

DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA-Señalamiento de los que resultan aplicables y protección por tutela

Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA PUBLICA-No están excluidas de lo que se ajusta a su naturaleza, actividad y funciones

Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejerce derechos y contrae obligaciones.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Función pública

Lo que distingue a las empresas de servicios públicos, más que su naturaleza jurídica específica, que puede ser pública o privada, es la función que cumplen, que en todo caso es pública, si bien, en cuanto sujetos que actúan en el mundo jurídico, son titulares de derechos -entre ellos los fundamentales que les son aplicables- y de obligaciones y responsabilidades. Se trata, como puede verse, de entidades activas, reales e individualizables y no tan sólo de personas virtuales. De su gestión, como sujetos de derecho, depende en buena parte el logro de los objetivos constitucionales de orden social inherentes a la prestación de los servicios públicos, en especial los domiciliarios, de los que hace parte la telefonía. Por tanto, no puede descartarse la posibilidad -tan patente y próxima como la que se tiene en el caso de cualquier ente o individuo gobernado- de que las autoridades, en punto de las funciones que respecto de las empresas de servicios públicos deben ejercer, incurran en actos u omisiones del género previsto en el artículo 86 de la Constitución, que amenacen o violen sus derechos fundamentales.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA DE DERECHO PUBLICO-Sometimiento a la Constitución y a la ley

En la medida en que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones públicas, están supeditadas a la Constitución y a la ley en relación con ellas y por tanto no podrían ejercer acción de tutela para esquivar su cumplimiento ni las responsabilidades inherentes a tal ejercicio, ni tampoco por fuera del ámbito de competencias que les corresponden, pero

ello no obsta para que, según ha señalado la doctrina constitucional deba reconocer el juez de constitucionalidad la existencia de principios y derechos de carácter universal a los cuales puede apelarse indistintamente por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Tal ocurre con los principios objetivos de índole procesal -que desde el punto de vista subjetivo sustentan el derecho de toda persona al debido proceso-, aplicables y exigibles a todos los trámites judiciales y administrativos, en los cuales, si las personas jurídicas de Derecho Público son partes o terceros afectados, tienen derecho fundamental a la plenitud de las garantías constitucionales.

DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Alcance

La garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes. El acceso al uso del espectro electromagnético, para emplearlo de conformidad con la gestión que de su manejo y utilización hace el Estado, debe obtenerse por quienes a él aspiren, en un plano de igualdad y equidad, garantizado en diversas formas por el sistema, por fuera del monopolio y la concentración, que la Carta Política de 1991 quiso erradicar.

IGUALDAD ENTRE PERSONAS JURIDICAS-Protección de la igualdad entre individuos de la especie humana

Es evidente que, cuando se protege la igualdad entre personas jurídicas, públicas o privadas, finalmente se ampara la igualdad entre individuos de la especie humana, pues las personas jurídicas deben a aquéllos su existencia y su subsistencia, aun en los casos en que son creadas por el Estado, ya que el objetivo y justificación de éste se encuentra necesariamente referido a la persona humana.

LIBERTAD DE CREACION DE EMPRESAS

COMISION REGULADORA DE TELECOMUNICACIONES-Omisiones que amenacen o vulneren derechos fundamentales

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Protección por tutela

LIBERTAD DE EMPRESA-Limitaciones

LEY-Igualdad en el contenido y en la aplicación

Referencia: Expedientes acumulados T-141334, T-141745, T-141785, T-142430, T-143410 y T-143426

Acción de tutela incoada contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por Empresas Municipales De Cali, Empresas Publicas De Pereira, Empresa De Telecomunicaciones De Santa Fe De Bogota, Empresas Públicas De Medellín, Empresas Publicas De Bucaramanga Y Edatel S.A.

Magistrados Ponentes:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ y

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. INFORMACION PRELIMINAR

En diferentes días de los meses de mayo y junio de 1997, los gerentes y representantes legales de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá; Empresas Municipales de Cali (EMCALI); Empresas Públicas de Pereira, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A, incoaron acción de tutela contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Las sociedades actoras consideraron que la Comisión vulneraba su derecho a la igualdad porque mientras permitía a TELECOM tomar parte en la prestación del servicio de telefonía local, les impedía a ellas entrar a competir en el servicio de telefonía de larga distancia. La omisión en expedir la regulación que abriera, en larga distancia, la competencia con TELECOM, otorgó a ésta, en contra de las ya citadas compañías, una protección injusta de su posición dominante, según se sostuvo en las demandas.

Las empresas peticionarias solicitaron que el juez de tutela ordenara al organismo demandado expedir de manera inmediata la reglamentación necesaria para que se promoviera la indicada apertura en la competencia.

Según las solicitantes, para la prestación del servicio de telefonía, tanto local como de larga distancia, es preciso que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida la correspondiente reglamentación, tal como lo señalan la Ley 142 de 1994 y las resoluciones 001/93 y 013/94, expedidas por la Comisión.

Mediante la Resolución 036 de 1996, la Comisión expidió la reglamentación necesaria para la prestación del servicio domiciliario de telefonía local, la cual permitió a TELECOM prestar dicho servicio en todos los municipios de Colombia, incluidas las ciudades de Santiago de Cali y su zona de influencia; Pereira; Santa Fe de Bogotá y Soacha; Bucaramanga; Medellín y algunos municipios de Antioquia y Chocó. Sin embargo -alegaron-, la Comisión no ha hecho lo indispensable para garantizarles acceso a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá señaló, además de lo anterior, que, según lo dispone la Ley 142 de 1994, es obligación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones” (74.3a), “reglamentar la concesión de licencias de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión” (74.3d).

Los actores sostuvieron, igualmente, que en el artículo 25.9 de la Resolución 28 de 1995, expedida por la Comisión, se señaló que los nuevos operadores del servicio de telefonía de larga distancia iniciarían operaciones, a más tardar, el 1 de diciembre de 1996. Sin embargo, a pesar de que entre finales de 1995 y el 3 de junio de 1996 se expidieron algunas

resoluciones reguladoras de este asunto, desde el 9 de noviembre de 1996 se dejó de reglamentar la materia.

Consideraron que la omisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia “genera una ventaja ilegítima en cabeza de TELECOM”, por cuanto mientras esta empresa puede prestar su servicio de telefonía local en Cali, Pereira, Santa Fe de Bogotá y Soacha, Medellín, Bucaramanga y Antioquia, las empresas que representan no tienen oportunidad de competirle en el servicio de telefonía de larga distancia. Lo anterior las coloca -reiteraron- en una situación de indefensión, pues no tienen mecanismos para impedir dicha ventaja de TELECOM.

Manifestaron, además, que el Ministro de Comunicaciones, el Viceministro y el Coordinador de la Comisión, en una declaración del 26 de febrero de 1997, reconocieron que era “legal, legítima y justa la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la competencia en el servicio de larga distancia nacional e internacional”. El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá agregó en su escrito que la importancia de dicha declaración es que, antes de emitida, “ni siquiera se reconocía a la E.T.B ni a las empresas locales la oportunidad de poder prestar el servicio de telefonía básica de larga distancia, no como entidad descentralizada -no obstante lo dispuesto en el citado art. 15.6 de la Ley 142-, ni como empresa de servicios públicos pues solo podía ser socia con un determinado porcentaje de una empresa que se constituyera al efecto”.

El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá aseveró también que, a pesar de la existencia de la declaración del Ministro de Comunicaciones, la vulneración a la igualdad de oportunidades persiste. Ello por cuanto se ha manifestado que la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la telefonía de larga distancia nacional e internacional solamente puede ser atendida dentro del marco de la ley, lo cual implica que requiere de la reglamentación respectiva y de la obtención de la licencia de concesión que expide el Ministro de Comunicaciones.

Los peticionarios expresaron que el trato desigual denunciado se evidencia en el discurso del Ministro de Comunicaciones del 30 de abril de 1997, en el que señaló que la promoción de la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia estaba sometida a las reglas que TELECOM había pactado con sus sindicatos en la Convención Colectiva del 8 de agosto de

1996. Para las solicitantes, la Convención es un acuerdo bilateral entre tales partes y no las vincula legalmente a ellas ni a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

II. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, al resolver sobre la acción de tutela incoada por la Empresa de Telecomunicaciones de la ciudad (Sentencia del 6 de junio de 1997), señaló que, aunque el amparo no procede en principio como instrumento para lograr el cumplimiento de leyes o resoluciones -objetivo que debería perseguirse a través de la acción de cumplimiento-, es procedente interponerla cuando la vulneración de un derecho fundamental “no es exclusiva o que el no cumplimiento de la norma constituya una lesión o amenaza al derecho fundamental del accionante”. Adicionalmente, juzga procedente la tutela aplicando el criterio residual, ya que la acción de cumplimiento “no ha sido desarrollada ni reglamentada”.

Sostuvo el fallo que si esta acción estuviera reglamentada, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá podría recurrir a ella para “obtener la ejecución de los mandatos contenidos en la Ley 142 de 1994 que dispone la apertura a la libre competencia, en desarrollo de claros preceptos constitucionales, como lo son los artículos 75 y 333, para que por la autoridad competente se dictara la reglamentación necesaria para la concesión de licencias para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional”.

Consideró que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulneró el derecho a la igualdad de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá al reglamentar la telefonía local y omitir expedir la reglamentación correspondiente en cuanto a la larga distancia nacional e internacional.

Para el Tribunal, a diferencia de lo que se expresa en las intervenciones del Ministro de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el servicio de telefonía local no es libre, circunstancia que se pone de presente con la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y con los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo con el Tribunal, existe un trato diferente otorgado a TELECOM frente a la

Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, pues mientras que a la primera se le ha permitido competirle a la segunda en el campo de la telefonía local, a ésta no se le permite competirle a aquélla en el servicio telefónico de larga distancia. Este trato no tiene una justificación razonable, ya que no cumple ni con el principio de neutralidad ni con la prohibición de la utilización abusiva de la posición dominante, ambos consagrados en la Ley 142 de 1994. La justificación esbozada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -el cumplimiento de la Convención Colectiva pactada entre TELECOM y su Sindicato- no es admisible para el Tribunal, porque “busca extender los efectos inter partes de un negocio jurídico a terceros, con claro desmedro de preceptos legales y constitucionales”.

La Sala Civil del Tribunal ordenó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, “proceda a elaborar un cronograma de actividades tendientes a que en el término máximo de tres (3) meses, se tomen las medidas pertinentes, para que se restablezca el derecho a la igualdad de las empresas de telecomunicaciones, en cuanto a la prestación de los servicios telefónicos local y de larga distancia en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y Soacha”. Aclaró que el amparo constitucional se circunscribía a la situación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque, además del efecto inter partes de la tutela, “es claro que solo frente a dicha entidad existe el actual trato discriminatorio”.

El 10 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia resolvió, en el mismo sentido que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, acerca de la acción de tutela presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El 18 de junio de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió sobre la acción de tutela presentada por EMCALI contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y sostuvo que a ésta se le asignó, mediante el Decreto 1524/94, la función “de establecer los requisitos generales a los cuales deben someterse los operadores del servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional... y de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional”.

Manifestó que la reglamentación de la telefonía local fue debidamente expedida, hecho que

permitió a TELECOM entrar a competir con EMCALI. Sin embargo -dijo-, dado que la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia no ha sido expedida, “se le ha reconocido una posición monopólica en la prestación del servicio a TELECOM, lo cual constituye una clara vulneración al derecho a la igualdad de la entidad demandante con respecto a dicho servicio”.

En relación con el argumento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones acerca de que los acuerdos realizados entre TELECOM y sus trabajadores “son los que han incidido para detener el proceso de apertura del servicio de larga distancia, mediante la omisión de la correspondiente reglamentación”, indicó el Tribunal que un acuerdo inter partes no puede oponerse para defender el incumplimiento de la ley y, además, “no excusa a la CRT por el incumplimiento notorio, que además acepta, por factores que no pueden ser considerados para la persistente omisión, que ya va para más de tres años”.

El Tribunal, en consecuencia, tuteló el derecho a la igualdad de EMCALI y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, tomara las medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a la igualdad de aquélla entidad con respecto a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El 17 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira concedió la tutela del derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Pereira. En su sentencia, el Tribunal utilizó argumentos similares a los que adujo el Tribunal de Cali.

Destacó, además, que la Ley 142 de 1994, al regular los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, consagra como principio el de la neutralidad, el cual dispone que “todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina la ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobados”. Por lo tanto, estimó que si las razones políticas o de orden público invocadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que se remitían a la Convención firmada entre TELECOM y sus sindicatos no se ajustaban a la Constitución y a la ley, se vulneraba el derecho a la igualdad de oportunidades de las Empresas Públicas de Pereira.

Añadió el fallo que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones cuenta con todos los elementos de juicio para reglamentar la concesión de licencias, tal como lo señala el Ministro

cuando manifiesta que, en diciembre de 1996, la firma “Arthur D’little” presentó el “Plan Nacional de Telecomunicaciones”, y que ya se han adelantado estudios para lograr la apertura en el menor tiempo posible.

Se ordenó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, dictara “la resolución pertinente enfocada a continuar el proceso de apertura que interrumpió y en el tiempo prudencial de tres (3) meses produzca la reglamentación para que las Empresas Públicas de Pereira puedan acceder a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y, de reunir los requisitos legales, pueda conseguir la licencia correspondiente”.

El 24 de junio de 1997, el Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá tuteló el derecho a la igualdad de EDATEL y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, dentro de las 48 horas siguientes, tomara las medidas indispensables para que en el lapso de sesenta días se hiciera efectivo el derecho a la igualdad de la empresa accionante. En sus consideraciones sostuvo haber solicitado a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que justificara las razones para otorgar un trato diferente a EDATEL y TELECOM, y dijo que, en su respuesta al Juzgado, dicha Comisión no brindó elementos de juicio suficientes para considerar que el trato diferente era razonable.

El 4 de julio de 1997, el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, anteriormente Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal, tuteló los derechos de las Empresas Públicas de Bucaramanga. La parte motiva del fallo se formuló en el mismo sentido que la del Tribunal de Cali para la tutela interpuesta por EMCALI. Asimismo, la parte resolutive coincide con las de los otros procesos descritos.

III. DECISIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 16 de julio de 1997, modificó la providencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Comisión que, en un término máximo de 48 horas, elaborara un cronograma del proceso de concesión de licencias para telefonía de larga distancia, con el fin de ajustar los plazos previstos en la Resolución 054.

La Sala señaló que los criterios básicos que tuvo en cuenta el Congreso al expedir la Ley 142 de 1994 fueron, entre otros, el reconocimiento de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y el deber del Estado de asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, garantizando cobertura, eficiencia y calidad de los servicios. Expresó que el logro de estos objetivos dependía, en parte, de la libertad para participar en la prestación de los servicios públicos, del ofrecimiento de garantías para la competencia en su prestación, y de la existencia de “control sobre los prestatarios de los servicios en calidad de monopolio para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstrucciones burocráticas, y sanciones eficaces para los infractores de las normas”.

La Corte Suprema estimó que la derogatoria de la Resolución 54, que regulaba el procedimiento de concesión para que pudieran establecerse operadores de larga distancia, “paralizó el proceso de apertura en relación con este servicio, rompiendo así la igualdad frente a la competencia en la telefonía local, regulada a través de las Resoluciones 35 y 36”.

Por otra parte, consideró el tribunal de segunda instancia que las diferencias existentes entre los servicios de telefonía local y los de telefonía de larga distancia, no implicaban que también la regulación de la competencia debiera ser diversa, ya que, “de un lado, se desconocerían principios rectores de la Ley 142 de 1994 en cuanto a la eficiencia de los servicios, abuso de la posición dominante y consagración de monopolios, y de otra parte, se eliminaría toda posibilidad de libertad de competencia en el servicio de telefonía pública de larga distancia nacional e internacional, rompiéndose el respeto del principio de neutralidad con el fin de que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación del servicio y, según lo fija claramente, como criterio orientador de la intervención estatal el numeral 3.9 del artículo 3 de la citada Ley”.

Según la Corte Suprema, existió una clara violación del derecho a la igualdad de oportunidades de las empresas demandantes, y expresó que “dejar sin efecto la reglamentación tantas veces señalada, cuando expedirla oportunamente es una de las funciones que le corresponden por ley, y que, para el caso de la prestación del servicio de telefonía local por parte de TELECOM sí fue cumplida, es un claro acto de discriminación”.

El juez de segunda instancia recordó que la Ley 142 exige que las decisiones de las

autoridades en materia de servicios públicos se funden en los motivos que determine la ley, y que las razones que se invoquen sean comprobadas. A su juicio, dichos mandatos no se respetaron, toda vez que el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro de Comunicaciones justificaron la suspensión del proceso de apertura con base en razones de conveniencia que no fueron bien explicadas y que estaban centradas, según parece, “en el cumplimiento de las cláusulas de la Convención Colectiva firmada entre TELECOM y su Sindicato”, lo cual resulta ser inaceptable porque implica la subordinación de la Constitución y la Ley a los intereses de las organizaciones sindicales, y el desconocimiento del postulado constitucional “según el cual es deber de las autoridades organizar los servicios en la forma que mejor convenga a los usuarios”.

La Corte Suprema afirmó que la Resolución 057 del 9 de noviembre de 1996 era ineficaz por ser contraria a la Constitución y que, por tal motivo, la Resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, recobraba plenamente su vigencia, “correspondiéndole a la Comisión, mediante cronograma que expida al efecto, hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos previstos en la citada Resolución tengan cumplimiento en cada caso, teniendo en cuenta además los proyectos y observaciones presentados hasta la fecha en cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal”.

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 17 de julio de 1997, resolvió en idéntica forma la impugnación presentada contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. En la misma fecha, dicha Sala confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia negó la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de TELECOM contra la decisión del Tribunal Superior de Pereira. Sostuvo que no se vulneró el derecho de defensa de tal entidad, ya que del hecho de que pueda intervenir en el proceso como coadyuvante, no se desprende para el juez la obligación de citarlo al mismo, pues la tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 29 de julio de 1997, confirmó en su integridad la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con base en similares criterios a los aludidos, y tuvo en consideración también los

procesos de nulidad que cursan en la Sección Tercera del Consejo de Estado contra las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, especialmente la 28 de 1995 y la 14 de 1994. Además, respecto de la Resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, manifestó la Sala que la Comisión decidió derogarla por medio de la Resolución 057 del 6 de noviembre del mismo año, sin motivación alguna, por cuanto la Comisión expuso como única razón para ello que lo “ha considerado conveniente”. Para la Sala tal acto del demandado es “violatorio de las exigencias que en el cumplimiento de sus funciones le impone la Ley 142 de 1994”, y genera una desigualdad indefinida entre las demás empresas descentralizadas frente a TELECOM, en tanto le asegura a esta última entidad un monopolio no permitido por la Constitución.

Concluyó que la Resolución 057 del 9 de noviembre de 1996, violaba la Constitución y la ley, “debiéndose por tanto aplicar al respecto la excepción de inconstitucionalidad, a fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del citado acto administrativo y cese la vulneración al derecho de igualdad cuyo amparo se reclama”.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 6 de agosto de 1997, confirmó integralmente el del Juzgado 68 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, y decidió no acceder a las pretensiones del apoderado de TELECOM.

El 19 de agosto, también el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá confirmó en su integridad el fallo del Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, en virtud del cual se tuteló el derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. Aclaró que, aunque la Ley 393 de 1997 reglamentó la acción de cumplimiento, al momento de haberse propuesto la acción de tutela tal reglamentación aún no se encontraba vigente, razón por la cual era procedente la protección constitucional por la vía consagrada en el artículo 86 de la Carta.

Así mismo, denegó la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de TELECOM contra la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, con base en los mismos argumentos que la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema expuso al denegar la solicitud de nulidad formulada por TELECOM contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cabe anotar que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, mediante las

resoluciones 79, 80 y 81, todas ellas expedidas el 18 de julio de 1997, dio cumplimiento a los anteriores fallos.

Así mismo, el 8 de septiembre de 1997, el Coordinador General de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo ordenado por una de las providencias, expidió la Resolución 086, mediante la cual se reglamentó el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, de acuerdo con lo establecido en los literales c) y d) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

El apoderado de TELECOM solicitó a la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la aclaración de la sentencia del 17 de julio de 1997, favorable a las Empresas Públicas de Pereira. Consideró que la decisión tomada en ese fallo habría sido diferente si se hubieran considerado los siguientes aspectos: que el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al responder la tutela, señaló que la Comisión tenía previsto un contrato con la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- para realizar los ajustes finales al proceso y fijar las condiciones con el fin de que el Ministro de Comunicaciones y la Comisión expidieran, respectivamente, las licencias y la reglamentación necesaria; que la Comisión, en cumplimiento del fallo de primera instancia, elaboró el documento “redireccionamiento (sic) de la apertura”, y que aún no habían sido definidas las reglas del juego que regirían el proceso de apertura, por lo cual “no basta con la elaboración de un cronograma que permita hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos señalados en la Resolución 054 puedan tener cumplimiento, tal como lo señala el fallo”.

Estimó el apoderado que de la lectura del documento de “Redireccionamiento (sic) de la Larga Distancia” surgían interrogantes sobre aspectos fundamentales del proceso de apertura, en cuanto atañe a la determinación del monto a cobrar por el ingreso (valor de la concesión), al período de exclusividad para los nuevos concesionarios, a la cobertura mínima del servicio, al plazo para el cubrimiento universal del servicio (todo el territorio nacional) y a la forma de financiación del servicio universal (inversión social). Afirmó, además, que el mismo documento plantea objetivos no tenidos en cuenta al expedir la Resolución 054, tales como: garantizar recursos para los fondos de pensiones, dar viabilidad a TELECOM y a las empresas locales, lograr un “redireccionamiento” (sic) de TELECOM, hacer efectiva la protección de los activos de la Nación, la capitalización del sector y el ordenamiento del

sector o regulación balanceada. De otro lado, señaló el apoderado de TELECOM que la Comisión estaba realizando un estudio preliminar con la UIT sobre las tarifas que debían cobrarse por el pago de las licencias de larga distancia.

Finalmente el mencionado abogado pidió que se aclarara la sentencia en los siguientes aspectos:

“a) La inaplicación de la Resolución 57 de la CRT, revive la Resolución 54 ya derogada. ¿Cuál es el fundamento jurídico para que el juez atribuya vigencia a la norma derogada?

b) Si la Resolución No. 54 no concluyó la regulación y la CRT llega a la conclusión que (sic) deben modificarse estructuras y condiciones ya existentes, por ser desventajosas e inconvenientes, ¿Puede la CRT modificar aspectos de la Resolución 54?

e) Si los elementos de la Resolución 54 y de las observaciones presentadas hasta la fecha de la sentencia, no son suficientes para elaborar la regulación, ¿Qué debe hacer la CRT?

d) Si la CRT no tiene elementos para la determinación del valor de la concesión, ¿Qué debe hacerse?

f) Si la CRT llegare a la conclusión que (sic) el sistema más conveniente es un TRIPOLIO, ¿Cómo cumplir con las seis tutelas a favor de empresas públicas de distintos entes territoriales, que ordenan garantizar el derecho a la igualdad para cada una de ellas?

g) Si con el cumplimiento de la tutela, se llega a la conclusión de la no viabilidad de TELECOM, ¿Qué debe hacerse?”

Por las mismas razones, el apoderado de TELECOM solicitó aclaración de las sentencias de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de julio de 1997, dictadas en favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá y de las Empresas Públicas de Medellín.

El 4 de agosto de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia negó las aclaraciones solicitadas, pues esa Corporación estimó que no se observaban en las partes resolutivas de las sentencias, conceptos o frases que ofrecieran motivo de duda. Sostuvo, además, que TELECOM no era parte en el proceso, sino que había actuado como

coadyuvante de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual no ha pedido aclaración de la sentencia, “antes por el contrario, cumplió oportunamente la orden de tutela”.

El 18 de julio de 1997, el Presidente del Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT-, solicitó a la Corte Suprema de Justicia la declaración de nulidad de todo lo actuado en el proceso instaurado por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto estimó que en el trámite se vulneró el derecho al debido proceso, ya que ATT no fue notificada de la existencia del proceso, por lo que no pudo ejercer su derecho de defensa.

Manifestó el presidente del Sindicato de ATT que han tenido noticia de “que el fallo de segunda instancia proferido dentro de este expediente, sostiene que la falta de reglamentación de la larga distancia justificada en la Convención Colectiva firmada por los Sindicatos y TELECOM es inaceptable para ese Despacho, desconociéndose así los derechos a la negociación colectiva y las demás garantías laborales”.

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema denegó la solicitud de nulidad presentada por el Presidente del Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT-. Consideró esa Sala que el Sindicato efectivamente podía intervenir en el proceso como coadyuvante de la autoridad pública contra la que se dirigió la acción si estimaba que tenía un interés legítimo en el resultado del proceso, pero que no existía obligación para el juez de tutela de citarlo al mismo, porque la acción de tutela estaba dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad encargada de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos acumulados en referencia, según lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con arreglo a las disposiciones del Decreto 2591 de 1991.

Este asunto correspondió por reparto a la Sala Tercera de Revisión, la que, por razón de su

importancia y con el objeto de unificar criterios jurisprudenciales, decidió traerlo a Sala Plena para su resolución definitiva, según el Reglamento de la Corporación.

El Pleno de la Corte asumió el conocimiento de la revisión y como quiera que la ponencia original, elaborada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, no fue acogida, fue sustituida por el presente fallo.

2. Los derechos fundamentales de la personas jurídicas. Titularidad de la acción de tutela. El caso de la persona jurídica pública

Esta, a juicio de la Sala Plena, es ocasión propicia para que la Corte reafirme su ya reiterada doctrina en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas jurídicas y en particular, por las características del caso, los que puedan corresponder a las de Derecho Público.

Es en principio la dignidad de la persona humana, cuya protección y promoción constituyen finalidades primordiales del Estado y del orden jurídico, la que sirve de fundamento a la proclamación constitucional e internacional de los derechos fundamentales, motivo por el cual, aun en el caso de derechos inherentes a aquélla pero no enunciados expresamente, existe una garantía en el más alto nivel normativo para su protección y efectividad (art. 94 C.P.).

Pero, del hecho de que se predique de la persona natural un conjunto de derechos básicos e inalienables alrededor de los cuales la Carta Política edifica todo un sistema jurídico organizado precisamente con miras a su plena y constante realización, no se desprende que ese ámbito -el de cada individuo de la especie humana- agote por completo el núcleo de vigencia y validez de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando en la sociedad actúan -y cada vez representando y comprometiendo de manera más decisiva los derechos de aquélla- las denominadas personas jurídicas, surgidas merced al ejercicio de la libertad de asociación entre las naturales o por creación que haga o propicie el Estado.

Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de

derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.

En conexidad con ese reconocimiento, ha de señalar la Corte que las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que la Corte Constitucional haya sostenido desde sus primeras sentencias que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular (art. 86 C.P.).

Al respecto cabe reiterar lo dicho varias veces:

“Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicen exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15); entre otros.

Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea

específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes.

En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del Juez de Tutela.

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución), la libertad de asociación sindical (artículo 38); el debido proceso (artículo 29), entre otros.

Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúen en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-411 del 17 de junio de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero)

Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejerce derechos y contrae obligaciones.

Las empresas de servicios públicos, de las que hacen parte las demandantes, son concebidas por el Derecho colombiano vigente (art. 17 de la Ley 142 de 1994) en los siguientes términos:

“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas”.

En relación con su objeto, la misma Ley señala:

“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de

servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en las que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes”.

La Constitución contempla y hace viable su operatividad, aun con la participación de personas privadas bajo el control y la vigilancia estatales, señalando en el artículo 365 que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

Lo que distingue a tales empresas, más que su naturaleza jurídica específica, que puede ser pública o privada, es la función que cumplen, que en todo caso es pública, si bien, en cuanto sujetos que actúan en el mundo jurídico, son titulares de derechos -entre ellos los fundamentales que les son aplicables- y de obligaciones y responsabilidades.

Se trata, como puede verse, de entidades activas, reales e individualizables y no tan sólo de personas virtuales. De su gestión, como sujetos de derecho, depende en buena parte el logro de los objetivos constitucionales de orden social inherentes a la prestación de los servicios públicos, en especial los domiciliarios, de los que hace parte la telefonía (art. 1 de la Ley 142 de 1994).

Es natural que, estando sometidas tales entidades -para cumplir su objeto- a determinaciones y actuaciones oficiales de diverso origen, a nivel nacional, seccional y local, y aunque ellas también cumplen un papel dentro del complejo de la actividad pública, establezcan con las autoridades en sus distintas categorías unas relaciones análogas a las que existen entre el ciudadano o la persona puramente privada y aquéllas.

Por tanto, no puede descartarse la posibilidad -tan patente y próxima como la que se tiene en el caso de cualquier ente o individuo gobernado- de que las autoridades, en punto de las funciones que respecto de las empresas de servicios públicos deben ejercer, incurran en actos u omisiones del género previsto en el artículo 86 de la Constitución, que amenacen o violen sus derechos fundamentales.

La Corte debe ahora reafirmar que, en la medida en que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones públicas, están supeditadas a la Constitución y a la ley en relación con ellas y por tanto no podrían ejercer acción de tutela para esquivar su cumplimiento ni las responsabilidades inherentes a tal ejercicio, ni tampoco por fuera del ámbito de competencias que les corresponden, pero ello no obsta para que, según ha señalado la doctrina constitucional en varias ocasiones, deba reconocer el juez de constitucionalidad la existencia de principios y derechos de carácter universal a los cuales puede apelarse indistintamente por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Tal ocurre, por ejemplo, con los principios objetivos de índole procesal -que desde el punto de vista subjetivo sustentan el derecho de toda persona al debido proceso-, aplicables y exigibles a todos los trámites judiciales y administrativos, en los cuales, si las personas jurídicas de Derecho Público son partes o terceros afectados, tienen derecho fundamental a la plenitud de las garantías constitucionales.

Reitérase, entonces, la doctrina sentada en Sentencia C-360 del 14 de agosto de 1996 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que con entera claridad se expresó que “las personas jurídicas de Derecho Público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercitarlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico”.

Como antes se ha dicho, uno de los derechos que el sistema jurídico reconoce a las personas jurídicas, y cuya naturaleza lo admite, es el de la igualdad, y de él no están excluidas las que presten servicios públicos, menos todavía cuando ellas, como acontece con las telefónicas locales, representan los intereses de comunidades integradas por personas pertenecientes a distintas regiones, quienes deben ser tratadas por la ley y por la autoridad pública en un plano de equilibrio e imparcialidad propio del reconocimiento a su igual importancia, sin preferencias ni discriminaciones.

Así, pues, las empresas demandantes en los procesos materia de análisis podían ejercer la acción de tutela para reclamar del Estado -en cabeza de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones- un trato igual al que obtuvieron otras empresas con su mismo objeto, en las mismas circunstancias y ante los mismos servicios.

La Corte reitera en esta ocasión su doctrina constitucional, que ha reconocido a las personas jurídicas de naturaleza pública el derecho a la igualdad ante la ley (Cfr. Corte Constitucional, entre otras, las sentencias C-271 del 20 de junio de 1996 M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell, y C-036 del 2 de febrero de 1996).

Profundizará ahora esta Corporación, como se verá más adelante, en tal derecho, a propósito de un aspecto muy específico -la igualdad de oportunidades- y en un campo expresamente aludido por la Constitución como escenario de especial garantía, brindada a todas las personas (art. 75 C.P.): el acceso al uso del espectro electromagnético.

Debe observarse finalmente, dentro del tema de la procedencia de la acción de tutela por el aspecto de la naturaleza jurídica de la entidad peticionaria, que no sería admisible la exclusión absoluta de las personas jurídicas de Derecho Público del ejercicio de una determinada acción, menos todavía si es la concebida para la protección de derechos fundamentales, pues ello significaría negarles todo acceso a la administración de justicia. Si son titulares de derechos sustantivos y si, como resulta del Derecho Administrativo, pueden ser partes -activas o pasivas- en procesos en los cuales se ventilan asuntos de naturaleza puramente legal o reglamentaria, con mayor razón deben hallarse en posibilidad de acceder a los estrados judiciales en demanda de protección para sus derechos fundamentales de rango constitucional.

3. La igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético

Dice el artículo 75 de la Constitución Política:

“Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por

mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

La Corte Constitucional entiende que en la norma transcrita se consagra un derecho fundamental, que no deja de serlo por hallarse incorporado a un capítulo de la Carta Política distinto del que se destina a la enunciación de tales derechos (Cfr. Sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Ese derecho, reconocido por la Constitución no solamente a las personas naturales sino a las jurídicas -incluidas las de naturaleza pública-, no presenta un contenido que sustancialmente lo sustraiga de los elementos básicos del derecho a la igualdad. Por el contrario, hace parte de él; es una de sus especies y, en consecuencia, obedece a los fundamentos y postulados constitucionales que informan aquél -los cuales han sido extensamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte-, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para impetrar de los jueces inmediata y completa protección.

En torno a la igualdad de oportunidades se ha pronunciado ya la Corte en los siguientes términos:

“El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ella puede fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo o estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, culminación de un proceso académico, etc)”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995. Subrayado fuera de texto).

En el fondo, la garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro

electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes.

Pretende la Constitución que en el punto de partida y a lo largo de la competencia, hasta su culminación, todos los competidores reciban igual trato, se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije bajo las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades. Obviamente, siempre sobre el supuesto de la equivalencia de situaciones y circunstancias (igualdad real y efectiva).

El espectro electromagnético es definido por la Constitución como un bien público, cuya apropiación por determinadas personas no es permitida dentro de nuestro sistema jurídico, de donde surge que apenas su uso puede entregarse por el Estado a particulares o a personas jurídicas de capital mixto, a título precario y temporal y dentro de las reglas, controles y restricciones que la ley señale y que deben aplicar las autoridades competentes.

El acceso al uso del espectro electromagnético, para emplearlo de conformidad con la gestión que de su manejo y utilización hace el Estado, debe obtenerse por quienes a él aspiren, en un plano de igualdad y equidad, garantizado en diversas formas por el sistema, por fuera del monopolio y la concentración, que la Carta Política de 1991 quiso erradicar.

4. La igualdad de oportunidades en el caso objeto de controversia

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de la Corte, ¿son las entidades demandantes titulares del derecho a la igualdad ante la ley y, en consecuencia, sus derechos a la libertad de empresa, libertad económica y libre competencia deben ser protegidos a través de la acción de tutela?

Para responder a ese interrogante, debe aplicarse la doctrina constitucional expuesta en los apartes anteriores, examinando inicialmente lo que esta Corte ha señalado como punto nodal para decidir si se reconoce, en un asunto específico, a las personas jurídicas de Derecho

Público como titulares de derechos fundamentales: su titularidad directa, por cuanto se afecten intereses básicos del ente jurídico, o la afectación transitiva, por conducto de la persona jurídica de naturaleza pública, de los derechos de personas naturales.

En la Sentencia C-036/96, proferida por esta Corte, se dijo:

“El objetivo primordial y directo del principio de igualdad es la persona natural, pues lo que ella implica es el reconocimiento de prerrogativas propias e inalienables del hombre en cuanto constituye para el Estado un fin valioso en sí mismo, por lo cual tan sólo a través de la persona humana y en cuanto toca con ella es susceptible de protección constitucional la igualdad entre personas jurídicas y entre instituciones.

“Así, para el caso de los municipios, la consideración acerca de si resulta constitucionalmente viable introducir distinciones entre ellos sólo podría tener asidero en la medida en que el trato diferente injustificado repercutiera en discriminaciones entre los habitantes de una y otra célula municipal en aspectos básicos como su supervivencia, su dignidad o el ejercicio de sus derechos fundamentales”

La referencia doctrinal concreta corresponde a posibles discriminaciones entre entidades públicas de carácter territorial -los municipios-, respecto de los cuales la propia Carta Política, de manera expresa, autoriza que se hagan distinciones o se introduzcan categorías, como el aludido fallo lo puso de presente.

Por otro lado, en el plano del enunciado general, la Corte lo ratifica en la presente Sentencia, como alusivo a la igualdad en cuanto salvaguarda del reconocimiento de la dignidad humana, lo que conduce a relacionar, en últimas, toda respuesta institucional a violaciones de la misma, por la introducción de fueros, privilegios o discriminaciones, con el imperativo constitucional de evitar que, por motivos accidentales, se establezcan estratos o capas dentro de la sociedad, compuesta por seres humanos.

Es evidente que, cuando se protege la igualdad entre personas jurídicas, públicas o privadas, finalmente se ampara la igualdad entre individuos de la especie humana, pues se repite que las personas jurídicas deben a aquéllos su existencia y su subsistencia, aun en los casos en que son creadas por el Estado, ya que el objetivo y justificación de éste se encuentra necesariamente referido a la persona humana.

Entonces, no es errado o contrario a la doctrina constitucional que se aplica, buscar los efectos de la discriminación aducida por las empresas demandantes, en la situación de las personas naturales que las conforman, una vez convertidas aquéllas en empresas de economía mixta, o cualquier otra de las modalidades asociativas con las que la ley dispuso democratizar la concurrencia de los particulares a la prestación del servicio público de la telefonía local y de larga distancia. Además en este caso, como en todos aquellos en los que las entidades públicas afectadas por la posible vulneración de sus derechos fundamentales tienen como objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, también debe consultarse la situación de los usuarios de tales servicios (normalmente personas naturales), pues en ella se deben manifestar los efectos desfavorables del tratamiento discriminatorio dado por la ley o las autoridades a las entidades prestadoras, cuando se afirma que resulta violado su derecho a la igualdad.

Nada distinto de la satisfacción de necesidades netamente humanas es lo que buscan los artículos 365 y 366 de la Constitución, al consagrar el objeto de los servicios públicos: ellos “son inherentes a la finalidad social del Estado”, el cual tiene el deber de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (se subraya). Y, de otra parte, “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”.

“Con respecto a la supuesta violación del derecho a la igualdad aducida por el demandante, esta Corporación encuentra que, por lo contrario, la finalidad esencial que persigue la norma acusada es la de garantizar en derecho, tal como lo consagra el artículo 13 superior, al no establecer privilegios en favor de ningún notario. En este caso la igualdad consiste en que no pueden establecerse privilegios ni, por ende, discriminaciones, por parte de la Administración pública, la cual, por excelencia, debe siempre obrar con objetividad, y no puede estar legitimada para hacer discriminaciones de ninguna índole, otorgando privilegios, prerrogativas o excepciones a las personas naturales o jurídicas que tienen que tratar con ella. La igualdad es un parámetro que debe guiar a la Administración, de manera que es un contrasentido pretender que ésta tenga una facultad discrecional para determinar la Notaría que preste el servicio por ella requerido. Mientras los particulares son titulares de derechos subjetivos y pueden decidir lo que les convenga de acuerdo con sus preferencias y opciones, la Administración tiene una potestad ejercible sólo en condiciones objetivas predeterminadas por la Ley.” Los actos de la Administración pueden recaer sobre una persona, como

adaptación de la generalidad al caso concreto, pero lo que nunca pueden hacer, en el caso que nos ocupa, es optar, sin unas condiciones preestablecidas y objetivas, por una determinada Notaría, desconociendo a las demás su derecho a la igualdad de oportunidades.

Es por ello que el reparto tiene que estar reglamentado, con la condición de no vulnerar el derecho a la igualdad". (Subraya la Corte).

Son los usuarios, "titulares de derechos subjetivos, que pueden decidir lo que les convenga de acuerdo con sus preferencias y opciones", quienes se quedaron sin opción alguna en cuanto a entidades prestadoras del servicio de telefonía de larga distancia -aunque la Ley 142 de 1994 ordenó terminar con la situación monopólica existente en la prestación de este servicio, y las empresas demandantes venían cumpliendo el proceso administrativo requerido por los artículos 22, 25 y 26 de esa norma-, cuando la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones decidió interrumpir el proceso, e hizo imposible la concurrencia de las empresas demandantes a la prestación del servicio en un mercado de libre competencia.

Sin embargo, esa no es, para las personas naturales, la única consecuencia constitucionalmente relevante de que la CRT haya interrumpido el proceso de creación de condiciones para un mercado de libre competencia en la prestación de la telefonía de larga distancia; es más grave, y definitivo en el plano constitucional, que la actuación cuestionada por las entidades demandantes, haya hecho nugatorio el derecho consagrado en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994, porque contradice la doctrina de la Corte sobre la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, fijada en varias sentencias de esta Corte, en especial en la C-093 del 7 de marzo de 1996 (M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara), reiterada después por las números C-310 del 11 de julio de 1996 (M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), y C-350 del 29 de julio de 1997 (M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz):

"Es decir, que en tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo (subraya fuera del texto).

“El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión”.

“Ahora bien, para efectos de llevar a cabo la emisión, transmisión y recepción de datos o informaciones, gran parte de los medios de comunicación requieren del uso de instrumentos técnicos, algunos de los cuales son bienes de uso público que por su naturaleza pertenecen al Estado. Este es el caso del espectro electromagnético, que de conformidad con el artículo 75 de la Constitución Política es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades de conformidad con los términos que fije la propia ley” (subraya fuera del texto).

Resulta entonces que, en este caso, al suspender la CRT el proceso de conformación de un mercado de libre competencia en la prestación de la telefonía de larga distancia, no sólo afectó el derecho de los usuarios a escoger la empresa prestadora de su preferencia, y les privó, en consecuencia, de las ventajas que en precio y calidad corresponden a la libre competencia, sino que también les hizo nugatorio el derecho de crear empresas para concurrir a la prestación de los servicios públicos (C.P. art. 365, desarrollado en el art. 10 de la Ley 142 de 1994), y les imposibilitó acceder en pie de igualdad, a través de la conformación de tales empresas, al uso de un bien público escaso, en contravía de lo dispuesto por la Constitución y la ley.

Así, debe concluirse que las entidades demandantes en este caso sí son titulares del derecho fundamental a la igualdad, y que éste resultó violado por la revocación de las normas administrativas expedidas para ejecutar el mandato constitucional y legal de permitir la libre concurrencia -libertad de crear empresas con tal objeto-, y garantizar la libre competencia en

la prestación del servicio de telefonía de larga distancia.

No se entienda lo expresado en este Fallo como la aceptación de la viabilidad de la acción de tutela para forzar a las autoridades administrativas a que ejerzan en concreto una determinada competencia discrecional, ni como modalidad de coadministración judicial.

En cuanto al primer aspecto, debe decirse que la CRT estaba obligada por la propia Constitución (art. 75) a obrar con prontitud y eficiencia para asegurar, mediante el conjunto de sus actuaciones y directrices, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético. Y si la acción de cumplimiento no es aplicable a su omisión -del todo injustificada, como lo muestra el expediente, pues la revocación del acto inicial de apertura con el fin indicado obedeció primordialmente a la Convención Colectiva celebrada entre TELECOM y su Sindicato- ello acontece por haber hallado esta Corte (Sentencia C-157 del 29 de abril de 1996) que tal mecanismo no es apto para obtener el acatamiento a postulados o reglas constitucionales, lo cual excluye la existencia de un medio eficaz para la verdadera y oportuna defensa del derecho violado y abre paso a la procedencia de la acción de tutela.

En cuanto al segundo asunto, no puede olvidarse que se trata de una omisión, que sólo se contrarresta mediante una orden de actuar en aquello respecto de lo cual, debiendo haberse actuado, no se actuó. Ni se pierda de vista que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procede no sólo ante actuaciones sino también respecto de omisiones de las autoridades públicas que violen o amenacen derechos fundamentales.

Bien obraron, entonces, los jueces y tribunales de instancia al conceder las tutelas impetradas, y por ello sus providencias serán confirmadas.

Es claro, por otra parte, que las entidades actoras no contaban con otro mecanismo de defensa, puesto que asuntos como los aquí considerados -si una persona jurídica de derecho público es titular del derecho fundamental a la igualdad, y si, en consecuencia, está legitimada para procurar su protección en sede de tutela- son puntos sobre los cuáles sólo se puede pronunciar el juez constitucional a través del proceso en el que decide si otorga o no amparo judicial a los derechos fundamentales aducidos como conculcados o gravemente amenazados por las entidades demandantes.

Al respecto, reiteró y precisó su doctrina la Corte Constitucional en la Sentencia T-100 del 9 de marzo de 1994 (M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz), en los siguientes términos:

“En conclusión, la Corte mantiene su doctrina, reiterando que: el juez de tutela debe examinar, en cada caso, si el mecanismo alternativo de defensa judicial que es aplicable al caso, es igual o más eficaz que aquella.

“La Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.

“En los casos en los que, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela, por las razones anotadas, resulte prevalente, el juez de tutela podrá señalar en su fallo, la libertad del actor para acudir al otro medio de defensa del derecho, a fin de reclamar la responsabilidad en que ya haya incurrido quien lo violó o amenazó”. (Subraya la Corte).

Por lo demás, las entidades demandantes no acudieron ante el juez constitucional en procura de la efectividad de un derecho colectivo; en cada uno de los procesos acumulados, la entidad demandante reclamó el restablecimiento de su derecho fundamental a la igualdad, violado por una actuación administrativa que, como ya se consideró, efectivamente vulneró el derecho del que cada una de ellas es titular.

Fuera de las consideraciones anteriores, debe señalarse que la actuación de la CRT que originó estos procesos, impuso a las entidades demandantes limitaciones a la libertad de empresa que no fueron establecidas por la ley y, por tanto, resultan contrarias a la doctrina

de la Corte sobre el asunto, que fue sentada en los siguientes términos mediante la Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz):

“No obstante lo anterior, las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.

“La intervención del poder público en el ámbito económico no puede llegar a alterar injustificadamente la situación inicial de igualdad en que deben permanecer los particulares frente a la posibilidad de obtener las autorizaciones administrativas para la explotación de una actividad económica determinada. El derecho a la libre empresa no sólo supone la igualdad en la competencia, sino también la libre concurrencia en condiciones de igualdad (CP art. 13).

“Si el respeto a la igualdad condiciona la intervención del Estado en el campo de la libertad económica, con mayor razón, ésta deberá observarse cuándo, como ocurre con los juegos de suerte y azar, se seleccionan las personas con las que se suscribirán los contratos de operación y explotación, y se conceden permisos para la apertura y funcionamiento de establecimientos en los que ellos se realizan. Los beneficios que los particulares derivan de estos permisos y contratos, constituyen oportunidades de ampliación de su esfera de acción económica en el marco de una actividad sujeta a monopolio estatal y, por lo tanto, no pueden distribuirse ni adjudicarse sin dar aplicación estricta a las más exigentes reglas de igualdad” (subraya fuera del texto).

6. Desigualdad en la aplicación y en la creación del acto

Las personas tienen derecho a la igualdad en el ordenamiento constitucional colombiano, no apenas en la formalidad de las normas legales que desarrollan el Estatuto Fundamental, sino en la materialidad de la aplicación de esas normas a través de actos y hechos de la administración; así lo entendió la Corte en la Sentencia T-230 del 13 de mayo de 1994 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se sentó una doctrina tan inequívoca como esta:

“De otra parte, debe tenerse en cuenta no sólo la igualdad en el contenido de la ley (de iure) sino también en la aplicación de la misma (de facto)” (subraya fuera del texto).

Uno de los antecedentes de esa doctrina se encuentra en la Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992, reiterada en la T-450 del 19 de octubre de 1994, en la que se afirma como base para la inaplicación de normas administrativas:

“Ya en la Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992 tuvo la Corte ocasión de referirse al tema, manifestando:

‘El artículo 4 de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

“Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles”

DECISION

Con fundamento en las consideraciones que se dejan expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

CONFIRMANSE los fallos revisados, que concedieron a las empresas demandantes la tutela

del derecho a la igualdad.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JAIME BETANCUR CUARTAS

Conjuez

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ

Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU-182/98

DERECHOS FUNDAMENTALES-Pérdida de fuerza normativa por generalización (Salvamento de voto)

Hay dos formas de disolver el concepto de derecho fundamental y de atentar contra su eficacia. La primera, sin duda, es la de atribuir a todo derecho o facultad, el carácter de derecho fundamental. La segunda consiste en extender de manera general a todas las personas, incluidas las de origen estatal, la titularidad activa de los derechos fundamentales.

Los defensores de esta teoría, de buena fe, creen que así contribuyen a potenciar los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que se hace es socavar su eficacia: si todo derecho es derecho fundamental, nada es derecho fundamental; si todas las personas naturales y estatales, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales, sobra el reconocimiento constitucional. No sorprende que a raíz del desconocimiento de lo que universalmente sirve de fundamento a los derechos fundamentales, el mecanismo de defensa previsto en la Constitución para hacer efectivo los derechos de la persona humana – la acción de tutela – contra las acciones u omisiones del Estado que los vulneren, se convierta ahora en medio judicial al cual pueden indiscriminadamente apelar porciones del Estado cuando busquen ejercer derechos o pretensiones contra el mismo Estado o contra particulares. La generalización de los derechos fundamentales, indefectiblemente lleva a que éstos pierdan fuerza normativa.

ACCION DE TUTELA-Consecuencias por la universalización (Salvamento de voto)

La universalización de la acción de tutela, la pervierte y degrada. Sobra recordar que la acción de tutela se contempló con el objeto de equilibrar la asimetría en la que se encuentra la víctima de una lesión de un derecho fundamental frente a las autoridades del Estado. Autorizar el empleo generalizado de la tutela por parte de entidades de derecho público, esto es, permitir que una parte del Estado se valga de este régimen procedimental excepcional para resolver controversias contra otra parte del Estado, desconoce radicalmente su función y desvirtúa su sentido tuitivo vinculado a la guarda de la libertad y dignidad propias de la persona humana que se expresan en múltiples manifestaciones individuales y colectivas, que no estatales.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Transitividad no permite transformar las competencias y objeto en derechos fundamentales (Salvamento de voto)

El argumento de la “transitividad” que se implora en la sentencia, no permite transformar las competencias, funciones, objeto, expectativas e intereses de las entidades de derecho público, en derechos fundamentales. No se discute que la actividad de una empresa pública de teléfonos sirva un interés comunitario esencial y que su buena o mala fortuna, su eficiencia o ineficiencia, su mayor o menor campo de acción, no deja de repercutir sobre el bienestar individual o colectivo. Sin embargo, ninguno de estos criterios o factores convierte

a la empresa pública en titular de derechos fundamentales, ni tampoco eleva a rango de derecho fundamental la actividad descrita en su objeto social.

REGIMEN JURIDICO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley/LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-No es derecho fundamental (Salvamento de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-No lo son por ejercicio de actividad edificada sobre derechos legales (Salvamento de voto)

No puede calificarse como derecho fundamental, el ejercicio de una actividad edificada sobre derechos que se derivan de la ley, cuyo alcance es el que ésta determine y cuyo ejercicio puede eventualmente cesar cuando el Estado decida trasladarla a su órbita de acción.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Transitividad no es argumento para definirlos (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto (Salvamento de voto)

TEST DE IGUALDAD-Aplicación (Salvamento de voto)

ACTOS DE LA ADMINISTRACION-Vulneración de la igualdad no implica que la competencia radique en juez de tutela (Salvamento de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA-Reconocimiento en algunos casos (Salvamento de voto)

Se ha señalado por la Corte Constitucional que, en algunos casos, las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales. Se trata de una formulación que en modo alguno tiene alcance absoluto. Por el contrario, la Corte se ha cuidado de otorgarle un campo asaz circunscrito y siempre subordinado a la consideración esencial de que la adscripción eventual de un derecho fundamental en su cabeza dependerá de que la naturaleza del derecho en cuestión permita su extensión a la persona jurídica y que, de otra parte, ello sea estrictamente necesario para garantizar ámbitos de libertad y dignidad de las personas naturales que se encuentran en la base de la organización. El test debe, por lo menos, pasar dos pruebas: (1) la naturaleza del derecho; (2) la comunicabilidad de la lesión a

las personas naturales.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA PUBLICA-Titularidad en casos excepcionales (Salvamento de voto)

Tratándose de personas jurídicas de derecho público, la Corte ha sido todavía más restrictiva. Las entidades públicas, como emanación del Estado, normalmente ocupan la posición pasiva de los derechos fundamentales. En casos excepcionales se ha admitido que tales sujetos – cuya actuación se mide y se explica en términos de las competencias atribuidas por la ley y no en razón de una necesidad de libertad y de protección originarias – pueden ser titulares de derechos fundamentales. Sólo derechos como el debido proceso, que por su propia naturaleza son susceptibles de tener un valor objetivo que trasciende la dimensión humana hasta convertirse en reglas de funcionamiento del sistema jurídico como un todo, pueden excepcionalmente predicarse de entes públicos.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter de límite a la democracia y su inalienabilidad (Salvamento de voto)

Las pretensiones que constituyen el objeto de un derecho fundamental se sustraen al principio de las mayorías políticas, que da vida y sentido a la democracia. Las leyes, pese a provenir del órgano que articula el principio democrático, no pueden afectar el núcleo de los derechos fundamentales y, en todo caso, las limitaciones o restricciones que aparejen deberán ser razonables y proporcionadas. En este sentido, puede decirse que los derechos fundamentales limitan y orientan a la democracia. El constituyente eleva a la categoría de derechos fundamentales facultades y posibilidades de ser y de acción, que no desea sean menoscabadas o permanentemente puestas en cuestión por la democracia. Lo que en esencia pertenece a un derecho fundamental, está por fuera del debate democrático y de sus vicisitudes. En últimas, esta es la razón de ser de su consagración. Para el titular de un derecho fundamental, su contenido no le puede ser cercenado ni transferido a otro. Menos al Estado. Los derechos fundamentales comportan asignaciones de valor y de status que realiza el constituyente como reconocimiento a la dignidad de la persona humana. Privar a la persona de un derecho fundamental, por consiguiente, equivale a negar su condición como sujeto moral. Los derechos fundamentales no son expropiables por el Estado, ni éste puede

reservarse para sí su ejercicio.

En el caso de los servicios públicos, justamente porque su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber para el Estado, la Constitución ha dispuesto que ellos queden sometidos “al régimen jurídico que fije la ley”. Los servicios públicos son, pues, una materia que en su integridad se remite al régimen que determine la ley. El contenido y alcance del quehacer concreto que corresponda al concepto de servicio público no lo señala la Constitución. Mal puede afirmarse aquí la existencia de derechos fundamentales, cuando la articulación de derechos, obligaciones, limitaciones, restricciones, etc., se libra a la ley. Naturalmente, la ley que establezca el régimen de los servicios públicos, como toda ley, debe sujetarse a la Constitución, extremo forzoso que en modo alguno indica que la actividad regulada sea en sí misma un derecho fundamental.

OPERADORES DE SERVICIOS PUBLICOS-Derechos no tienen el carácter de fundamentales/DERECHO DE LIBERTAD ECONOMICA-No tiene carácter de fundamental/DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA-No tiene carácter de fundamental (Salvamento de voto)

Los derechos de los operadores de los servicios públicos establecidos en la ley, precisamente por tener este origen, no tienen el carácter de derechos fundamentales. Ahora bien, si estos derechos son desconocidos por el Estado o por el organismo de segundo grado al cual se le ha confiado la regulación de algunos aspectos del sector, las acciones correspondientes tendrán que elevarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este caso, no solamente existen medios judiciales ordinarios, sino que el derecho conculcado no tiene la naturaleza de un derecho fundamental, puesto que se trata de discutir pretensiones o facultades que emanan de la ley. Aún en el evento de que se llegare a considerar, en gracia de la discusión, que el derecho de los operadores de servicios públicos corresponde al derecho de libertad económica y libertad de empresa consagrados en la Constitución, tampoco la acción de tutela sería procedente. Ninguno de los dos derechos tiene a juicio de la Corte, el carácter de fundamental, en cuanto no se enuncian así en la Constitución, carecen en abstracto de conexidad esencial con los que sí ostentan esta condición y, finalmente en este campo, el espacio de configuración normativa y de intervención por parte del legislador es significativo. Por lo demás, el derecho a la libertad económica y a la libertad de empresa, tienen íntima relación con el derecho de propiedad que, en principio, no reviste

tampoco el carácter de fundamental.

ACCESO A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA-Naturaleza legal (Salvamento de voto)

DERECHO LEGAL-Desconocimiento en la aplicación no se trueca en violación del derecho a la igualdad (Salvamento de voto)

En la fase de aplicación de la ley, el desconocimiento de un derecho legal singular no se trueca en violación del derecho a la igualdad, así la lesión no tenga carácter universal, sino que se mantiene como violación de la ley. De lo contrario, toda violación a la ley en el estadio aplicativo del derecho, se resolvería en un quebranto del derecho fundamental a la igualdad. Por este camino, los derechos simplemente legales o los constitucionales no fundamentales mutarían su condición a derechos fundamentales y, por ende, la acción de tutela adquiriría la función de defensa de todos los derechos existentes.

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA-Violación (Salvamento de voto)

SERVICIO DE LARGA DISTANCIA POR TELECOM-Autorizaciones legales anteriores (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes acumulados T-141.334, 141.745, 141.785 y 142.430, 143.410 y 143.426.

Actores: Empresas Municipales De Cali, Empresas Publicas De Pereira, Empresa De Telecomunicaciones De Santa Fe De Bogota, Empresas Públicas De Medellin, Empresas Publicas De Bucaramanga Y Edatel S.A.

Magistrados Ponentes:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Respetuosamente discrepamos de la sentencia dictada por la Corte Constitucional. Los

argumentos de hecho y de derecho en los que se fundamenta nuestra posición, son los que se enuncian y desarrollan en la ponencia, que no fue acogida por la mayoría, la cual se transcribe integralmente en la segunda parte de este escrito, dado que el salvamento se extiende también a la forma cómo se han presentado los hechos. La solución jurídica es acertada si ella tiene sólido apoyo en el derecho y si corresponde objetivamente a los presupuestos fácticos del caso, que no son necesariamente los que presenta la parte actora. Por consiguiente, en la primera parte, se consignan algunos comentarios al texto de la sentencia y, en la segunda parte, se transcribe el proyecto de sentencia al que se ha hecho referencia.

[1]

Comentarios generales a la sentencia

1. La Corte Constitucional, por las razones que se exponen en la segunda parte de este salvamento, hasta el presente, había considerado que los derechos fundamentales por traducir en el plano jurídico las exigencias mínimas e insuprimibles de la dignidad de la persona humana, tenían como sujeto activo a esta última. Precisamente, por este motivo, por extensión – siempre que la naturaleza del derecho lo permita –, también había entendido que las personas jurídicas en algunos casos podían serlo, dado que la persona humana no se protege únicamente cuando obra aisladamente sino también cuando ella se vincula a “grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes” (sentencia T-411 de 1992). El reconocimiento de la persona humana como ser social y la necesidad de defender su dignidad y libertad en el ámbito de la comunidad, justifican la extensión operada por la Corte, la cual de ninguna manera reivindica para la persona jurídica la misma esfera de derechos fundamentales de la que es titular la persona natural. Ahora bien, tratándose de las personas de derecho público – que era el caso de las empresas demandantes –, la titularidad de derechos fundamentales sólo de modo absolutamente excepcional les ha sido reconocido por la Corte. En efecto, en la sentencia T-463 de 1992, se sentó la doctrina sobre este particular, en los siguientes términos, acusadamente restrictivos:

El tratamiento jurídico de las relaciones de derecho público y la resolución de los conflictos que de ellas surgen no son objeto de los derechos fundamentales por ausencia de una

relación directa con la persona humana. Sin embargo, lo anterior no significa que las personas jurídicas de derecho público no puedan, excepcionalmente, ser titulares de derechos fundamentales. Para establecer estos casos, es preciso indagar si la naturaleza jurídica pública de la entidad no la coloca en una situación jurídica o fáctica que sea contraria al ejercicio de este derecho por parte de una persona jurídica” (Sentencia T-463 de 1992).

2. En la sentencia se sostiene la tesis – que, además, de contrariar la jurisprudencia de esta Corporación, no es admisible en ningún país del mundo –, según la cual “dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto – público y privado – no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones”. Hay dos formas de disolver el concepto de derecho fundamental y de atentar contra su eficacia. La primera, sin duda, es la de atribuir a todo derecho o facultad, el carácter de derecho fundamental. La segunda consiste en extender de manera general a todas las personas, incluidas las de origen estatal, la titularidad activa de los derechos fundamentales.

Los defensores de esta teoría, de buena fe, creen que así contribuyen a potenciar los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que se hace es socavar su eficacia: si todo derecho es derecho fundamental, nada es derecho fundamental; si todas las personas naturales y estatales, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales, sobra el reconocimiento constitucional. No sorprende que a raíz del desconocimiento de lo que universalmente sirve de fundamento a los derechos fundamentales, el mecanismo de defensa previsto en la Constitución para hacer efectivo los derechos de la persona humana – la acción de tutela – contra las acciones u omisiones del Estado que los vulneren, se convierta ahora en medio judicial al cual pueden indiscriminadamente apelar porciones del Estado cuando busquen ejercer derechos o pretensiones contra el mismo Estado o contra particulares.

De la misma manera que la generalización de los derechos fundamentales, indefectiblemente lleva a que éstos pierdan fuerza normativa, la correlativa universalización de la acción de tutela, la pervierte y degrada. Sobra recordar que la acción de tutela se contempló con el objeto de equilibrar la asimetría en la que se encuentra la víctima de una lesión de un derecho fundamental frente a las autoridades del Estado. Autorizar el empleo generalizado de la tutela por parte de entidades de derecho público, esto es, permitir que una parte del

Estado se valga de este régimen procedimental excepcional para resolver controversias contra otra parte del Estado, desconoce radicalmente su función y desvirtúa su sentido tuitivo vinculado a la guarda de la libertad y dignidad propias de la persona humana que se expresan en múltiples manifestaciones individuales y colectivas, que no estatales.

El argumento de la “transitividad” que se implora en la sentencia, no permite transformar las competencias, funciones, objeto, expectativas e intereses de las entidades de derecho público, en derechos fundamentales. No se discute que la actividad de una empresa pública de teléfonos sirva un interés comunitario esencial y que su buena o mala fortuna, su eficiencia o ineficiencia, su mayor o menor campo de acción, no deja de repercutir sobre el bienestar individual o colectivo. Sin embargo, ninguno de estos criterios o factores convierte a la empresa pública en titular de derechos fundamentales, ni tampoco eleva a rango de derecho fundamental la actividad descrita en su objeto social. Si se quiere llevar hasta sus últimas consecuencias la nueva postura de la Corte, habría que admitir que el Estado por ser orgánica y funcionalmente “transitivo” – “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general (...)” (C.P. art. 2); según el artículo 3 de la C.P., “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” -, sería el titular por excelencia de los derechos fundamentales y de la acción de tutela. Empero, aceptar esta tesis equivale a sacrificar los conceptos de derecho fundamental y de acción de tutela y, en su lugar, entronizar una suerte de “Estado absoluto”. La Corte Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, puede hacer muchas cosas, menos trivializar el significado de los derechos fundamentales y de su defensa.

3. La sentencia de la Corte, de otro lado, termina por conceder el carácter de fundamental a los derechos de libertad de empresa, libertad económica y libre competencia. Igualmente, autoriza que su defensa pueda adelantarse a través de la acción de tutela. Bajo ninguno de los criterios reiteradamente utilizados por la Corte, tales derechos podrían recibir dicha calificación. Particularmente, en el campo de los servicios públicos, la necesidad de promover de manera intensa el interés general, obliga al intérprete a considerar que el ámbito reservado a la regulación de la ley es por definición extenso. Lejos de reconocer titularidades originarias, la Constitución aquí defiende a la ley la fijación del régimen jurídico de los servicios públicos. Además de que los derechos de los operadores en este sector se remiten a la ley en

lo que atañe a su contenido y alcance, el Estado puede reservar para sí, mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, determinados servicios públicos (C.P. art. 365), para lo cual habrá de indemnizar previa y plenamente a las personas que hasta entonces los prestaban. No puede calificarse como derecho fundamental, el ejercicio de una actividad edificada sobre derechos que se derivan de la ley, cuyo alcance es el que ésta determine y cuyo ejercicio puede eventualmente cesar cuando el Estado decida trasladarla a su órbita de acción.

De otro lado, “fundamentalizar” pretensiones cuando sólo están en juego derechos materiales no fundamentales – como aquí la libre competencia –, mediante el recurso al principio de igualdad, sólo con el objeto de hacer uso de la acción de tutela, no debería auspiciarse por parte de la Corte Constitucional. Cuando la materia encaja en un derecho material, es ese el derecho que debe aplicarse y protegerse. De lo contrario, dado el carácter relacional del principio de igualdad, cualquier controversia y asunto adquirirían las connotaciones de un debate sobre derechos fundamentales y serían susceptibles de ser dirimidos a través de la acción de tutela.

Tampoco el argumento de la “transitividad” puede sostenerse como criterio para definir si un derecho es fundamental. Lo que es y no es derecho fundamental corresponde a una decisión de la más alta política y, por consiguiente, ella es la que se plasma en la Constitución y sirve como cimiento al Estado y a la sociedad. Que la actividad que realiza el sujeto A, reporta beneficios para los individuos que conforman dicho sujeto (que son x, y, z...) y, además, satisface las necesidades de un conjunto más o menos numeroso de personas (b, c, d, e, f...), no permite atribuir a la actividad que realiza A, el carácter de derecho fundamental. La circunstancia de que la actividad de A sea intrínsecamente útil y que ella se manifieste en derechos y deberes concretos – vale decir que sea regulada por el derecho –, no la transforma por ese sólo hecho en derecho fundamental. Por esta razón, la fórmula de la “transitividad” a la que profusamente apela la sentencia, no es de recibo para definir si un determinado derecho es o no fundamental. Tal vez el mencionado esquema pueda indicar si un derecho es “importante”, lo cual no es igual a “fundamental” en el lenguaje constitucional. Por este camino la Corte, sin proponérselo, se ha convertido en celosa guardiana del gran capital nacional y transnacional que, gracias al proceso de privatizaciones, ha penetrado en el sector de los servicios públicos – lo que per se no es bueno ni malo –, cuyo negocio se califica ahora como “fundamental” en términos

constitucionales y se defiende a través de la “acción de tutela” – esto sí resulta excesivo -, bajo el entendido de que sus titulares y usufructuarios representan la parte débil por la cual han abogado las cartas de derechos y los tratados sobre derechos humanos.

4. La Corte Constitucional considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético (CP. Art. 75). No obstante, el acceso al uso se determina “en los términos de la Ley”. Se comprende fácilmente que una materia técnica y variable sea objeto de desarrollo legal. De ahí que el aludido derecho, por voluntad de la propia Constitución, sea materia de configuración legal. Por su parte, la Ley 142 de 1994, asignó a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la competencia para “reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión” (Ley 142 de 1994, art. 74-3-d). Resulta, en verdad, difícil concebir que antes de que se cumpla a cabalidad la función reguladora, puedan unas empresas considerarse titulares de un derecho a acceder al uso del espectro electromagnético, cuando ni siquiera ostentan el título de concesionarias de las respectivas licencias.

Si el acceso se establece “en los términos de la ley” y, precisamente, la ley dictada contempla el ejercicio de una competencia reguladora, a la cual luego se agrega una etapa de contratación pública, carece de asidero la pretensión de la Corte de construir este específico derecho haciendo caso omiso del marco legal. De otro lado, interpretar la derogación de una resolución proferida por la propia Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, como violación flagrante de la Constitución y de la Ley, revela un profundo desconocimiento de la naturaleza discrecional de las competencias asignadas a la comisión reguladora – lo cual de suyo no es inconstitucional -, la que se ajusta a las características propias de la materia sobre la que recaen. Un organismo regulador puede, en principio, derogar las normas generales dictadas por el mismo; lo contrario, equivaldría a constitucionalizar sus normas precedentes que tienen la misma jerarquía de las que se expiden con posterioridad.

5. En todo caso, la Corte no explica cómo asume competencia para examinar el acto general de derogación producido por la resolución 57 emanada de la Comisión Reguladora, cuya revocación ordenada por la Corte Suprema de Justicia, confirma. Según el artículo 6, numeral

5, del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela no procederá: 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

No se puede descartar que los actos generales expedidos por la indicada comisión, puedan violar la Constitución y la Ley. Sin embargo, la anulación de los mismos, por esos motivos, corresponde en principio a otra jurisdicción. El abuso de la discrecionalidad, debe probarse; no puede presumirse. Dentro del proceso previsto por la Ley, el juez administrativo es el encargado de establecer si se ha presentado una desviación de poder por parte del órgano administrativo regulador. La Corte Constitucional, a este respecto, se limita a prohijar la razón que aducen los demandantes para explicar el acto de derogación: aplacar la presión del sindicato de Telecom. No obstante, no analiza los motivos expuestos por las autoridades reguladoras: inseguridad jurídica sobre el alcance de sus propias competencias. En relación con esto último, no puede dejar de mencionarse que contra los actos reguladores de la comisión, dictados en ejercicio de sus competencias, se instauraron numerosas demandas ante el Consejo de Estado, algunas de las cuales prosperaron, previa la declaración de la excepción de inconstitucionalidad de la ley que traza las funciones del organismo regulador, hecha por la máxima autoridad de l

a jurisdicción contenciosa administrativa. Por consiguiente, entrar a precisar y juzgar la motivación y de ella deducir la conformidad del acto general, es una materia que escapa a la competencia del juez constitucional y que reviste una complejidad innegable.

6. La Corte en la sentencia no hace la debida distinción sobre si enfrenta un problema de igualdad en la producción del derecho o en la aplicación del derecho. Dado que la demanda se refiere a los actos normativos que expide la comisión reguladora y, concretamente, se centra en la resolución 57 que deroga la resolución 54, ambos actos normativos generales, es evidente que, si en gracia de discusión, lo que estaba en juego era la violación del derecho a la igualdad, el fenómeno se reducía a establecer si en la creación del derecho, por parte de la comisión, se había quebrantado el mencionado derecho. Como se expone en detalle en la segunda parte, la aplicación del test de igualdad reiteradamente seguido por la Corte, en modo alguno conduce a la conclusión a la que llega la sentencia en el sentido de que se hubiese violado la igualdad. Por lo demás, no es posible, desde el punto de vista subjetivo,

plantear un término de comparación entre regímenes diferenciales para Telecom y los restantes operadores, puesto que la Resolución 37 – sobre telefonía local – no tiene como destinatario a esa empresa, sino que se aplica a todos por igual; de otro lado, la Resolución 57, se refiere a los sujetos que pretenden ser “nuevos operadores del servicio de larga distancia”, y no se aplica a Telecom que es antiguo operador por virtud de leyes anteriores. Se desvanece la queja de los demandantes de que a Telecom se le permitió entrar a prestar el servicio de telefonía local – la verdad es que la ley y la comisión extendieron esta facultad a todos -, mientras que a los demás operadores se les ha negado el acceso al servicio de larga distancia, pues en este caso para éstos se requiere, porque así lo señala la ley, de concesión o licencia, es decir, no pueden hacerlo de manera automática. En cambio, la presencia y participación de Telecom en el mercado de larga distancia, es legítima e incuestionable, puesto que la prestación de un servicio público no puede interrumpirse mientras concluye el proceso de apertura y, además, porque ella obedece a permisos y autorizaciones originados en leyes anteriores.

Pero, si se alegare, que la vulneración de la igualdad se verifica en la aplicación de la ley, tampoco se puede sustentar el aserto de la Corte, puesto que la ley en este punto carece de contenido, ya que se limita a configurar una competencia reguladora general que radica en cabeza de la comisión y, de otra parte, el acto de derogación en sí mismo se proyecta sobre el ámbito de regulación general configurado previamente por el mismo órgano y no afecta situaciones concretas e individualizadas, las que sólo podrían haberse conformado con posterioridad.

En fin, sobra precisar que la función administrativa que se traduce en actos individuales o generales, debe sujetarse entre otros principios al de igualdad (C.P. art. 209). Por consiguiente, el contencioso de la igualdad, no es un cometido exclusivo del juez constitucional. Con otras palabras, la sola circunstancia de que contra el acto de la administración se dirija un cargo de violación de la igualdad, no significa que el juez competente para conocer del mismo sea siempre el juez de tutela.

[2]

Texto de la ponencia original

1. Solicitudes de Tutela

En diferentes días de los meses de mayo y junio de 1997, los gerentes y representantes legales de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá; Empresas Municipales de Cali (EMCALI); Empresas Públicas de Pereira, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A, interpusieron acción de tutela contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Consideran que la Comisión vulnera el derecho a la igualdad de la empresa que representan, porque mientras le permite a TELECOM tomar parte en el servicio de telefonía local, le impide a las empresas actoras en el proceso entrar a competir en el servicio de telefonía de larga distancia. La omisión en expedir la regulación que autorice a las empresas demandantes competir con TELECOM, otorga a ésta una protección injusta de su posición dominante.

Las empresas peticionarias solicitan que el juez de tutela le ordene a la demandada expedir de manera inmediata la reglamentación necesaria para que se promueva la competencia en la prestación del servicio de telefonía de larga distancia.

Señalan los actores que para la prestación del servicio de telefonía, tanto local como de larga distancia, es preciso que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida la correspondiente reglamentación, tal como lo señalan la Ley 142 de 1994 y las resoluciones 001/93 y 013/94, expedidas por la Comisión. Mediante la resolución 036 de 1996, la Comisión expidió la reglamentación necesaria para la prestación del servicio domiciliario de telefonía local la cual permite a TELECOM prestar dicho servicio en todos los municipios de Colombia, incluidas las ciudades de Santiago de Cali y su zona de influencia; Pereira; Bogotá y Soacha; Bucaramanga; Medellín y algunos municipios de Antioquia; y Chocó. Sin embargo, la Comisión no ha hecho lo correspondiente para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá señala, además de lo anterior, que, según lo dispone la Ley 142 de 1994, es obligación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones”(74.3a) y “reglamentar la concesión de licencias de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se obrarán por la concesión”(74.3d).

Los actores sostienen, igualmente, que en el artículo 25.9 de la resolución 28 de 1995,

expedida por la Comisión, se señaló que los nuevos operadores del servicio de telefonía de larga distancia iniciarían operaciones, a más tardar, el 1 de diciembre de 1996. Sin embargo, a pesar de que entre finales de 1995 y el 3 de junio de 1996 se expidieron algunas resoluciones reguladoras de este asunto, desde el 9 de noviembre de 1996 se dejó de reglamentar la materia.

Consideran que la omisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia “genera una ventaja ilegítima en cabeza de TELECOM”, por cuanto mientras que esta empresa puede prestar su servicio de telefonía local en Cali, Pereira, Bogotá y Soacha, Medellín, Bucaramanga y Antioquia, las empresas que representan no tienen oportunidad de competirle en el servicio de telefonía de larga distancia. Lo anterior las coloca en una situación de indefensión, pues no tienen mecanismos para impedir dicha ventaja de TELECOM.

Sostienen, además, que el Ministro de Comunicaciones, el Viceministro y el coordinador de la Comisión, en una declaración del 26 de febrero de 1997, reconocieron que era “legal, legítima y justa la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la competencia en el servicio de larga distancia nacional e internacional”. El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá agrega, en su escrito, que la importancia de dicha declaración es que antes de emitida, “ni siquiera se reconocía a la E.T.B ni a las empresas locales la oportunidad de poder prestar el servicio de telefonía básica de larga distancia, no como entidad descentralizada – no obstante lo dispuesto en el citado art. 15.6 de la Ley 142 – ni como empresa de servicios públicos – pues solo podía ser socia con un determinado porcentaje de una empresa que se constituyera al efecto -”.

El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá manifiesta, asimismo, que, a pesar de la existencia de la declaración del Ministro de Comunicaciones, la vulneración a la igualdad de oportunidades persiste. Ello por cuanto se ha manifestado que la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la telefonía de larga distancia e internacional solamente puede ser atendida dentro del marco de la ley, lo cual implica que requiere de la reglamentación respectiva y de la obtención de la licencia de concesión que expide el Ministro de Comunicaciones.

Los peticionarios expresan que el trato desigual denunciado se evidencia en el discurso del

Ministro de Comunicaciones del 30 de abril de 1997, en el que señaló que la promoción de la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia estaba sometida a las reglas que TELECOM había pactado con sus sindicatos en la Convención Colectiva del 8 de agosto de 1996. Consideran que la Convención es un acuerdo bilateral entre tales partes y que la misma no vincula legalmente a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ni a las empresas demandantes.

2. Admisión de las demandas y pruebas solicitadas

2.1 – El 23 de mayo de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia admitió la tutela presentada por el gerente de las Empresas Públicas de Medellín y ordenó recibir los testimonios de Oscar Gómez Gallego y José Joaquín Zuluaga Zuluaga. En la misma fecha, el Tribunal de Bogotá admitió la tutela presentada por el gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

– El 5 de junio de 1997, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali admitió la tutela presentada por el gerente de las Empresas Municipales de Cali (EMCALI) y dispuso oficiar al Ministro de Comunicaciones y al coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que expidieran una certificación jurada sobre algunos aspectos señalados por el actor en la tutela.

– El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira admitió la tutela presentada por las Empresas Públicas de Pereira y solicitó al Ministro de Comunicaciones la presentación de un informe acerca de la omisión a que el actor hacía referencia. Asimismo, le ordenó al coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que remitiera copia de la actuación relacionada con la petición de la actora para que se expidiera la reglamentación comentada. También le solicitó a las Empresas Públicas de Pereira que remitieran copia de las peticiones dirigidas a las autoridades competentes, a las que hace mención en su escrito de tutela. Adicionalmente, el 11 de junio, ordenó recibir testimonio sobre los hechos de la tutela al ingeniero Hernán Roberto Meneses Marín.

– El Juzgado Once Civil Municipal de Bucaramanga remitió al Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá el proceso adelantado por las Empresas Públicas de Bucaramanga. Este juzgado admitió la tutela el 20 de junio de 1997 y le ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que remitiera distintos documentos.

- El Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá admitió la tutela presentada por el representante legal de EDATEL S.A y ordenó recibir la declaración de la señora Beatriz Elena Henao Quintero, secretaria general de la empresa.

2.2 a) El ingeniero Hernán Roberto Meneses Marín - asesor de las Empresas Públicas de Pereira en materia de telecomunicaciones - relacionó en su declaración las gestiones realizadas por las Empresas Públicas de Pereira y otras empresas ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones. Enfatiza la importancia que para las Empresas Públicas de Pereira tiene el servicio de larga distancia, como se evidencia en el hecho de que los ingresos que se obtienen por este concepto son equivalentes al 40 y el 45% de los ingresos totales del servicio de telecomunicaciones. Sostiene que las Empresas Públicas de Pereira han realizado inversiones de carácter técnico, administrativo y comercial para poder brindar ese servicio, razón por la cual se ven perjudicadas al no ser autorizadas para prestarlo. En este sentido sostiene:

Adicionalmente, el asesor de las Empresas Públicas de Pereira critica el trato desigual instaurado al establecer el cargo de acceso que debe pagar Telecom por cada minuto de utilización de la red de las Empresas. Este cargo fue fijado por la resolución 34 de la CRT en la suma de 30 treinta pesos por minuto, suma que contrasta con la que la CRT fijó para los operadores celulares -35.97 pesos-, “lo cual es abiertamente favorable a Telecom toda vez que en el año 96 se cursaron más de 200 millones de minutos por la red de Empresas Públicas a Telecom”.

El asesor de las Empresas Públicas de Pereira sostuvo, igualmente, que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro han expresado que la Empresas Públicas de Pereira podrán prestar el servicio de telefonía de larga distancia cuando se reglamente el proceso y se otorguen las licencias. Sin embargo, señala que la reglamentación que expidió la Comisión fue derogada por la resolución 57 de noviembre de 1996, resolución que deja sin fecha cierta el proceso de apertura y que no está debidamente motivada. De otro lado, al referirse a la resolución 28, que establece las condiciones generales para la competencia en larga distancia, manifiesta que dichas condiciones conducen a discriminar a las empresas de teléfonos locales en beneficio de sociedades extranjeras.

b) El Tribunal Superior de Antioquia recibió el testimonio del señor José Joaquín Zuluaga

Zuluaga, especialista en planeación de telecomunicaciones y empleado de las Empresas Públicas de Medellín. En su declaración, señaló que desde la expedición del decreto 1990 de 1990 se permite la competencia en los diferentes servicios de valor agregado, telefonía celular, telefonía local y el servicio de larga distancia nacional e internacional. Este decreto fue reglamentado, entre otros, por los decretos 1794 de 1991 y 2121 de 1992. Posteriormente, con la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994 se consagra el objetivo de la competencia y la igualdad en la prestación de los servicios públicos y se otorga a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la función de promover dicha competencia. En este sentido expone el declarante:

“esta comisión ha expedido una serie de resoluciones, entre ellas algunas que regulan la competencia en lo que es el mercado de la telefonía local como es la resolución n° 36. Con esta resolución está claro que cualquier persona jurídica puede prestar el servicio de telefonía local con las mínimas condiciones y libre competencia. Con base en estas resoluciones, Telecom ha venido entrando en los diferentes locales del país y concretamente en el mercado local de las EEP de Medellín a competirnos en la prestación de servicios de telecomunicaciones a nivel local. Esto le da la ventaja a Telecom con nuestra empresa, porque podrá ofrecerle a los usuarios de nuestra área de atención todos los servicios que está prestando, ya que se le está respetando a esta empresa el derecho que le da la ley a competir libremente en nuestro mercado. ¿Qué pasa con EEP de Medellín ? La ley y la Constitución le dan exactamente los mismos derechos, teóricamente podría prestar servicio local, servicio de valor agregado y larga distancia nacional e internacional”.

Se extiende, asimismo, sobre el servicio que prestan las Empresas Públicas de Medellín, y sobre las razones que tienen para exigir que se abra el mercado:

“En Colombia existen aproximadamente unas 30 empresas locales de comunicaciones, una de las cuales es EEP de Medellín, y una empresa nacional que es la titular y dueña del servicio y de las redes a nivel nacional que es Telecom. Cuando un usuario desde su casa desea hacer una llamada de larga distancia tanto nacional como internacional, marca unos códigos o números y lo que hace es que la Empresa local le enruta su comunicación hacia la Empresa de larga distancia, quien la enruta nacional e internacionalmente hasta el usuario final. Queda claro entonces que el dueño de la llamada de larga distancia es Telecom, en el caso colombiano, y la empresa local sólo presta la red de acceso o red local para llegar a esa

Empresa Nacional o internacional. Empresas Públicas solicita que ella pueda tener su red nacional e interconectar nacional e internacionalmente, porque con la nueva reglamentación Telecom puede construir sus propias redes para acceder a la red de larga distancia, y va del usuario inicial al final, esta es la competencia, pero pedimos que sea para todos. Que así como a Telecom se le permite manejar el negocio completo, que a las EEPP de Medellín se le permita manejar el negocio completo, porque será la única forma en que se podrá competir. Si no se nos respeta ese derecho a la igualdad, la empresa a mediano plazo verá muy comprometida su supervivencia. Adicionalmente el usuario se verá privado de múltiples cosas a las cuales tiene derecho, como: múltiples proveedores, mejores tarifas, mejores servicios y más eficientes, pero en última instancia su libertad a escoger de quién quiere comprar un servicio final”.

Ante la pregunta de por qué la Comisión no ha reglamentado el servicio de larga distancia, el declarante responde que, si bien existe negligencia por parte de la Comisión, también existen otras razones para no reglamentar:

“El presidente de la junta directiva de Telecom es el Ministro de Telecomunicaciones y el presidente de la Comisión de la junta de telecomunicaciones es también el Ministro de Telecomunicaciones. Si se reglamenta o se le da el derecho que tenemos todos a competir en este proceso de larga distancia, el perjudicado entre comillas sería Telecom. Esto convierte al ministro como juez y parte en el proceso, ya que por una parte tiene la facultad como jefe de la comisión de regulaciones de promover la competencia, pero al mismo tiempo como presidente de la junta de Telecom puede promover para que la misma no se lleve a cabo. Este doble papel del ministerio lo hemos alegado y manifestado en varias oportunidades por las EEPP de Medellín, pero no hemos sido escuchados, solicitamos que se independicen estos dos papeles para que pueda haber una sana competencia. Otra razón que uno podría pensar que se puede dar para que no se haya reglamentado la competencia es que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en general el gobierno, le tienen miedo a un paro de Telecom y el sindicato de Telecom ha amenazado con paralizar el país si no le dejan el monopolio por determinado tiempo; cuando dicen que vamos a estudiar la conveniencia de que haya o no competencia en el país, lo que es absurdo porque lo dice quien ostenta el monopolio. Una tercera razón sería una falta de voluntad general del gobierno”.

Por último, manifestó que el ministro de Comunicaciones ha expresado que se debe cumplir la convención colectiva suscrita entre Telecom y su sindicato, en el sentido de que antes de abrir el mercado de la telefonía nacional e internacional se debería realizar un estudio acerca de la conveniencia de esta medida. Las empresas locales demandaron dicho acuerdo ante el Consejo de Estado, pero éste inadmitió la demanda, con el argumento de que las empresas demandantes, entre ellas las EEPP, no estaban legitimadas para demandar un acto que solo ataba a las partes.

c) El Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá recibió la declaración de la secretaria general de EDATEL. Ella relató que, desde antes de la expedición de la Ley 142 de 1994, en los planes del gobierno se había determinado la apertura en el sector de telecomunicaciones. Luego de la expedición de la ley se obligó a las empresas de servicios públicos “a tener unos índices de cobertura y a realizar inversiones mucho más altas de las que podía hacer durante el monopolio”. Igualmente, se ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que reglamentara la larga distancia nacional e internacional. La Comisión reglamentó en un principio, pero luego derogó dicha reglamentación y “suspendió el acceso a las empresas telefónicas, entre ellas Edatel, a un análisis de conveniencia de la apertura que iba a hacer el sindicato, sabiendo que la autoridad competente que ya lo había hecho era el Congreso”.

Sostuvo la declarante que EDATEL tiene la misma infraestructura que TELECOM para prestar el servicio nacional de teléfonos:

“En cumplimiento de la ley 142, EDATEL, antes Empresas Departamentales de Antioquia, EDA, se preparó para prestar dicho servicio, mediante una capitalización y además se han hecho grandes inversiones en equipos, e infraestructura de redes externa e internas, para responder a las exigencias y a la dinámica que ha tomado el sector de las telecomunicaciones, en este sentido podemos afirmar que, con todos los mecanismos que trae la ley 142 sobre interconexión, Edatel podría prestar el servicio de larga distancia. Edatel no posee exactamente toda la infraestructura que tiene Telecom, ya que Telecom atiende muchos departamentos del país, pero es la única empresa que presta el servicio de telefonía en una extensión tan grande como el departamento de Antioquia y, por lo tanto, su red de transmisión técnicamente es muy similar a la de Telecom, a diferencia de otros locales que con unas pequeñas inversiones podrían prestar dicho servicio, la infraestructura y la

experiencia en transmisión es excepcional en el país. Y en esta forma ha sido reconocida tanto por Telecom como por los órganos de regulación”.

3.- Contestaciones de las demandas y respuesta a cuestionarios

3.1 -El 6 de junio de 1997, el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones contestó la acción de tutela instaurada por el gerente de las Empresas Públicas de Pereira. En primer lugar, destaca que el derecho a la competencia está consagrado en la C.P en el artículo 333, al igual que en el artículo 10 de la Ley 142, que dispone que: “Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Igualmente, la Ley 142 establece que se requiere una licencia para poder prestar el servicio de larga distancia y que las empresas telefónicas locales están en competencia. Agrega que dentro de las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones está la de abrir la competencia.

El coordinador cita las funciones generales y específicas de la Comisión. Dentro de estas últimas se encuentran las siguientes:

“Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la ley 142 de 1994”.

“Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión (art 100 y art 74.3d)

De otro lado, señala que la Comisión es una Unidad Administrativa Especial (decreto 2122/92), con independencia administrativa, técnica y patrimonial (Ley 142/94).

Finalmente, hace un recuento del proceso regulatorio de la apertura hacia nuevos operadores. En este marco, sostiene que en diciembre de 1996 se paralizó el proceso de apertura, con la expedición de la resolución 57. Esta derogó la 54, resolución con la que

había concluido el trabajo regulatorio de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en la cual se solicitaba que el Ministro de Comunicaciones estableciera, dentro de los siguientes 60 días, un cronograma. Señala que el Ministerio llegó a un acuerdo con el sindicato para la realización de dicho cronograma.

Argumentos similares son utilizados por el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para contestar las otras acciones de tutela instauradas contra la Comisión.

3.2. – El 16 y 24 de junio de 1997, la apoderada del Ministerio de Comunicaciones contestó las acciones de tutela instauradas por EMCALI y las Empresas Públicas de Bucaramanga, respectivamente. En primer lugar, asevera que no hay violación al derecho a la igualdad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado acerca de cuándo se presenta un tratamiento diferenciado. Seguidamente, señala que el sector de las Telecomunicaciones se encuentra actualmente en un proceso de apertura del servicio público de telefonía de larga distancia nacional e internacional, proceso que ha respetado los principios constitucionales y legales sobre la materia.

Sostiene que la apertura de la competencia está sujeta a la previa reglamentación y concesión de licencias para el establecimiento de operadores, según lo disponen la Ley 142 /94 y las resoluciones 028, 032, 033, 035, 039 y 044. Señala que “alguna de esta reglamentación ha sido demandada, motivo por el cual la CRT ha sometido la continuación del proceso de apertura para la prestación del servicio de larga distancia, a la decisión final que los organismos jurisdiccionales tomen al respecto. Mal podría continuar con la aplicación de dicha reglamentación, si aun no se sabe, qué de lo ya reglamentado, quedará vigente”.

Manifiesta que no es cierto que con la expedición de la reglamentación del servicio de la telefonía local y local extendida se haya generado una ventaja en favor de Telecom, porque a pesar de que no se ha reglamentado el servicio de larga distancia, la Comisión ha expedido otras resoluciones con el objeto de regular y propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones:

“Es cierto que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió, entre otras, la resolución 26 de 1995, por la cual se establecen medidas de protección de los servicios de telefonía básica pública conmutada local y local extendida, pero igualmente es cierto que con

el fin de cumplir con las funciones a ella asignada, esta entidad, ha venido expidiendo una serie de resoluciones cuyo objetivo general tal como lo dispone el artículo 2 de la resolución 001 de 1993, es “regular y propiciar la competencia para que las operaciones del sector sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad”, de funciones que posteriormente se establecieron de manera más específica en la resolución 13 de 1994. En este sentido puede consultarse la resolución 028 de 1995”.

Sostiene igualmente, que la ley ha otorgado un trato diferencial a los operadores de larga distancia nacional e internacional y a los de telefonía local y local extendida; al respecto la Ley 1900 de 1990 en sus artículos 35 y 37 estableció que:

Artículo 35: “Las telecomunicaciones entre localidades del territorio nacional podrán hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones”.

Artículo 37: “La prestación de los servicios básicos internacionales se hará exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

Parágrafo: También podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios, empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, en las cuales participen asociaciones, conformadas por entidades descentralizadas”.

De acuerdo a esta normatividad, el único ente del orden nacional autorizado para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional era TELECOM. Con la nueva Constitución se inició un proceso de apertura a nuevos operadores, que continuó con la expedición de la Ley 142 de 1994, a través básicamente de los artículos 10 (libre competencia) y 22 (reglamentación) que exigieron que dichos operadores se ajustaran a las reglas establecidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En otras palabras, señala la apoderada del Ministerio, la Ley 142 permite a TELECOM “la prestación del servicio de telefonía local y local extendida en cualquier parte del país obteniendo de las autoridades competentes las licencias, mientras que a las otras personas, que quieran

prestar el servicio de larga distancia nacional e internacional, la ley las somete a una previa reglamentación por parte de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones”.

Finalmente, la apoderada del Ministerio manifiesta que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones inició el proceso regulatorio con la resolución 14 de agosto de 1994, en cumplimiento del mandato que le impuso la Ley 142 de 1994, en el sentido de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y de señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión. Sin embargo, en 1996, a raíz de las demandas que se presentaron ante el Consejo de Estado, se suspendió la resolución 28 de 1995, y con la resolución 54 se concluyó, en términos generales, la reglamentación del proceso. Posteriormente, en razón de un análisis de la situación política y de orden público, se produjo la derogatoria de la resolución 54 y la expedición de la resolución 57.

El Ministerio contestó en el mismo sentido la demanda instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá. Al escrito de contestación se adjuntó la respuesta del Ministerio a una comunicación que le dirigiera el gerente de dicha Empresa, el 15 de mayo de 1997.

En su respuesta al gerente de la E.T.B., el ministro señaló, en primer lugar, que las facultades radicadas en cabeza de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para reglamentar la concesión de licencias para la prestación de los servicios de Telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de este servicio para ejercer el derecho, “no tienen límite de tiempo para efectos de su implementación, sin que esto quiera decir que el Gobierno Nacional a través del Ministro de Comunicaciones, quien preside la Comisión de Regulación, no se haya propuesto reglamentar dicho acceso en un período razonable y cuyo cronograma en la actualidad se está cumpliendo”.

Sostuvo también el Ministro en su carta que, aunque esta facultad había sido ejercida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a través de la expedición de las resoluciones 32, 33 y 40 de 1996, mediante la resolución 046 de 1996, “se decidió aplazar los términos del proceso de apertura para la prestación del servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, en razón de la suspensión provisional proferida por el Consejo de Estado, de

algunos artículos de la resolución 32”.

Señaló que Telecom celebró con sus trabajadores, en 1996, una convención colectiva en la que se acordó que la continuidad del proceso de apertura para la prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional se sometería a la realización de estudios y foros sobre la materia, como efectivamente manifiesta que se estaba llevando a cabo, con la intervención de expertos nacionales que representan al Gobierno, a Telecom y a sus trabajadores. Añade que este proceso continuará “hasta tanto las autoridades no declaren la ilegalidad de la realización del estudio y los foros respectivos”.

El Ministro expresó que el Gobierno Nacional reconocía la importancia que tenía el proceso de apertura para el desarrollo del país; igualmente, sostuvo que el aludido proceso debe adelantarse en el marco de la ley y de los compromisos adquiridos “bajo unas condiciones que le permitan a la empresa privada entrar a prestar el servicio, pero al mismo tiempo le asegure a TELECOM una competencia justa, tal como se adelanta en la telefonía local y que tantos beneficios le ha traído a los consumidores colombianos”.

Según el Ministro, la competencia debía desarrollarse de acuerdo con los términos que fijaran la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la licencia a expedir por el Ministerio de Comunicaciones. Advertía que el no acatamiento de estas condiciones acarrearía la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 50 y siguientes de la Ley 1900 de 1990:

“tales como suspensión inmediata de operaciones y el consecuente decomiso de los equipos, puesto que en la actualidad el único operador autorizado para prestar los servicios de larga distancia, es TELECOM. Cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional sin autorización previa y expresa del Ministerio de Comunicaciones, estaría operando clandestinamente y además de las sanciones mencionadas, los funcionarios respectivos podrían incurrir en falta disciplinaria y/o penales”.

4.- Sentencias de primera instancia.

4.1 El 6 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la acción de tutela presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe

de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El Tribunal señala que aunque la tutela no procede, en principio, como instrumento para lograr el cumplimiento de leyes o resoluciones, objetivo que debería perseguirse a través de la acción de cumplimiento, es procedente interponerla cuando la vulneración de un derecho fundamental “no es exclusiva o que el no cumplimiento de la norma constituya una lesión o amenaza al derecho fundamental del accionante”. Adicionalmente, juzga procedente la tutela aplicando el criterio residual, ya que la acción de cumplimiento “no ha sido desarrollada ni reglamentada”. Sostiene que si esta acción estuviera reglamentada, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá podría recurrir a ella para “obtener la ejecución de lo mandatos contenidos en la Ley 142 de 1994 que dispone la apertura a la libre competencia, en desarrollo de claros preceptos constitucionales, como lo son los artículos 75 y 333, para que por la autoridad competente se dictara la reglamentación necesaria para la concesión de licencias para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional”.

Considera que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulneró el derecho a la igualdad de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá al reglamentar la telefonía local y omitir expedir la reglamentación correspondiente para la larga distancia nacional e internacional. Sostiene que, a diferencia de lo que se expresa en las intervenciones del Ministro de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el servicio de telefonía local no es libre, circunstancia que se evidencia con la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y con los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

Para la Sala del Tribunal de Bogotá, existe un trato diferente otorgado a TELECOM frente a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, pues mientras que a la primera se le ha permitido competirle a la segunda en el campo de la telefonía local, a ésta no se le permite competirle a aquélla en el servicio telefónico de larga distancia. Este trato no tiene una justificación razonable, ya que no cumple ni con el principio de neutralidad ni con la prohibición de la utilización abusiva de la posición dominante, ambos consagrados en la Ley 142 de 1994. La justificación esbozada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – el cumplimiento de la convención colectiva pactada entre TELECOM y su sindicato – no es admisible para el Tribunal, porque “busca extender los efectos interpartes de un negocio

jurídico a terceros, con claro desmedro de preceptos legales y constitucionales”.

La Sala Civil del Tribunal de Bogotá ordena que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, “proceda a elaborar un cronograma de actividades tendientes a que en el término máximo de tres (3) meses, se tomen las medidas pertinentes, para que se restablezca el derecho a la igualdad de las empresas de telecomunicaciones, en cuanto a la prestación de los servicios telefónicos local y de larga distancia en el distrito capital de Santa Fe de Bogotá y Soacha”. Aclara que el amparo constitucional se circunscribe a la situación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque, además del efecto interpartes de la tutela, “es claro que solo frente a dicha entidad existe el actual trato discriminatorio”.

4.2- El 10 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia resolvió, en el mismo sentido que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la acción de tutela presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Se aparta de la decisión el magistrado Jairo Alberto Ramírez Giraldo, quien salva su voto. En su escrito, sostiene que la acción de tutela no es procedente cuando la orden que se imparte es el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general o abstracto, ya que en este caso procede la acción de cumplimiento. Recalca que el artículo 2 del decreto 306 de 1992 dispone que “la acción de tutela no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”. Señala que el Tribunal, al disponer que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones debe cumplir con las funciones especiales previstas en el artículo 74 de la Ley 142 de 1994, ha “ordenado la expedición de un acto administrativo de carácter general, orden que solo es posible impartir en desarrollo de una acción de cumplimiento”.

Para el magistrado, la una única forma de proteger el derecho invocado por las Empresas Públicas de Medellín es disponer:

“que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida las resoluciones pertinentes que permitan a las Empresas Públicas de Medellín competir, en igualdad de trato, con el monopolio estatal de TELECOM- así lo ordenó la mayoría de la Sala-, pues a esta última empresa ya no es posible suprimirle las concesiones o licencias obtenidas para competir en

la prestación del servicio de telefonía pública básica local, máxime cuando, para la extensión de las redes, ya ha adelantado intensos y monumentales trabajos en diversas ciudades del país. Pero, precisamente por eso, es que la acción de tutela invocada es improcedente: porque solo se puede restaurar el derecho violado disponiendo que se expidan actos impersonales y abstractos.”

4.3- El 18 de junio de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió la acción de tutela presentada por EMCALI contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Sostiene que a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se le asignó, mediante el decreto 1524/94, la función “de establecer los requisitos generales a los cuales deben someterse los operadores de servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional... y de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional”.

Señala que la reglamentación de la telefonía local fue debidamente expedida, hecho que permitió a TELECOM entrar a competir con EMCALI. Sin embargo, dado que la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia no ha sido expedida, “se le ha reconocido una posición monopólica en la prestación del servicio a TELECOM, lo cual constituye una clara vulneración al derecho a la igualdad de la entidad demandante con respecto a dicho servicio”.

Respecto al argumento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones acerca de que los acuerdos realizados ente TELECOM y sus trabajadores “son los que han incidido para detener el proceso de apertura del servicio de larga distancia, mediante la omisión de la correspondiente reglamentación”, sostiene el Tribunal que un acuerdo interpartes no puede oponerse para defender el incumplimiento de la ley y, además, “no excusa a la CRT por el incumplimiento notorio que, además, acepta, por factores que no pueden ser considerados para la persistente omisión, que ya va para más de tres años”.

El Tribunal, en consecuencia, concede el derecho a la igualdad de EMCALI y ordena a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, “tome las medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a la igualdad de Emcali con respecto a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia

nacional e internacional”.

4.4- El 17 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira concedió la tutela del derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Pereira. En su sentencia utiliza argumentos similares a los que desarrolló el Tribunal de Cali para concederle la tutela a EMCALI.

La Sala Civil del Tribunal de Pereira destacó, además, que la Ley 142 de 1994, al regular los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, consagra como principio el de la neutralidad, el cual dispone que “todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina la ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobados”. Por lo tanto, consideró que si las razones políticas o de orden público invocadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – que se remitían a la convención firmada entre Telecom y sus sindicatos – no se ajustaban a la Constitución y a la ley, se vulneraba el derecho a la igualdad de oportunidades de las Empresas Públicas de Pereira.

Añade que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones cuenta con todos los elementos de juicio para reglamentar la concesión de licencias, tal como lo señala el Ministro cuando manifiesta que, en diciembre de 1996, la firma Arthur D’little presentó el “Plan Nacional de Telecomunicaciones”, y que ya se han adelantado estudios para lograr la apertura en el menor tiempo posible.

La Sala Civil del Tribunal de Pereira ordena que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, “dicte la resolución pertinente enfocada a continuar el proceso de apertura que interrumpió y en el tiempo prudencial de tres (3) meses produzca la reglamentación para que las Empresas Públicas de Pereira puedan acceder a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y de reunir los requisitos legales pueda conseguir la licencia correspondiente”.

4.5 El 24 de junio, el Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá tuteló el derecho a la igualdad de EDATEL y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, dentro de las 48 horas siguientes, tomara las medidas indispensables para que en el lapso de sesenta días se hiciera efectivo el derecho a la igualdad de la empresa accionante. En sus

consideraciones sostiene que solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que justificara las razones para otorgar un trato diferente a EDATEL y TELECOM, y que en su respuesta al Juzgado dicha Comisión no brindó elementos de juicio suficientes para considerar que el trato diferente era razonable.

4.6 El 4 de julio de 1997, el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, anteriormente Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal, tutela los derechos de las Empresas Públicas de Bucaramanga. La parte motiva del fallo está dada en el mismo sentido que la del Tribunal de Cali para la tutela interpuesta por EMCALI. Asimismo, la parte resolutive coincide con las de los otros procesos descritos.

5.- Cumplimiento de los fallos de primera instancia

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dió cumplimiento a los anteriores fallos a través de diferentes resoluciones. En ellas adopta cronogramas de actividades, en los cuales básicamente se compromete a presentar a las empresas de telecomunicaciones, a los sindicatos, a TELECOM, a los interesados y a la opinión pública “un documento que contenga la evaluación de las ventajas y desventajas de varias estructuras y las condiciones para la apertura a la competencia del servicio de larga distancia”. Las resoluciones dictadas fueron: Proceso 141.334, resolución 071 del 19 de junio de 1997; proceso T- 141.745, resolución 070; proceso T- 141.785, resolución 068; proceso T-142.430, resolución 069; proceso 143.426, resolución 072; proceso T-143.410, resolución 078.

El Coordinador (E) de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones adjuntó a los diferentes procesos copia del documento denominado “Redireccionamiento de la Apertura”, el cual fue expedido en desarrollo de lo ordenado por varias de las resoluciones señaladas, y consiste en “la evaluación de las ventajas y desventajas de varias estructuras y las condiciones para la apertura a la competencia del servicio de larga distancia”.

6.- Escritos de impugnación y solicitudes de nulidad

6.1- El 17 de junio de 1997, se radicó la impugnación presentada por el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones contra la decisión del Tribunal de Bogotá; el 18 de junio de 1997, la presentada contra la decisión del Tribunal de Pereira; el 23 de junio de 1997, la presentada contra la decisión del Tribunal de Cali; el 16 de junio, la presentada

contra la decisión del Tribunal de Antioquia; el 27 de junio, la presentada contra la decisión del Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá; el 10 de julio, la presentada contra la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá.

El contenido de las impugnaciones es el mismo, razón por la cual se expondrán los argumentos de todas a continuación:

En primer lugar, considera la impugnante que los fallos se basan en un supuesto erróneo, cual es el de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha vulnerado el derecho a la igualdad de las empresas demandantes porque permitió a la única empresa que presta el servicio de larga distancia, TELECOM, entrar al mercado de la telefonía local y local extendida. Sostiene que fue la Ley 142 de 1994, con fundamento en la Constitución de 1991, “quien permitió el ejercicio de tal derecho, también sostenido por la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 art. 2”.

Seguidamente, el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones hace un análisis del régimen constitucional y legal de las comunicaciones y de los principios generales que se desprenden de dicha normatividad. Sostiene que la Constitución Política hace referencia al sector de las telecomunicaciones en los artículos 75 a 77. En cuanto al artículo 75, manifiesta que este recoge algunos criterios adoptados por la Ley 72 de 1989. Resalta que, tal como está consagrado en la Constitución, el espectro electromagnético es un bien público fiscal. En este sentido señala:

“Con base en la expresión ‘igualdad de oportunidades en el acceso al uso’ prevista en el artículo 75 de la C.P, consideramos que el constituyente quiso hacer del espectro electromagnético un bien público fiscal, ya que con dicha expresión refleja de manera clara el deseo de permitir la concurrencia de operadores estatales y particulares para llevar a cabo la prestación de servicios de telecomunicaciones, para este caso denominado telefonía pública básica conmutada (TPBC), de larga distancia (LD), nacional (LDN), internacional (LDI), derivados del uso del espectro electromagnético”.

Sobre el marco legal de las telecomunicaciones, manifiesta que existen dos regímenes diferentes que implican la aplicación de principios y autoridades diferentes. Por un lado, se aplica el régimen general de las telecomunicaciones – contenido en la Ley 72 de 1989 y en diversos decretos reglamentarios, entre ellos los decretos 1900 y 1901 de 1991 -, y de otro

lado, se aplica a los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones el régimen especial consagrado en la Ley 142 de 1994 – reformado por la Ley 286 de 1996-, por medio del cual se establecen las reglas aplicables a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias o conexas, incluidos los de larga distancia nacional e internacional y la telefonía local.

Los principios que rigen las telecomunicaciones se encuentran en la Ley 72 de 1989. En esta ley se consagra igualmente lo referente a la intervención estatal en las telecomunicaciones, a su objetivo principal y a la calidad de servicio público que ostenta. Por su parte, el Decreto 1900 de 1990, reglamentario de la Ley 72, consagra el estatuto general de las telecomunicaciones. Este decreto consagra, asimismo, el derecho a la competencia como base fundamental para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y establece las sanciones para quien impida dicha garantía. Adicionalmente, el decreto 1990 desarrolla los principios consagrados en la Ley 72 de 1989 y regula (en los artículos 6, 7, 8, 9, y 10) lo referente a la prestación del servicio y los principios que lo rigen. Además, en cuanto a quien puede prestarlo, dispone, en su artículo 36:

Artículo 36: “Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones”.

El Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, antes de referirse al derecho a la competencia en el régimen de las telecomunicaciones, señala que la Ley 142 de 1994 es la que regula de manera integral la materia de los servicios públicos domiciliarios, lo cual implica que las normas anteriores que le sean contrarias quedan derogadas. Considera como normas contrarias las siguientes: de la Ley 72, los artículos 1 y 5, que regulan la distribución de competencias y un régimen de reserva de la prestación del servicio en cabeza del Estado; del decreto 1990, el artículo 4, que contraría el artículo 10 de la Ley 142, y los artículos 34 a 37 que crean la reserva del Estado para la prestación del servicio. Asimismo, expresa que la Ley 142 derogó expresamente los numerales 17 a 21 del artículo 1 y los

artículos 2, 3, y 4 del decreto 2122 de 1992.

El decreto 1990 estableció, en su artículo 6, una garantía general de competencias: “El estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la prestación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones”. Igualmente, en el artículo 13 dispuso: “Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización plena de derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones”. El impugnante aclara que aunque estos artículos no hacen referencia a la protección de los consumidores, el artículo 2 del decreto 2153 de 1992 y el numeral 2.6 del artículo 2 de la Ley 142 sí lo hacen. Este último establece la libertad de competencia y la prohibición de hacer uso de la posición dominante; igualmente, los numerales 11.1 y 11.2 del artículo 11 de la ley se refieren a la prohibición de abusar de la posición dominante y de establecer prácticas monopolísticas.

Señala el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, para cumplir con las funciones que le han sido asignadas, esta Comisión ha expedido una serie de reglamentaciones sobre la competencia, tales como la resolución 014 de 1994, que consagró la prohibición para los concesionarios de larga distancia de abusar de la posición dominante en el mercado. Igualmente, expidió la resolución 036 de 1996, que estableció el régimen de competencia de los servicios públicos de Telecomunicaciones y el de protección de los derechos de los usuarios.

De otro lado, considera que es infundada la afirmación de las empresas de telefonía de que los servicios de telefonía de larga distancia y de telefonía local sean iguales. Agrega que la misma ley los considera diferentes. El artículo 74.3 d) señaló como función especial de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la reglamentación de la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional. Por lo tanto, manifiesta que fue la misma Ley 142 de 1994 la que estableció el esquema de prestación para los distintos servicios públicos, “exigiendo, para el servicio telefónico de larga distancia, la obtención de una concesión del Estado, y para la telefonía local exigió únicamente la debida constitución de la Empresa de Servicios Públicos y el cumplimiento de los artículos 25 y 26 de la ley”. Entonces “es la misma ley y no

la CRT la que prescribe sistemas diferentes para acceder a la prestación de los servicios de telefonía de larga distancia y para acceder a los servicios de telefonía local”.

“sencillamente la ley no estableció el derecho a prestar el servicio de larga distancia per-se, sino el derecho de acceder al mismo a través de la obtención de una concesión, previo cumplimiento de los requisitos que la CRT estableciera para el efecto, por lo que, en el presente caso se configura una especie de mera expectativa a prestar dicho servicio que solo se traducirá en un derecho, en la medida en que los aspirantes cumplan con las reglas del juego señaladas y ofrezcan las mejores condiciones para el país”.

Además de las condiciones anteriormente señaladas, se exige que la empresa esté constituida como Empresa de servicios públicos, “naturaleza jurídica que en la actualidad no ostenta la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá”. Señala también el impugnante que a través de la resolución 28 de 1995 se había permitido la participación, en forma indirecta, de empresas telefónicas locales en los nuevos concesionarios de larga distancia, además de unas restricciones en la participación accionaria, todo lo cual demuestra que aun cuando se permitía el ingreso de las empresas demandantes, éste estaba restringido.

6.2.- El 16 de julio de 1997, el apoderado de TELECOM impugna la decisión del Tribunal de Pereira, del 17 de junio de 1997; en la misma fecha lo hace para el proceso de las Empresas Públicas de Medellín; el 21 de julio de 1997, para la decisión del Tribunal Superior de Cali; el 22 de julio, para la decisión del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá; y el 31 del mismo mes, para la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá. Manifiesta el apoderado que TELECOM resulta afectado por las decisiones judiciales tomadas en relación con la prestación del servicio de telefonía de larga distancia, nacional e internacional, por cuanto es la entidad “que monopoliza la prestación de este servicio conforme con la legislación vigente”. Por lo anterior, considera que TELECOM tiene un interés legítimo para intervenir en los procesos y coadyuvar a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Acerca de la petición de las partes demandantes de que se ordene a una entidad adscrita a un Ministerio expedir un acto administrativo, señala que es una posibilidad que ha sido reducida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a dos casos. Por un lado, a la protección del derecho de petición, en donde se ordena dar respuesta a la petición elevada.

Y, por el otro, a aquellas situaciones que se presentan cuando una “entidad estatal se ha comprometido directa y expresamente con una comunidad a desarrollar obras o a adoptar medidas necesarias para garantizar su subsistencia”, tal como se ha presentado en las sentencias T-007 de 1995, T-142 y T-144 de 1995. Sostiene el apoderado que en ambos casos se trata de actos administrativos de carácter concreto, por lo que la tutela no es procedente cuando se trata de actos administrativos de carácter general. Pretender, como lo hacen las entidades demandantes, que un juez constitucional “ordene a un ente administrativo reglamentar la ley en un determinado sentido conlleva la violación de uno de los principios bases del estado moderno: el de la separación de las ramas del poder público”.

En segundo lugar, señala que se equivocan los tribunales al equiparar los servicios de telefonía local y de larga distancia, pues los numerales 14.26 y 14.27 del artículo 14 de la Ley 142 dispone que son diferentes. Asimismo, según la misma ley, la telefonía local queda cobijada en el régimen general establecido en el artículo 10, y la telefonía de larga distancia bajo artículos particulares, tales como el 74, que consagra las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entre las que se encuentra la de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional.

La diferencia de regímenes se fundamenta, por un lado, en que “la telefonía local no requiere, para su prestación, el uso del espectro electromagnético, mientras que la telefonía de larga distancia no puede existir sin emplear este bien público. En consecuencia la telefonía de larga distancia exige, a quien desee prestarlo, la concesión del uso del espectro electromagnético, a través de un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en los artículos 25 y 63 de la Ley 142”. Y por el otro, en que la ley establece requisitos diferentes para cada acto reglamentario, los cuales obedecen a las exigencias que impone el uso del espectro electromagnético. Expresa que en este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia T-081 de 1993.

Considera, además, que no se viola el derecho a la igualdad porque con el cumplimiento de ciertos requisitos se permite a la administración otorgar un trato diferenciado sin incurrir en discriminación. Así ocurre en el presente caso: “No hay una identidad en las materias que la CRT debe regular y la diferencia no se basa en un simple capricho del legislador sino en un

hecho que genera profundos efectos: la necesidad de acceder al espectro electromagnético”.

6.3. El 16 de julio, el apoderado de TELECOM solicita a la Corte Suprema de Justicia que declare la nulidad del proceso adelantado ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, en razón a que ni la acción de tutela interpuesta por las Empresas Públicas de Pereira ni el fallo del día 17 de junio de 1997 fueron notificados a TELECOM. En la misma fecha, solicita la nulidad de la sentencia del 10 de junio de 1997, dictada por el Tribunal Superior de Antioquia dentro del proceso de tutela promovido por las Empresas Municipales de Medellín. En los días siguientes solicita también la declaración de nulidad de las sentencias proferidas, el 4 y el 22 de julio, por los Juzgados Sesenta y Uno Civil Municipal y 68 Penal del Circuito de Bogotá, respectivamente.

6.4. El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá pide a la Corte Suprema la confirmación del fallo del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Sostiene que la tutela es procedente para el caso en cuestión, y que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulnera los derechos a la igualdad de oportunidades y a la libre competencia de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque no existen razones que justifiquen la omisión de la accionada de promover la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia.

Solicita a la Corte Suprema conceder la tutela como mecanismo transitorio, porque la empresa sufre un perjuicio irremediable, tal como lo demuestra la copia de una certificación del Citibank que adjunta al expediente, en la que se hace una estimación acerca de la pérdida del valor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá por la entrada al mercado local (Bogotá y Soacha) de la empresa Capitel, suma que es superior a los US \$ 205 millones.

Igualmente, el gerente adjunta al expediente la resolución 002196 del 14 de junio de 1996, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se otorgó a Telecom licencia para hacer uso del espectro electromagnético, para que operara el servicio de telefonía local de Santa Fe de Bogotá y Soacha, por el término de 10 años.

También la apoderada de EDATEL, en un escrito redactado en el mismo sentido, pide al Tribunal Superior de Bogotá, confirmar el fallo del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá.

7.- Solicitud de pruebas y fallos de segunda instancia

7.1 El 15 de julio de 1997, en el marco del proceso T-141334, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ofició al Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que respondiera algunos interrogantes y para que adjuntara información concreta sobre el estado actual de la reglamentación sobre la competencia en el campo de la telefonía de larga distancia.

En su respuesta, el coordinador señaló, en primer lugar, que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “ha expedido diversos actos administrativos relacionados con la regulación de la libre competencia para la prestación del servicio de larga distancia. Tales son la resoluciones números 028/95, 032/96, 033/96, 035/96, 038/96, 039/96, 044/96, 054/96 y 057/96”. Además, precisa que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha expedido una serie de resoluciones que dan cumplimiento a los fallos de tutela dictados sobre las demandas interpuestas por diferentes empresas públicas contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En segundo lugar, manifestó que la resolución 028 de 1995 había sido demandada ante el Consejo de Estado, sin que se hubiera decidido aún sobre la petición de nulidad. Aclara que la resolución 014 de 1994 también había sido demandada ante dicho tribunal.

A la pregunta de la Corte sobre el estado administrativo actual del proceso de regulación de la telefonía de larga distancia, el apoderado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones responde:

“El 15 de julio de 1997 culminó la etapa que se le concedió a los interesados para que tuvieran la oportunidad de presentar sus comentarios o recomendaciones sobre el esquema de tal regulación explicado en el documento titulado ‘REDIRECCIONAMIENTO DE LA LARGA DISTANCIA’, que la Comisión elaboró y puso a disposición de las empresas interesadas.

A partir del 16 de julio del presente año se inició la etapa de análisis de los comentarios que fueron recibidos por la CRT”.

Señala, además, que este trámite no ha sido suspendido por la Comisión. Aclara que la resolución 042, expedida por la Comisión y mediante la cual se había suspendido el proceso

de regulación para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia, perdió vigencia por la expedición de los actos administrativos posteriormente expedidos.

El apoderado de la Comisión adjuntó al expediente la resolución 014 de 1994, que reglamenta la prestación del servicio de telefonía básica de larga distancia nacional, y las resoluciones que dan cumplimiento a los fallos de tutela. Igualmente, se adjuntaron todas las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que tienen que ver con el servicio de telefonía de larga distancia.

Luego de recibida esta información, la Corte Suprema decidió solicitar a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado que informara acerca de las demandas presentadas en contra de las diferentes resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en lo que tiene que ver con el proceso de reglamentación sobre la prestación del servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia. En el escrito se pide se informe en cuáles procesos se ha decretado la suspensión provisional o la nulidad de los actos administrativos demandados, en especial en lo que tiene que ver con las resoluciones N° 028/95, 014/94 y 057/96.

El 23 de julio de 1997, la secretaría de la sección tercera envió la relación de los procesos, con la aclaración de que no se había podido establecer si además de las relacionadas existían otras, ni tampoco si se había demandado la resolución 057 del 9 de noviembre de 1996:

- Proceso 11857, solicitud de nulidad de la resolución 028 de 1995. El 7 de junio se negó la suspensión, decisión que se confirmó el 25 de julio. El proceso se encuentra desde el 30 de abril de 1997 en el despacho del consejero.
- Proceso 11855, solicitud de nulidad de las resoluciones 028 de 1995 y 32 de 1996. El 13 de junio se negó la suspensión. El proceso se encuentra desde el 24 de junio 1997 en el despacho del consejero vencida la etapa de alegatos y a la espera de reconocer personería al apoderado de Telecom.
- Proceso 11856, solicitud de nulidad de los artículos 5, 7, 8 y 9 de la resolución 028 de 1995. El 9 de mayo se negó la suspensión, decisión que se confirmó el 13 de junio de 1996. El proceso se encuentra desde el 3 de febrero de 1997 en el despacho del consejero, con el fin

de elaborar proyecto de sentencia.

- Proceso 11977, solicitud de nulidad de las resoluciones 028 de 1995 numerales 12.9 del art. 12, 24.6 del art. 24 y art. 36 y el artículo 2 de la resolución 32 de 1996. El 11 de julio se decretó la suspensión provisional del artículo 2 de la resolución 32 de 1996, que subrogó el inciso 2 del artículo 36 de la resolución 028/95. En la actualidad, el proceso se encuentra en período probatorio.

- Proceso 13380, solicitud de nulidad del acto administrativo contenido en la letra E del punto 2 del acta de acuerdo del 18 de febrero de 1997, por la cual el Gobierno Nacional adoptó, entre otras decisiones, la de no expedir normas en el sector de telecomunicaciones que violen la convención colectiva de trabajo vigente. El proceso se encuentra en el despacho del consejero desde el 20 de mayo de 1997, para decidir sobre la nulidad.

7.2. El 16 de julio de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación presentada contra el fallo del 6 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Modificó el fallo, confirmando el numeral 1° y ordenando a la Comisión que en un término máximo de 48 horas elaborara un cronograma para el proceso de concesión de licencias para telefonía de larga distancia, con el fin de ajustar los plazos previstos en la Resolución 054.

La Sala señaló que los criterios básicos que tuvo en cuenta el Congreso al expedir la Ley 142 de 1994 fueron, entre otros, el reconocimiento de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y el deber del Estado de asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, garantizando cobertura, eficiencia y calidad de los servicios. Expresó que el logro de estos objetivos dependía, en parte, de la libertad de entrada para quienes quisieran ofrecer los servicios públicos, además del ofrecimiento de garantías para la competencia en la prestación y de la existencia de “control sobre los prestatarios de los servicios en calidad de monopolio para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstrucciones burocráticas, y sanciones eficaces para los infractores de las normas”.

Seguidamente, la Sala resume las resoluciones que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había expedido antes de la interposición de la tutela bajo análisis, y observa que la derogatoria de la resolución 54, la cual regulaba el procedimiento de

concesión para que pudieran establecerse operadores de larga distancia, “paralizó el proceso de apertura en relación con este servicio, rompiendo así la igualdad frente a la competencia en la telefonía local, regulada a través de las Resoluciones 35 y 36”.

De otro lado, considera que las diferencias existentes entre los servicios de telefonía local y los de telefonía de larga distancia no implican que también la regulación de la competencia deba ser diferente porque:

“de un lado, se desconocerían principios rectores de la ley 142 de 1994 en cuanto a la eficiencia de los servicios, abuso de la posición dominante y consagración de monopolios, y de otra parte, se eliminaría toda posibilidad de libertad de competencia en el servicio de telefonía pública de larga distancia nacional e internacional, rompiéndose el respeto del principio de neutralidad con el fin de que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación del servicio y según lo fija claramente, como criterio orientador de la intervención estatal el numeral 3.9 del artículo 3 de la citada ley”.

Para la Sala, es clara la violación al derecho a la igualdad de oportunidades de las empresas demandantes: “dejar sin efecto la reglamentación tantas veces señalada, cuando expedirla oportunamente es una de las funciones que le corresponden por ley, y que, para el caso de la prestación del servicio de telefonía local por parte de TELECOM sí fue cumplida, es un claro acto de discriminación”.

Añade la Sala que la Ley 142 exige que las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos se funden en los motivos que determine la ley, y que además los motivos que se invoquen sean comprobados. Sin embargo, este mandato no se cumplió, puesto que el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro de Comunicaciones justifican la suspensión del proceso de apertura en razones de conveniencia, las cuales para la Sala no son “del todo bien explicadas, centradas según parece en el cumplimiento de las cláusulas de la convención colectiva firmada entre TELECOM y sus sindicatos” y, además, son inaceptables porque implica “subordinar a intereses de organizaciones sindicales la vigencia de la Constitución y la ley, así como el desconocimiento del postulado, también de rango constitucional, según el cual es deber de las autoridades organizar los servicios en la forma que mejor convenga a los usuarios”.

Concluye la Corte Suprema que la resolución 057, de noviembre 9 de 1996, es ineficaz, por

ser contraria a la Constitución, y que, por tal motivo, la resolución 054, del 1 de noviembre de 1996, recobra plenamente su vigencia “correspondiéndole a la Comisión, mediante cronograma que expida al efecto, hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos previstos en la citada resolución tengan cumplimiento en cada caso, teniendo en cuenta además los proyectos y observaciones presentados hasta la fecha en cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal”.

El 17 de julio de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación presentada contra el fallo del 17 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. El fallo es idéntico al anterior. En la misma fecha, la misma Sala confirma el fallo del 10 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia y cita el fallo del 15 de julio, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

De otro lado, el 4 de agosto, niega la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de TELECOM contra la decisión del Tribunal Superior de Pereira. Sostiene que no se vulneró el derecho de defensa de TELECOM, porque del hecho de que pueda intervenir en el proceso como coadyuvante no se desprende la obligación para el juez de citarlo al mismo, pues la tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El 29 de julio de 1997, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó en su integridad el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Este fallo de la Corte es muy similar a los anteriores, aunque agrega alguna información no contenida en aquellos. Por un lado, se añade lo referente a los procesos de nulidad que se encuentran en la Sección Tercera del Consejo de Estado contra las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, especialmente la 28 de 1995 y la 14 de 1994. Además, respecto a la resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, manifiesta la Sala que la Comisión decidió derogarla por medio de la resolución 057 de noviembre 6 del mismo año, sin motivación alguna, por cuanto la Comisión expone como única razón para la derogatoria que lo “ha considerado conveniente”, lo cual para la Sala es “violatorio de las exigencias que en el cumplimiento de sus funciones le impone la Ley 142 de 1994” y genera una desigualdad indefinida entre las demás empresas descentralizadas frente a Telecom, a la que le asegura un monopolio no permitido por la Constitución.

La Sala cita, igualmente, la sentencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, de julio 16 de 1997 (T- 141785), para sustentar su desacuerdo con el impugnante en el punto referente a que la prestación del servicio de telefonía local es igual que la de la telefonía de larga distancia.

Concluye que la resolución 057 del 9 de noviembre de 1996, es violatoria de la Constitución y la ley “debiéndose por tanto aplicar al respecto la excepción de inconstitucionalidad a fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del citado acto administrativo y cese la vulneración al derecho de igualdad cuyo amparo se reclama”.

De otro lado, el 6 de agosto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó integralmente el fallo del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá, y decidió no acceder a las pretensiones del apoderado de TELECOM.

El 19 de agosto, también el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá confirmó en su integridad el fallo del Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, que tuteló el derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. Aclara que aunque la Ley 393, del 29 de junio de 1997, reglamentó la acción de cumplimiento, al momento de interponerse la tutela tal reglamentación aún no se encontraba vigente, razón por la cual era procedente la acción de tutela.

En la misma fecha, deniega la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de TELECOM de la decisión del juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá y utiliza los mismos argumentos que la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema expuso al denegar la solicitud de nulidad propuesta por TELECOM contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

8. Cumplimiento de los fallos de segunda instancia

Mediante la resolución 081 del 18 de julio de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dio cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de segunda instancia del 17 de julio de 1997 – dentro de la acción de tutela promovida por las Empresas Públicas de Pereira -, que confirmó la sentencia del 17 de junio de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y estableció “un cronograma de actividades para poner en marcha de inmediato el

procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia nacional e internacional”. En la misma fecha, mediante la resolución 080 del 18 de julio de 1997, se dio cumplimiento a lo ordenado por la misma Sala en fallo de segunda instancia del 16 de julio de 1997 – dentro de la acción de tutela promovida por las Empresas de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá-, que confirmó la sentencia del 6 de junio de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Igualmente, mediante la resolución 079 del 18 de julio de 1997 se dio cumplimiento al fallo del 17 de julio de 1997, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo el 8 de septiembre de 1997, el Coordinador General de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo ordenado en el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial del 6 de agosto, y dando trámite a las resoluciones anteriormente expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en acatamiento de los fallos de tutela mencionados, adjunta la resolución 086, mediante la cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, de acuerdo a lo establecido en los literales c) y d) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

9. Aclaraciones y solicitudes de nulidad de los fallos de segunda instancia

9.1 El 22 de julio, el apoderado de TELECOM solicita aclaración de la sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de julio de 1997, fallada en favor de las Empresas Públicas de Pereira. Considera que la decisión tomada en ese fallo sería diferente si se hubieran considerado los siguientes aspectos: i) que el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones al responder la tutela señaló que la Comisión tiene previsto un contrato con la Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT – para realizar los ajustes finales al proceso y fijar las condiciones para que el Ministro de Comunicaciones y la Comisión expidan, respectivamente, las licencias y la reglamentación necesaria; ii) que la Comisión, en cumplimiento del fallo de primera instancia, elaboró el documento ‘redireccionamiento de la apertura’ y que aún no habían sido definidas las reglas del juego que regirían el proceso de apertura, por lo cual “no basta con la elaboración de un cronograma que permita hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos señalados en la Resolución 054 puedan tener cumplimiento, tal como lo señala el fallo”.

Considera que de la lectura del documento de “Redireccionamiento de la Larga Distancia” surgen interrogantes sobre aspectos fundamentales del proceso de apertura. Entre ellos se encuentran la determinación del monto a cobrar por el ingreso (valor de la concesión), el período de exclusividad para los nuevos concesionarios, la cobertura mínima del servicio, el plazo para el cubrimiento universal del servicio (todo el territorio nacional) y la forma de financiación del servicio universal (inversión social). Además, el mismo documento plantea objetivos no tenidos en cuenta al expedir la resolución 054, tales como: garantizar recursos para los fondos de pensiones, dar viabilidad a TELECOM y a las empresas locales, redireccionamiento de TELECOM, protección de los activos de la Nación, capitalización del sector, ordenamiento del sector o regulación balanceada. De otro lado, señala que la Comisión se encuentra actualmente realizando un estudio preliminar con la UIT sobre las tarifas a cobrarse por el pago de las licencias de larga distancia.

Finalmente el apoderado de TELECOM pide que se aclare la sentencia en los siguientes aspectos:

“a) La inaplicación de la Resolución 57 de la CRT, revive la Resolución 54 ya derogada, ¿Cuál es el fundamento jurídico para que el juez atribuya vigencia a la norma derogada?

b) Si la Resolución N° 54 no concluyó la regulación y la CRT llega a la conclusión que deben modificarse estructuras y condiciones ya existentes, por ser desventajosas e inconvenientes, ¿Puede la CRT modificar aspectos de la Resolución 54?

c) Si los elementos de la Resolución 54 y de las observaciones presentadas hasta la fecha de la sentencia, no son suficientes para elaborar la regulación, ¿Qué debe hacer la CRT?

d) Si la CRT no tiene elementos para la determinación del valor de la concesión, ¿Qué debe hacerse?

e) ¿Cómo se deben garantizar los recursos para los fondos de pensiones de TELECOM? ¿Cómo se debe garantizar la viabilidad para que TELECOM participe en igualdad de condiciones en la prestación del servicio de larga distancia? ¿Cómo proteger los activos de la Nación y de TELECOM dentro del proceso de apertura?

f) Si la CRT llegare a la conclusión que el sistema más conveniente es un TRIPOLIO, ¿Cómo

cumplir con las seis tutelas a favor de empresas públicas de distintos entes territoriales, que ordenan garantizar el derecho a la igualdad para cada una de ellas?

Por las mismas razones, el apoderado de TELECOM solicita aclaración de la sentencias de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de julio de 1997, dictadas en favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá y de las Empresas Públicas de Medellín.

9.2 - El 4 de agosto de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia niega las aclaraciones solicitadas por el apoderado de TELECOM. Expone que, de acuerdo con los requisitos esbozados por la jurisprudencia para que proceda la aclaración, no se observan en las partes resolutivas de la sentencias, conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda. Sostiene, además, que TELECOM no es parte en el proceso, sino que ha actuado en coadyuvancia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual no ha pedido aclaración de la sentencia, “antes por el contrario, cumplió oportunamente la orden de tutela” TELECOM, pues, no podría como coadyuvante entrar en contradicción con la parte según lo dispone el inciso 2° del artículo 52 del C.P.C.

- El 18 de julio de 1997, el Presidente del sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT, solicitó a la Corte Suprema de Justicia la declaración de nulidad de todo lo actuado en el proceso de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto considera que en el trámite se vulneró el derecho al debido proceso, ya que ATT no fue notificada de la existencia del proceso, no pudiendo ejercer su derecho de defensa.

Manifiesta el presidente del sindicato de ATT: “Hemos tenido noticia, que el fallo de segunda instancia proferido dentro de este expediente, sostiene que la falta de reglamentación de la larga distancia justificada en la Convención Colectiva firmada por los Sindicatos y TELECOM es inaceptable para ese Despacho, desconociéndose así los derechos a la negociación colectiva y las demás garantías laborales”.

9.3 La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema denegó la solicitud de nulidad presentada por el Presidente del sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT. Consideró que el sindicato efectivamente podía intervenir en el proceso como coadyuvante de la autoridad pública contra la que se dirigió la acción si

estimaba que tenía un interés legítimo en el resultado del proceso, sin que de ese interés se pudiese desprender la obligación para el juez de tutela de citarlo al mismo, porque la acción de tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad encargada de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Varias empresas de telefonía pública, organizadas como entidades descentralizadas, en un caso del distrito capital y, en los demás, de las entidades territoriales, solicitan la tutela del derecho a la igualdad y a la libre competencia que, en su sentir, han sido violados por la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (C.R.T), la que tiene el carácter de unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

La vulneración se origina en el supuesto uso desviado que la C.R.T., ha hecho de sus competencias reguladoras, derivadas de la ley y de la delegación presidencial que se radicó en su cabeza, que según las operadoras del servicio de telefonía demandantes, ha beneficiado a TELECOM, generando en su favor ventajas competitivas que se concretan en extender injustificadamente el monopolio que hasta la expedición de la Ley 142 de 1994 ejercía en el servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, al paso que en la prestación del servicio de telefonía local sí ha permitido que la mencionada empresa nacional concorra libremente con las operadoras locales. Con otras palabras, en tanto que TELECOM, es objeto de un tratamiento normativo favorable por parte de la C.R.T., dado que a ella se reserva por el momento la exclusividad en la prestación del servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional y, además, se autoriza su ingreso en el mercado de la telefonía local, las empresas que por ahora sólo desempeñan este último servicio, no han recibido tratamiento similar, puesto que, luego de tres años de expedida la citada ley, se mantiene para éstas la exclusión de la larga distancia nacional e internacional.

2. Como quiera que la desigualdad de régimen se vincula al ejercicio de las competencias normativas de la C.R.T., que se juzga ha favorecido a TELECOM y perjudicado a las operadoras locales, conviene sintetizar los aspectos jurídicos directamente referidos a la actuación cuestionada.

2.1 Telefonía local

La principal norma expedida por la C.R.T., en esta materia, es la contenida en la Resolución 036 de 1996. Se propone ella desarrollar el régimen de libre competencia consagrado en la Ley 142 de 1994, en lo que concierne al libre acceso y prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), local extendida (TPBCLE) y móvil rural (TMR). Para el efecto señala que las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones están habilitadas, por mandato de la ley, para prestar el servicio TPBCL, TPBCLE y TMR, sin necesidad de recibir una concesión del Estado, ni permisos, autorizaciones o licencias especiales. En consecuencia, las reglas que contiene la resolución se dirigen a facilitar el régimen de libre competencia, tanto en los aspectos físicos y técnicos (construcción y operación de redes, derecho de paso y uso etc.), como en los atinentes a su promoción y preservación (deberes y obligaciones de las empresas, derechos de los operadores, prácticas contrarias a la competencia, protección de los usuarios etc.).

2.2. Telefonía pública de larga distancia nacional e internacional

La Ley 142 de 1994 sometió a sus preceptos la prestación de los servicios de larga distancia nacional e internacional. El artículo 14 de la Ley 142 de 1994 define la larga distancia, en las dos modalidades, como un servicio público domiciliario “que se presta entre entidades del territorio nacional o entre éstas en conexión con el exterior”.

A partir de la premisa de la libertad de empresa en el campo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, consagrada en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 – “es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley” -, la C.R.T., se dio a la tarea de regular el servicio de larga distancia, dentro del marco de sus competencias, las cuales se consignan en los literales c y d del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, a cuyo tenor corresponde a dicho organismo: “c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicación del Estado [se entiende por red de telecomunicaciones del Estado el conjunto de elementos, entre los que se encuentra la parte del espectro asignada para la prestación de los servicios, que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre los mismos]; d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las

fórmulas de tarifas que cobrarán por la concesión”.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de julio de 1997, se hace la siguiente relación de las 16 resoluciones que, en punto al régimen aplicable al servicio de telefonía de larga distancia, había expedido la C.R.T., con antelación a la interposición de las acciones de tutela:

RESOLUCION

FECHA

TEMA

014

01-08-94

Reglamenta prestación de los servicios de TPCLD Nacional. 10 Meses de plazo para reglamentar concesión.

022

01-05-95

Deroga Resolución 014. El 1º de enero de 1996 debían publicarse los requisitos para participar en el proceso de selección para la concesión de licencias.

10-07-95

Fija cronogramas de concesión de licencias.

El 1º de enero de 1997 fecha para iniciar operaciones LDN. El 1º de enero de 1998 fecha para iniciar operaciones LDI.

027

22-11-95

Fija número de concesionarios en tres y las normas de mercado y promoción de la competencia. Nuevo cronograma del proceso.

028

14-12-95

Deroga Resolución 027. El Ministerio concederá dos nuevas licencias. Fija requisitos, prohibiciones y obligaciones a concesionarios. Establece estructura tarifaria y cronograma.

032

16-01-96

Modifica cronograma de la Resolución 028.

033

26-03-96

Establece nuevo cronograma. Introduce el concepto del socio fundamental.

034

26-03-96

Fija cargos de acceso y uso de las redes para los operadores de TPCLD. Determina suficiente competencia el 60%.

038

21-05-96

Modifica concepto de red mínima.

039

03-06-96

Ajustes a las Resoluciones 028, 033, 034 y 036. Pago de concesión en tres contados por terceras partes en tres años.

040

03-06-96

Prorroga fecha límite de presentación de solicitudes hasta el 12 de agosto de 1996.

044

03-06-96

Tarifas para el suministro de capacidad de transporte para el servicio de TPCLD.

045

03-06-96

Fija cargos de acceso y uso de las redes de TPBC para operadores de TPBCL y TPBCLE y de las redes de TPBCLE para los operadores de TPCLD.

046

Aplaza términos del proceso hasta 30 días después de que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la suspensión.

054

01-11-96

Se adoptan algunas medidas para regular el procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPCLD. El Ministerio de Comunicaciones, dentro del plazo de 60 días, a partir de su vigencia, deberá fijar el cronograma para el establecimiento y selección de nuevos operadores del servicio de Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (TPCLD).

057

09-11-96

Deroga la Resolución 054.

Es importante destacar que con la expedición de la resolución 54 de 1996 se concluía, por parte de la C.R.T., la regulación del procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPCLD. De hecho, en el artículo primero se ordenaba al Ministerio de Comunicaciones que, mediante acto administrativo fijara en un término de sesenta días, el cronograma para el establecimiento y selección de los nuevos operadores del servicio de larga distancia.

El proceso de apertura de las telecomunicaciones, delineado en las resoluciones citadas, no pudo finalmente cumplirse. La C.R.T., en efecto, dictó la resolución 057 de 1996, la cual derogó la resolución 54 de 1996. De acuerdo con los documentos y afirmaciones que se recogen en el expediente, parece que dos hechos explican la suspensión temporal de la liberalización completa del sector de telecomunicaciones.

En primer término, en la Convención Colectiva de trabajo de TELECOM se pactó con sus trabajadores lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el proceso de apertura fue aplazado mediante la resolución 46 del 23 de julio de 1996, se realizará un estudio que analice la conveniencia para el país del proceso de apertura en el orden técnico, económico y social. Una vez concluido el estudio, se convocará a un foro con la participación de todos los interesados en el proceso, (organizaciones sindicales, empresas públicas, sector empresarial, etc.), para analizar las recomendaciones del mismo. El Ministerio de Comunicaciones y TELECOM coordinarán dicho proceso, conjuntamente con los sindicatos A.T.T y SITTELECON. Las conclusiones y determinaciones del mencionado estudio se adoptarán a partir de agosto de 1997”.

En segundo término, se anota por parte de los voceros del Gobierno que la prosecución de la apertura se condicionó a la decisión final que debía adoptar la jurisdicción contencioso administrativa, ante la cual se habían demandado numerosas resoluciones dictadas por la C.R.T., relativas al tema examinado. Es importante subrayar a este respecto que, el día 25 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado- sección primera, declaró la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la resolución 28 de 1995 – algunos aspectos de esta resolución ya habían sido objeto de suspensión provisional -, por la cual se reglamentaba la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional, lo relacionado con el espectro electromagnético requerido, tarifas y cargos de acceso, entre otros asuntos. En esta ocasión, el Consejo de Estado, inaplicó por inconstitucionales los artículos 68 y 74-3 literal d) de la Ley 142 de 1994, fuente de competencias de la C.R.T., con el argumento de que el legislador no podía transferir a un organismo de esta clase sus funciones de regulación en lo concerniente al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y a la utilización y manejo del espectro electromagnético. Tampoco, a juicio del Consejo de Estado, el Presidente de la República podía delegar en la C.R.T. su atribución referida a la formulación de la política general de administración de tales servicios y de control de eficiencia, por tratarse de una materia

íntimamente ligada al programa de gobierno que se ha comprometido a desarrollar.

Posteriormente, el día 10 de noviembre de 1997, con razonamientos similares, el Consejo de Estado – sección primera –, declaró la nulidad parcial de la resolución 28 de la C.R.T y de la resolución 32 de 1996 del mismo organismo. En esta sentencia, el Consejo de Estado estimó procedente inaplicar por inconstitucionales los artículos 68 y los literales c y d del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, disposiciones éstas, vale la pena recordar, en las que se apoyaba la C.R.T., para regular el proceso de concesión de licencias con miras al establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD).

3. Con base en los hechos descritos, los diferentes fallos de tutela objeto de revisión tutelan el derecho a la igualdad de las operadoras locales del servicio telefónico, que no han podido acceder a la prestación del servicio de larga distancia. En particular, la Corte Suprema de Justicia, dispone inaplicar la resolución 57 de 1996 de la C.R.T., por ser contraria a la Constitución y, en su lugar, considera del caso restablecer la vigencia de la resolución 54 de 1996 emanada del mismo organismo, a fin de que a su amparo, en un término de cuarenta y ocho horas, se fije un nuevo cronograma para el establecimiento de operadoras del servicio de telefonía conmutada de larga distancia nacional e internacional.

Los jueces de tutela, se limitan en general, a acoger los argumentos esgrimidos por las empresas demandantes. La violación del derecho a la “igualdad de oportunidades”, se imputa a la conducta de la C.R.T., que injustificadamente se abstuvo de concluir el proceso de apertura. La omisión se concreta en dos actos normativos: la resolución 47 de 1996 que aplazó la apertura y la resolución 57 de 1996 que derogó la resolución 54 del mismo año. El resultado que arroja lo anterior, aunque se manifieste a través de acciones normativas tangibles, se traduce en una abstención o renuncia temporal a proseguir en la liberalización del sector de las telecomunicaciones ordenada por la ley, la cual produce un ganador – TELECOM – y muchos perdedores – las empresas de servicios públicos locales. En tanto que el primero puede ingresar en el mercado de la telefonía local, los segundos no pueden hacerlo en el de la larga distancia, el cual, por el momento, sigue reservado a aquél. Las oportunidades de acceso al mercado, según los fallos de tutela, son el fruto de una actuación arbitraria de la C.R.T., que se refleja en el ejercicio de su función reguladora, la que se ha empleado – acción positiva que genera un privilegio – con el fin de permitir a TELECOM operar en la telefonía local y, simultáneamente, se ha dejado de utilizar – abstención que

viola la igualdad -, para que las empresas locales puedan acceder a la prestación del servicio de larga distancia.

4. Por regla general, los derechos fundamentales, en cuanto expresan exigencias radicales de respeto y promoción de la dignidad humana, se predicán de las personas naturales. La historia de los derechos fundamentales se confunde con la reivindicación de las aspiraciones de emancipación de la persona humana. Las revoluciones que marcaron un hito en la lucha por los derechos no surgieron de pretensiones corporativas, sino de pretensiones arraigadas en lo más profundo del ser humano y contrapuestas a los poderes existentes y a los abusos y opresiones que provenían de los mismos. No es, pues, extraño que elevadas a norma positiva tales demandas de protección y de autonomía, la posición activa de los derechos fundamentales se reserve a la persona humana, y, la pasiva, a los poderes de orden estatal o social que contraen la correlativa obligación o deber de respeto y protección. Así se ha saldado por el derecho positivo la incesante pugna por mayores y más dilatados ámbitos de dignidad y libertad.

No obstante, la circunstancia de que la persona humana también despliega sus potencialidades y fortalece su acción uniéndose a otras e insertándose en instituciones y colectivos de la más variada naturaleza, ha hecho necesario extender el horizonte de protección que acompaña a la noción de derecho fundamental. De este modo, se ha señalado por la Corte Constitucional que, en algunos casos, las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales. Se trata de una formulación que en modo alguno tiene alcance absoluto. Por el contrario, la Corte se ha cuidado de otorgarle un campo asaz circunscrito y siempre subordinado a la consideración esencial de que la adscripción eventual de un derecho fundamental en su cabeza dependerá de que la naturaleza del derecho en cuestión permita su extensión a la persona jurídica y que, de otra parte, ello sea estrictamente necesario para garantizar ámbitos de libertad y dignidad de las personas naturales que se encuentran en la base de la organización. El test debe, por lo menos, pasar dos pruebas: (1) la naturaleza del derecho; (2) la comunicabilidad de la lesión a las personas naturales.

Un numeroso grupo de derechos fundamentales, en verdad, no es susceptible de ser ejercido

por personas jurídicas, particularmente aquellos que encarnan de manera más directa el valor de la dignidad de la persona humana o suponen protecciones vinculadas a atributos físicos o morales propios de las personas físicas. El segundo elemento del test corresponde a la doctrina reiterada por la Corte Constitucional que supedita la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas al hecho de que éstas sirvan de vehículo para la práctica de los derechos fundamentales de las personas naturales. La aludida mediatización debe en todo caso adquirir relieve constitucional, de suerte que de no ampararse a la persona jurídica se deje expósita a las personas naturales que a través suyo realizan actos cobijados por los derechos fundamentales.

Tratándose de personas jurídicas de derecho público, la Corte ha sido todavía más restrictiva. Las entidades públicas, como emanación del Estado, normalmente ocupan la posición pasiva de los derechos fundamentales, en el sentido de que contra ellas justamente se dirigen las pretensiones de libertad o de protección en que consisten los derechos constitucionales fundamentales; lejos de ser sujetos morales de libertad, su misión es respetar y promover las condiciones de orden material y social necesarias para que las personas humanas gocen de ella. Sin embargo, en casos excepcionales se ha admitido que tales sujetos – cuya actuación se mide y se explica en términos de las competencias atribuidas por la ley y no en razón de una necesidad de libertad y de protección originarias – pueden ser titulares de derechos fundamentales. Sólo derechos como el debido proceso, que por su propia naturaleza son susceptibles de tener un valor objetivo que trasciende la dimensión humana hasta convertirse en reglas de funcionamiento del sistema jurídico como un todo, pueden excepcionalmente predicarse de entes públicos.

No quiere decir lo anterior que los sujetos públicos no sean titulares de derechos y obligaciones. En realidad, dichos entes son creaciones del ordenamiento jurídico y de este reciben los elementos que configuran su régimen sustantivo y procesal. Empero, la condición de personas jurídicas de derecho público no las coloca automáticamente y de manera universal como titulares de derechos fundamentales.

5. La vocación puramente excepcional de los sujetos públicos para ser titulares de derechos fundamentales, lleva a la Corte a analizar si se encuentra en una situación en donde sea del caso predicar dicha titularidad.

La controversia se ubica en el campo de los servicios públicos. Se pregunta la Corte si la libertad económica para el acceso y prestación de los servicios públicos constituye, en primer término, un derecho fundamental. Para absolver el interrogante, conviene dejar sentadas dos precisiones sobre la noción misma de derecho fundamental: su carácter de límite a la democracia y su inalienabilidad.

Las pretensiones que constituyen el objeto de un derecho fundamental se sustraen al principio de las mayorías políticas, que da vida y sentido a la democracia. La manifestación más conspicua y constante de la democracia se manifiesta a través de la discusión y aprobación de las leyes por el Congreso de la República. Las leyes, pese a provenir del órgano que articula el principio democrático, no pueden afectar el núcleo de los derechos fundamentales y, en todo caso, las limitaciones o restricciones que aparejen deberán ser razonables y proporcionadas. En este sentido, puede decirse que los derechos fundamentales limitan y orientan a la democracia. El constituyente eleva a la categoría de derechos fundamentales facultades y posibilidades de ser y de acción, que no desea sean menoscabadas o permanentemente puestas en cuestión por la democracia. Lo que en esencia pertenece a un derecho fundamental, está por fuera del debate democrático y de sus vicisitudes. En últimas, esta es la razón de ser de su consagración.

Para el titular de un derecho fundamental, su contenido no le puede ser cercenado ni transferido a otro. Menos al Estado. Los derechos fundamentales comportan asignaciones de valor y de status que realiza el constituyente como reconocimiento a la dignidad de la persona humana. Privar a la persona de un derecho fundamental, por consiguiente, equivale a negar su condición como sujeto moral. Los derechos fundamentales no son expropiables por el Estado, ni éste puede reservarse para sí su ejercicio.

En el caso de los servicios públicos, justamente porque su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber para el Estado, la Constitución ha dispuesto que ellos queden sometidos “al régimen jurídico que fije la ley”. Los servicios públicos son, pues, una materia que en su integridad se remite al régimen que determine la ley. El contenido y alcance del quehacer concreto que corresponda al concepto de servicio público no lo señala la Constitución. Mal puede afirmarse aquí la existencia de derechos fundamentales, cuando la articulación de derechos, obligaciones, limitaciones, restricciones, etc., se libra a la ley. Naturalmente, la ley que establezca el régimen de los servicios

públicos, como toda ley, debe sujetarse a la Constitución, extremo forzoso que en modo alguno indica que la actividad regulada sea en sí misma un derecho fundamental. En este sentido, es evidente que si la ley decide reservar para el Estado un servicio público, antes prestado por los particulares, deberá hacerlo mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, presentada a iniciativa del Gobierno, debiendo indemnizar previa y plenamente a los que se vean privados del ejercicio de la respectiva actividad (C.P., art. 365). La disposición constitucional citada, que contempla la posibilidad de que los particulares que presten un servicio puedan ser “privados” de su ejercicio, demuestra que no se está frente a un derecho fundamental. Aún previa la indemnización plena, el Estado en ningún caso podría reservarse para sí el ejercicio de un derecho fundamental, privando al particular del mismo.

Dado que los derechos y obligaciones de las personas que prestan servicios públicos, sean ellas de origen estatal o privado (comunidades organizadas o particulares), son los que determina la ley, en razón de la atribución expresa contenida en el artículo 365 de la C.P., mal pueda afirmarse que los derechos de las empresas públicas demandantes sean *ex constitutione* cuando es manifiesto que son *ex lege*. Se comprende, de otro lado, que la regulación de los servicios públicos no se haya petrificado a nivel constitucional, por ser una materia que debe en cada momento histórico conformarse según las necesidades y condiciones de la época. El deber constitucional, radicado en cabeza del Estado, de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, admite varias formas y modelos de configuración, que no están prefigurados en la Constitución. Esta se limita, a este respecto, a generar un ámbito de competencia asignado al legislador, tan amplio que comprende desde la prestación estatal directa o indirecta hasta la reserva del respectivo servicio público, lo que comporta la adopción de regímenes más o menos intervencionistas, siempre en conformidad con lo que decidan las eventuales mayorías políticas que toman asiento en el Congreso.

En este orden de ideas, los derechos de los operadores de los servicios públicos establecidos en la ley, precisamente por tener este origen, no tienen el carácter de derechos fundamentales. Ahora bien, si estos derechos son desconocidos por el Estado o por el organismo de segundo grado al cual se le ha confiado la regulación de algunos aspectos del sector, las acciones correspondientes tendrán que elevarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este caso, no solamente existen medios judiciales ordinarios,

sino que el derecho conculcado no tiene la naturaleza de un derecho fundamental, puesto que se trata de discutir pretensiones o facultades que emanan de la ley.

Aún en el evento de que se llegare a considerar, en gracia de la discusión, que el derecho de los operadores de servicios públicos corresponde al derecho de libertad económica y libertad de empresa consagrados en la Constitución, tampoco la acción de tutela sería procedente. Ninguno de los dos derechos tiene a juicio de la Corte, el carácter de fundamental, en cuanto no se enuncian así en la Constitución, carecen en abstracto de conexidad esencial con los que sí ostentan esta condición y, finalmente en este campo, el espacio de configuración normativa y de intervención por parte del legislador es significativo. Por lo demás, el derecho a la libertad económica y a la libertad de empresa, tienen íntima relación con el derecho de propiedad que, en principio, no reviste tampoco el carácter de fundamental.

6. Sin embargo, podría aducirse, como lo hacen los jueces de instancia, que el derecho fundamental violado es el derecho a la igualdad de oportunidades. La Corte debe analizar con detenimiento esta tesis.

Se ha advertido repetidas veces que el derecho a la igualdad es relacional. No existe un núcleo sustantivo de la igualdad. Además, se precisa señalar concretamente si la desigualdad se produce con ocasión de la creación de la norma - igualdad en la ley -, o si ella se presenta en el momento de su aplicación. Del mismo modo, aparte de identificar los términos de la comparación, debe definirse con claridad, por parte del juzgador, el patrón de comparación, vale decir, la perspectiva a través de la cual se postula el trato semejante.

Si un determinado derecho es objeto de violación por parte de una autoridad pública, lo pertinente es demandar a través de la acción judicial correspondiente la lesión o el agravio producidos y solicitar, por consiguiente, el restablecimiento de dicho derecho o el resarcimiento a que haya lugar. Si la afectación del derecho se circunscribe a una persona o grupo de personas, de todas maneras se sigue violando el mismo derecho. En la fase de aplicación de la ley, el desconocimiento de un derecho legal singular no se trueca en violación del derecho a la igualdad, así la lesión no tenga carácter universal, sino que se mantiene como violación de la ley. De lo contrario, toda violación a la ley en el estadio aplicativo del derecho, se resolvería en un quebranto del derecho fundamental a la igualdad. Por este camino, los derechos simplemente legales o los constitucionales no fundamentales

mutarían su condición a derechos fundamentales y, por ende, la acción de tutela adquiriría la función de defensa de todos los derechos existentes.

El derecho a prestar los servicios de telefonía de larga distancia se concede a las empresas públicas demandantes, en virtud de la Ley 142 de 1994. Si de este derecho sólo goza TELECOM, en el momento presente y no las restantes empresas, en virtud de una decisión de la autoridad pública encargada de aplicar la ley, lo que se desconoce entonces es el derecho a la libre competencia, la libertad económica y la libertad de empresa. Estos derechos, que en el caso presente se configuran legalmente, no son derechos fundamentales y, de acuerdo con el planteamiento que se acaba de formular, no se convierten en tales sólo por el hecho de que la acusación en lugar de presentarse como violación a la libre competencia, se articule como quebranto a la igualdad en cuanto que la autoridad ha permitido a unos el ejercicio de la libre competencia, mientras le niega este mismo derecho a otros. Lo que se concreta aquí es pura y simplemente la violación a la libre competencia.

7. Si se estimase que la violación alegada se produce en la creación del derecho, esto es, a propósito de la expedición de normas por parte de la C.R.T., la desigualdad “en la norma”, sólo se acreditaría con la demostración de que la diferencia o distinción efectuada por el órgano regulador resulta carente de base objetiva y razonable.

La apertura a la libre competencia en lo que tiene que ver con la telefonía local, regulada en la norma expedida por la C.R.T., arriba analizada, no hace distinciones entre TELECOM y las restantes empresas. Como operadoras del servicio, una y otras, pueden acceder al servicio de telefonía local. Las ventajas eventuales que en este mercado pueda materialmente exhibir TELECOM, por su tamaño, experiencia, equipos y otras circunstancias, son ajenos a la norma y no la convierten en destinataria y beneficiaria exclusiva de la apertura. El objetivo de la ley y de la resolución no ha podido ser el de uniformizar a todos los concurrentes en el mercado – pretensión que apunta a un igualitarismo que es preciso descartar -, sino el de promover la libre competencia y la eficiente prestación del servicio. No puede violar la igualdad una norma que entre los términos de comparación – TELECOM y las demás empresas -, no introduce diferenciación alguna de trato. Las oportunidades de prestación de esta modalidad de servicio, no se ofrecen a un operador en particular y, por el contrario, se extienden a todos.

8. En lo que concierne a la larga distancia, la situación es diferente. TELECOM, por el momento, es el único operador, no por un motivo ilegítimo, sino porque, en virtud de las normas legales anteriores, este servicio bajo la forma de monopolio estaba reservado por el Estado y se radicaba en dicha empresa pública. Siendo además un servicio público ha debido prestarse de manera ininterrumpida por el indicado ente. La Ley 142 de 1994, sin embargo, normativamente ha puesto término al aludido monopolio y, para el efecto, ha otorgado a la C.R.T., competencias reguladoras en orden a establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de este servicio para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicación del Estado. Adicionalmente, según la ley, corresponde a la C.R.T., reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y, asimismo, señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión.

El estado de cosas nuevo que se pretende instaurar se refiere a la introducción de nuevos operadores, no a la eliminación de TELECOM el cual ha prestado el servicio mediante autorización de la ley y lo continúa haciendo, puesto que lo que se ha dispuesto es únicamente la pérdida de su exclusividad. En este sentido, las oportunidades que brinda la ley se extienden a los que incursionarán en el mercado de larga distancia y que, en su momento, competirán entre sí y con TELECOM.

Por esta razón, las resoluciones sobre el procedimiento de concesión de licencias en esta materia, se refieren a la selección de “nuevos operadores del servicio de TPCLD”. En dichas normas, cuyo único potencial destinatario es el “nuevo operador”, dado su objeto, no se hacen diferenciaciones con TELECOM que, por definición, pertenece a la única categoría del “antiguo operador”.

Mientras el proceso regulador no concluya, no puede plantearse una supuesta desigualdad entre TELECOM y los demás operadores, ya que el primero presta el servicio de larga distancia con fundamento en autorizaciones legales anteriores que en su oportunidad lo habilitaron como operador de larga distancia y, los segundos, sólo podrán prestar dicho servicio cuando el Estado otorgue la respectiva licencia que los habilite como “nuevos operadores”. En modo alguno, puede considerarse que el requisito legal de la licencia sea en sí mismo irrazonable o que carezca de base objetiva, máxime si gracias a él se accede al espectro electromagnético.

La decisión de aplazar el cronograma para el establecimiento de los nuevos operadores y, más tarde, la derogación de la resolución dictada por la C.R.T., que daba término a las definiciones normativas previas a la apertura del servicio de larga distancia, tienen como destinatarios directos a los nuevos operadores. No se refieren estos actos a TELECOM. Se afirma, sin embargo, que el beneficiario del aplazamiento y de la derogación, sin duda era TELECOM, ya que la demora de la apertura significaba concederle a la empresa estatal una ventaja competitiva, consistente en mantenerse como único operador de larga distancia y, al mismo tiempo, gozar de la apertura del mercado de telefonía local.

En realidad, la disparidad que a este respecto puede observarse entre TELECOM y las empresas demandantes no obedece a distinción alguna que se haga en los actos normativos mencionados, sino al efecto material de diferir el proceso de apertura por parte del órgano regulador. La actividad prestacional de TELECOM, se repite, no se origina en ninguna autorización dada por la C.R.T. La dilación del proceso de apertura se relaciona con la oportunidad y el margen de discrecionalidad que la ley concede a la C.R.T., para adoptar las medidas pertinentes, sobre lo cual cabe un debate que por versar sobre la validez de actos administrativos generales debe surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otro modo: (1) la C.R.T., no ha dictado regímenes distintos para TELECOM y las demás empresas de servicios de telefonía; (2) la diferencia que se presenta entre TELECOM y las empresas públicas demandantes, es una consecuencia material de la decisión de la C.R.T., de diferir temporalmente el establecimiento y selección de nuevos operadores de larga distancia; (3) el alcance del margen de discrecionalidad y el control de la oportunidad de la medida, predicables de las competencias atribuidas por la ley a la C.R.T., escapan en principio al juez de tutela, por tratarse de aspectos de mera legalidad cuya resolución se ha confiado a los jueces pertenecientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (4) son los jueces de esta última jurisdicción los encargados de establecer, a la luz de la ley, si la C.R.T., no podía abstenerse de aplazar el cronograma de la apertura o derogar una de sus resoluciones, y si al hacerlo podía o no darle algún peso a lo estipulado en una convención colectiva de trabajo. En cambio, un problema de legalidad referido a la expedición de actos administrativos – que obligaría al juez de lo contencioso administrativo a plantearse la existencia de una desviación de poder -, se ha tratado como asunto de constitucionalidad. El juicio sobre la oportunidad de la medida administrativa y los efectos materiales que acarrea,

en este contexto, de manera equivocada se ha hecho aparecer como la generadora de un trato jurídico distinto que se proyecta directamente como violación del derecho a la igualdad.

9. Finalmente, la Corte anota que el juicio de igualdad no se desarrolla debidamente en los fallos de instancia. No se acierta a establecer la inequidad de trato, pues la comparación que se hace respecto de TELECOM en el sentido de que participa en el mercado libre de la telefonía local, no se puede afirmar exclusivamente de aquél, sino que se predica de todos los operadores. Para abolir la ventaja de TELECOM – sus mayores oportunidades –, lo que en el fondo se plantea es que la apertura real de los dos servicios (telefonía local y de larga distancia) debió haber ocurrido en un mismo momento en el tiempo y, tal vez, de manera inmediata, luego de la expedición de la ley, ya que sólo así se habría podido evitar que TELECOM operara a la vez en un mercado competitivo y en otro reservado.

No se deduce de la ley, sin embargo, que la C.R.T., hubiese debido adelantar simultáneamente la apertura de los dos servicios. Por el contrario, la posibilidad de que el ejercicio progresivo de las competencias de la C.R.T. diese lugar a un proceso de apertura donde los servicios se liberalizan en una determinada secuencia y dentro de un lapso razonable, no repugna a la ley y, en todo caso, consulta la complejidad de la materia. Aunque este punto debe resolverse por la jurisdicción contencioso administrativa, es oportuno anotar que en cualquier sentido en que se decida, carece de implicaciones en lo que atañe a los derechos fundamentales y que, si algo queda claro, es que la disparidad cuantitativa de las oportunidades se encuentra en función de la temporalidad de la apertura y en si se opta por un modelo progresivo de liberalización de servicios, extremos ambos cuya definición se ha confiado a la ley.

Fecha ut supra

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado