

T-764-98

Sentencia T-764/98

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Prestación de servicio público

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Prestación de servicio público no domiciliario

Referencia: Expediente T-180425

Procedencia:

Juzgado 23 Civil Municipal de Santafé de Bogotá

Peticionario: Celinda Duarte

Tema:

Reiteración de jurisprudencia sobre tutela por servicio público.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado el siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela interpuesta por Celinda Duarte contra COMCEL S.A.

SOLICITUD Y HECHOS:

a.- En solicitud de tutela, presentada el 23 de julio de 1998, Celinda Duarte pide que “se ordene al señor Presidente de COMCEL S.A. o a quien corresponda para que se expida el Acto Administrativo o la Resolución de que como usuaria de la línea telefónica # 7108356 ordene eximirme del pago de dichas llamadas”. Considera que la ausencia de tal exoneración viola el artículo 23 de la C. P.

b.- Los hechos que motivan la tutela, están textualmente señalados así:

“1º A partir de la facturación de febrero 11 a Marzo 10 del presente año, el recibo telefónico ha estado llegando con unas llamadas a celular; las cuales no he realizado y que según Comcel en la única respuesta que recibí son llamadas a Contacto Privado Café, que debo

cancelarlas.

“2º Durante todo este tiempo hasta el día de hoy he estado tratando de que me solucionen este problema con la Empresa de Teléfonos y Comcel S.A., sin recibir solución concreta alguna, con respecto a esas llamadas; además es una línea que ha estado funcionando mal, que muchas veces no permite realizar llamadas durante el día, solo en horas de la mañana y en la noche con mucha dificultad; puesto que escasamente permite algunas veces medio marcar y luego el excesivo ruido e interferencia corta la comunicación.

“3º En vista que los dos reclamos verbales que realicé a Comcel solo fue contestado uno que llegó con fecha de abril 28, el cual dice que las llamadas se realizaron en forma correcta y que deben ser canceladas; debido a esta contestación me vi en la obligación de pasar dos cartas con derecho de petición con fecha del 4 de junio de las cuales sólo recibí contestación de la Empresa de Teléfonos hasta el momento.

“4º En junio 8 levanté el auricular de mi teléfono para hacer una llamada y encontré en la línea una llamada de esas sin saber quien la estuviere haciendo y tuve que pasar otra carta con derecho de petición a la Empresa de Teléfonos porque el día 4 de junio ya había pedido que la línea telefónica fuera bloqueada para hacer llamadas a celular la cual fue omitida; nuevamente fui a la Empresa de Teléfonos, expuse mi queja y pedí otra vez que la línea de la referencia fuera bloqueada para hacer llamadas a celular.

“5º Hasta el momento mes a mes la cuenta telefónica ha subido, llegando nuevas llamadas a otros números telefónicos las cuales no las hice.”

c. Obra en el expediente una respuesta de COMCEL S.A. de fecha abril 28 de 1998, pero igualmente hay una petición de 4 de junio del presente año firmada por Celinda Duarte, en la cual se formula una petición similar a la de la solicitud de tutela; haciéndose la aclaración de que en tal escrito de 4 de junio en ningún instante se pide “bloqueo” de la línea telefónica.

#### DECISION DE INSTANCIA:

El 5 de agosto de 1998, el Juzgado 23 Civil Municipal negó por improcedente la tutela instaurada por cuanto según el Juez el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 solo permite la tutela contra particulares en el caso de “servicios públicos domiciliarios” y la telefonía móvil celular al tenor del artículo 1º de la ley 37 de 1993 es un servicio público “no domiciliario”, luego no se estaría dentro de los casos permitidos de tutela contra particulares.

#### FUNDAMENTOS JURIDICIOS

##### A.- COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

## TEMA JURIDICO A TRATAR

Como cuestión previa al estudio de la tutela instaurada, se analizará si efectivamente no es procedente la tutela cuando el particular presta servicio público no domiciliario, para lo cual se acudirá, a lo explicitado en la sentencia C-134 de 1994 (Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) que expresamente dice:

### “2.2. La acción de tutela contra particulares

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...).

“La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. (negrillas fuera de texto original)

La institución de la acción de tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto, como se ha dicho, en otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado, erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola, por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. Fue esta la eventualidad que quiso prever el Constituyente colombiano, al plasmar en el inciso final del artículo 86, la procedencia de la acción de tutela contra particulares que estén colocados en una de tres situaciones: a) Que estén encargados de la prestación de un servicio público; b) que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o c) que respecto de ellos, el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión.

Esta disposición puede calificarse como una novedad y como un notable avance dentro del campo del derecho público, por cuanto permite, bajo unas condiciones específicas que se analizarán más adelante, que se protejan los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos han sido vulnerados por otros particulares, ya sean personas naturales o jurídicas. Siendo ello así, la Corte advierte que resulta un contrasentido -por no decir un retroceso-, como se explicará posteriormente, que el legislador, desconociendo el espíritu del Constituyente y uno de los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pretenda limitar el radio de acción de la tutela, al señalar en forma taxativa aquellos derechos fundamentales que, a su juicio, puedan ser amparados cuando la conducta nociva provenga de un particular.

Respecto de las razones por las cuales la acción de tutela resulta procedente contra los particulares que se encuentren en una de las tres situaciones señaladas en la disposición citada, esta Corporación ha señalado:

“Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”.<sup>4</sup> (negrillas fuera de texto original).

Ahora bien, si como se estableció, la procedencia de la acción de tutela contra particulares parte del supuesto de que las personas, en ciertos casos, no se encuentran en un plano de igualdad -ya porque están investidos de unas determinadas atribuciones especiales, ora porque sus actuaciones pueden atentar contra el interés general- lo que podría ocasionar un “abuso del poder”, entonces la función primordial del legislador debe ser la de definir los casos en que se pueden presentar estos supuestos fácticos y, en consecuencia, la potencial violación de un derecho fundamental consagrado en la Carta Política. Por ello, conviene reiterarlo, el Constituyente determinó tres situaciones en las cuales se pueden manifestar los presupuestos citados, pues resulta contrario a un principio mínimo de justicia, partir de la base de que la acción de tutela proceda siempre en cualquier relación entre particulares, toda vez que ello llevaría a suprimir la facultad que se tiene para dirimir esos conflictos ante la jurisdicción ordinaria, ya sea civil, laboral o penal.

La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público -como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior- o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial. Al respecto, ha señalado esta Corporación:

“El particular es destinatario de la acción de tutela porque, al lado del poder público, se encuentran conductas desplegadas por los administrados desde una condición de superioridad frente a los demás o actividades que afectan grave y directamente el interés colectivo generando la necesidad de una medida de defensa eficaz y ágil. Las situaciones que el constituyente estima como generadoras de la mencionada necesidad son: la

prestación de un servicio público (...).

“Es de mérito anotar que el particular puede ser autoridad pública, como por ejemplo cuando está encargado de un servicio público y ejecuta, en virtud de los anterior, acto de poder o de autoridad, sin embargo, el mismo artículo 86 constitucional determinó someterlo a una consideración diferente (...).

“El servicio público de interés general prestado por un particular -como en el caso de servicio de correos-, hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio (CP art. 365)”.5 (negritas fuera de texto original)”.

Es mas, la parte resolutive de la citada sentencia establece una regla condicionante, al señalar: “Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”. La claridad de la jurisprudencia exime de otros análisis sobre esta situación de tutela contra particulares.

#### CASO CONCRETO

Queda, pues, aclarado que cabe tutela contra entidades que prestan servicio público, así exista norma que lo califique como servicio público no domiciliario; y, no existiendo la menor duda de que el servicio telefónico es un servicio público, está superada la objeción procedimental que motivó el fallo adverso de tutela en el caso de estudio.

Sobre el punto concreto de violación al derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la C. P. hay estos elementos de juicio en el expediente:

El 4 de junio de 1998 Celinda Duarte le pidió a COMCEL S.A. que se revise su línea telefónica y que se la exonere del pago de determinadas llamadas. No hay constancia de que COMCEL haya respondido a este escrito hecho en el mes de junio; sin embargo, semanas antes ya COMCEL había dado información a la señora Duarte, sobre los cuestionamientos hechos por Celinda Duarte se hace esta afirmación porque en la solicitud de tutela es la misma señora Duarte quien dice que la facturación objetada está dentro de llamadas que aparecen entre el 11 de febrero y el 10 de marzo del presente año y luego agrega dicha señora que los reclamos fueron contestados el 28 de abril de 1998 y que “debido a esta contestación me vi en la obligación de pasar dos cartas con derecho de petición de fecha 4 de junio”.

Para aclarar realmente qué es lo que quiere la señora, es indispensable acudir al “petitum” de la tutela. Allí se solicita que COMCEL expida una resolución o acto ordenando eximirla del pago de unas llamadas.

Es obvio que por tutela no se puede ordenar que se exima a un usuario del pago de llamadas. Se puede ordenar que la entidad que presta el servicio conteste, pero no se puede decir cómo debe contestarse. Luego, en el sentido en que se orienta la solicitud, no puede prosperar la tutela.

Quedaría por dilucidar si, aunque la señora no lo solicita, es posible apremiar a COMCEL para

que responda un escrito de la misma señora Celinda Duarte. Para resolver esto hay que transcribir lo que COMCEL le expresó el 28 de abril a Celinda Duarte, es de este tenor:

“Como respuesta a la reclamación que efectuó en EMPRESA DE TELEFONOS DE SANTAFE DE BOGOTA, me permito comunicarle que una vez realizado el estudio y verificación técnica correspondiente en el centro de conmutación de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. a la factura del mes de marzo-98 se comprobó que las llamadas, motivo de su solicitud, se registraron en forma correcta.

“Ellas corresponden al servicio denominado CONTACTO PRIVADO CAFÉ que es de uso exclusivo para adultos. (Que fue solicitado por JUAN de 19 años, JEISON de 18 años - EMPACADOR). Por consiguiente el valor que temporalmente se abonó el día de su solicitud, ha sido cargado nuevamente en su próxima factura del servicio telefónico”.

Del contexto de esta respuesta se deduce que se resolvió la misma inquietud que la señora Duarte volvió a plantear en junio; y del texto de la petición en la tutela se colige que no hay lugar a que prospere el derecho de petición así como está impetrado por la señora Celinda Duarte.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia materia de revisión, pero por los motivos expuestos en el presente fallo.

Segundo.- Por Secretaría se librarán de inmediato las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

Secretaria General

4 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia No. T-251/93 del 30 de junio de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 7. Sentencia No. T-507/93 del 5 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.