

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

Luis Javier Moreno Ortiz

Honorable
Corte Constitucional
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente
E. S. D.

REFERENCIA: Expediente D-7940. Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 3 (parcial).

El suscrito, comisionado por el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 13 de noviembre de 2009, se permite emitir opinión en el asunto de la referencia. Para cumplir tal cometido se desarrollará la siguiente agenda: síntesis de la norma demandada y de las razones de la demanda; determinación del problema jurídico a resolver; revisión de decisiones relevantes previas; análisis de otra jurisprudencia relevante; y conclusión.

LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Christian Rodríguez Martínez demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Esta norma regula, en su artículo 42, los casos en los cuales la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares. A su vez, el numeral 3 establece la procedencia de la acción contra particulares que presten servicios públicos domiciliarios. El ataque se centra en la expresión: “domiciliarios”, contenida en el precitado numeral.

El actor señala como violados los artículos 4 y 86 de la Constitución Política. Se argumenta que la expresión domiciliarios es inconstitucional, pues agrega una restricción a la procedencia de la acción de tutela que la Constitución no establece. Para mostrarlo señala el inciso quinto del artículo 86 de la Carta, norma que define a la ley la competencia para establecer los casos en los cuales la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público. Para demostrarlo copia textualmente varios apartes de la Sentencia C-134 de 1994, en la cual la Corte hace interesantes reflexiones sobre la acción de tutela contra particulares. Una de las principales es que la tutela contra particulares es, a juicio de la Corte, una novedad que constituye un notable avance, respecto del cual es un contrasentido, continúa la Corte, 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”. Este razonamiento conduce a la Corte, según la cita que hace el actor, a sostener que:

La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la 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 la inmediata protección judicial.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada establece una restricción a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, que no aparece en la

Constitución, el problema jurídico a resolver sería: ¿Es constitucional que una Ley, o en este caso un Decreto Ley, al regular un mecanismo de protección de derechos fundamentales, establezca mayores restricciones o límites para acceder a ese mecanismo que los señalados por la Constitución? La hipótesis del actor es negativa, valga decir: que no es constitucional, por cuanto la regulación estaría excediendo, al contravenirlo, el claro mandato del artículo 86 de la Constitución. Para resolver el problema es menester considerar dos métodos de verificación o de falsación de las hipótesis, consistentes en analizar la Sentencia C-134 de 1994 y sus implicaciones, y en buscar casos en los cuales la Corte haya estudiado y, de ser posible, concedido, tutelas contra particulares que prestan un servicio público no domiciliario. En el primer caso es relevante el método analítico; en el segundo lo es el método de contraejemplo.

DECISIONES RELEVANTES PREVIAS

Es menester advertir que la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar la constitucionalidad del Decreto Ley 2591 de 1991, como se da cuenta en las Sentencias: C-543 de 1992, C-054, C-018, C-155 A y C-531 de 1993, C-134 de 1994, C-243 de 1996, C-092 y C-616 de 1997, C-186 de 1998, C-003 de 1999, C-1716 de 2000. En la mayoría de ellas no se ha pronunciado sobre el artículo 42, salvo en la Sentencia C-134 de 1994, la cual merece ser estudiada con detenimiento, como se hace enseguida.

Por medio de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, decidió una demanda de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Prima facie se podría pensar que no existe cosa juzgada respecto de la norma demandada en el caso materia de esta opinión, pues el numeral 3 no fue demandado en el proceso decidido en 1994. No obstante, basta una mirada a los dos primeros puntos del decisorio de la Sentencia, para cambiar de pensamiento. Los puntos en comento dicen:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “*para proteger los*

derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. 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.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “*para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía*”, que se declara INEXEQUIBLE. 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.

Así las cosas, se tiene que, a pesar de no haberse demandado el numeral 3 del mencionado artículo 42, la Corte, en una afirmación contenida en el *decisum* de la Sentencia C-134 de 1994, sostiene, y, pido disculpas por la reiteración, que: “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”. Esta declaración, que tiene efecto vinculante para todos, pone en entredicho la restricción establecida en el numeral 3, que es abiertamente contradictoria con lo sostenido por la Corte. No es la primera vez que algo así ocurre, pues la misma Corte, en su Sentencia C- 543 de 1992, declaró inexecutable una norma que no había sido demandada, en ese caso el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, y adujo para hacerlo el principio de unidad normativa. En este caso podría hacerse otro tanto, pues si bien no existe una declaración particular para el numeral 3, la decisión explícita de la sentencia en estudio, lo cubre de manera indudable.

Por lo anterior, es necesario reconocer la existencia de cosa juzgada sobre la constitucionalidad de la norma demandada y, por tanto, la Corte Constitucional debería, en aplicación del principio del *stare decisis et quia non movere*, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-134 de 1994. Además, la *ratio decidendi* de esta sentencia, que es el principio de supremacía material del particular que presta un servicio público, como se indicó en el aparte relativo a la demanda y sus razones, es un claro precedente para resolver el presente caso.

ANÁLISIS DE OTRA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Considero que lo dicho sobre la existencia de cosa juzgada y de precedente vinculante en este caso es suficiente para llegar a una conclusión. No obstante, y abundando en razones, se procede a aplicar el método de contraejemplo, según se propuso en la agenda a seguir.

Una revisión preliminar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre casos de acciones de tutela contra particulares, es suficiente para encontrar varios contraejemplos que invalidan, de manera definitiva, la hipótesis de que la norma demandada es exequible y, a contrario sensu, validan o confirman la hipótesis de su inexecutableidad.

Sea lo primero fijar el alcance de la regla demandada, valga decir: establecer cuáles son los servicios públicos domiciliarios y, por exclusión, cuáles son los servicios públicos no domiciliarios, a fin de determinar una muestra representativa y relevante de casos.

Los servicios públicos domiciliarios están definidos legalmente por el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, que define el ámbito de aplicación de esta ley, cuyo texto es el siguiente:

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

Este artículo fue modificado por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, relativa a los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC-, que dispone:

A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el

sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.

Siendo los anteriores servicios públicos domiciliarios, aunque el punto no sea tan claro respecto de la telefonía pública, al tenor de la nueva ley, para lograr la verificación por contraejemplo, basta encontrar uno o varios casos en los cuales la Corte Constitucional haya estudiado y, de ser posible, concedido, acciones de tutela en contra de particulares que presten servicios públicos diferentes de los anteriores.

La investigación jurisprudencial realizada ha permitido obtener cinco interesantes casos ejemplares, que cumplen con los presupuestos señalados para los contraejemplos. Son ellos los decididos en las Sentencias SU-157 de 1999 y T-520 de 2003, en las que se califica como servicio público la actividad de los bancos; en la Sentencia T-162 de 1994, en la que se califica como servicio público la administración de cementerios; y en las Sentencias T-507 y T-604, en las que se califica como servicio público el transporte.

En la Sentencia SU-157 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte decidió en varias tutelas acumuladas, en las cuales el problema jurídico a resolver era la no prestación del servicio bancario a las personas señaladas en una lista elaborada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, conocida coloquialmente como “Lista Clinton”. Los banqueros colombianos se abstendían de prestar el servicio, pues el Gobierno de los Estados Unidos de América los amenazaba con incluirlos en la misma lista si lo hacían. La Corte Constitucional concede la tutela a algunos interesados y advierte a los banqueros nacionales que la orden ejecutiva impartida por el Gobierno de los Estados Unidos de

América no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, de lo que se sigue que ella no es norma que deba aplicarse coercitivamente en Colombia. Para llegar a esa decisión, la Corte aplica, de manera explícita, el principio de la supremacía material del particular que presta servicios públicos, como puede apreciarse enseguida:

La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria 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 la inmediata protección judicial.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice.

En la Sentencia T-520 de 2003, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte decidió una tutela contra dos juzgados civiles, la Superintendencia Bancaria, el Fondo de garantías de instituciones financieras y dos bancos. El problema jurídico a resolver era si los bancos pueden exigir, de manera inflexible, el cumplimiento de sus obligaciones financieras a una persona secuestrada, durante su secuestro e inmediatamente después del mismo. La Corte Constitucional considera que no, por lo que concede la tutela, suspende los procesos ejecutivos, ordena la novación de los contratos según unas pautas que ella misma fija y da otras órdenes. Para llegar a esta decisión, la Corte debe refutar la opinión de los jueces constitucionales de las instancias, que son el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que los bancos no prestan un servicio público. Este cometido lo realiza a partir de un prolijo estudio de la teoría del servicio público a la luz de

la Constitución, el cual le sirve de base para construir una completa trayectoria jurisprudencial sobre el tema, que, dada su pertinencia, bien merece la pena transcribirla, como se hace enseguida:

En el presente caso interesa establecer si la actividad bancaria es un servicio público. Sin duda, esta actividad cumple una función de vital importancia dentro de un Estado, pues es la forma de canalizar la mayor parte del flujo de capitales en el sector real de la economía. Sólo garantizando el adecuado flujo de capitales en este sector se puede asegurar que las personas tengan acceso al conjunto de bienes y servicios necesarios para vivir y desarrollar sus actividades. En esa medida, la Constitución establece que la actividad financiera es de interés público y que el gobierno podrá intervenir en ella, conforme a la ley. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 355. Las actividades financiera ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

A su vez, el artículo 150, numeral 19, literal d), y el artículo 189 numerales 24 y 25, configuran el esquema de intervención del Estado en la actividad financiera conforme al modelo general de intervención en los servicios públicos, consagrado en el artículo 365 de la Carta. De acuerdo con este esquema, le corresponde al Congreso la regulación general, mientras al Presidente se le atribuyen las facultades de inspección, vigilancia y control; así como la intervención, sobre dicha actividad y sobre las personas que la ejercen. De tal modo, el artículo 150 de la Carta dispone que corresponde al Congreso “[d]ictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para ... [r]egular las actividades financiera ... y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público”; mientras el artículo 189 establece que “[c]orresponde al Presidente de la República ... [e]jercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público” y “ejercer la intervención en

las actividades financieras ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

Con todo, la consagración de la actividad financiera como de interés público, y el que su diseño constitucional de regulación corresponda con el modelo general de los servicios públicos consagrado en el artículo 365 de la Carta pueden ser insuficientes para considerarla un servicio público. Aun así, la clasificación de la actividad financiera como un servicio público se encuentra bastante arraigada en el ámbito colombiano. Nuestro ordenamiento jurídico positivo clasificó la actividad financiera como un servicio público desde 1959 a partir de un criterio funcional, con independencia del carácter público o privado del órgano que la llevara a cabo. En efecto, el artículo 1° del Decreto 1593 de ese año, estableció: *“Decláranse de servicio público las actividades de la industria bancaria, ya sean realizadas por el Estado, directa o indirectamente o por los particulares”.*

Así, a pesar de que este artículo se encuentra actualmente derogado por el artículo 3° de la Ley 48 de 1968, su pérdida de vigencia no incide sobre el carácter de servicio público de la actividad financiera. De hecho, la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema ha reconocido la calidad de servicio público que tiene la actividad financiera, sin importar el carácter público o privado del órgano que la lleve a cabo, aun después de la pérdida de vigencia del artículo 1° del mencionado Decreto.

Ha dicho la Corte Suprema al respecto:

“La actividad bancaria, tanto la oficial como la privada, es una actividad de servicio público. A falta de una definición legal, ha dicho la Corte, se debe estar a la doctrina, a la jurisprudencia y a los preceptos del derecho positivo relacionados con la materia. Para la doctrina y la jurisprudencia, servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas. Noción de igual contenido trae el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo” C. S. J. Sala Plena, Sentencia de 6/VI/72.

Así mismo, en un pronunciamiento aun más reciente, que ha sido reiterado en múltiples oportunidades, dicha Corte sostuvo:

“También se catalogaron como actividades de servicio público la de la industria bancaria; la de la banca central, adjetivada adicionalmente de esencial; la de los servicios públicos domiciliarios, y la de seguridad social en salud y en pensiones en cuanto estén vinculadas con el reconocimiento y su pago, también señaladas como esenciales.” C.S.J. Cas. Lab. Sentencia de 15/VII/97 (M.P. Fernando Vásquez Botero).

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación se ha manifestado sistemáticamente en este mismo sentido. En la Sentencia T-443/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte se pronunció sobre un caso en que el Ministerio de Trabajo había expedido unas resoluciones que impedían el ejercicio de huelga en las entidades bancarias, con fundamento en la facultad provisional de la administración para hacerlo, hasta tanto existiera una definición legal en torno al carácter esencial del servicio público de banca. Un juez había ordenado suspender provisionalmente dichas resoluciones; sin embargo, la Corte sostuvo que la actividad bancaria constituye un servicio público, no sólo porque cuenta con los atributos propios de dicha actividad, sino también porque así ha sido clasificada por el derecho positivo, y porque este carácter ha sido reconocido sistemáticamente por la jurisprudencia. Por tales motivos, con fundamento en el carácter de servicio público de la actividad financiera, ordenó levantar la suspensión de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo.

Así mismo, en la Sentencia de unificación SU-157/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte se refirió al carácter de servicio público de la actividad bancaria, y con fundamento en dicha consideración aceptó la procedencia formal de la acción de tutela contra diversas entidades bancarias. Al respecto sostuvo:

“Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción

de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice.” (F.J. No. 5).

En la Sentencia T-162 de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte decide un tema con ribetes escatológicos, vinculado al derecho a la inhumación y exhumación de cadáveres y su dimensión simbólica. La esposa del difunto y un hijo extramatrimonial se disputan el cadáver, en una macabra trashumancia por varios cementerios. El problema jurídico a resolver era quién tiene derecho a exhumar y a inhumar un cadáver. La Corte Constitucional considera que ambos derechos le corresponden a la esposa del difunto. Para lo que aquí interesa, que es la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan un servicio público, la Corte considera que en la administración de los cementerios, la iglesia cumple una función religiosa que se confunde con un servicio de carácter público, valga decir: que esa actividad puede considerarse como servicio público, en razón del cual procede la acción de tutela. Son sus palabras:

La tutela contra particulares está consagrada en el inciso quinto del artículo 86 de la Carta y extrae su fundamento sociopolítico del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la sociedad contemporánea. El fenómeno relativamente reciente de la oponibilidad de tales derechos frente al Estado, no desconoce ni modifica el contenido de los mismos, encaminado a proteger a la persona de los abusos provenientes de cualquier poder. En palabras de Pietro Sachis “es el adjetivo de fundamental y no el sustantivo de derecho lo que añade la posibilidad de defensa frente al Estado”.

Los fieles adhieren libremente a su iglesia. Sin embargo, las exigencias del culto ponen al particular en una relación de obediencia y subordinación que entraña restricciones importantes a la autonomía individual en eventos esenciales de la vida humana. Con la celebración del culto funerario y la administración de los cementerios, la iglesia católica cumple una función religiosa que se confunde con un servicio de carácter público. En esta intersección entre lo público y lo privado, adquiere relevancia el tema constitucional.

En efecto, el numeral 8 del artículo 42 del decreto 2591 establece la procedencia de la tutela en aquellos casos en los cuales el particular cumpla funciones de carácter público. Tal como se explicó más arriba, el derecho que asiste a los deudos sobre el cadáver sólo puede ser comprendido cabalmente a la luz de las normas caracterizadas como de orden público. A fortiori, la normatividad sobre administración de cementerios católicos sobrepasa la mera connotación religiosa y se convierte en un servicio de carácter público. Lo religioso se sobrepone a lo público sin opacarlo.

En la Sentencia T-604 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte decide el caso de una comunidad que se queja de que por su barrio, en la ciudad de Bucaramanga, no pasan los buses del transporte urbano, lo que tiene a sus miembros incomunicados o supeditados a hacer ejercicio forzoso para poder llegar a sus destinos. El problema jurídico a resolver era si las personas que habitan en un barrio dentro de una ciudad tienen o no derecho a acceder al servicio de transporte. La Corte Constitucional considera que sí tienen ese derecho y así lo declara en su sentencia, al conceder la tutela y ordenar a la empresa de transporte involucrada cumplir de manera regular y continua con la prestación del servicio. Para llegar a esa decisión, la Corte asume que el transporte es un servicio público y, por tanto, que en este caso la acción de tutela es procedente. Al respecto dice:

3. El transporte es una actividad comercial que tradicionalmente ha sido considerada un servicio público en atención a su trascendencia para el desarrollo económico y social de la comunidad (CP arts. 78, 334 y 365 a 370).

En relación con la noción de los servicios públicos, esta Sala ya se había pronunciado con anterioridad en los siguientes términos:

“Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.

“La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas.

“Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población”.

La prestación del servicio público de transporte es regulada por ley (CP art. 150-23), pero la Constitución reserva a las Asambleas Departamentales la posibilidad de expedir normas sobre la materia (CP art. 300).

En la Sentencia T-507 de 1993, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte decide el caso de una persona que remite unos documentos por una empresa de mensajería y, ante la circunstancia de que ellos nunca llegan a su destino, pregunta, primero de manera verbal y, más tarde, por escrito, en ejercicio del derecho de petición, a la empresa sobre estos hechos, sin obtener respuesta alguna. El problema jurídico a resolver es si la acción de tutela es procedente para exigir la respuesta de peticiones dirigidas a particulares. La Corte Constitucional considera que sí lo es y, en consecuencia, revoca el fallo de instancia, concede la tutela y ordena a la empresa dar respuesta a la petición en un breve término. Para llegar a esta conclusión, la Corte argumenta:

Los servicios públicos no están todos organizados de la misma manera. Se pueden distinguir tres grandes categorías de sistemas administrativos según que el servicio esté atendido por un órgano público o esté confiado a un particular, por concesión o independientemente.

1. El servicio puede estar atendido por un organismo público: la gestión de la administración central y la descentralizada.
2. Los servicios no son necesariamente administrados por órganos públicos: pueden estar dirigidos por particulares que atienden su explotación bajo la dirección y el control de la administración, pero por medio de personal, bienes y finanzas privadas.
3. Cuando el servicio público es prestado por un particular no mediante concesión sino en desarrollo de la libertad de empresa, consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, pero sujeto a la vigilancia y control del Estado.

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).

En los tres casos a que se refiere el artículo 365 de la Constitución -directo, indirecto o por un particular-, hay un ejercicio del poder público, por lo que frente a la vulneración de un derecho fundamental, el destinatario de la acción de tutela es la autoridad pública que surge de la actividad del particular en la prestación de un servicio público.

Esta ampliación del sujeto que presta el servicio público y por ende adquiere el estatus de autoridad pública, contribuye, como sostuvo la Corte Constitucional “a que a través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva”.

Este tránsito se ha derivado de la extensión de la democracia política, del paso de la publicación del agente a la publicación del resultado

de la actividad administrativa, siendo meramente instrumental la naturaleza de la organización encargada de su tutela. Lo público, hoy día, estriba en la obtención de determinados resultados sociales mediante la intervención, aunque sea parcial, de un aparato público. Ello hace que el énfasis del derecho público deba trasladarse a la creación de ordenamientos sectoriales que aseguran la definición democrática del resultado querido (el interés social) y la tutela del mismo.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 es inexecutable. La Corte Constitucional puede, acogiendo el argumento de que existe cosa juzgada constitucional, ordenar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-134 de 1994, o bien, sobre la base del texto del artículo 86 de la Carta y con fundamento en su propia jurisprudencia, que apenas se alcanza a pergeñar en esta opinión al realizar la demostración por contraejemplo, declarar la correspondiente inexecutableidad.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración,

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
Profesor

