

DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA DE LA NACION - Defecto sustantivo por desconocimiento de normas sobre representación judicial de la Nación en procesos contencioso administrativos / COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES - Integración del contradictorio y representación judicial

Nótese que en el inciso segundo de la norma transcrita, se indica que la Nación puede ser representada por una serie de funcionarios, respecto de los cuales se advierte que pertenecen a entidades que carecen de personería jurídica, y por consiguiente que actúan en virtud de la personería jurídica de la Nación. Dentro de las personas que pueden representar a la Nación en un proceso judicial, llama la atención la parte final del referido inciso, en tanto hace referencia al funcionario de mayor jerarquía de la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, lo que quiere decir que aparte de los servidores públicos que se indican en el mismo artículo, pueden existir otros que válidamente pueden acudir a un proceso judicial en representación de la Nación, particularmente cuando pertenecen a la entidad que produjo los actos o hechos que dan lugar a la controversia judicial. En el presente caso, los actos demandados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ..., fueron proferidos por la CRC, lo que quiere decir que el funcionario de mayor jerarquía de ésta en virtud del artículo 149 del C.C.A. debe acudir al referido proceso en representación de la Nación. Por las razones expuestas estima la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en un defecto sustantivo, al no considerar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 149 del C.C.A., respecto a las solicitudes que se le realizaron en el sentido de vincular a la CRC, de forma precisa al funcionario de mayor jerarquía de ésta, al proceso judicial en el que se demanda a la Nación, con el fin controvertir la legalidad de los actos administrativos de la Comisión.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00631-00(AC)

Actor: COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION PRIMERA SUBSECCION B

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta mediante apoderado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

EL ESCRITO DE TUTELA

Solicita en amparo de los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, que se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2010-00344-01, y en su lugar emita una nueva decisión en la que integre en debida forma el contradictorio, incluyendo a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC o Comisión), con el fin de que ésta pueda oponerse a la demanda.

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones, la apoderada de la CRC expuso los siguientes (Fls. 5-31):

Afirma que la CRC resolvió el conflicto de interconexión entre la empresa COMVOZ COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A. ESP y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP (en adelante ETB), mediante la Resolución 2289 del 28 de octubre de 2009, que fue confirmada a través de la Resolución 2346 del 26 de enero de 2010.

Señala que con fin de controvertir los actos administrativos antes señalados, la ETB interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo conocimiento le correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que mediante auto del 26 de agosto de 2010, resolvió admitir la demanda y ordenó la notificación de la misma al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al Ministerio Público, omitiendo en su criterio vincular a la CRC, aunque son los actos emitidos por ésta los demandados.

Relata que el auto antes señalado fue recurrido por la ETB, que solicitó la debida conformación del contradictorio a través de la vinculación de la CRC. Agrega que dicha solicitud fue negada por el Tribunal antes señalado mediante auto del 23 de septiembre de 2010, bajo el argumento que la Comisión es una unidad administrativa sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la

Información y la Comunicaciones, motivo por el cual al ser vinculado éste quedaba debidamente conformado el contradictorio.

Afirma que ante la anterior decisión, la CRC formuló incidente de nulidad, por cuanto no había sido notificada del proceso en el que se busca controvertir la legalidad de dos actos administrativos que emitió. Señala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto de 1° de septiembre de 2011, notificado el día 6 del mismo mes, negó la referida solicitud.

Añade que contra el auto antes señalado la Comisión interpuso recurso de reposición que también fue negado por el referido Tribunal mediante auto del 20 de octubre de 2011, notificado por estado el día 25 del mismo mes.

En virtud de las anteriores actuaciones afirma que la entidad que representa agotó todos los medios disponibles en el referido proceso ordinario para convertir las decisiones que le impidieron defender la legalidad de los actos acusados.

Destaca que la Comisión no puede ejercer su derecho a la defensa a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues éste al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ha sostenido que no tiene responsabilidad alguna frente a los actos administrativos controvertidos, por lo que también ha solicitado la vinculación de la CRC.

Sostiene que la decisión del Tribunal accionado de no vincular a la Comisión al referido proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, constituye un defecto sustantivo por desconocimiento de los artículos 149 y 150 del C.C.A., que en su criterio establecen que las entidades públicas o privadas que ejerzan funciones públicas cuyos actos se controviertan, deben ser vinculadas a los procesos judiciales en que éstos se cuestionen.

Agrega que la autoridad judicial accionada también incurrió en un defecto procedimental al no notificar a la CRC de la demanda, impidiéndole a la misma acudir a la administración de justicia para defender la legalidad de los actos administrativos acusados.

Destaca que la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han estudiado la naturaleza jurídica de la CRC, y han resaltado que la misma de conformidad con el

artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, es una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pero que goza de independencia administrativa, técnica y patrimonial, como la encargada de promover la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Añade que la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2009¹, concluyó que la CRC puede comparecer a procesos judiciales a través de la personería de la Nación.

Indica que si la CRC tiene la capacidad jurídica de emitir actos administrativos, también está facultada para defender los mismos, so pena de desconocer sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Manifiesta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera también vulneró el derecho a la igualdad de la Comisión, pues a diferencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que es objeto de estudio a través de la presente acción, en los procesos con radicados 2010-342 y 2010-343, promovidos por la ETB, sí vinculó a la CRC para garantizar su derecho fundamental a la defensa.

Estima que la CRC se encuentra en una situación de perjuicio irremediable, toda vez que al interior del mencionado proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se está surtiendo la etapa probatoria, sin que se le haya brindado la posibilidad de intervenir en defensa de los actos administrativos demandados, por lo que la misma entidad está sujeta a un fallo eventualmente adverso a sus intereses.

ACTUACION PROCESAL

Mediante auto del 17 de abril de 2012, se admitió la acción de tutela interpuesta por la CRC, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, y se ordenó notificar la misma al mencionado Tribunal, a la ETB, a la empresa COMVOZ COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A. ESP y al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que realizaran las consideraciones que estimaran pertinentes (Fls. 88-89).

¹ M.P. Myriam Guerrero de Escobar, expediente 11001032600020000192201.

INTERVENCIONES

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera**, solicita que se niegue el amparo solicitado por las razones que se exponen a continuación (Fls.97-99):

Luego de hacer un recuento de las principales actuaciones adelantadas al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2010-00344-01, relacionadas con la CRC, afirma que esa entidad no ha sido vinculada porque es una unidad administrativa especial sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo que estima que es éste el que se encuentra legitimado para ejercer la representación de la Comisión. Por la anterior circunstancia sostiene que las providencias que ha emitido no pueden catalogarse como vías de hecho.

El **Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones**, solicita que se le ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 2010-00344-01, integre debidamente el contradictorio, desvinculándolo del proceso y en su lugar vinculando a la CRC, entidad a la que estima debe notificársele el auto admisorio de la demanda a través de su Director Ejecutivo. Lo anterior por las siguientes razones (Fls. 121-123):

Destaca que la CRC es una unidad administrativa especial con independencia y autonomía administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Añade que si bien es cierto el Ministro del Ministerio antes señalado preside la Comisión, tanto ésta como aquél ejercen funciones distintas, por lo que califica ilógico e irrazonable, que se considere que el mencionado Ministerio debe responder por las decisiones de otra entidad que cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones.

Sostiene que aunque la CRC no cuenta con personería jurídica, el artículo 149 del C.C.A. le confiere capacidad para comparecer al proceso.

Insiste en que ninguno de los actos acusados tiene origen en el referido Ministerio, sino que los mismos fueron producidos por la Comisión, por lo que ésta es la que debe ser vinculada al proceso contencioso.

Expone que según el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, la CRC dictará su propio reglamento, y que de conformidad con éste, el Director Ejecutivo es el jefe de dicha unidad administrativa especial para todos los efectos legales, por lo que considera que la representación judicial de la Comisión está en cabeza del mencionado funcionario.

La **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP**, solicitó que se niegue por improcedente la acción de tutela interpuesta por las siguientes razones (Fls. 151-155):

Estima que no es cierto que los derechos fundamentales de la CRC se encuentren en riesgo al interior del proceso contencioso tramitado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto dicha entidad está siendo debidamente representada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo en cuenta que la Comisión carece de personería jurídica y está adscrita al Ministerio antes señalado.

Agrega que el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es el presidente de la CRC, y como tal tiene una constante comunicación con ésta.

Transcribe algunos apartes de una sentencia del 2 de agosto de 2007 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, radicado 15131, en los que se consideró que la Comisión de Energía y Gas no debía ser vinculada al proceso, teniendo en cuenta que carece de personería jurídica y que está adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Estima que las consideraciones de la sentencia antes señalada son aplicables al caso de autos, pues la CRC carece de personería jurídica y se encuentra adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sostiene que la Comisión en el referido proceso contencioso no queda desprotegida, en atención a la vinculación del Ministerio antes señalado, cuya defensa puede coadyuvar.

Finalmente estima que la entidad demandante no hace mención a los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que pretende se dejen sin efectos, tampoco demuestra la configuración de algunas de las causales específicas de procedibilidad de la acción constitucional, ni acredita encontrarse bajo una situación de perjuicio irremediable, por lo que en su criterio debe rechazarse por improcedente la acción interpuesta.

COMVOZ COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A. ESP, solicita que se acceda al amparo solicitado, en tanto comparte las razones expuestas en el escrito de tutela sobre la necesidad de vincular a la CRC al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se está tramitado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Añade que el referido Tribunal está desconociendo su propio precedente, pues en los procesos con radicados 2010-342 y 2010-343, sí consideró como entidad demandada a la CRC.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°- La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

De ahí que salvo eventos sumamente excepcionales, la acción de tutela contra decisiones judiciales es improcedente, en razón a que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. Además, porque el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) *Defecto sustantivo*, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) *Defecto fáctico*, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) *Defecto orgánico*, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) *Defecto procedimental*, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas², las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente³, se consideran

² Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

³ Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

pruebas inadmisibles⁴ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁵, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁶.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

⁴ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional*: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b)

Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) *Que se cumpla el requisito de la inmediatez:* Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora:* Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible:* Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). *Que no se trate de sentencias de tutela:* Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VIA DE HECHO por la de DECISION ILEGITIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) *Defecto orgánico:* Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). *Defecto*

procedimental absoluto: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) *Defecto material o sustantivo*: Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) *Error inducido*: Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado (h.) *Violación directa de la Constitución*: Procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

Finalmente, estima la Sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada,

constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

2° Análisis del caso en concreto

2.1. Verificación de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales

Se estima que en el presente caso se encuentran reunidos los requisitos generales jurisprudencialmente establecidos para controvertir decisiones judiciales a través de la acción de tutela, en tanto se debate un asunto de relevancia constitucional como la garantía de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia al interior de un proceso contencioso, por la presunta indebida conformación del contradictorio, que trae como consecuencia que la parte demandada presuntamente no pueda ejercer en debida forma su derecho a la defensa.

Asimismo se observa que en el escrito de tutela se identifican de manera razonable los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos invocados, así como los relacionados con el trámite que adelantó la Comisión ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lograr ser vinculada al proceso contencioso. Particularmente la CRC hace referencia al incidente de nulidad que promovió, el cual fue negado por la referida autoridad judicial, y que en criterio de la Sala constituía el mecanismo idóneo de protección que tenía a disposición para lograr la vinculación que reclama y evitar que el proceso continuara su curso normal hasta la emisión de la sentencia correspondiente, en ese orden de ideas, se considera que la parte accionante ha acudido a la acción de tutela después de agotar los medios ordinarios de defensa.

Añádase a lo expuesto, que con la acción constitucional la Comisión pretende evitar un perjuicio, consistente en que en el proceso en que son controvertidos 2 actos administrativos que emitió, se acceda a la pretensiones de la demandada, sin que se le haya brindado la oportunidad de exponer las razones por las cuales estima que las decisiones cuestionados están conformes al ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la presunta irregularidad que se acusa es relevante, y además se observa que la acción de tutela ha sido interpuesta dentro de un término

razonable, y no mucho tiempo después de las decisiones controvertidas, precisamente porque mediante la acción constitucional se pretende que antes de la emisión de una decisión definitiva sobre el asunto materia del proceso contencioso, se le garantice a la parte demandante de forma integral el derecho a la defensa.

Por lo tanto, de conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral 1° de la parte motiva de esta sentencia, la acción de tutela es procedente para verificar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad y restablecimiento N° 2010-00344-01, ha o no vulnerado los derechos fundamentales invocados.

2.2. Planteamiento y resolución del problema jurídico planteado

En síntesis, mediante la presente acción la CRC pretende que se adelante las gestiones pertinentes para ser vinculada como parte dentro del proceso de nulidad y restablecimiento N° 2010-00344-01, que promovió la ETB ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de dejar sin efectos las Resoluciones N° 2228 del 28 de octubre de 2009 y 2346 del 26 de enero de 2010, que emitió para resolver un conflicto de interconexión entre la ETB y COMVOZ COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A. ESP.

Sostiene la Comisión que al no haber sido vinculada al proceso antes señalado se vulneraron sus derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, porque se le impide exponer las razones por las cuales estima que los actos que emitió y que han sido demandados están conformes al ordenamiento jurídico, además porque de emitirse dentro del proceso contencioso un fallo que acceda a las pretensiones de la demandada, vería afectados sus intereses.

Por su parte el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, estima que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados, en tanto la CRC es una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, motivo por el cual en su criterio es el Ministerio antes señalado, que fue vinculado al proceso contencioso, el que está legitimado para ejercer la representación de la Comisión (Fl. 98).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estima la Sala que el problema jurídico en el caso de autos consiste en establecer, si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulneró o no los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al no vincular a la CRC al proceso contencioso en el que se controvierte la legalidad de dos actos administrativos que profirió, teniendo en cuenta que dicha entidad carece de personería jurídica y que está adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que sí fue vinculado al referido proceso.

Para resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar se estima necesario precisar en cabeza de quién se predicen en el caso de autos los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso presuntamente vulnerados.

En efecto, del escrito de tutela se observa que la Comisión alega que el debido proceso y el acceso a la administración de justicia se le han vulnerado, y por consiguiente asume que es sujeto de dichos derechos. Sin embargo, en criterio de la Sala las afirmaciones que realiza la CRC en tal sentido no son precisas, pues como ella misma lo reconoce, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009⁷, carece de personería jurídica, motivo por el cual en estricto sentido no puede considerarse como un sujeto de derechos y obligaciones (art. 633 del C.C.).

No obstante lo anterior, estima la Sala que cuando la Comisión invoca la protección de los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso por la indebida conformación del contradictorio, debe entenderse que éstos están en cabeza de la Nación, que es la persona jurídica (art. 80 de la Ley 153 de 1887) demandada en el mencionado proceso.

⁷ “**ARTÍCULO 19. CREACIÓN, NATURALEZA Y OBJETO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES.** La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, **sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.**

La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley.” (El destacado es nuestro).

Del mismo modo, cuando la CRC acude a un proceso judicial en asuntos donde estén en discusión asuntos relacionados con las funciones que legalmente le han sido asignadas, no puede entenderse que comparece de manera autónoma como si se tratara de una entidad con personería jurídica, sino que lo hace en representación de la Nación.

Respecto a la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación y su comparecencia en el proceso, estima la Sala pertinente traer a colación las siguientes consideraciones contenidas en la sentencia 9 de septiembre de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸,

“El Legislador en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 150-7 constitucional, que lo faculta jurídicamente para determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación, supresión o fusión de entidades, creó las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales con funciones específicas consistentes en regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así lo establece el artículo 69 de la Ley 142 de 1994⁹

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, creada como unidad administrativa especial según la referida ley, se encuentra adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial), con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, la cual forma parte de la rama ejecutiva del poder público según los dictados del artículo 38 de la Ley 489 de 1998¹⁰ y cuyas funciones se encuentran establecidas en los artículos 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994.

De conformidad con lo establecido en el citado artículo 38 de la ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales pueden tener personería jurídica o carecer de ella según que pertenezcan al nivel central o al descentralizado por servicios. Así, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, y dentro de ellas la CRA, hacen parte de las unidades administrativas especiales del primer grupo, es decir, las del nivel central, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios.

Por su parte el artículo 67 de la misma Ley 489 de 1998 en cuanto a la organización y funcionamiento de las Unidades Administrativas Especiales, establece que éstos son “*organismos creados por la ley, con la autonomía*

⁸ Radicación número: 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹ El artículo 69 de la Ley 142 de 1994 dispone: “*Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:*

69.1 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico” (...).

69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

69.3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

¹⁰ El artículo 38 de la Ley 489 de 1998, prevé: “*La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, estará integrada por los siguientes organismos y entidades 1. Del sector central (...) e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica”.*

administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.”

Y el artículo 48 de la Ley 489 citada, en relación con las comisiones de regulación dispuso: *“Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación”.*

Como se observa, las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo establecido por la ley, son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, que detentan ciertas características particulares a saber: *i) Se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998); ii) Gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998) y iii) Ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998).*

Sobre la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación, la Corte Constitucional, de conformidad con lo prescrito por los artículos 370, 150-7 y 211 constitucionales, hizo las siguientes precisiones:

“Al respecto, cabe recordar que según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución, se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica -que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales-, para modificar sus características y aún para suprimirlas. Como la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, tiene el Congreso la potestad de formular nuevas modalidades de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público.

*De igual forma es importante recordar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las comisiones en referencia hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la Administración Pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas -como se verá más adelante- (artículo 39 **ibidem**) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (artículo 189 C.P.).”*¹¹(Subrayado fuera del texto.)

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

En este contexto las Comisiones de Regulación son órganos administrativos, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, que gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no detentar la calidad de personas jurídicas; en este orden, surge la inquietud de si dichos entes pueden comparecer en el proceso como independientes o autónomos.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 149 de, C. C. A. en la forma en que fue modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, *“En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho (...)”*.

Del contenido del texto normativo anteriormente transcrito y teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación como unidades administrativas especiales pertenecen al nivel central; que no tienen personería jurídica; que sus funciones son de carácter administrativo orientadas a desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo y concretamente a regular los servicios públicos domiciliarios; su comparecencia en el proceso no puede hacerse de manera autónoma como si se tratara de un ente con personería jurídica, sino que deberán comparecer en representación de la Nación.”

Hecha la anterior precisión, debe establecerse si el hecho de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no haya vinculado a la Comisión en el proceso en el que se pretende la nulidad de los actos que emitió ésta, vulnera o pone en peligro los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la Nación.

Sobre el particular se evidencia que mediante auto del 26 de agosto de 2010 (Fis. 32-33), el Tribunal antes señalado ordenó que se notificara la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y que en el auto del 23 de septiembre de 2010 (Fl. 36-39), a través del cual resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión (interpuesto por la ETB), el Tribunal afirmó que no vinculaba a CRC porque está adscrita al mencionado Ministerio que sí fue vinculado al proceso.

Respecto a la afirmación que realiza el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el segundo de los autos antes señalados y en el informe rendido en el presente trámite, consistente en que la CRC se encuentra representada en el proceso judicial por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo en cuenta que aquélla se encuentra adscrita a éste por lo dispuesto por en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, es necesario aclarar si en virtud de la

referida adscripción puede considerarse que no es necesario vincular a la Comisión en el proceso contencioso en el que se controvierte la legalidad de dos de sus actos administrativos.

Para tal efecto se recuerda que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa del orden nacional debe indicar el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estará adscrito o vinculado, con el fin de que las distintas entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público ejerzan de forma coordinada las funciones que les son asignadas.

En efecto, la Ley 489 de 1998 buscó que las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público y que ejercen funciones afines estén integradas por sectores administrativos, los cuales estarán integrados por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área (art. 42 de la Ley 489 de 1998), y en tal sentido encomendó a los Ministerios y Departamentos Administrativos la orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman el sector que presiden (art. 44 de la Ley 489 de 1998).

En ese orden de ideas para el caso de autos el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es el encargado de la orientación del ejercicio de las funciones que legalmente se le han asignado a la CRC, sin embargo, se advierte que la relación existente entre las entidades antes señaladas en virtud de la adscripción de la segunda a la primera, es respecto al ejercicio de las funciones administrativas que ejercen, más no respecto a la capacidad para acudir a un proceso judicial en representación de la Nación, tanto así que el párrafo del artículo 61 de la Ley 489 de 1998, después de señalar las funciones a cargo de los Ministros, entre las cuales se encuentra dirigir y orientar la función de planeación del sector administrativo a su cargo, señala que *“la representación de la Nación en todo tipo de procesos judiciales se sujetará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales relacionadas”*.

En atención a la anterior situación, para establecer de qué forma se representa a la Nación en los procesos judiciales, que constituye el aspecto central de la

presente controversia, debemos remitirnos al C.C.A., que sobre el particular en su artículo 149 establece lo siguiente:

“ARTICULO 149. REPRESENTACION DE LAS PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

PARAGRAFO 1o. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

PARAGRAFO 2o. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado. ” (El destacado y subrayado es nuestro).

Nótese que en el inciso segundo de la norma transcrita, se indica que la Nación puede ser representada por una serie de funcionarios, respecto de los cuales se advierte que pertenecen a entidades que carecen de personería jurídica, y por consiguiente que actúan en virtud de la personería jurídica de la Nación. Dentro de las personas que pueden representar a la Nación en un proceso judicial, llama la atención la parte final del referido inciso, en tanto hace referencia al funcionario de mayor jerarquía de la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, lo que quiere decir que aparte de los servidores públicos que se indican en el mismo artículo, pueden existir otros que válidamente pueden acudir a un proceso judicial en representación de la Nación, particularmente cuando pertenecen a la entidad que produjo los actos o hechos que dan lugar a la controversia judicial.

En el presente caso, los actos demandados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 2010-00344-01, que se tramita ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, fueron proferidos por la CRC, lo que quiere decir que el funcionario de mayor jerarquía de ésta en virtud del artículo 149 del C.C.A. debe acudir al referido proceso en representación de la Nación.

Ahora bien, de conformidad con la norma antes señalada en estricto sentido debe afirmarse que en los procesos en que la Nación es parte, debe vincularse a la **persona** de mayor jerarquía de la entidad que emitió el acto o que produjo el hecho que genera la controversia, sin embargo, en ocasiones en los procesos donde es parte la Nación, se hace referencia a la necesidad de vincular a la **entidad** que emitió el acto o produjo el hecho controvertido, como ocurre en el presente caso con la CRC, que reclama no haber sido vinculada al referido proceso contencioso invocando en su favor el artículo 149 del C.C.A., aunque se reitera en estricto sentido de conformidad con dicho artículo, a quien debe vincularse es al **funcionario** de mayor jerarquía de dicha entidad, para que represente a la Nación.

Por lo tanto teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí realizadas, un asunto es que la CRC esté adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y por lo tanto que deba atender las directrices establecidas por aquél por presidir el sector administrativo al que pertenecen, y otro muy distinto, es la capacidad que tiene la Comisión, en término más precisos, la persona de mayor jerarquía de ésta, para acudir a un proceso judicial en representación de la Nación, cuando lo que se pretende es que se declare la nulidad de unos actos administrativos emitidos por la CRC.

Confundir los asuntos antes descritos equivaldría a predicar que las personas de mayor jerarquía de las entidades sin personería jurídica adscritas o vinculadas a un Ministerio o Departamento Administrativo, no pueden comparecer en representación de la Nación a los procesos judiciales en que se controvierten los actos que emitieron las entidades que dirigen, porque supuestamente sólo pueden acudir al proceso correspondiente el Ministro o Director del Ministerio o Departamento Administrativo al que están adscritas aquéllas, conclusión que por supuesto es contraria a la intención prevista en el artículo 149 del C.C.A., que por ejemplo, prevé que un Superintendente, es decir el funcionario de mayor jerarquía

de una Superintendencia, esto es, una entidad que debe estar adscrita a un Ministerio o Departamento Administrativo (parágrafo del artículo 50 de la Ley 489 de 1998), sí puede representar a la Nación en un proceso judicial.

Por las razones expuestas estima la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en un defecto sustantivo, al no considerar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 149 del C.C.A., respecto a las solicitudes que se le realizaron en el sentido de vincular a la CRC, de forma precisa al funcionario de mayor jerarquía de ésta, al proceso judicial en el que se demanda a la Nación, con el fin controvertir la legalidad de los actos administrativos de la Comisión.

El defecto en que incurrió el Tribunal antes señalado, pone en riesgo el derecho a la defensa de la Nación, pues sin duda alguna el servidor público de mayor jerarquía de la CRC, es el que de forma principal está llamado a adelantar las actuaciones pertinentes para promover una debida defensa, fundamentalmente porque está al frente de la entidad que emitió los actos controvertidos, es decir, de la entidad que tiene conocimiento detallado de las razones de hecho y derecho por las cuales se profirieron los mismos.

En otras palabras, no vincular al referido proceso al funcionario de mayor jerarquía de la CRC, equivaldría a privar a la Nación de ser representada por la persona que de forma principal está llamada a adelantar las actuaciones pertinentes para el ejercicio de una defensa integral, e incluso, que en el evento que se emita un fallo que acceda a las pretensiones de la demandada, tiene la aptitud fáctica y jurídica para velar por el cumplimiento de las órdenes que pudieran llegar a emitirse contra la Nación.

No obstante las anteriores consideraciones, la ETB afirma que no existe problema alguno con que únicamente se haya vinculado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de forma más precisa, al Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, porque éste de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009¹², es el que preside la CRC, con lo cual

¹² “**ARTÍCULO 20. COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES.** Para el cumplimiento de sus funciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones tendrá la siguiente composición:

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien la presidirá, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres (3) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera

eventualmente podría entenderse que dicho Ministro es el funcionario de mayor jerarquía de ésta, y por consiguiente quien debe acudir en representación de la Nación, al proceso contencioso en que se controvierte la legalidad de los actos emitido por la referida Comisión.

Sobre el particular vale la pena resaltar que aunque en efecto el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009 señala que el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones preside la CRC, dicha norma también hace referencia al Director Ejecutivo de la entidad, que ejercerá sus funciones de acuerdo al reglamento interno, que está contenido en la Resolución N° 2242 de 2009¹³ (modificada por la Resolución 3002 de 2011¹⁴), que en sus artículos 2°¹⁵ y 15¹⁶ señala que dicho funcionario para todos los efectos legales hará las veces de Jefe de la Unidad Administrativa Especial, lo que está en consonancia con lo dispuesto en el Decreto 089 de 2010, que establece la estructura de la Comisión, y que en su artículo 7° señala que el referido servidor público “hará las veces de Director de la Unidad Administrativa Especial” en los siguientes términos:

administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser: abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero.

Los comisionados deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional.

Uno de los comisionados, en forma rotatoria, ejercerá las funciones **de Director Ejecutivo de acuerdo con el reglamento interno.**

PARÁGRAFO 1o. La Comisión no podrá sesionar sin la presencia del Ministro de Comunicaciones.

PARÁGRAFO 2o. La CRC contará adicionalmente con una Coordinación Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva y la Coordinación Ejecutiva, cumplirán sus funciones con el apoyo de grupos internos de trabajo, definidos en su reglamento interno.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones procederá a revisar y a adoptar la estructura y la planta de personal de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.” (Destacado fuera de texto).

¹³ Fl. 147-149.

¹⁴ Fl. 150.

¹⁵ “**ARTÍCULO 2°** Independencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. De conformidad con la Ley, La comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- posee independencia administrativa, técnica y patrimonial, y en desarrollo de esta independencia tiene las siguientes facultades:

Independencia Administrativa

(...)

3. El Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es el Jefe de la Unidad Administrativa Especial para todos los efectos legales.” (El Subrayado es nuestro).

¹⁶ “**ARTÍCULO 15.** Director Ejecutivo. Compete a la Comisión de Regulación de Comunicaciones la elección del Director Ejecutivo en forma rotativa entre los Comisionados de dedicación exclusiva, por un término de doce (12) meses, con la posibilidad de prórroga hasta por doce (12) meses adicionales, quien hará las veces de Jefe de la Unidad Administrativa Especial. El Director Ejecutivo elegido tomará posesión dentro de los tres (3) días siguientes a su designación.” (Subrayado fuera de texto).

“Artículo 7°. *Funciones De La Dirección Ejecutiva.* La Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC tendrá un Director Ejecutivo **quien hará las veces de Director de la Unidad Administrativa Especial.** Uno de los Comisionados, de manera rotativa, ejercerá el cargo de Director Ejecutivo de la CRC, de acuerdo con el Reglamento Interno. **Son funciones de la Dirección Ejecutiva las siguientes:**

1. Coordinar la elaboración del Plan Anual de Acción, teniendo en cuenta el presupuesto disponible para ejecutarlo, presentarlo a la CRC, y velar por su cumplimiento.
2. Realizar el seguimiento al Plan Anual de Acción, informar a la CRC sobre las dificultades importantes, coordinar las acciones necesarias para corregir los desfases presentados en dicho Plan y evaluar los resultados de la gestión de la CRC.
3. Coordinar la formulación de los planes, programas y proyectos de la CRC y del Comité de Comisionados de la misma.
4. Dirigir la elaboración del proyecto de presupuesto anual teniendo en cuenta las necesidades de la CRC, en particular del cumplimiento de la Agenda Regulatoria y, una vez aprobado, controlar su ejecución.
5. Dirigir y coordinar la administración de personal al servicio de la entidad.
6. Nombrar y remover el personal de la planta que requiera la CRC para el desempeño de sus funciones; diferente al personal de libre nombramiento y remoción, lo anterior con estricta sujeción a las normas sobre la materia.
7. Distribuir, mediante acto administrativo, los cargos de la planta global, de conformidad con lo establecido en la estructura, los planes y programas trazados por la CRC y las necesidades del servicio.
8. Asignar, delegar o distribuir competencias entre los funcionarios y grupos internos de trabajo, para lograr un eficiente desempeño de la entidad.
9. Administrar los recursos técnicos, financieros y logísticos a cargo de la CRC.
10. Administrar el Sistema de Control Interno de la CRC, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 87 de 1993 y demás normas sobre la materia.
11. Dirigir y coordinar el grupo o las funciones del control interno disciplinario de la CRC, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002 y demás normas sobre la materia.
12. Ordenar el gasto en relación con la ejecución del presupuesto anual de la CRC, con sujeción a las normas presupuestales que rigen la materia.
13. Dirigir y controlar los procesos de contratación que sean necesarios para el desarrollo de los objetivos y funciones institucionales.
14. Previo concepto favorable del Comité de Comisionados, crear, mediante acto administrativo, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con

eficacia, eficiencia y efectividad los objetivos, políticas y programas de la CRC.

15. Previo concepto favorable del Comité de Comisionados, aprobar el manual de funciones, requisitos y competencias de los empleos de la planta de personal de la CRC y velar por su cumplimiento.

16. Dirigir el sistema de información general y específico para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Ley a la CRC.

17. Dirigir la política de calidad de la CRC y efectuar el seguimiento correspondiente.

18. Las demás funciones que le sean asignadas y que correspondan a la naturaleza del cargo.”

En ese orden ideas estima la Sala, que tratándose de la representación de la Nación en asuntos en los que es demandada por actos administrativo proferidos por la CRC, el Director Ejecutivo en su condición de Jefe de dicha Unidad Administrativa Especial, debe ser vinculado al proceso correspondiente, se reitera, porque el mismo en virtud de las funciones que le han sido asignadas y por el hecho de estar al frente de la entidad que emitió los actos controvertidos, es el llamado a adelantar las actuaciones pertinentes para promover la defensa integral de la Nación, y para velar por el cumplimiento de las órdenes que pudieran emitirse contra ésta.

Por las anteriores razones, sin desconocer que el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones según el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009 preside la Comisión, debe considerarse que según la misma norma y aquellas que la desarrollan, es el Director Ejecutivo de la entidad el que ostenta la condición de jefe de la misma para todos los efectos legales, y a quien le han sido asignadas las funciones de dirección de dicha unidad administrativa especial, motivo por el cual se estima que su intervención es fundamental en los procesos en que es demandada la Nación por los actos emitido por la CRC, con el fin garantizar en debida forma el derecho a la defensa de aquélla.

En ese orden de ideas le asiste razón a la parte accionante cuando estima que es necesaria la vinculación de la Comisión (específicamente del Director Ejecutivo) para lograr una defensa eficaz frente a la demanda que pretende desvirtuar la legalidad de 2 actos administrativos que emitió, sobre todo cuando el mencionado Ministerio en la contestación de la demanda (Fls. 40-48) no presentó argumentos

en favor de la legalidad de dichas decisiones, por cuanto se concentró en sostener que no es el llamado a intervenir en el proceso, y que no le constan la mayoría de los hechos de la demanda.

La anterior circunstancia en criterio de la Sala refuerza la necesidad de que el Jefe de la CRC intervenga en el mencionado proceso contencioso, a fin de que el mismo como lo ha manifestado a través de su apoderado en el presente trámite, exponga las razones de hecho y derecho por las cuales considera que las decisiones controvertidas están ajustadas al ordenamiento jurídico, sobre todo, antes de que se emita el fallo correspondiente, en virtud del cual eventualmente podría verse afectada la entidad cuya dirección tiene a cargo, generándose un perjuicio que precisamente de forma preventiva a través de la presente acción busca evitar.

Insiste la Sala en que el Director Ejecutivo de la CRC, de forma preventiva y luego de intentar infructuosamente su vinculación al proceso contencioso mediante un incidente de nulidad, a través de la acción de tutela está procurando que antes de que se emita la sentencia correspondiente, se permita su intervención en representación de la Nación, teniendo en cuenta que si el fallo proferido accede a las pretensiones de la demanda, en primer lugar como no ha sido vinculado al proceso no podría impugnar aquél, y en segundo lugar, podría verse involucrado en el cumplimiento de la decisión judicial, en tanto los actos controvertidos fueron emitidos por la CRC, y por ende probablemente, sin perjuicio de lo que estime el juez competente, las medidas de restablecimiento de los derechos que estén involucrados, deban ser asumidas total o parcialmente por la misma Comisión.

En suma, por las consideraciones realizadas en criterio de la Sala se ha vulnerado el derecho a la defensa de la Nación, al no vincular al referido proceso contencioso al Director Ejecutivo de la CRC, para que en representación de aquélla se pronuncie con todas las garantías procesales en favor de la legalidad de los actos administrativos controvertidos.

3° De las órdenes a proferir

En ese orden de ideas, para garantizar el derecho a la defensa de la Nación en el referido proceso, debe permitírsele al Director Ejecutivo de la CRC participar en todas las etapas del proceso, en especial contestar la demanda, solicitar y presentar las pruebas que estime pertinentes y controvertir las de la parte

demandante (teniendo en cuenta que el proceso se encuentra en la etapa probatoria), motivo por el cual se le ordenará el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que adelante todas las gestiones que estime pertinentes para que se le garantice al mencionado funcionario en representación de la Nación, todas las oportunidades procesales previstas por la ley para ejercer el derecho a la defensa.

Para tal efecto estima la Sala, sin perjuicio de las medidas que dentro de su autonomía funcional puede adoptar el Tribunal demandado, que una alternativa para vincular al Director Ejecutivo de la Comisión al proceso contencioso es tener al mismo como litisconsorte necesario, y por consiguiente que se siga el trámite previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, es decir, que antes de que se profiera la sentencia de primera instancia, se cite a dicho funcionario para que en el escrito de intervención exponga las razones de la defensa y solicite las pruebas que estime pertinentes.

Se precisa que está en cabeza del juez natural del asunto adoptar la vía pertinente para garantizar la vinculación del Jefe de la CRC con plena garantía del derecho a la defensa de la persona jurídica que representará (la Nación), en tanto no se desconoce que existen asuntos como la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que no deben resolverse en el presente trámite, so pena de desconocer la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, pero que pueden estar directamente relacionados con la vía procesal pertinente para vincular a la Comisión.

Por la anterior circunstancia mediante la presente acción no es viable ordenar como lo pretende la parte accionante que se ordene la declaratoria de nulidad de todo lo actuado dentro del referido proceso contencioso, pues se reitera, una decisión de tal naturaleza le corresponde tomarla al juez natural del asunto, máxime cuando en el caso de autos como antes se indicó, pueden existir varias alternativas para vincular al Jefe de la referida unidad administrativa especial, una de las cuales también es la mencionada declaratoria de nulidad para rehacer la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO: TUTELASE el derecho a la defensa de la Nación, representada por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2010-00344-01 promovido por la ETB, en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta providencia y al recibir el expediente correspondiente al proceso antes señalado, adelante las gestiones que estime pertinentes para vincular al Director Ejecutivo de la CRC en representación de la Nación, garantizándole que el mismo pueda ejercer de conformidad con el ordenamiento jurídico la adecuada defensa de ésta.

TERCERO: En firme la presente providencia, **DEVUELVA** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, el expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2010-00344-01 promovido por la ETB, remitido al presente trámite en calidad de préstamo.

Notifíquese en legal forma a las partes.

De no ser impugnada la presente providencia, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
(Ausente, en comisión)