

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Meta - Sala Segunda Oral

MAGISTRADO PONENTE: HETOR ENRIQUE REY MORENO

Villavicencio, noviembre dieciséis (16) de dos mil diecisiete, (2017)

RADICACIÓN: 50001-23-33-000-2017-00446-00
DEMANDANTE: JAVIER GUSTAVO ESPITIA MORALES Y OTROS
DEMANDADO: INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC) Y EMPRESA DE COMUNICACIONES "PREPACOL S.A.S. – PREPAGO DE COLOMBIA S.A.S."
M. DE CONTROL: PROTECCION DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

ASUNTO:

Se pronuncia la Sala respecto de la admisibilidad de la demanda, que a través del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, promovieron el interno **JAVIER GUSTAVO ESPITIA MORALES Y OTROS** en contra del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO** y **PREPACOL S.A.S.**

ANTECEDENTES:

Los accionantes invocaron la protección de los derechos e intereses colectivos, de las personas reclusas en la penitenciaría nacional de Acacias (Meta), a la Moralidad Administrativa y de los consumidores, que consideran vienen siendo vulnerados por el INPEC y PREPACOL S.A.S., relacionados con el costo del servicio de telefonía local, nacional, internacional y celular que, en su consideración, es superior al que se encuentra en el mercado, de conformidad con los topes establecidos en la Resolución No. 2156

del 24 de julio de 2009, expedida por el Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Como pretensiones plantearon que se amparen sus derechos colectivos como consumidores y usuarios y, de manera particular, sus derechos e intereses económicos, derecho de elección y derecho al trato equitativo y digno. En consecuencia de ordene a las accionadas: i) Ajustar el valor del minuto de llamada para que sea el mínimo cobrado en el mercado, en especiales condiciones de vulnerabilidad de la población reclusa, mientras se dicta decisión definitiva si se le da cumplimiento al tiempo de prórroga del contrato o si se decreta su terminación inmediata, y no esperar el 30 de septiembre de 2017; ii) Ajustar el cobro de la llamada por segundos y no por minutos. iii) Asumir el pago de los gravámenes financieros que actualmente se cobran a los usuarios o tomar las medidas para que los mismos sean eliminados; iv) Garantizar la comunicación a líneas gratuitas de entidades estatales; v) Que si se decide dar por terminado el contrato, se ordene al INPEC abrir licitación para que otros gerentes empresariales como Claro, Tigo y Movistar, participen para que vendan los servicios de telefonía a la población privada de la libertad; vi) se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación exigiendo se investigue a las demandadas por el delito de enriquecimiento ilícito.

La demanda fue repartida el 24 de agosto de 2017, tal como se constata con el acta de reparto visible al folio 111 del diligenciamiento.

El 29 de agosto de 2017, el despacho ponente ordenó remitir el asunto a la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que se trata de un incidente de desacato, toda vez, que en dicha Corporación se tramitó la Acción Popular con radicado No. 25000-23-15-000-2010-02799-00, accionante JOHN FREDY OROZCO OROZCO Y OTROS en contra del INPEC Y OTRO, donde se analizó el mismo tema aquí propuesto.

El Tribunal de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en providencia del 20 de septiembre de 2017, resolvió devolver las diligencias a

esta Corporación, indicando que al juez de conocimiento le corresponde realizar el análisis para determinar los tres factores de identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa para determinar que el caso objeto de estudio ya fue de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CONSIDERACIONES

La jurisprudencia en asuntos donde se discutía la procedencia del agotamiento de jurisdicción o la cosa juzgada había tenido posiciones encontradas, no obstante estas divergencias fueron zanjadas por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de septiembre 11 de 2012, donde se consideró procedente el rechazo de la acción popular por agotamiento de jurisdicción o cosa juzgada con fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía procesal.

Frente a la oportunidad de resolver el medio exceptivo de cosa juzgada en las acciones populares, el Consejo de Estado precisó en sentencia de unificación que si bien las secciones primera y tercera han sostenido que al medio exceptivo se le debe dar el carácter de excepción de fondo, decidiéndose en la sentencia, en aras de unificar la tesis de la Corporación se encuentra viable disponer el rechazo de la demanda cuando se configure la institución de la cosa juzgada con efectos absolutos y generales (erga omnes) o cosa juzgada relativa, señalando:

“Al respecto la Sala considera que, justamente, a fin de darle cabal aplicación a los antes mencionados principios que se consagran en el artículo 5° de la Ley 472 de 1998, que se insiste, es norma especial que reglamenta la acción popular, es preciso que igualmente se aplique la figura del agotamiento de jurisdicción para aquellos eventos cuando se esté en presencia de una nueva demanda y de entrada el juez constata que existe cosa juzgada general o absoluta: sentencia estimatoria debidamente ejecutoriada y por tanto con efectos erga omnes, y que ahora se promueve idéntica petición judicial fundada en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y respecto del mismo demandado; o también, cuando existe sentencia ejecutoriada que si bien es denegatoria de las pretensiones y por tanto hizo tránsito a cosa juzgada relativa, es decir sólo frente a esos hechos y a esas pruebas, lo cierto es que la nueva demanda coincide plenamente en estar fundada en esos mismos supuestos fácticos y

probatorios.

Consecuencialmente la Sala unifica jurisprudencia en el sentido de que, ante situaciones como las antes descritas, procede que si la segunda demanda fue admitida sin advertir la existencia de cosa juzgada en las modalidades señaladas, se declare la nulidad de todo lo actuado y se rechace esta nueva demanda por presentarse agotamiento de jurisdicción, y que igual tratamiento aplica (el rechazo de la segunda demanda), cuando se esté en la oportunidad procesal de decidir sobre la admisión.”¹

Tesis que ha sido reiterada por el mismo órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras, en la providencia dictada el 02 de octubre de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez, en la cual dijo literalmente lo siguiente:

“Mediante la providencia de 11 de septiembre de 2012, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del radicado No. 2009-00030-01², se unificó la jurisprudencia sobre el alcance de la figura del agotamiento de jurisdicción dentro de las acciones populares.

Con tal objeto, la Sala advirtió que a partir de providencia de 5 de agosto de 2004 proferida por la Sección Tercera existe disparidad de criterios entre aquella y la Sección Primera de esta Corporación en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos casos en los que, encontrándose en curso una acción popular, se inicia otra con similares hechos y pretensiones.

Ante esta eventualidad, continuó, la Sección Primera ha manifestado que es dable proceder a la acumulación de acciones en aplicación a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998 concordante con el artículo 145 del CCA. Mientras tanto la Sección Tercera ha considerado que, en virtud de los principios de economía, celeridad y eficacia, lo procedente es darle aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción³, con lo cual se rechazaría la nueva demanda y a su actor le restaría la posibilidad de intervenir en el primer trámite como coadyuvante.

Con el objeto de unificar su posición, la Sala Plena acudió a los principios en que se basa la postura de la Sección Tercera, destacando la racionalización del ejercicio del derecho a la administración de justicia⁴ y la naturaleza misma de la acción popular, a través de la cual no se pretende la protección de intereses individuales sino colectivos, concluyendo, en consecuencia, que la figura del agotamiento de jurisdicción sí es procedente ante los supuestos referidos.

¹ CONSEJO DE ESTADO. C.P. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Radicación numero: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP) REV. Actor: NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ. Demandado: MUNICIPIO DE PITALITO

² Con ponencia de la Doctora Susana Buitrago Valencia.

³ De creación jurisprudencial a partir del Auto de 18 de octubre de 1986 proferido por la Sección Quinta, radicado No. E-10, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁴ Impidiendo su desgaste, en un caso en el que la protección del derecho se satisface.

A continuación, advirtió que al interior de la Corporación no existía contradicción en relación con aquellos casos en los que se configura la cosa juzgada, pues tanto para la Sección Primera como para la Tercera ello debe analizarse en la Sentencia y teniendo en cuenta lo resuelto en la decisión judicial anterior con miras a determinar su alcance⁵. No obstante, agregó, como los Tribunales sí han extendido la aplicación del agotamiento de jurisdicción en algunos de estos casos, es necesario un pronunciamiento al respecto frente a la cosa juzgada absoluta y relativa.

En tal sentido, la Corporación afirmó que era dable aplicar la figura del agotamiento de jurisdicción en eventos de cosa juzgada absoluta y con efectos erga omnes, esto es, cuando la decisión inicial accedió a las súplicas de la acción popular; y, de cosa juzgada relativa, cuando la decisión inicial desestimó las súplicas pero la nueva se basa en los mismos supuestos fácticos y probatorios de la primera, en aplicación de principios idénticos a aquellos que viabilizan esta solución cuando apenas se encuentran las demandas similares en curso⁶. Al respecto indicó que:

*"(...) Consecuencialmente la Sala unifica jurisprudencia en el sentido de que, ante situaciones como las antes descritas, procede que si la segunda demanda fue admitida sin advertir la existencia de cosa juzgada en las modalidades señaladas, se declare la nulidad de todo lo actuado y se rechace esta nueva demanda por presentarse agotamiento de jurisdicción, y que igual tratamiento aplica (rechazo de la segunda demanda), cuando se esté en la oportunidad procesal de decidir sobre la admisión."*⁷

Acogiendo la postura unificada, analizará la Sala la acción popular promovida por el señor JAVIER GUSTAVO ESPITIA MORALES y otros, frente a los derechos colectivos, hechos, elementos probatorios y entidades demandadas, vinculados al debate suscitado en el proceso con radicado No. 25000-23-15-000-2010-02799-00, accionante JOHN FREDY OROZCO OROZCO y otros, tramitado en el Tribunal de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en el cual se dictó sentencia de primera instancia el 17 de junio de 2014, confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 9 de febrero de 2017, a efectos de determinar si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

⁵ Al respecto indicó que existe cosa juzgada absoluta con efectos erga omnes, en aquellos casos en los que la primera decisión judicial accede a las súplicas; cosa juzgada relativa absoluta, cuando se niega y en relación con los hechos en que se fundó la primera; y, no hay cosa juzgada cuando se niegan las pretensiones por falta de pruebas.

⁶ Para arribar a esa conclusión, la Sala, además, se apoyó en los considerados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-622 de 2007.

⁷ Actor: CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIÉRREZ. Radicado No. 68001-33-31-004-2009-00087-01. Demandado: MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA - SANTANDER.

Encuentra la Sala, que tanto la acción popular promovida por el señor JOHN FREDY OROZCO OROZCO y otros, tramitada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como la promovida ante esta Corporación, tienen los mismos demandados como son el INPEC y PREPACOL, de igual manera contienen el mismo fundamento fáctico relacionado con el servicio de telefonía local, nacional, internacional y celular que ha sido contratado por el INPEC con la empresa PREPACOL LTDA.; donde reclaman porque el valor actual del minuto de llamadas telefónicas en los centros penitenciarios es superior a cualquiera que se pueda conseguir en el mercado; también, se indica en ellas que mediante Resolución No. 2156 del 24 de julio de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) intervino el servicio público de telefonía fijando como tope tarifario para las llamadas de fijo a móvil de servicios de TNC y PCS un máximo de \$198,4 por minuto a partir del 1 de septiembre de 2009.

Asimismo en ellas se expuso, que el contrato No. 1607 del 2007 suscrito entre el INPEC y PREPACOL para ofrecer el servicio de telefonía a las personas privadas de la libertad establece un cobro por minuto superior al fijado por la CRT y superior al promedio del mercado; que el servicio telefónico en las cárceles mencionadas se presta mediante la compra de tarjeta prepago o PIN suministrado por PREPACOL, que las llamadas telefónicas presentan ruidos de interferencia y en ocasiones se cae la red.

Así las cosas, considera la Sala que no es posible abrir nuevamente el debate sobre las mismas premisas que fueron objeto de pronunciamiento por esta jurisdicción, estableciéndose que se configura sobre los mismos hechos la cosa juzgada; figura procesal que es aplicable a las acciones populares, en virtud de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, en consecuencia, resulta procedente rechazar de plano la demanda interpuesta.

Para finalizar, la Sala precisa, que como quiera que en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de junio de 2014, la cual fue confirmada por el Consejo de Estado, se amparó el derecho colectivo de los consumidores y usuarios de los reclusos de Acacias

(Meta) y según los accionantes, en la actualidad persisten los problemas con la prestación del servicio de telefonía al interior de dicho penal, lo adecuado es que recurran al incidente de desacato que consagra el artículo 41 de la Ley 472 de 1998 respecto de la sentencia proferida en favor de los internos en la acción popular con radicado No. 25000-23-15-000-2010-02799-00 tramitada por la Sección Primera Subsección A, donde funge como accionante JOHN FREDY OROZCO OROZCO Y OTROS.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META,**

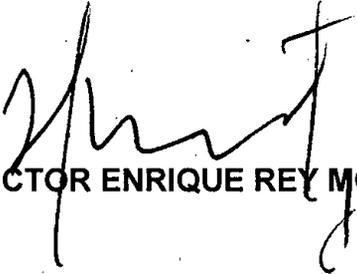
RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la acción popular impetrada por el señor JAVIER GUSTAVO ESPITIA MORALES y OTROS en contra del INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC) y PREPACOL S.A.S., de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, devuélvase los anexos sin necesidad de desglose y archívense las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha. Acta: 037


HECTOR ENRIQUE REY MORENO

NILCE BONILLA ESCOBAR

(Ausente con excusa)


TERESA HERRERA ANDRADE