

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN -B-

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010).

Magistrado Ponente: DRA. AYDA VIDES PABA.
Radicación No. : 2010-00154-01
Demandante : HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA.
Demandado : BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL

ACCIÓN POPULAR – Apelación de Medidas Cautelares.

Procede el Despacho a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la providencia del cinco (5) de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Bogotá, mediante el cual el *a-quo* resolvió sobre la solicitud de medida cautelar instaurada por el demandante y ordenó al Distrito Capital inaplicar el artículo 4° del Acuerdo 3 de 1967 del Concejo de Bogotá y a las empresas de telefonía radicadas en Bogotá abstenerse de cobrar la contribución Fondo del Deporte.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor Hermann Gustavo Garrido Prada, interpuso demanda de acción popular contra el Distrito Capital, solicitando en sus pretensiones lo siguiente:

“ (...)

Primero: Que se le ordene al Distrito Capital se sirva inaplicar el Acuerdo 3 de 1967 mediante el cual creó la contribución “Fondo del Deporte” y todos los que lo adicionaron y/o modificaron por violar aquel el principio de legalidad.

Segundo: Que se le ordene al Distrito Capital se sirva disponer la inmediata inaplicación del Acuerdo 3 de 1967 ya que éste fue derogado expresamente por el artículo 6° del Acuerdo 90 de junio 26 del 2003 “por el cual se crea el Fondo Cuenta Distrital de Fomento y Desarrollo del Deporte”.

Tercero: Que se le ordene al Distrito Capital se sirva hacer la devolución del cobro de la contribución “Fondo del Deporte” a los usuarios gravados con tal tributo ilegal. Esto con el fin de volver las cosas a su estado inicial.

(...)"

2. Derechos colectivos considerados como violados.

El accionante manifiesta que la entidad demandada vulnera o amenaza derechos colectivos, de la siguiente manera (fls 42 a 60 c.1):

"De conformidad con el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, considero que se encuentran vulnerados los contenidos en sus literales:

- b) La moralidad administrativa;*
- e) La defensa del patrimonio público;*
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios."*

3. La actuación procesal.

3.1. Mediante auto del 5 de mayo de 2010, el juzgado de instancia admitió la acción de la referencia (fls. 63 – 64 c.1).

3.2. La parte demandante, solicita como medida previa se le ordene al Distrito Capital la inaplicación del Acuerdo 3 de 1967, argumentando en síntesis lo siguiente (fl. 59 - 60 c.1):

"Que se le ordene al Distrito Capital la inmediata cesación de las actividades que originan el daño y que aún hoy día lo siguen ocasionando, pues se trata de un daño que se produce de tracto sucesivo mientras persista la terquedad del Distrito en hacer un cobro de una contribución que además de ilegal ha desaparecido del mundo jurídico al haber sido derogada según la interpretación que al respecto ha hecho el Consejo de Estado, situación que solo se podrá corregir con la inmediata de (sic) inaplicación del Acuerdo 3 de 1967 ya que éste fue derogado expresamente por el artículo 6° del Acuerdo 90 de junio 26 de 2003 "Por el cual se crea el Fondo Cuenta Distrital de Fomento y Desarrollo del Deporte".

Si bien esta solicitud hace parte de las pretensiones de la demanda – sin ser la única- es evidente que ante la simple confrontación de las pruebas con las normas constitucionales y legales, salta a la vista que para arribar a la conclusión de que el Acuerdo 3 de 1967 está derogado no se requiere hacer estudios o análisis de fondo que no deban ser abordados en ulteriores instancias procesales y no en ésta, y más bien no adoptarse una medida cautelar podría conllevar a unos mayores perjuicios que con el paso del tiempo se pueden tornar irreparables".

3.3 Mediante providencia del 5 de mayo de 2010, el Juzgado de instancia, decreta la medida cautelar consistente en ordenar al Distrito Capital de Bogotá, inaplicar el artículo 4° del Acuerdo 3 de 1967 del Concejo de Bogotá y ordena a las empresas de telefonía radicadas en Bogotá abstenerse de cobrar la contribución al deporte.

3.4 El apoderado judicial del Distrito Capital, interpone recurso de apelación contra el anterior auto, el cual fue concedido por el *a quo*.

4. La providencia impugnada.

El Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, ordenó al Distrito Capital de Bogotá, inaplicar el artículo 4° del Acuerdo 3 de 1967 del Concejo de Bogotá y ordenó a las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., E.T.B S.A. E.S.P., Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P. abstenerse de continuar realizando el cobro a través de cualquier medio de la contribución al deporte de que trata el artículo mencionado, con base en las siguientes consideraciones:

" (...)

De la normatividad en cita se evidencia que el Acuerdo 3 de 1967 fue derogado de forma expresa e íntegra, lo cual significa que no está vigente el artículo 4° de la misma normatividad, que consagró la creación de la contribución para los suscriptores del servicio telefónico de esta ciudad, instalados por la E.T.B., como tampoco las demás disposiciones relacionadas con la regulación de dicha contribución, esto es, el artículo 30 del Acuerdo 11 de 1988, por el cual se modificaron las tarifas, y el parágrafo 1° del artículo 9° del Acuerdo 21 de 1997, por el cual se extendió dicha contribución a todos los suscriptores del servicio telefónico de esta ciudad y se estableció como responsables en igualdad de condiciones, por el cumplimiento de las obligaciones fijadas en aquellas normas a la E.T.B S.A. E.S.P., a todos los prestadores del servicio telefónico que operan en Bogotá.

(...)

En este orden de ideas, se evidencia que existen elementos de juicio para concluir que existe un principio de prueba sobre la actual causación del daño a los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, por razón del cobro que exige a todos los suscriptores de servicios telefónicos de la ciudad de Bogotá de una contribución que se haya consagrada en un conjunto de normas que se encuentra derogado desde el del (sic) 26 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 90 de 2003, en cuyo artículo 6° se derogó de forma expresa e íntegra el Acuerdo 3 de 1967.

3. Así, se concluye que por existir prueba suficiente de la causación actual del daño a los derechos colectivos referidos, cuyo amparo se impetra mediante la presente acción, se decretará la medida cautelar solicitada por el actor al tenor de lo dispuesto en el literal b) del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, para la cual se ordenará al Distrito Capital de Bogotá y a las empresas prestadores del servicio telefónico que operan en esta ciudad, abstenerse de continuar realizando el cobro de la contribución a que alude dicha disposición.

(...)"

5. El recurso de apelación.

El apoderado del Distrito Capital interpone el recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

"(...), el Acuerdo 3 de 1967 había creado el Fondo de Desarrollo Popular Deportivo de Cultura del Distrito Especial de Bogotá, al paso que el Acuerdo 90 de 2003 crea el Fondo Cuenta Distrital de Fomento y Desarrollo del Deporte como una aplicación financiera contable y de tesorería, lo que permite concluir que la declaratoria del Acuerdo 3 de 1967 lo fue en cuanto toca con la creación y régimen del susodicho Fondo. A ello debe llevar una interpretación garante de la efectividad y contenido de las disposiciones inmersas en este último estatuto, ya que considerar la derogatoria del impuesto daría un efecto inútil a la disposición que incorpora como recursos del Fondo Cuenta creado los provenientes del "Acuerdo 11 de 1988, y demás disposiciones legales vigentes" que de manera particular y expresa le está dando un contenido normativo.

Significa lo expuesto que no existe duda alguna que la intención del Concejo de Bogotá fue la de mantener la vigencia y la existencia del tributo como una renta distrital con destino al deporte y que la derogatoria lo fue respecto de la naturaleza del Fondo creado en el Acuerdo 3 de 1967, para sustituirlo por el regulado en el Acuerdo 90 de 2003.

(...)

Entonces, el impacto que generará la decisión de suspender el cobro de la contribución de que trata el Acuerdo 3 de 1967 afectará a la comunidad que disfruta de los beneficios que ofrecen los diferentes parques y escenarios deportivos de la ciudad.

(...)

Además, resultarán afectados los deportistas –profesionales y aficionados–, que utilizan los diferentes escenarios de la ciudad para efectuar su preparación con miras a participar en competencias nacionales e internacionales, incluso las que se realizan en estos mismos complejos deportivos.

(...), en la actualidad la contribución que se paga con la factura telefónica en el Distrito Capital responde a la libre voluntad de los ciudadanos porque, precisamente, la legalidad de ese aporte se encuentra en discusión y sólo el Consejo de Estado determinará de manera definitiva si la misma se ajusta a la Constitución y a la ley. En consecuencia, hoy día es el usuario quien determina si asume dicha carga o no y, aún así, con los recursos aportados la Administración logra mantener en óptimas condiciones los parques y escenarios deportivos para el uso común.

(...)

Como se observó, el decreto y ejecución de la medida cautelar ocasiona mayores perjuicios a los derechos colectivos que realmente afecta y que son los derechos contenidos en el artículo 52 de la Constitución Política,

(...)"

II. CONSIDERACIONES.

Para resolver el recurso se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. La Ley 472 de 1998 prescribe:

"(...)

Artículo 25. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

(...)

a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;

Artículo 26. OPOSICION A LAS MEDIDAS CAUTELARES. *El auto que decreta las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:*

a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

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

2. El Consejo de Estado, en providencia del siete (7) de julio de 2003, dentro del proceso de radicación No. 2000-00111-01, M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, al tratar el tema de las medidas cautelares, en las acciones populares precisó:

"(...) la medida cautelar puede decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: a) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y b) que en esa vulneración esté comprometido, por acción u omisión, el sujeto demandado.

Se tiene así que como la medida cautelar se justifica en el proceso adelantado en ejercicio de la acción popular, para detener la vulneración o evitar la violación del derecho colectivo, resulta indispensable la prueba de esta circunstancia para que sea procedente.

De igual manera se impone demostrar, ab initio, no la plena responsabilidad de la parte demandada, sino que ésta realizó acciones u omisiones vinculadas con la vulneración o amenaza del correspondiente derecho colectivo.

*La Sala precisa que como el legislador señaló unas precisas causales con fundamento en las cuales el interesado puede oponerse a las medidas previas, que se refieren a los efectos que ha de producir la misma respecto de los derechos colectivos que se pretenden proteger, del interés público y de la situación del demandado, resulta importante tener en cuenta estas circunstancias con el objeto de que se profiera una medida que, además **de ser necesaria para la garantía del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro, no resulte lesiva al propio derecho, al interés público o al demandado en grado tal que para éste sea imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.***

Una vez cumplidos los supuestos que hacen procedente la medida previa o cautelar, el juez puede adoptar la que resulte necesaria para contrarrestar la vulneración o amenaza del derecho colectivo, debe ser la adecuada a las necesidades de cada circunstancia particular, pues las medidas enunciadas en el artículo 25 de la ley 472 de 1998 no son taxativas. La referida norma solamente ejemplifica las medidas que pueden adoptarse para determinados eventos, según se trate de una vulneración presente o inminente, la entidad de la misma y de acuerdo con el acto, hecho, acción u omisión que la genere.

(...)" (Negrillas por fuera del texto).

3. El Distrito Capital interpone recurso de apelación contra el auto que decretó la medida cautelar, argumentando que la norma mencionada por el *a-quo* no fue derogada en su integridad, ya que el Acuerdo 90 de 2003 creó el Fondo Cuenta Distrital de Fomento y Desarrollo del Deporte, en consecuencia se debe entender que únicamente se derogó lo referente a ese aspecto, así mismo manifiesta que con la medida cautelar decretada le ocasiona un mayor perjuicio a la comunidad, ya que con la contribución al deporte se mantienen en estado óptimo los parques públicos, y así se fomenta el deporte, además de apoyar a los deportistas profesionales y los aficionados.

De igual manera, expone que el aporte ya mencionado, no es obligatorio, ya que los usuarios tienen la potestad de pagar el servicio con o sin la contribución al deporte, para lo cual se hacen dos desprendibles en la factura de telefonía.

4. El Acuerdo Distrital 90 de 2003, *Por el cual se crea el fondo cuenta distrital de fomento y desarrollo del deporte*, establece:

"(...)

ARTICULO SEXTO. *El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y **deroga el Acuerdo 3 de 1967** y las demás disposiciones que le sean contrarias*

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

5. Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a verificar si el recurso interpuesto fue fundamentado en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998.

6. Analizado el auto recurrido se observa que éste lleva consigo dos decisiones, a saber:

6.1. La inaplicación del artículo 4° del Acuerdo 03 de 1997, por el Distrito Capital, y

6.2. Ordenar a las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., E.T.B S.A. E.S.P., Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P. abstenerse de continuar realizando el cobro a través de cualquier medio de la contribución al deporte de que trata el artículo 4° del Acuerdo 03 de 1967.

Teniendo en cuenta lo anterior, el recurso será decidido en cada uno de estos aspectos de manera separada.

A. La inaplicación del artículo 4° del Acuerdo 03 de 1997, por el Distrito Capital.

Analizado el recurso se observa que éste fue fundamentado en que la medida cautelar de ordenar la suspensión del Acuerdo 03 de 1967, afectará a la comunidad que disfruta de los beneficios que ofrecen los diferentes parques y escenarios deportivos de la ciudad, y los deportistas que utilizan los diferentes escenarios para su preparación de las competencias nacionales y extranjeras.

De conformidad con el artículo 230 constitucional, los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la

jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de esta actividad.

La anterior norma constitucional significa que el juez siempre tiene que fallar con fundamento en la ley y sus pronunciamientos deben edificarse sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, siendo la equidad, la jurisprudencia y los principios generales sólo criterios auxiliares de su actividad judicial.

El principio de legalidad está consagrado genéricamente en los ordinales 11 y 12 del artículo 150 constitucional, conforme a las cuales el Congreso Nacional, por medio de leyes, ejerce las funciones de establecer las rentas nacionales, las contribuciones fiscales y parafiscales.

Ahora, en el nivel Distrital, el artículo 313 numeral 4° determina que los concejos distritales tienen la función de establecer tributos locales dentro del marco de la ley.

Desde el punto de vista jurídico, el principio de legalidad tiene manifestaciones de orden formal y material, desde el punto de vista formal debe existir ley que establezca el tributo que debe obedecer a principios de generalidad y desde el punto de vista jurídico-material, la ley tributaria debe contener los elementos necesarios para integrar la obligación tributaria, es decir, 1. la determinación de la persona titular del derecho, que puede demandar el cumplimiento de la obligación tributaria, 2. la especificación de la persona responsable del tributo, 3. la caracterización de los hechos que generan la correspondiente obligación y 4. la precisión de aquellos elementos que son esenciales para determinar el valor del tributo.

Al no existir en el ordenamiento jurídico el Acuerdo 03 de 1967, que establecía la contribución al deporte y a que se contrae el proceso de la referencia, por haber sido derogado expresamente por el artículo 6° del Acuerdo 90 de 2003, antes transcrito, le es imposible al Despacho efectuar el análisis del recurso respecto de si la decisión de inaplicar el artículo 4° del Acuerdo 03 de 1967, se fundamenta en los literales a), b) y c) del artículo 26 de la Ley 472 de 1998.

En consecuencia, el Despacho se inhibirá de resolver el recurso en lo relacionado con la inaplicación del Acuerdo 03 de 1967, ya que no se puede inaplicar lo que jurídicamente no existe.

B. Ordenar a las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., E.T.B S.A. E.S.P., Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P. abstenerse de continuar realizando el cobro a través de cualquier medio de la contribución al deporte de que trata el artículo 4° del Acuerdo 03 de 1967.

Analizado el recurso este se fundamenta en el perjuicio que le puede causar a la comunidad y a los deportistas el no cobro de esta contribución.

Para el Despacho, si bien es cierto el no cobro de la contribución al deporte podría disminuir los recursos Distritales destinados al deporte, también es cierto que el cobro de una contribución inexistente en el ordenamiento jurídico amenaza el interés colectivo a los derechos de los usuarios y consumidores del servicios telefónico básico conmutado, justificando ello la medida de que las empresas mencionadas se abstengan de seguir cobrando dicha contribución, con el fin de prevenir un daño inminente a éstos.

En atención a lo anterior, el Despacho confirmará la decisión del juez de primera instancia en lo atinente a ordenar a las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., E.T.B. S.A. E.S.P., Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y a E.P.M Bogotá S.A. E.S.P. abstenerse de continuar realizando el cobro a través de cualquier medio, de la contribución de que trata el artículo 4° del Acuerdo mencionado.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección "B",

RESUELVE:

Primero. Inhíbese de pronunciarse sobre la inaplicabilidad del artículo 4° del Acuerdo 03 de 1967 proferido por el Concejo de Bogotá, a que hace

referencia el numeral 1° del Auto del 15 de mayo de 2010, proferido por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

Segundo. Confirmase el numeral 2° del Auto recurrido, mediante el cual se ordena a las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., E.T.B. S.A. E.S.P., Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y a E.P.M Bogotá S.A. E.S.P. abstenerse de continuar realizando el cobro a través de cualquier medio, de la contribución de que trata el artículo 4° del Acuerdo mencionado.

Tercero. Ejecutoriado este auto, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen, para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


AYDA VIDES PABA
Magistrada.