

**ACCION DE CUMPLIMIENTO - Rechazo / ACCION DE CUMPLIMIENTO -
Renuencia como requisito de procedibilidad de la acción**

Así pues, la renuencia consiste en la rebeldía por parte de la autoridad demandada al cumplimiento de un deber inobjetable, por ello, una petición presentada a la Superintendencia de Industria y Comercio para "...Que se inicie una investigación a COMCEL", para que se le explique al actor "... por qué COMCEL no da aplicación a la norma" o para que "se dé por terminado" un contrato entre COMCEL y el actor, de manera alguna puede considerarse como la constitución en renuencia de esa entidad por el incumplimiento de la Resolución CRC3066 el 18 de mayo de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Se precisa que cuando en ejercicio del derecho fundamental de petición la parte actora previamente ha presentado solicitud a la demandada con una finalidad distinta a la de constituir la renuencia, no puede equipararse dicho escrito al agotamiento de este presupuesto de la acción, so pretexto de que se trate de asuntos similares.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 87 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la renuencia, Consejo de Estado, providencias del 17 de marzo de 2011. Exp. 2011-0019, 9 de junio y de 17 de noviembre de 2011, Exp. 2011-00024 y 2011-00412, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Improcedente contra de particulares que no ejercen una función pública

Es claro, que la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones es un servicio público, porque así lo dispone el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 "...es un servicio público bajo la titularidad del Estado", pero ello de manera alguna puede comportar que por esa sola circunstancia se equipare a "función pública" por parte de los particulares que prestan dicho servicio. En efecto, el servicio público es toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua y que puede ser prestado por el Estado o por los particulares; mientras que la función pública es aquella que está a cargo del Estado, aunque puede delegarse en particulares, y está ligada por lo general a funciones legislativas, judiciales y administrativas... Por lo anterior, en razón que los particulares demandados no ejercen funciones públicas, la acción de cumplimiento respecto de ellas no resulta procedente,

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00106-01(ACU)

Actor: HUGO ANTONIO SANTIAGO CARDENAS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y OTROS

Se resuelve la impugnación interpuesta contra la sentencia de 16 de abril de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró improcedente la acción constitucional respecto de las empresas MOVISTAR, COMCEL, TELMEX, TELEFONICA TELECOM y TIGO, y negó las pretensiones de la demanda respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El señor Hugo Antonio Santiago Cárdenas en ejercicio de la acción prevista por la Ley 393 de 1997, demandó a las empresas *"...COMCEL - MOVISTAR - TELMEX - TELEFONICA TELECOM - TIGO quienes han incurrido en incumplimiento de lo dispuesto en LA RESOLUCION CRC3066 del 18 de Mayo (sic) de 2011, haciendo "BURLA A LA LEY", y vincular así mismo a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO; por no hacer cumplir la norma siendo instancia de control competente; ..."*. (fl. 1).

Para sustentar fácticamente su demanda señaló, en síntesis:

- Que la Comisión de Regulación de Comunicaciones expidió la Resolución CRC3066 el 18 de mayo de 2011 *"Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones"*.
- Que de conformidad con la citada Resolución las empresas que prestan servicio de comunicaciones *"DEBEN RECIBIR UNA O VARIAS PETICIONES de los usuarios; no negarse a recibir, por el simple hecho que hay una anterior, es por ello que argumentan que hasta que haya una respuesta de la primera; ya que el sistema no les acepta otra."*
- Que el artículo 39 del referido acto administrativo señaló que la petición se puede presentar por cualquier medio, razón por la cual presentó reclamación desde su celular a Comcel, aunque no precisa la fecha; petición que según el actor no ha sido contestada, y por ello se vulneró este artículo.
- Que las empresas prestadoras del servicio de comunicación *"NUNCA DEBEN EXIGIR U OBLIGAR A QUE SE PRESENTE EL TITULAR DE LA LINEA (sic), para presentar PQR [peticiones, quejas y recursos] y menos exigir con cédula en mano, como lo hacen a diario, violando la norma y los derechos del usuario."*

- Que a pesar de que el artículo 41 de la Resolución 3066 de 2011 prevé que pueden presentarse quejas en forma verbal “...las empresas no lo permiten (petición verbal) y menos cuando se trata de cancelar el contrato; argumentan que debe ser por escrito contrariando la norma en el artículo 66 que dice ... En cualquier modalidad de suscripción, el usuario que celebró el contrato puede solicitar la terminación del servicio o servicios en cualquier momento, con la simple manifestación de su voluntad expresada a través de cualquiera de los mecanismos de atención al usuario previstos en el numeral 11.9 del artículo 11 de la presente resolución, sin que el proveedor pueda oponerse, solicitarle que justifique su decisión, ni exigirle documentos o requisitos innecesarios.”.
- Que las respuestas a las peticiones “...SON VAGAS, sin fondo, en hecho y en derecho; utilizan varias páginas para repetir lo que les conviene y para lo peticionado utilizan unas cuantas líneas.”.
- Que la Superintendencia de Industria y Comercio, ente de control y vigilancia “...no ha actuado conforme a su autonomía, para hacer cumplir la norma habiéndolo requerido. (Anexo copia de requerimiento y su respuesta).”.
- Que “COMCEL - MOVISTAR - TELMEX - TELEFONICA TELECOM - TIGO se han negado a hacer efectivas las disposiciones anteriores no tan sólo a lo que se refiere a la atención de PQR; ya que incumplen la norma es (sic) muchos artículos de la misma y que se demandará posteriormente.”. (fls. 1 y 2).

En consecuencia, solicitó al Juez constitucional:

“...1. Sírvase señor Juez ordenar a la autoridad encargada, el cumplimiento de los artículos 39 al 53 de la resolución (sic) CRC 3066 de 2011.

2. Que se ordene iniciar una investigación a quien corresponda para comprobar el incumplimiento de los actos descritos en concordancia con la ley.

3. Que así mismo se ordene a quien corresponda la aplicación de las sanciones a las empresas prestadoras del servicio que están incurriendo en al violación y omisión de la ley.

4. Que se vincule e investigue a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por la omisión en hacer cumplir la norma.

5. Que este cumplimiento se haga a nivel nacional con respecto a las empresas mencionadas.

6. Que se remita para su conocimiento copia de la investigación al MINISTERIO DE COMUNICACIONES para que actúe conforme a su competencia.”. (fls. 2 y 3).

1.2. Las contestaciones de la demanda.

1.2.1. La Coordinadora del grupo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio se opuso a la prosperidad de las pretensiones en razón a que la entidad ha sido diligente respecto de las constantes solicitudes presentadas por el accionante.

Señaló que *“...no puede el accionante pretender que cada vez que se de inicio a una investigación administrativa como las aquí relacionadas, estas deben terminar obligatoriamente con la imposición de multas y sanciones frente a los investigados, puesto que sería una flagrante violación a los derechos de defensa y contradicción que también ostentan las personas jurídicas o naturales que son investigadas.”*.

Destacó que *“es de resaltar que el caso que ha dado inicio a la presente acción, derivada de una queja presentada ante la Entidad que represento y en contra de la empresa COMCEL S.A., se encuentra aún es (sic) estado de trámite, cuyos avances le serán informados al accionante en su calidad de quejos (sic) en el momento indicado.”* (fls. 212 a 216).

1.2.2. La apoderada judicial de Telefónica Móviles Colombia S.A., “MOVISTAR” se opuso a las pretensiones de la demanda por ser improcedentes e inconducentes, toda vez que se basan en afirmaciones genéricas, vagas e imprecisas del demandante, carentes de soporte probatorio.

Sostuvo que la acción ejercida es improcedente por cuanto el accionante cuenta con otro mecanismo judicial como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no acreditó la existencia de perjuicio grave e inminente en su contra.

Señaló que no se cumplió con el requisito de constitución en renuencia *“...pues las comunicaciones allegadas con la demanda no reúnen las características o requisitos del requerimiento previo, previstos en la ley y en la jurisprudencia”*¹. (fls. 127 a 138).

1.2.3. El apoderado de la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A., consideró que la acción constitucional ejercida es improcedente porque *“...no existe fundamento fáctico, jurídico y probatorio en las que se fundan las pretensiones enunciadas por el hoy accionante...”*.

¹ Para el efecto citó la sentencia de 6 de noviembre de 1997 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Exp. ACU-032

Sostuvo que TELMEX no ha incumplido la Resolución 3066 de 2011, por el contrario, ha sido garantista de los derechos de los usuarios.

Propuso como excepciones: **(i)** improcedencia de la acción, toda vez que Telmex es un particular que presta servicios públicos de comunicaciones pero no actúan en ejercicio de funciones públicas; **(ii)** ausencia del requisito de procedibilidad en constituir la renuencia, en razón a que no recibió requerimiento o comunicación por parte del accionante en el que le solicitara el cumplimiento de norma o acto administrativo alguno; **(iii)** falta de legitimación por pasiva, por cuanto no tiene relación directa con la ocurrencia de los hechos, por tanto es ajena al conflicto presentado; **(iv)** cumplimiento de la Resolución 3066 de 2011, pues no ha quebrantado lo dispuesto en el acto administrativo invocado; **(v)** inexistencia de causa, porque la demanda está fundada en hechos en los que nada tiene que ver Telmex. (fls. 173 a 179).

1.2.4. La apoderada judicial de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP "TELECOM" se opuso a las peticiones de la demanda por ser improcedentes e inconducentes, toda vez que se basan en afirmaciones genéricas, vagas e imprecisas del actor respecto del presunto incumplimiento de las disposiciones citadas en la demanda, sin soporte probatorio alguno.

Adujo que la acción constitucional es improcedente porque no se demostró la existencia de un perjuicio grave e inminente, ni se acreditó el incumplimiento del acto administrativo invocado.

Agregó que no se cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 8º de la Ley 393 de 1997, en razón a que no fue requerido de manera directa y con anterioridad a la presentación de la demanda el cumplimiento del deber legal o administrativo que supuestamente ha sido desatendido. (fls. 219 a 232).

1.2.5. El apoderado de Colombia Móvil S.A. ESP "TIGO" se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal y fáctico.

Propuso como excepciones: **(i)** *"Onus probandi incumbit actori - La carga de la prueba incumbe al actor"*, pues no está probado el incumplimiento normativo invocado; **(ii)** *"Del efectivo y cabal cumplimiento por parte de mi mandante de la Resolución CRT 3066 de 2011"*, toda vez que se ha dado efectivo cumplimiento a dicho acto administrativo; **(iii)** *"Ausencia legitimación en la causa por pasiva"*, por cuanto las pretensiones del actor *"...no pueden ser realizadas por mi*

representada, demostrándose en consecuencia una ausencia de legitimación por pasiva. Además, el actor ni siquiera es cliente o usuario de mi mandante, razón que habla por si sola respecto a que la presente excepción debe prosperar”; (iv) “De la improcedencia de la acción porque mi cliente no cumple funciones públicas” en razón a que si bien presta un servicio público, no ejerce funciones públicas. (fls. 77 a 99).

1.2.6. La sociedad COMCEL se pronunció de manera extemporánea.

1.3. El fallo impugnado.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander en sentencia del 16 de abril de 2012 declaró improcedente la acción respecto de las empresas MOVISTAR, COMCEL, TELMEX, TELEFONICA TELECOM y TIGO, y negó las pretensiones de la demanda respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Manifestó que la acción de cumplimiento en relación con las empresas Movistar, Comcel, Telmex, Telefónica Telecom, y Tigo, es improcedente porque la actividad desarrollada por éstas no es constitutiva de función administrativa, condición necesaria para que proceda esta acción cuando se ejerce frente a particulares.

Señaló que el demandante pretende que se le ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio el cumplimiento de los artículos 39 a 53 de la Resolución 3066 de 2011 que establece el trámite de peticiones, quejas y recursos - “PQR”, frente a lo cual ha cumplido tal como se infiere de la respuesta dada por la entidad de control a la presente acción.

Sostuvo que “...es evidente que la actuación administrativa que viene surtiendo la Superintendencia frente al problema concreto del demandado HUGO ANTONIO SANTIAGO CARDENAS con la empresa COMCEL, pone de manifiesto que la petición del demandante ha merecido la atención que corresponde por parte del organismo de control, en punto que se le requirió información adicional para dar inicio a la investigación contra aquella, requerimiento que se contestó por el interesado y que de cierta manera conlleva que se tenga por atendida la primera de sus pretensiones.”.

Respecto a “...la aplicación de la sanción a las empresas de telefonía celular que incurran en omisiones o que vulneren la ley, es evidente que ello dependerá de los resultados que arroje la investigación administrativa, por manera que no puede

ser del resorte del juez el cumplimiento ni surtir procedimiento alguno para determinar omisiones o inobservancia de específicas normas y menos ordenar imponer sanciones (sic) las empresas que prestan este servicio público, haciendo abstracción a la tramitación que al efecto debe surtir la citada superintendencia.”. (fls. 256 a 263).

1.4. La impugnación.

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia, pero no explicó las razones en que sustenta su inconformidad. (fl. 271).

II. CONSIDERACIONES.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 393 de 1997, la Acción de Cumplimiento tiene por objeto otorgar a toda persona la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para lograr que las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas, acaten la ley y los actos administrativos. Uno de los presupuestos de esta acción es que se aporte con la demanda la prueba de la renuencia de la autoridad obligada a cumplir el deber legal presuntamente omitido que debe consistir, conforme lo prevé el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, en que una vez reclamado por el interesado el cumplimiento del deber legal o administrativo omitido, la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Con la presente acción se está demandando el cumplimiento de la Resolución CRC3066 el 18 de mayo de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio y de las empresas MOVISTAR, COMCEL, TELMEX, TELEFONICA TELECOM y TIGO.

Como las pretensiones del actor están dirigidas contra una entidad de derecho público, y contra unas sociedades de derecho privado, deberá la Sala examinar por separado la procedencia de la presente acción respecto de cada una de ellas.

2.1. De la acción en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En primer lugar, resulta de la mayor importancia precisar que la procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad demandada, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe presentar el interesado para exigir el cumplimiento de un mandato previsto en la ley o en acto administrativo, y que la autoridad se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

En el *sub lite* el presupuesto de la constitución en renuencia a la Superintendencia no se acreditó, toda vez que no existe prueba de su presentación en la demanda, ni en sus anexos, pues analizadas todas las piezas procesales, se constata que, en el presente caso no existe dentro del expediente documento alguno suscrito por el demandante que se ajuste a lo exigido por la ley respecto al presupuesto de procedibilidad de la acción, porque si bien se aportaron varios documentos relacionados con las pretensiones del demandante, ninguno de ellos reúne las características que debe contener el escrito que agote el requisito de procedibilidad de la acción.

En efecto, en el expediente obra copia, entre otros, de los siguientes documentos:

- ✓ Petición de 15 de febrero de 2012 dirigida a COMCEL S.A., suscrita por el accionante, en la que solicitó *"1. ...se me explique por qué COMCEL no da aplicación a la norma reciente haciendo BURLA A LA LEY y violando todos mis derechos. 2. Que en vista de que COMCEL violó las cláusulas del contrato se dé por terminado sin causarme ninguna penalidad en principio de reciprocidad. ..."*. (fl. 7).
- ✓ Comunicación No. GRC-2012044558-2012 de 7 de marzo de 2012 suscrito por la Gerente de Reclamaciones del Cliente de Comcel S.A., y dirigido al accionante, en respuesta al derecho de petición de 15 de febrero de 2012 en la que le manifiesta que *"...no es procedente su solicitud de cancelar línea sin ninguna sanción."* (fls. 8 a 11).
- ✓ Petición de 15 de febrero de 2012 dirigida a la Superintendencia de Industria y Comercio suscrita por el accionante, en la que solicitó *"1. ...se me explique por qué COMCEL no da aplicación a la norma reciente haciendo BURLA A LA LEY y violando todos mis derechos. 2. Que en vista de que COMCEL violó las cláusulas del contrato se dé por terminado sin causarme ninguna penalidad en principio de reciprocidad. ..."*. (fl. 14).
- ✓ Comunicación No. /3001 de 29 de febrero de 2012 suscrita por la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y dirigido al accionante, en respuesta al derecho de petición de 15 de febrero de 2012 en la que le informa el procedimiento establecido por las disposiciones legales vigentes, en materia de servicios de comunicaciones. (fls. 15 y 16).
- ✓ Oficio HSVCS-020-12 de 27 de febrero de 2012 suscrito por el accionante y dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio en el que solicitó: *"...Que se inicie una investigación a COMCEL por no dar aplicación a la norma reciente haciendo BURLA A LA LEY y violando todos mis derechos. 2. Que de acuerdo a la ley, se sancione de una manera pecuniaria, el hecho y violación a la norma. ..."*. (fl. 17).
- ✓ Comunicación No. /3001 de 3 de marzo de 2012 suscrito por la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de

la Superintendencia de Industria y Comercio y dirigido al accionante, en respuesta al oficio 27 de febrero de 2012 en la que le informa el procedimiento establecido por las disposiciones legales vigentes, en materia de servicios de comunicaciones. (fls. 18 y 19).

El inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 prevé lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Sobre el particular esta Corporación precisó:

“El numeral 5º del artículo 10 de la citada Ley 393 de 1997 señala que la solicitud de cumplimiento deberá contener la prueba de la renuencia. Y, según el artículo 8º, inciso segundo, ibídem, para la procedencia de la acción y con el propósito de constituir la renuencia, se requiere que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.”²

Así pues, la renuencia consiste en la rebeldía por parte de la autoridad demandada al cumplimiento de un deber inobjetable, por ello, una petición presentada a la Superintendencia de Industria y Comercio para “...Que se inicie una investigación a COMCEL”, para que se le explique al actor “ ... por qué COMCEL no da aplicación a la norma” o para que “se dé por terminado” un contrato entre COMCEL y el actor, de manera alguna puede considerarse como la constitución en renuencia de esa entidad por el incumplimiento de la Resolución CRC3066 el 18 de mayo de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Se precisa que cuando en ejercicio del derecho fundamental de petición la parte actora previamente ha presentado solicitud a la demandada con una finalidad distinta a la de constituirla en renuencia, no puede equipararse dicho escrito al agotamiento de este presupuesto de la acción, so pretexto de que se trate de asuntos similares.³

Visto lo anterior, es claro que el demandante no acreditó que previamente hubiere reclamado a la Superintendencia de Industria y Comercio el cumplimiento del acto administrativo invocado.

² Sentencia del 1 de marzo de 2001, expediente 2000-2941.

³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencias del 21 de noviembre de 2002, exp. ACU-1614 y del 17 de marzo de 2011, exp. 2011-00019.

En cuanto al perjuicio inminente que exoneraría al demandante de la obligación de acreditar la renuencia, debe advertirse que éste no allegó prueba de su existencia, ni solicitó su práctica con el fin de demostrarlo, ni se infiere de la situación fáctica y probatoria obrante en el proceso.

En consecuencia, se modificará la sentencia de 16 de abril de 2012, que negó las pretensiones de la demanda respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio y en su lugar rechazará pues es la consecuencia que para ese evento dispuso el artículo 12 de la Ley 393 de 1997.

2.2. De la acción de cumplimiento en contra de particulares

La acción objeto de estudio también fue instaurada contra Comcel, Movistar, Telmex, Telefónica Telecom y Tigo, que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, son empresas con matrícula mercantil vigente números 00487585, 00830283, 01696649, 01283300 y 01240994, respectivamente, por tanto son sociedades de naturaleza privada, razón por la cual, en primer lugar, corresponde determinar si la acción de cumplimiento ejercida es procedente respecto de ellas.

El artículo 6º de la Ley 393 de 1997 dispone lo siguiente:

*“La acción de cumplimiento procederá contra acciones u omisiones de particulares que impliquen el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o acto administrativo, **cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.**”*

En el evento contemplado en este artículo, la acción de cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En tal virtud, la acción de cumplimiento contra particulares sólo procede si estos ejercen funciones públicas.

Ahora, como consta en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, los objetos sociales de dichas empresas refieren a la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones dentro o fuera de Colombia, tales como telefonía móvil, móvil celular, valor agregado telemáticos, etc., circunstancia que permite concluir que el objeto social de dichas empresas se encuentra dentro del giro normal de negocios particulares, por lo que, en principio, no se observa que aquellas ejerzan funciones públicas.

Es claro, que la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones es un servicio público, porque así lo dispone el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 “...es un servicio público bajo la titularidad del Estado”, pero ello de manera alguna puede comportar que por esa sola circunstancia se equipare a “función pública” por parte de los particulares que prestan dicho servicio.

En efecto, el servicio público es toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua y que puede ser prestado por el Estado o por los particulares; mientras que la función pública es aquella que está a cargo del Estado, aunque puede delegarse en particulares, y está ligada por lo general a funciones legislativas, judiciales y administrativas.⁴

Respecto del particular, esta Sala ha dicho

“Los particulares son sujetos de la acción de cumplimiento sólo si cumplen funciones públicas, esto es, que la acción de cumplimiento procede contra acciones y omisiones de particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, y únicamente para obtener el cumplimiento de dichas funciones.

Función Pública. Es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

Servicio público. Es aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general de manera regular y continua por parte del Estado, en forma directa o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial.

Por lo tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público.

El Consejo de Estado en sentencia de 5 de agosto de 1.999, señaló la diferencia entre función pública y servicio público, al respecto dijo:

“El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, ‘es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa’; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél [...].

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función pública y servicio público, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, ‘esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la

⁴ Sentencia de 22 de enero de 2004, exp. 25000-23-25-000-2003-2034-01(ACU)

pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)”^{5.}”⁶

Ahora bien, como lo prescribe el inciso 3° del artículo 123 de la Constitución Política “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

En el presente asunto no existe norma que refiera a que la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones se consideren función pública, y “...siempre que se predique que un particular ejerce funciones administrativas o públicas, debe partirse de la ley que le otorgue tal facultad, pues dicho ejercicio, como lo precisa la Carta Política, sólo puede devenir de un precepto legal. Es entonces el legislador a quien la Carta Fundamental le asignó de manera reservada tal potestad.”⁷

Por lo anterior, en razón que los particulares demandados no ejercen funciones públicas, la acción de cumplimiento respecto de ellas no resulta procedente, y por consiguiente, deberá modificarse la decisión del *a quo* respecto del numeral primero del fallo que declaró improcedente la acción respecto de las sociedades Comcel, Movistar, Telmex, Telefónica Telecom y Tigo, para en su lugar rechazarla.

Por las anteriores razones, se modificará los numerales primero en el sentido de rechazar por improcedente la acción constitucional por tratarse de particulares que no ejercen funciones públicas, así como el numeral segundo que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar, rechazarla por las razones aquí señaladas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICASE el numeral primero de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 16 de abril de 2012 que declaró improcedente la acción de cumplimiento respecto de las empresas Telefónica Móviles Colombia S.A., “MOVISTAR”, COMCEL, TELMEX COLOMBIA S.A., TELEFONICA TELECOM y Colombia Móvil S.A. ESP “TIGO”, en el sentido de RECHAZARLA por improcedente, por tratarse de particulares que no ejercen funciones públicas.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de agosto de 1.999, expediente ACU-798.

⁶ Sentencia de 19 de febrero de 2004, exp. 25000-23-25-000-2003-1843-01(ACU)

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 9 de mayo de 2002, exp. 15001-23-31-000-2002-0559-01-1309.

SEGUNDO: MODIFICASE el numeral segundo de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 16 de abril de 2012 que negó las pretensiones de la demanda respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en su lugar, **RECHAZASE** la acción de cumplimiento ejercida por Hugo Antonio Santiago Cárdenas, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

**MAURICIO TORRES CUERVO
BARREIRO**

ALBERTO YEPES