

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D.C.

j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020)

Rad: 2020-0224-01
Accionante: JONATHAN ELIECER HERNÁNDEZ BARRIOS.
Accionada: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
Vinculada: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO.

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada el señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios, en contra del fallo de primera instancia proferido el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia, previo el estudio de los siguientes

I. ANTECEDENTES

El señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios promovió acción de tutela contra Comcel S. A. (Claro S. A.) al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y acceso a los servicios públicos esenciales, luego de que no le fuera suministrada en su lugar de domicilio la sim card contratada.

Informó que el 22 de abril del presente año le fue ofrecido por la entidad convocada servicio de portabilidad de su línea telefónica No. 3022914627.

Que, en el curso de la oferta comercial, fue enfático en señalar al asesor la imposibilidad de quedarse sin el servicio de telecomunicaciones, para lo cual dicho operador le manifestó “que no me preocupara que la sim card llegaría primero y después se hacia la portabilidad”.

Pese a ello, denuncia el 27 de abril no solo amaneció sin señal, sino que al requerir a la accionada a través de su línea de atención al cliente, le fue informado que en el transcurso de día llegaría la sim card con el plan contratado, lo cual aduce nunca sucedió.

Para el 28 de abril volvió a comunicarse con la línea de atención al cliente donde le manifestaron que debía acercarse a un punto claro para agilizar la entrega del chip, hecho que era imposible por la pandemia Covid-19. Igualmente le afirmaron que el día 27 no estaba programada ninguna entrega, cuestión que le preocupó, pues no pudo comunicarse con su empleador y así seguir con las funciones que estaba desarrollando en casa.

II. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

A la vuelta de considerar el derecho al trabajo, el debido proceso y el principio de subsidiaridad, el juez constitucional de primer grado resolvió negar la acción de tutela, pues de la contestación remitida por Comcel S. A. (Claro S. A.), se verificaba la superación del hecho que dio origen a la acción de la referencia. Ello, porque de allí se extraía que el señor Hernández podía “dirigirse a uno de sus centros de atención y ventas más cercano, para adquirir una nueva sim card”.

Adicionalmente, determinó que la tutela resultaba improcedente dado el carácter patrimonial que se cotejaba en el fondo del asunto,

advirtiéndolo que el mecanismo objeto de estudio estaba instituido para proteger únicamente “derechos constitucionales fundamentales”.

Por otra parte, recalcó que si a bien tenía el accionante, podía acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio para iniciar los trámites que considerara pertinentes.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios impugnó lo decidido argumentando en síntesis que:

(i) No se entendió por parte del *a quo* el genuino problema jurídico, pues desde el inicio era evidente que él podía recoger al sim card en cualquier punto claro, sin embargo, esa no fue la oferta comercial brindada, surgiendo para la accionada la obligación de enviarle el referido chip a su domicilio; principalmente si existía aislamiento obligatorio, punto que no se consideró en la sentencia impugnada.

(ii) Se olvidó que el decreto 555 de abril de 2020 estableció las telecomunicaciones como servicio esencial.

(iii) El juez de primer grado se limitó únicamente a indicar el supuesto hecho superado.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna, es el mecanismo constitucional efectivo que le permite a todo ciudadano reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la

omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresos que señala el Decreto 2591 de 1991.

2. En el caso objeto de estudio, confrontada la impugnación izada con el fallo de tutela de primer grado, el Juzgado encuentra varias razones por las que no concuerda con las tesis formuladas en la decisión apelada, de acuerdo al siguiente marco jurídico:

2.1. En cuanto a la procedencia de la tutela contra los particulares, el Decreto 2591 de 1991, prescribe que ésta procede, entre otros eventos, cuando aquellos estén encargados de la prestación de un servicio esencial, como lo es la telefonía móvil celular.

Y no es para menos, acorde a lo prescrito en el artículo 2º, numeral 7º de la Ley 1341 de 2009, modificado por artículo 3º de la Ley 1978 de 2019, “el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”, todos de raigambre subjetivo absoluto y, por consiguiente, susceptible de protección por la vía sumaria analizada.

Aunado a ello, porque el Decreto No. 555 de 15 de abril de 2020, no ajeno al marco legal y jurisprudencial ya existente¹, recalcó que la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluidos los servicios

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-318 de 1994,

de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales, tienen el carácter antes enunciado, de servicios públicos esenciales.

En otros términos, la acción de tutela resulta procedente cuando la falta de prestación del servicio público esencial de telefonía celular se ve diezmado por el actuar caprichoso, mendaz o desinformado de las compañías públicas o privada que lo presten, pues, en últimas, ese proceder va en contravía de los fines esenciales del estado² y las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos, como ejemplo el derecho al trabajo.

2.2. Sobre este aspecto conviene recordar que son principios de las Tecnologías de la Información y Comunicación “proteger los derechos de los usuarios, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, y a la familia velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios, y la promoción de la digitalización de los trámites asociados a esta provisión”³ (resaltado y subrayado del despacho).

2.3. Ahora bien, es cierto que la presente acción constitucional está gobernada por el principio de subsidiariedad, según el cual solo es procedente cuando se han agotado ya los restantes mecanismos de defensa, de modo que no existe ninguno pendiente por formular, dado que no puede servir como herramienta supletiva de aquéllos, ni siquiera para cuando se perdió la oportunidad de su formulación.

2 Artículo 2º de la Constitución Nacional: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”

3 Ley 1341 de 2009, artículo 4º, numeral 1º.

Sin embargo, dada la realidad actual, lo cierto es que la emergencia social por la que atravesamos impuso el cierre de los despachos judiciales, de tal suerte que para este momento no es posible alegar la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria

Se agrega, que acudir en queja a la Superintendencia de Industria y Comercio como lo mencionó el *a quo*, no es una medida efectiva para lo que aquí se pretende, pues tiene un fin encaminado más a la sanción y ejercicio de la supervisión propia de esa entidad, que al cumplimiento de lo que aquí se quiere, a más que la extensión en el tiempo de aquélla acción frustra la necesidad imperiosa de tomar medidas urgentes para que se restablezcan los derechos del accionante.

3. Dicho lo anterior debe apuntarse, como lo indica el accionante, existe un desenfoque a la hora de emprender el análisis al derecho al trabajo, el debido proceso y al acceso de los servicios públicos esenciales, en el caso particular, el de telecomunicaciones celulares, pues, de una parte, se dejó al margen del escrutinio las genuinas circunstancias fácticas y, por otra, las jurídicas.

3.1. El problema puesto a consideración en este asunto consiste en que Comcel S. A. (Claro S. A) impidió la materialidad de las citadas garantías inalienables, luego de no suministrar al accionante la sim card junto con el plan de portabilidad en los términos concertados, lo que de contera implicaba el envío del chip al lugar de su residencia, dada la declaración por parte del gobierno nacional de la emergencia sanitaria, económica, social y ecológica, ante la llegada del coronavirus (Covid-19).

3.2. En consecuencia, debían analizarse no solo los cánones 1, 16, 20, 25 y 67 de la Constitución Nacional, sino también el Decreto

555 de 2020 y la Ley de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, así como los decretos gubernamentales que han impuesto el confinamiento nacional de manera general en virtud de la pandemia mundial por la que atravesamos, medida que además fue recomendada por la Organización Mundial de la Salud OMS.

3.3. De ese marco normativo se desprende con diáfana claridad que el actuar de Comcel S. A. (Claro S. A.) lesionó el derecho del señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios al acceso de los servicios públicos esenciales, en este caso al de telefonía celular, susceptible de protección por la vía de tutela, luego de (i) no respetar la oferta comercial celebrada, (ii) pretender, desconociendo los citados preceptos legales y la cuarentena obligatoria, que el accionante expusiera su seguridad, salud e incluso su vida, para acudir a un centro de servicios y así recoger la sim card y, (iii) suspenderle tácitamente la prestación del servicio.

3.3. En cuanto a lo primero, porque la accionada se obligó para con el actor a hacerle llegar el elemento que requiere para su conectividad, como lo es la sim card para acceder a la telefonía celular contratada, siendo esa una de las condiciones que dio lugar a esa negociación, de suerte que ese incumplimiento se constituye por demás en un abuso a la posición dominante de la relación comercial.

3.4. Esa reprochable actitud tiene relevancia constitucional –no se queda en el plano legal o de una controversia contractual-, porque involucra que el accionante, aunque decidió respetar el confinamiento nacional impuesto con ocasión del Covid 19 y así se lo comunicó previamente a la empresa de telefonía, en franco ejercicio de sus derechos a la salud, a la vida, a la integridad física y a la libre circulación en su componente negativo, se ve compelido por la arbitrariedad de la accionada a salir de su confinamiento, aunque no

fuera su voluntad, solo por el querer autoritario de Comcel, perspectiva en virtud de la cual se evidencian lesionadas esas prerrogativas iusfundamentales.

3.5. Por si lo anterior fuera poco, debe tenerse en cuenta que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante el precitado Decreto No. 555 de 2020, prohibió la suspensión de los servicios prepago y potspago, suspensión que aquí se ve materializada de manera tácita por parte de la convocada al dejar al demandante inhabilitado de su línea de comunicación celular por la falta de entrega de la sim card que así efectivamente le permita acceder a ella. Obsérvese que, precisamente, sin ese dispositivo el actor, que optó por la portabilidad de línea telefónica acogiendo el plan ofrecido por la empresa de telefonía celular accionada, en las condiciones convenidas de su entrega a domicilio, esto es, en su casa en respeto del aislamiento social nacionalmente impuesto, quedará sin comunicación por esa vía que hoy en día constituye la mejor y más segura forma de comunicación en la sociedad dada la crisis mundial que se afronta.

3.6. En ese sentido, evidenciado el actuar abusivo por parte de la empresa de telefonía celular accionada y que el mismo va en detrimento de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la libre locomoción del actor que optó por guardar el confinamiento social recomendado por la OMS e impuesto a nivel nacional en Colombia, así como también lesiona su derecho esencial a acceder a las telecomunicaciones.

3.7. Debe decirse por último que mal podría desgajarse la existencia de un hecho superado por virtud de que el actor pueda acudir a cualquier sede de la accionada a reclamar la sim card, cuando, primero, materialmente el gestor se ha visto imposibilitado en

el uso de su línea telefónica por la falta de entrega de su sim card y, segundo, él ha optado por la elección de respetar el confinamiento social decretado a nivel nacional y recomendado por la OMS como mejor forma de evitar el contagio de la actual pandemia, elección que comunicó previamente a la accionada que lo aceptó, para luego terminar incumpliendo lo pactado con él.

4. Así las cosas, se tutelarán los derechos fundamentales de acceso a los servicios públicos esenciales de telefonía celular, así como a la vida, salud y libre locomoción del señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios, ordenando a Comcel S. A. (Claro S. A.) que, si aún no lo ha hecho, en el término de (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, entregue en el lugar del domicilio del accionante la sim card activada en el plan contratado.

7. En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá el 18 de mayo de 2020.

SEGUNDO: TUTELAR, en su lugar, los derechos fundamentales de acceso a los servicios públicos esenciales de telefonía celular, así como a la vida, salud y libre locomoción del señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios.

TERCERO: ORDENAR a Comcel S. A. (Claro S. A.) que en el termino de (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, entregue al señor Jonathan Eliecer Hernández Barrios, en el lugar de su domicilio, la sim card activada en el plan contratado.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes y la juzgado de primer grado.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se restablezca la normalidad institucional para estos trámites. Déjense las constancias pertinentes.

Notifíquese y cúmplase


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.