forma de decisión es el remedio constitucional

más idóneo y eficaz para hacer cesar las vulneraciones a los derechos fundamentales de la accionante, puesto que: i) sin desconocer el principio de autonomía de los jueces, maximiza en el mayor grado posible las garantías procesales de la ejecutada; y, además, ii) constituye una práctica de decisión judicial que no es desconocida para el Consejo de Estado.

68.3 No obstante, algunos se apartan de esta segunda opción porque consideran que desconoce el principio de autonomía de los jueces, principalmente, por lo que se dijo en la sentencia T-249 de 1995[279]. La Sala se aparta de esa conclusión por las siguientes razones que superan la objeción presentada:

68.3.1 La mencionada providencia contiene una subregla jurisprudencial en relación con el alcance del principio democrático de la autonomía judicial en los siguientes términos:

“(...) cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia o providencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional, para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales, pero sin imponer su criterio en relación con el asunto controvertido.”

Dicho argumento, lejos de sustentar la tesis del Consejo de Estado sobre la forma en que debe desatarse el recurso de alzada a partir del respeto de la autonomía judicial, refleja el alcance constitucional del mencionado principio a partir del reconocimiento de las competencias funcionales y materiales del superior al resolver la apelación, frente al respeto por los márgenes de decisión de a quo que debe cumplir lo resuelto por el juez de segunda instancia.

De esa manera, tal como se advirtió previamente, el ad quem al momento de revisar la actuación del juez de primera instancia, no puede desconocer los escenarios de decisión del a quo, los cuales, particularmente en el marco del proceso ejecutivo y del auto que libró la orden de pago, se concretan en el análisis de las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, a cuyo discernimiento llega con la formulación del recurso de reposición que presente el ejecutado. Conforme a lo expuesto, cuando el superior libra el mandamiento de pago en el marco de un proceso ejecutivo,

desconoce el principio de autonomía judicial del funcionario cuya actuación se revisa, puesto que vacía sus competencias en asuntos sobre los cuales mantiene un margen de decisión trascendental para el proceso y para el ejercicio de los derechos fundamentales de defensa y de contradicción del ejecutado como garantía del contenido esencial del debido proceso.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional reconoce que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y están sometidos únicamente al imperio de la ley, y más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, mediante sus providencias desarrollan un complejo proceso de integración e interpretación del derecho, en especial, dirigido a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes.

En la sentencia T-688 de 2003[280], la jurisprudencia constitucional reconoce que la autonomía judicial debe respetar ciertos límites al interpretar y aplicar la ley, en especial, el control del juez superior a la interpretación que el inferior dio al acervo probatorio y los hechos del caso. Al respecto, se dijo que:

“a) Un elemento que no debe olvidarse, es la estructura jerárquica de la rama judicial. Los mecanismos procesales –apelación y consulta- que permiten al superior revisar la decisión del inferior, implican de manera principal, la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior. Este es el principal propósito de tales mecanismos, pues prima facie, el grado de autonomía es mayor para valorar la situación fáctica del caso. Negar la posibilidad de realizar una revisión de la interpretación, en este escenario, lleva a convertir en algo superfluo, inclusive violador del principio de celeridad y oportunidad de las decisiones judiciales, tales mecanismos”.

Bajo la misma línea argumentativa, en la sentencia T-698 de 2004[281], la Corte recordó que la revisión hecha por el juez superior a la decisión del a quo, a través de los recursos de apelación y consulta, tiene como fin controlar “la interpretación del inferior frente a normas concretas o aspectos jurídicos específicos, por lo que el juez inferior deberá en principio tener en cuenta las apreciaciones del juez superior al respecto, y no desoír libremente estas consideraciones”[282]. De esta forma “si lo que pretende es apartarse de las consideraciones del superior, su carga mínima será fundar esa separación de las

consideraciones del superior en su decisión”[283] para no incurrir en desconocimiento del precedente fijado frente a la aplicación e interpretación de una forma específica.

Igualmente, la sentencia T-446 de 2013[284], reiteró que la actividad de los jueces estaría condicionada por: “(i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la Corporación se encarga de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar “la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones.”; (iii) la sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y (iv) al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez -individual o colegiado- en casos decididos con anterioridad.”[285]

En suma, la forma de resolución analizada, no implica que el superior realice una presión indebida sobre el inferior, como equivocadamente lo argumentan el Consejo de Estado y Telefónica, pues en últimas, profiere una orden de dictar una nueva providencia, con fundamento en las razones que sustentan su decisión, lo que no desconoce el principio de jerarquía funcional. Por el contrario, esa interpretación logra su mayor efectividad en términos de respeto de los márgenes de decisión del juez de primera instancia y de los derechos fundamentales del ejecutado, puesto que, las formas procesales no tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un cauce para la eficacia del derecho sustancial y en especial, para la materialización de las garantías superiores.

De igual manera, dicho modelo de decisión efectiviza en el mayor grado posible los derechos de defensa y de contradicción del ejecutado, como expresión de la garantía del debido proceso, porque al permitir al juez de primera instancia librar el mandamiento de pago, habilita la posibilidad de formular el recurso de reposición contra dicha decisión, mediante el cual el demandado puede cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo, presentar excepciones previas y solicitar el beneficio de excusión.

68.4 Finalmente, dicho modelo decisional no es desconocido por la Corporación accionada, ya que, como se advirtió previamente, lo ha utilizado en algunas ocasiones, tal como se expone a continuación:

- El auto interlocutorio del 18 de julio de 2013, proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, resolvió dentro del expediente radicado con el número 1505-12 y con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, el recurso de apelación interpuesto contra una providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y que había negado mandamiento de pago. En aquella oportunidad, el superior encontró que no existía sustento legal para haber negado la orden de pago solicitada por el demandante, por lo que resolvió: i) revocar la providencia que se abstuvo de ordenar el pago; y ii) devolver el expediente al Tribunal “(...) para que decida sobre la solicitud de mandamiento de pago de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.”

- El auto del 1º de agosto de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado con el número 56615 y con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, resolvió el recurso de alzada interpuesto contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se abstuvo de librar mandamiento de pago a favor del demandante. En ese momento, se presentó una discusión sobre el título ejecutivo, pues existía una divergencia entre un contrato estatal y el laudo que lo declaró nulo.

Frente a esta situación, esa Corporación consideró que el laudo contenía la obligación clara, expresa y exigible que se pretendía ejecutar, tanto en el capital como en los intereses. Por tal razón, decidió revocar el auto que negó el mandamiento de pago y devolver el expediente al Tribunal de origen, para que aquel se pronunciara sobre la orden que pretendía el ejecutante.

69. Conforme a lo expuesto, la Sala como medida de protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, dejará parcialmente sin efectos el numeral primero de la parte resolutive del auto del 27 de mayo de 2015, que revocó la decisión del 29 de abril de 2010 y que libró mandamiento de pago, aclarado mediante providencia del 13 de abril de 2016, específicamente el siguiente apartado:

“En su lugar, se dispone:

“PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de Telefónica Móviles de Colombia S.A. y en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por las siguientes sumas:

“a.- Por la diferencia entre el valor pagado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P. y el valor de la tarifa fijado en el artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS-, de la Resolución CRT 463 de 2001, por concepto de los cargos de acceso causados por la interconexión directa de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional –TPBCLDI- de ETB y la red de telefonía móvil de celular –TMC- de Telefónica, en las llamadas internacionales entrantes y terminadas, durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005.

b.- Por los intereses de mora causados sobre la cantidad líquida resultante de la diferencia entre lo pagado y lo establecido en el mencionado artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS- de la Resolución CRT 463 de 2001, causados desde la fecha de ejecutoria de la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005, esto es, desde el 19 de octubre de 2005 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

SEGUNDO.- La anterior suma, junto los intereses de mora causados deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes, tal como lo dispone el artículo 498 del C.P.C.”.

En consecuencia, con fundamento en el numeral 2º de esa providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deberá resolver sobre la orden de pago solicitada por el ejecutante, de acuerdo con las razones expuestas por el superior y sin desconocer los márgenes decisoriales que conserva en atención a su autonomía.

Conclusiones

70. En el presente asunto la Sala encontró que:

71. No se acreditó la configuración de los defectos procedimental y sustantivo, porque el actor no asumió la carga argumentativa de demostrar por qué el debate sobre el cumplimiento de los requisitos legales del título ejecutivo y la negación de la causal de recusación en contra de una conjuez, afectaban los derechos fundamentales invocados por la ETB. En ese mismo sentido, la Sala consideró que se trataba de discusiones de naturaleza legal, sobre las cuales el juez constitucional carece de competencia para intervenir.

72. Sin embargo, el modelo de decisión adoptado por el Consejo de Estado en el sentido de librar mandamiento de pago en forma directa y en la resolución del recurso de apelación, configuró los defectos orgánico y procedimental absoluto.

En ese sentido, se demostró que la Corporación accionada incurrió en un vicio orgánico porque excedió sus competencias funcionales al proferir la orden de pago en segunda instancia, debido a que desconoció los márgenes de decisión del juez de primera instancia en el marco del proceso ejecutivo y particularmente, en el conocimiento de asuntos relacionados con la controversia de asuntos formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas.

Por su parte, se acreditó el yerro procedimental absoluto bajo el entendido que la providencia objeto de censura pretermitió la oportunidad que tenía la ETB para formular el recurso de reposición contra la orden de pago y ejercer de esta manera sus derechos de defensa y de contradicción, que hacen parte contenido esencial del debido proceso, específicamente, la posibilidad de controvertir las condiciones formales de los documentos presentados como base de ejecución, las cuales no puede debatir en otra etapa del proceso; el derecho de excusión y la presentación de las circunstancias que tienen la connotación de excepciones dilatorias.

73. Con fundamento en lo anterior, la Corte dejará parcialmente sin efectos el numeral primero de la parte resolutive del auto del 27 de mayo de 2015, que revocó la decisión del 29 de abril de 2010 y que libró mandamiento de pago, aclarado mediante providencia del 13 de abril de 2016. En consecuencia, con fundamento en el numeral segundo de esa providencia, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deberá decidir sobre la orden de pago solicitada por el ejecutante, de acuerdo con las razones expuestas por el superior y dentro del margen de decisión propio de su autonomía.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto del cuatro (4) de octubre de 2017.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del veintitrés (23) de febrero de 2017, proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de defensa y de contradicción, que hacen parte del núcleo esencial del debido proceso de la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS parcialmente el numeral primero de la parte resolutive del auto del veintisiete (27) de mayo de 2015, que revocó la decisión del veintinueve (29) de abril de 2010 y que libró mandamiento de pago, aclarado mediante providencia del trece (13) de abril de 2016, proferidos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el marco del proceso ejecutivo adelantado por Telefónica Móviles de Colombia S.A contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB, radicado bajo el número 25000232600020090063600, específicamente el siguiente apartado:

“En su lugar, se dispone:

“PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de Telefónica Móviles de Colombia S.A. y en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por las siguientes sumas:

“a.- Por la diferencia entre el valor pagado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P. y el valor de la tarifa fijado en el artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS-, de la Resolución CRT 463 de 2001, por concepto de los cargos de acceso causados por la interconexión directa de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional –TPBCLDI- de ETB y la red de telefonía móvil de celular –TMC- de Telefónica, en las llamadas internaciones entrantes y terminadas, durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005.

b.- Por los intereses de mora causados sobre la cantidad líquida resultante de la diferencia entre lo pagado y lo establecido en el mencionado artículo 4.2.2.19 –opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS- de la Resolución CRT 463 de 2001,

causados desde la fecha de ejecutoria de la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005, esto es, desde el 19 de octubre de 2005 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

SEGUNDO.- La anterior suma, junto con los intereses de mora causados deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes, tal como lo dispone el artículo 498 del C.P.C.”.

CUARTO: ORDENAR a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, con fundamento en las razones de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado expuestas en el auto de veintisiete (27) de mayo de 2015, aclarado mediante providencia del trece (13) de abril de 2016, dictado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el marco del proceso ejecutivo adelantado por Telefónica Móviles de Colombia S.A contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E.S.P.-ETB, radicado bajo el número 25000232600020090063600, resuelva sobre el mandamiento de pago solicitado por la ejecutante, de acuerdo con el margen de decisión propio de su autonomía.

QUINTO: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con impedimento aceptado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

[1] “Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus pariente indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.”

[2] Folio 1v cuaderno principal.

[3] Ibídem.

[4] Folio 2 cuaderno principal.

[5] Ibídem.

[6] Ibídem.

[7] Ibídem.

[8] Ibídem.

[9] Ibídem.

[10] Folio 2v cuaderno principal.

[11] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] Folio 3 cuaderno principal.

[14] Folio 3v cuaderno principal.

[15] Ibídem.

[16] Cuadern

[17] Folio 357 cuaderno de pruebas del demandante.

[18] Folio 357 v cuaderno de pruebas del demandante.

[20] Folio 4 cuaderno principal.

[21] Folio 141 cuaderno 4 de pruebas (copias del expediente)

[22] Folio 163 ibidem.

[23] Folio 4 cuaderno principal.

[24] Folio 114 cuaderno de pruebas No. 3.

[25] Folios 115 y 116 ibidem.

[26] Folio 119 ibidem.

[27] Ibídem.

[28] Folio 120 ibidem.

[29] Folio 120 ibidem.

[30] Folios 122 y 123 ibidem.

[31] Folios 124-126 ibidem.

[32] Folios 145-153 ibidem.

[33] Folios 201-223 ibidem.

[34] Folio 301 ibidem.

[35] Folio 298-299 ibidem.

[36] Folio 309 ibidem.

[37] Folio 314 ibidem.

[38] Folios 329-333 ibidem.

[39] Folio 334 ibidem.

[40] Ibídem.

[41] Ibídem.

[42] Folio 338 ibidem.

[43] Folio 339 ibidem.

[44] Folios 340-341 ibidem.

[45] Folios 342-343 ibidem.

[46] Folio 343 ibidem.

[47] Folio 348 ibidem.

[48] Folio 349-3502 ibidem.

[49] Folio 351 ibidem.

[50] Folios 354-355 ibidem.

[51] Folios 356-358 ibidem.

[52] Folios 359-385 ibidem.

[53] Folios 419-422 Ibídem.

[54] Folios 1-7 cuaderno de pruebas 5.

[55] Folio 26-29 ibidem.

[56] Folio 28 ibidem.

[57] Folios 32-42 ibidem.

[58] Folio 33 ibidem.

[59] Folio 34 ibidem.

[60] Folios 36-37 ibidem.

[61] Folios 40-41 ibidem.

[63] Ibídem.

[64] Ibidem.

[65] Folios 7 y 7v cuaderno principal.

[66] Folio 7v cuaderno principal.

[67] Ibídem.

[68] Folio 8 cuaderno principal.

[69] Folio 8v cuaderno principal.

[70] Folio 9v cuaderno principal.

[71] Folios 9v y 10 cuaderno principal.

[72] Folio 10 cuaderno principal.

[73] Ibídem.

[74] Ibídem.

[75] Ibídem.

[76] Folio 13v cuaderno principal.

[77] Folio 14 cuaderno principal.

[78] Folio 14v cuaderno principal.

[79] Folio 14v cuaderno principal.

[80] Folio 15v cuaderno principal.

[81] Folios 16, 16v y 17 cuaderno principal.

[82] Folio 18 cuaderno principal.

[83] Ibídem.

[84] Folio 18v cuaderno principal.

[85] Folios 20, 22v y 23 cuaderno principal.

[86] Folio 20 cuaderno principal.

[87] Folios 20 y 20v cuaderno principal.

[88] Folio 21 cuaderno principal.

[89] Ibidem.

[90] M.P. Mauricio González Cuervo.

[91] Folio 21 y 21v cuaderno principal.

[92] Folio 22 cuaderno principal.

[93] Folio 57 cuaderno principal.

[94] Folios 75-113 cuaderno principal.

[95] Folios 106-107 cuaderno principal.

[96] Folio 107 cuaderno principal.

[97] Folio 109 cuaderno principal.

[98] Ibídem.

[99] Folio 110 cuaderno principal.

[100] Folio 111 cuaderno principal.

[101] Folios 111 y 112 cuaderno principal.

[102] Folio 112 cuaderno principal.

[103] Folio 86 cuaderno principal.

[104] Folios 88-91 cuaderno principal.

[106] Folios 136-158 cuaderno principal.

[107] Folio 145 cuaderno principal.

[108] Folio 146 cuaderno principal.

[109] Ibidem.

[110] Ibidem.

[111] Folio 147 cuaderno principal.

[112] Ibidem.

[113] Folios 148-149 cuaderno principal.

[114] Folios 150 cuaderno principal.

[115] Folio 151 cuaderno principal.

[116] Folios 151-152 cuaderno principal.

[117] Folios 152-153 cuaderno principal.

[118] Folio 153 cuaderno principal.

[119] Folio 155 cuaderno principal.

[120] Folio 156 cuaderno principal.

[121] Folio 157 cuaderno principal.

[122] Ibidem.

[123] Folios 157-158 cuaderno principal.

[124] Folios 159-161 cuaderno principal.

[125] Folios 163-223 cuaderno principal.

[126] Folios 203-210, 213-220 cuaderno principal.

[127] Folios 65-72 ibídem.

[128] Folio 67 ibídem.

[129] Folios 67-68 ibídem.

[130] Folio 70 ibídem.

[131] Ibídem.

[132] Folio 182 cuaderno principal. Ver folios 356-357 cuaderno de pruebas anexos.

[134] Folio 227 cuaderno principal.

[135] Folio 246-248 cuaderno principal.

[136] Folios 68-78 cuaderno principal.

[137] Folio 280 cuaderno principal.

[138] Folio 281v cuaderno principal.

[139] Folio 282 cuaderno principal.

[140] Ibidem.

[141] Ibidem.

[142] Folio 282v cuaderno principal.

[143] Ibidem.

[144] Folio 283v cuaderno principal.

[145] Folio 284 cuaderno principal.

[146] Ibidem.

[147] Folio 284v cuaderno principal.

[148] Ibidem.

[149] Folios 287-310 cuaderno principal.

[150] Folios 323-352 cuaderno principal.

[151] Folios 371-422 cuaderno principal.

[152] Folios 424-449 cuaderno principal.

[153] Folio 441v cuaderno principal.

[154] Folio 443 cuaderno principal.

[155] Folio 443v cuaderno principal.

[156] Folio 446v cuaderno principal.

[157] Folio 448 cuaderno principal

[158] Ibidem.

[159] Folio 448v cuaderno principal.

[160] Folio 449 cuaderno principal.

[161] Folio 465 cuaderno principal

[162] Folios 483-487 cuaderno principal.

[163] Folios 59-116 cuaderno de revisión.

[164] Folios 118-121 cuaderno de revisión.

[165] Folio 173-174 cuaderno de revisión.

[166] Folio 118 cuaderno de pruebas 1.

[167] Folio 119 cuaderno de pruebas 1.

[168] Folio 160 cuaderno de pruebas 1.

[169] Folio 2010 cuaderno de revisión.

[170] Folios 229-245 cuaderno de revisión.

[171] Folios 260-284 cuaderno de revisión.

[172] Folio 284 cuaderno de revisión.

[173] Folios 299-306 cuaderno de revisión.

[174] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[175] Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-411 de junio 17 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-201 de mayo 26 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-238 de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-300 de marzo 16 de 2000 M. P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-1193 de septiembre 14 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-924 de octubre 31 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-200 de marzo 4 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1212 de diciembre 3 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-030 de enero 26 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, entre muchas otras.

[176] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[178] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[179] Sentencia T-411 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[180] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[181] Acuerdo proferido por el Concejo de Bogotá, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las referidas en los artículos 12 y 55 del Decreto-Ley 1421 de 1993, artículos 17 y 180 de la Ley 142 de 1994 y 2 de la Ley 286 de 1996.

[182] En igual sentido, sobre la naturaleza jurídica de la ETB, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencias del 13 de abril y el 25 de mayo de

2011, precisó que: "...La empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá. (...) con base en lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, (...) fue reorganizada como una empresa de servicios públicos del orden distrital, con totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones.

Para dar cumplimiento a las normas antes citadas, mediante escritura pública No.0004274 de 29 de diciembre de 1997, se constituyó la sociedad comercial denominada "Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. -E.T.B.- E.S.P. (...)

Así las cosas, a partir del 29 de diciembre de 1997, la ETB se constituyó como una empresa de servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, la naturaleza de su capital no siempre ha sido la misma, hasta el 17 de marzo del año 2000, año en que se llevó a cabo la enajenación de parte de la propiedad accionaria, la ETB era una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial. A partir de dicha venta, la empresa tuvo un carácter mixto, pues su capital ya no pertenecía en un 100% a entidades públicas, pero estas sí conservaban más de un 50%..." (Subrayado fuera del original)

[183] Sentencia T-181 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[184] Acuerdo 257 de 2006, artículo 114.

[185] Ibídem.

[186] Este capítulo se desarrolla con fundamento en las consideraciones expuestas en las sentencias SU-242 de 2015, T-610 de 2015 y SU-454 de 2016, todas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[187] T-006 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-223 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-413 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-474 de 1992 Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

[188] M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexecutable una expresión del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[189] Tomado de la sentencia SU-242 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, ver también sentencia T-610 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[190] Sentencia T-504 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[191] Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[192] Sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[193] Sentencia T-658 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[194] Tomado de la sentencia SU-242 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[195] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[196] Sentencia T-594 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-511 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-328 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz, T-340 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-524 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1318 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

[197] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[198] Sentencia T-1318 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[199] En efecto, el artículo 49A del Acuerdo 05 de 1992, establece:

“Artículo 49A. Adicionado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. Criterios Orientadores de Selección. Sin perjuicio del carácter discrecional de la selección de fallos de tutelas y ante la inexistencia constitucional de un 16 derecho subjetivo a que un determinado caso sea seleccionado, la Corte se guiará por los siguientes criterios orientadores:

a) Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional.

b) Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

c) Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público.

Estos criterios de selección, en todo caso, deben entenderse como meramente enunciativos y no taxativos.

Parágrafo. En todos los casos, al aplicar los criterios de selección, deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico.” (Negrillas fuera de texto)

[200] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[201] Ver entre otras sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteradas en sentencia T-103 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[202] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[203] Al respecto ver la sentencia SU-298 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[204] Sentencias SU-026 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SU-424 de 2012 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteradas en sentencia T-103 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[205] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[206] Sentencia T-323 de 2014 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[207] M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterada en sentencia T886 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lyneth. En aquella oportunidad este Tribunal afirmó que: “En el presente caso se observa que está en trámite el recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia del Tribunal Nacional. Es reiterada la jurisprudencia de esta

Corporación en el sentido de que la tutela únicamente procede contra actuaciones judiciales cuando el afectado ha agotado todos los medios de defensa judicial a su alcance”

[208] Sentencia T-589 de 1991 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[209] Sentencia T-1035 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[210] Ibídem.

[211] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[212] Sentencia T-323 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Al respecto ver las sentencias T-148 de 2010 y T-380 de 2014, ambas con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[213] Sentencia T - 343 de 14 de mayo de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido, ver Sentencias T - 224 de 17 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; T - 025 de 27 de enero de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía; T - 1047 de 6 de noviembre de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; entre otras.

[214] M.P. Jorge Arango Mejía.

[215] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[216] Ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010, reiterado en sentencia T-230 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

[217] “Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.”

[218] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[219] Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[221] Sentencia SU-210 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amaris

[222] Sentencia SU-632 de 2017 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[223] Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 2005, T-657 de 2006 ambas con ponencia del dar Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 2010, y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

[224] Sentencia SU-242 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[225] Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[226] Sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[227] Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería

[228] Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[229] Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[230] Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[231] Sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999.

[232] Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[233] Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[234] Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[235] Sentencia T-1232 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[236] Sentencia C-1026 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett

[237] Sagües, N.P. Del juez legal al juez constitucional. Disponible en www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=396&IDA=1376, consultado el diez (10) de abril de 2018.

[238] Pozzolo, S. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.

Doxa 21 – II 1998, disponible en www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/, consultado el diez (10) de abril de 2018.

[239] Sentencia SU-210 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

[240] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1057 de 2002. Con reiteración en las Sentencias T-929 de 2008 y T-757 de 2009.

[241] Sentencia SU-210 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

[242] M.P. José Antonio Cepeda Amaris

[243] Sentencia SU-770 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo

[244] Sentencia T-308 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[245] Sentencia SU-210 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amaris. Al respecto ver sentencia SU-565 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo y T-308 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[246] Sentencia T-017 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[247] Sentencia T-204 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[248] Ibidem.

[249] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[250] Sentencia T-474 de 2017 M.P. Iván Escruería Mayolo.

[251] Sentencia T-002 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[252] Ibidem.

[253] Devis Echandía, H. Compendio de derecho procesal, Teoría general del proceso. Tomo I. Decimocuarta Edición, Editorial ABC, 1996 pág. 166

[254] El artículo 422 del Código General del Proceso establece “ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

[255] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto del dieciocho (18) de julio de 2013, radicación 1505-12, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[256] Ibidem.

[257] Ibidem.

[258] Ibidem.

[259] Sentencia T-747 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[260] Artículo 491 del C.P.C.

[261] Artículos 497 del C.P.C. y 430 del Código General del Proceso.

[262] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto del dieciocho (18) de julio de 2013, radicación 1505-12, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[263] Artículos 351 y ss del C.P.C y 321 y ss del C.G.P.

[264] Al respecto ver los artículos 362 del C.P.C y 329 del C.G.P.

[265] Vescovi, E. Teoría general del proceso, Temis, 1994, pág. 89.

[266] Devis Echandia, Op. Cit. Pág. 217.

[267] Ibidem.

[268] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[269] Sentencia C-1335 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Diaz.

[270] Artículos 497 del C.P.C y 430 del C.G.P.

[271] Artículos 509 del C.P.C. y 442 del C.G.P.

[273] Ibidem.

[274] Folio 6 cuaderno de pruebas 2.

[275] ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA Y CAMBIO DE RADICACIÓN. <Artículo modificado por del artículo 615 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de las peticiones de cambio de radicación de un proceso o actuación, que se podrá disponer excepcionalmente cuando en el lugar en donde se esté adelantando existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad o integridad de los intervinientes.

Adicionalmente, podrá ordenarse el cambio de radicación cuando se adviertan deficiencias de gestión y celeridad de los procesos, previo concepto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

PARÁGRAFO. En todas las jurisdicciones las solicitudes de cambio de radicación podrán ser

formuladas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

[276] Sentencia T-064 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[277] Folio 67 ibídem.

[278] Folio 70 ibidem.

[279] M.P. Hernando Herrera Vergara.

[280] M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[281] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[282] Sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[283] Ibidem.

[284] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[285] Sentencia T-446 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva