

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia respecto de prestadores de servicios públicos domiciliarios o no/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia por actos que afecten o amenacen derechos fundamentales/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Control de la arbitrariedad

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Subordinación e indefensión

La Corte considera que la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión. De esta manera, la acción de tutela representa el mecanismo de control a la arbitrariedad, como es lógico con independencia de que los servicios públicos prestados sean o no domiciliarios, con la advertencia de que no todo tipo de conducta del particular es susceptible de ser enjuiciadas por vía de tutela, por cuanto sólo lo serán aquellos actos que tengan la potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental, y frente a los cuales no se vislumbren otros mecanismos de defensa judicial o los mismos resulten insuficientes ante la amenaza de un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 86 del Estatuto Superior.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Hipótesis de procedencia por acciones u omisiones

RATIO DECIDENDI EN SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter vinculante

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SOBRE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS-Aplicación

La Corte Constitucional mediante sentencia C-134 de 1994 analizó algunas expresiones de los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 que limitaban la posibilidad de acudir a la acción de tutela contra particulares respecto de ciertos servicios públicos y sólo para proteger determinados derechos fundamentales, concluyendo la Corte que las limitaciones respecto de los derechos fundamentales resultaban arbitrarias e injustificadas y que la tutela debía proceder contra particulares por la prestación de cualquier servicio público, pues en estos casos siempre se presenta una ruptura de la igualdad que puede dar lugar a abusos de poder que hay necesidad de controlar. Así, los efectos de cosa juzgada constitucional que emanan de esta aludida decisión, dado el alcance y fuerza vinculante que tanto en la ratio decidendi de la parte considerativa como en la resolutive reconoció en forma expresa la procedencia de la tutela contra “el particular que esté prestando cualquier servicio público”, obligan a la Corte a ser coherente y consistente con la decisión tomada

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Protección real de derechos fundamentales

SERVICIOS PUBLICOS-Definición legal/SERVICIOS PUBLICOS-Actividades que constituyen servicio público

SERVICIOS PUBLICOS-Inherentes a la finalidad social del Estado

Referencia: expediente D-7940

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

Demandante: Christian Rodríguez Martínez

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Christian Rodríguez Martínez demanda el numeral 3º (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, por considerar que vulnera los artículos 4º y 86 de la Carta Política.

El Magistrado Sustanciador admitió la demanda mediante Auto del trece (13) de noviembre de 2009, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, e invitó a la Confederación Colombiana de Consumidores, así como a las facultades de Derecho de las universidades Javeriana, Externado, de los Andes, Rosario, Nacional y Sergio Arboleda, para que intervinieran impugnando o defendiendo la norma acusada.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II.- DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma y se subraya el aparte acusado, según su publicación en el Diario Oficial 40.165 del 19 de noviembre de 1991:

“DECRETO 2591 de 1991

(noviembre 19)

Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución

Política.

EL PRESIDENTE DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

“ARTICULO 42. PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación [para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución]1.
2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud [para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía]2.
3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la

misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar [la vida o la integridad de] quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela³”.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que la expresión “domiciliarios” del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 vulnera los artículos 4º y 86 de la Carta Política.

En su sentir, el legislador extraordinario hizo una limitación no prevista en el artículo 86 de la Constitución, al consagrar que, en el caso de particulares encargados de la prestación de servicios públicos, la acción de tutela únicamente procede si son “domiciliarios”.

Apoyado en amplia jurisprudencia constitucional, el demandante comienza por explicar que en el ordenamiento jurídico colombiano se contempló la procedencia de la tutela contra particulares, porque no sólo el Estado puede vulnerar los derechos fundamentales. Considera esta posibilidad un “notable avance dentro del campo del derecho público por cuanto permite (...) que se protejan los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos han sido vulnerados por otros particulares, ya sean personas naturales o jurídicas”.

Sostiene que en el panorama descrito la tutela debe proceder contra cualquier particular que preste un servicio público y no solo cuando ellos sean domiciliarios. Afirma entonces: “el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste asuma una posición de primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la igualdad conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer abusos de poder que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas”.

Por tratarse de una de las garantías fundamentales de la mayor importancia, estima que debe declararse inexecutable la expresión acusada, a fin de permitir la procedencia de la

tutela contra cualquier particular encargado de la prestación de servicios públicos.

Advierte que el artículo 86 de la Carta Política consagra tres exigencias para la procedencia de la tutela contra particulares: (i) la prestación de un servicio público, (ii) que la conducta afecte grave y directamente el interés colectivo y (iii) que el particular se halle en estado de subordinación o indefensión. De manera que la norma acusada no podía restringir la procedencia de la tutela a hipótesis que no fueron excluidas por el Constituyente.

IV. intervenciones

1.- Ministerio del Interior y de Justicia

La ciudadana Ana Beatriz Castellanos Burgos, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, solicita a la Corte proferir una sentencia inhibitoria.

Para la interviniente, la demanda de inconstitucionalidad presentada carece de objeto y la expresión acusada no se encuentra vigente, en la medida en que la Corte Constitucional, en la sentencia C-134 de 1994, señaló expresamente que la acción de tutela procede contra el particular encargado de la prestación de cualquier servicio público.

Explica que en aquella oportunidad la Corte declaró inexecutable varios apartes de los numerales 1º y 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, de modo que el condicionamiento efectuado en aquella oportunidad “tiene un alcance general frente a cualquier disposición legal que restrinja la procedencia de la acción de tutela contra particulares que presten un servicio público específico”.

2.- Universidad del Rosario

La profesora Luisa Fernanda García, en su calidad de docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, considera que la norma debe ser declarada executable.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 4895, radicado el veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010), solicita a la Corte declarar executable la expresión acusada,

“entendiéndose que la acción de tutela procede contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”.

El Ministerio Público recuerda que en la Sentencia C-134 de 1994 la Corte Constitucional analizó los numerales 1º, 2º y 9º del artículo ahora acusado, declarando inexecutable algunos apartes. Así mismo, destaca que el fallo advirtió que la acción de tutela procede contra el particular que preste cualquier servicio público y por la violación de cualquier derecho fundamental.

Concluye que el cargo ahora formulado es similar al examinado en su momento en la Sentencia C-134 de 1994, y en consecuencia debe declararse la exequibilidad de la norma con el condicionamiento señalado en la jurisprudencia constitucional.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 transitorio de la Constitución Política⁴, la Corte Constitucional es competente para conocer el asunto de la referencia, ya que se trata de una demanda interpuesta contra una norma que hace parte de un decreto con fuerza material de ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución, en este caso el Decreto 2591, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2.- Problema jurídico

Tomando en consideración la demanda y las intervenciones presentadas, debe la Corte examinar si el Legislador extraordinario, al señalar que la acción de tutela procedería contra acciones u omisiones de los particulares que prestan servicios públicos “domiciliarios”, introdujo una limitación contraria a los artículos 4º y 86 de la Constitución.

Para tal fin (i) la Corte comenzará por referirse brevemente al alcance de los derechos fundamentales frente a las acciones u omisiones de los particulares; (ii) luego abordará el tema de la acción de tutela y su procedencia frente a particulares, concretamente en el caso

de quienes prestan servicios públicos; finalmente (iii) examinará la constitucionalidad de la norma acusada.

3.- El alcance de los derechos fundamentales y su proyección frente a las acciones y omisiones de los particulares.

3.1.- El paso del Estado demoliberal al Estado social y democrático de derecho representó un profundo cambio en la concepción de los derechos fundamentales. En el primero fue una constante asumir que el riesgo de poder y abuso emanaba del Estado y de las autoridades que lo representaban. Desde tal perspectiva, el ciudadano debía contar con herramientas para controlar la arbitrariedad de las autoridades y asegurar el respeto de sus derechos desde una dimensión esencialmente negativa o de no injerencia del Estado, en tanto que las relaciones entre ciudadanos se fincaban en el respeto sacro a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en el Estado social y democrático de derecho se cuestiona la premisa según la cual los particulares ejercen sus actividades bajo condiciones reales de libertad e igualdad⁵. De esta manera, la asimetría en las relaciones jurídico privadas hace que los derechos fundamentales también proyecten sus efectos y resulten vinculantes entre particulares, en la medida en que allí se consolidan cada vez más epicentros de poder haciendo que no se concentre en el aparato estatal sino que se difuminen por toda la sociedad⁶.

3.2.- Es así como en el Estado social de derecho surge una doble vinculación en materia de derechos fundamentales: (i) existe un deber de abstención que reafirma la tradición demoliberal y, simultáneamente, (ii) nace un deber positivo según el cual es necesario promover los mecanismos para asegurar la realización efectiva de los derechos, lo que involucra tanto al Estado como a los particulares⁷.

Este efecto de irradiación se conoce en la dogmática alemana como “Drittwirkung der Grundrechte”, expresión acuñada a mediados de los años 50 del siglo pasado, referente a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, de amplia difusión y receptividad en el constitucionalismo contemporáneo occidental⁸.

3.3.- Trasladadas las anteriores reflexiones al caso colombiano, es claro que en un Estado

social y democrático de derecho como el que reconoce la Carta Política de 1991, los derechos fundamentales se proyectan no sólo en el ámbito de las relaciones persona-Estado sino incluso en las relaciones entre particulares⁹. Así lo reconoce expresamente el artículo 86 Superior al consagrar la acción de tutela y autorizar su procedencia frente a particulares (asunto que será analizado en detalle más adelante).

Esta postura fue asumida en la jurisprudencia de esta Corporación desde sus primeros fallos¹⁰ y se ha mantenido inalterada en las más recientes decisiones¹¹. De hecho, en la primera oportunidad en la que se analizó la cuestión, la Sentencia T-009 de 1992¹², la Corte hizo referencia expresa a la recepción de la doctrina alemana. Dijo entonces:

La Corte ha explicado que la esencia de la tutela es el control a los excesos de poder, lo que resulta aplicable no sólo cuando se trata de autoridades públicas sino también cuando están de por medio entes privados que lo ejercen de manera arbitraria. Así fue explicado desde la Sentencia T-251 de 1993, al conceder la acción de tutela interpuesta contra una empresa privada de productos químicos. Dijo entonces la Corte:

“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”. (Resaltado fuera de texto).

De igual forma, en uno de los más recientes fallos que examinó la temática sobre la procedencia de la tutela contra particulares, la Sentencia T-160 de 2010, la Corte hizo especial énfasis en la irradiación que los derechos fundamentales proyectan en la esfera

privada¹⁴. Señaló al respecto:

“Una de las consecuencias del papel que ocupan los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo contemporáneo, concebidos como un “orden objetivo valorativo”¹⁵, es el denominado efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que “al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”¹⁶.

Dicho efecto de irradiación se extiende a las relaciones jurídicas privadas, debido precisamente a la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, cuyo carácter vinculante se afirma no sólo respecto de los poderes públicos sino también respecto de los particulares. Ahora bien, sobre la extensión de dicha obligatoriedad, al igual que sobre la manera como se hace efectivo dicha influencia existen diversas posturas doctrinales¹⁷ y jurisprudenciales¹⁸, sin embargo es una constante en el constitucionalismo contemporáneo reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 zanja de una vez la cuestión al establecer en el inciso final del artículo 86 la procedencia de la acción de tutela contra particulares, de este modo el Constituyente al definir una cuestión procesal –la legitimidad pasiva del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales- resolvió un asunto sustancial cual es la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privadas”. (Resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que la Carta de 1991, siguiendo la configuración inherente a un Estado social y democrático de derecho, reconoce que no sólo las autoridades públicas están comprometidas con la protección y respeto de los derechos fundamentales, sino que en esa compleja tarea también están involucrados los particulares como responsables directos. Ello es lo que en el derecho contemporáneo se conoce como el efecto de irradiación, dimensión expansiva u omnipresencia de la Constitución en casi la totalidad de las facetas de la vida en sociedad.

4.- La acción de tutela y su procedencia frente a particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público

4.1.- A diferencia de otros ordenamientos, en el caso colombiano la fuerza vinculante de los derechos fundamentales y su alcance frente a las relaciones entre particulares fue una discusión superada por el propio Constituyente en la Carta Política de 1991, lo cual ha significado que la intervención de la Corte haya sido menos compleja o problemática que la de otros jueces como el Tribunal Constitucional alemán¹⁹, la Corte Suprema de Estados Unidos²⁰, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²¹ o el Tribunal Constitucional español²², por mencionar algunos casos. En este sentido, el ejemplo por excelencia para reflejar cómo en la Carta de 1991 reconoció la eficacia de los derechos en las relaciones privadas es, precisamente, la norma referente a la acción de tutela, según el cual:

“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.

(...)

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela proceda 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”. (Resaltado fuera de texto).

Como puede observarse, el Constituyente previó tres hipótesis respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, aún cuando su diferenciación conceptual no es tan sencilla como a primera vista parece, porque con frecuencia confluyen en un mismo evento algunas o incluso todas las circunstancias referidas, a saber:

- a.- Cuando el particular presta un servicio público;
- b.- Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo;
- c.- Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

Tales supuestos representan también una suerte de limitante con miras a reducir los riesgos

que para la autonomía de la voluntad y la libertad contractual se derivan del reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares²³. La Corte se detendrá únicamente en el estudio de la primera hipótesis, por cuanto en torno a ella gira la demanda de inconstitucionalidad ahora formulada.

4.2.- Sobre este tópico lo primero a precisar es que el artículo 365 de la Constitución consagra los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, al tiempo que le atribuye el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. La norma también señala que su prestación podrá hacerse “por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”, pero en todo caso le asigna la función de regulación, control y vigilancia²⁴.

Para conceptualizar la noción de “servicio público”, esta Corporación ha integrado los elementos que se derivan directamente de la Carta Constitucional con aquellos previstos por el Legislador, en particular del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, que aún cuando está referido al derecho de huelga, hace una definición genérica de servicio público apelando a criterios de orden material. Dice la norma:

Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
- d) Las de establecimientos de asistencia social de caridad y de beneficencia;
- e) [Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados²⁶];

- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;
- g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;
- h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno;
- i) [Derogado. Ley 48/68, art. 3º, num. 4º]”. (Resaltado fuera de texto).

En la Sentencia T-578 de 1992 la Corte consideró procedente la acción de tutela interpuesta contra una Asociación de Usuarios de un Acueducto municipal, constituida como entidad privada sin ánimo de lucro que no contaba con reconocimiento del Estado y por ende no tenía personería jurídica. En aquella oportunidad se realizaron importantes consideraciones sobre la naturaleza y alcance de los servicios públicos en el marco de la nueva Constitución, que la Sala estima oportuno recordar in extenso:

“Es una realidad que las tradicionales funciones estatales -la administración de justicia y la fuerza pública, unificación de la moneda y relaciones con otros Estados-, se queden cortas ante las necesidades contemporáneas y la llamada “revolución de las expectativas” ciudadanas, que demanda del Estado no sólo seguridad sino también bienestar para todos.

Los servicios públicos, relacionados con la administración de justicia y la fuerza pública, están a cargo exclusivo del Estado, por su misma naturaleza y las connotaciones que ellos tienen dentro del concepto de soberanía nacional.

En los demás servicios se prevé la participación de los particulares o de las comunidades organizadas, en su prestación. Con ello se consagraron alternativas distintas a la puramente estatal en su organización y atención²⁷ .

Uno de los aciertos de la Constitución de 1991 fue haber reconocido que para los colombianos de hoy el tema de los servicios públicos tiene tanta o más importancia que muchos de los debates clásicos del derecho constitucional.

Entre las declaraciones de la Constitución de 1.991, que tienen especial relevancia en el tema de los servicios públicos, figuran las que proclaman que la libre competencia es un derecho de todos (CP art. 333), las que prohíben los monopolios oficiales que no tengan propósitos rentísticos (CP art. 336), las que abren la posibilidad de prestar los servicios públicos tanto por las entidades oficiales como por los particulares (CP art. 365), el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades sociales del Estado (CP art. 366), los servicios públicos domiciliarios (CP art. 367), las que indican que las leyes de intervención deben ser precisas y no vagas, cuando se trate de limitar la libertad económica (CP art. 150.21) y las que prohíben los subsidios que no provengan de los presupuestos (CP art. 386).

El artículo 366 de la Carta fue consagrado constitucionalmente con la necesidad de concebir una igualdad real y efectiva de los ciudadanos, no sólo ante la vida sino ante la ley. El artículo señala:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable”.

Ahora bien, la noción de servicio público la encontramos en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 753 de 1956, que establece:

“...Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas”.

Zanobini refiere la noción de “servicios públicos” a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa contraponiéndola a la de función pública como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, la función pública representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea de su soberanía; los servicios públicos, representan, por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines. En ese mismo sentido insiste también Giannini, para que la titularidad de las funciones públicas corresponde

necesariamente al Estado, mientras que la competencia sobre los servicios se asume por razones técnicas, económicas o sociales, pero sin que repugne la idea de su gestión por los particulares.

La noción conceptual de “servicio público” es una de las más adecuadas para justificar el carácter de *ius in fieri* atribuido o reconocido al derecho administrativo.

Esta noción es bastante controvertida. Para su estudio se observan concepciones antagónicas -por un lado la orgánica (es servicio público según quien lo preste), y por el otro la funcional o material (es servicio público, según la naturaleza del servicio). Las ideas fueron evolucionando a través del tiempo en ambas concepciones de servicio público.

El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico²⁸.

Alessi, por su parte, descubre después de un minucioso análisis de la actividad estatal, como hay un tipo de ella que se endereza precisamente a proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico, o bien de orden económico-social, en relación con las necesidades físicas económicas, intelectuales etc. Es cabalmente este tipo de actividad el que en sentido técnico y restringido merece la calificación de servicio público; esto es, actividad dirigida a procurar utilidad a los particulares, sea de orden jurídico o de orden económico-social²⁹.

Complementa lo anterior Ramón Parada que considera que “la calificación que algunas leyes hacen de una actividad como servicio público no se concreta siempre en actividades de prestación, sino que constituye un título que ampara también actividades de limitación, e incluso de fomento de la acción de los particulares, que se admite en concurrencia con la actividad de prestación pública. Así ocurre, en general, con los servicios públicos sociales (sanidad y enseñanza fundamentalmente) en que los establecimientos públicos conviven con los privados, sujetos a una estrecha reglamentación limitadora y que además disfrutan del apoyo económico del Estado”³⁰.

Tanto el constituyente como el legislador colombiano optaron por la teoría material del servicio público, como se refleja en el artículo 365 de la Constitución y 430 del Código Sustantivo del Trabajo, ya citados”. (Resaltado fuera de texto).

En la misma dirección, en la Sentencia C-075 de 1997, precisamente al analizar la constitucionalidad del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, relativo a la prohibición de la huelga en los servicios públicos, esta Corporación insistió en el carácter dinámico de dicho concepto. Dijo entonces:

“El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose por el mismo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario como aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”³¹. (Resaltado fuera de texto).

En suma, la noción de servicios públicos, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada.

Por ejemplo, apelando a criterios materiales, esta Corporación ha considerado que la actividad bancaria³² y la cedulaación³³ son servicios públicos, aún cuando no existen normas que así lo reconozcan expresamente. De la misma forma la jurisprudencia ha sostenido que la definición por parte del Legislador de un servicio público como “esencial”, debe responder a criterios materiales que así lo demuestren³⁴.

4.3.- En cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, es necesario hacer algunas precisiones, tomando como base la Sentencia C-134 de 1994, que como bien lo advierten los intervinientes es un referente vinculante para el control constitucional que ahora ocupa la atención de la Sala.

En aquella oportunidad la Corte analizó algunas expresiones de los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que limitaban la posibilidad de acudir a la acción de tutela contra particulares únicamente cuando estuvieran encargados de la prestación de servicios públicos de salud y educación y sólo para proteger ciertos derechos fundamentales. En su análisis la Corte comenzó por destacar la procedencia de la tutela contra particulares como un “notable avance” dentro del derecho público en comparación con otros ordenamientos:

“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”. (Resaltado fuera de texto).

Como fundamento de la procedibilidad de la tutela contra particulares, este Tribunal destacó la necesidad de adoptar mecanismos de control a la arbitrariedad ante la evidente la ruptura del principio de igualdad en las relaciones privadas. Dijo al respecto:

“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”. (Resaltado fuera de texto).

En el caso específico de la prestación de un servicio público por particulares, se enfatizó en la condición de “supremacía material” de los operadores frente a los usuarios, traducida en condiciones de desigualdad capaces de vulnerar los derechos fundamentales de estos últimos. En palabras de la Corte:

“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”. (Resaltado fuera de texto).

Al abordar el análisis puntual de las normas acusadas llegó a dos conclusiones.

(i) En primer lugar, constató que los artículos demandados consagraban limitaciones

arbitrarias e injustificadas al ejercicio de la tutela contra particulares, pues sólo permitía proteger los derechos fundamentales allí enunciados:

(ii) De otro lado, la Corte concluyó que la acción de tutela debía proceder contra particulares por la prestación de “cualquier servicio público”, pues en estos casos siempre hay una ruptura de la igualdad que permite una condición de “supremacía material” del particular que hace necesario controlar los posibles “abusos de poder”. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“Con todo, esta Corporación considera que, respecto de los numerales 1o. y 2o. del artículo 42 del decreto 2591, la acción de tutela debe proceder contra cualquier particular que preste un servicio público. Lo anterior porque, como se ha establecido, el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste asuma una posición de primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la justicia conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer “abusos de poder” que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas. Por ello ese “particular” debe ser sujeto de las acciones pertinentes, dentro de las cuales se encuentra la acción de tutela, que determinan la responsabilidad de quienes, se repite, han vulnerado o amenazado un derecho constitucional fundamental de cualquier persona”. (Resaltado fuera de texto).

Con estas consideraciones la Corporación no sólo declaró inexecutable las expresiones impugnadas sino que hizo un condicionamiento expreso frente a la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares por la prestación de “cualquier servicio público”. Resolvió entonces:

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 INEQUIBLE. 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 INEQUIBLE. 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.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de”. (Resaltado fuera de texto).

Antes de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte había aceptado, de manera excepcional, la procedencia de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios³⁵; pero después del juicio de control abstracto de constitucionalidad no se discute la procedibilidad de la tutela contra cualquier particular que preste servicios públicos, sin que para ello resulte relevante si son o no domiciliarios. Sólo a manera de ejemplo pueden mencionarse la acciones de tutela interpuestas contra instituciones financieras³⁶, entidades bancarias³⁷, empresas prestadores del servicio público de carreteras³⁸, administradoras privadas de régimen subsidiado³⁹, cajas de compensación⁴⁰, sociedades anónimas constituidas como empresas de servicio de transporte⁴¹, empresas del sector privado que ofrecen y comercializan el seguro obligatorio de accidentes de tránsito⁴², operadores de servicio de televisión⁴³, empresas de telefonía móvil celular⁴⁴ y administradoras de cementerios⁴⁵, entre otras.

4.4.- En este orden de ideas, la Corte considera que la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión. De esta manera, la acción de tutela representa el mecanismo de control a la arbitrariedad, como es lógico con independencia de que los servicios públicos prestados sean o no domiciliarios.

Adicionalmente, pero no menos importante, debe advertirse sobre el alcance y fuerza vinculante de la Sentencia C-134 de 1994, que tanto en la ratio decidendi de la parte considerativa como en la resolutive del fallo reconoció en forma expresa la procedencia de la tutela contra “el particular que esté prestando cualquier servicio público”. Los efectos de

cosa juzgada constitucional que emanan de esta decisión (art. 243 CP) obligan a la Corte a ser coherente y consistente con la decisión allí tomada.

Ahora bien, lo anterior no quiere significar que todo tipo de conducta del particular que presta un servicio público sea susceptible de ser enjuiciadas por vía de tutela, por cuanto sólo lo serán aquellos actos que tengan la potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental y frente a los cuales no se vislumbren otros mecanismos de defensa judicial o los mismos resulten insuficientes ante la amenaza de un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 86 del Estatuto Superior.

5.- Análisis de la norma demandada. Inconstitucionalidad de la expresión “domiciliarios”.

5.1.- Antes de analizar la constitucionalidad de la norma acusada la Corte precisa que el numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, y específicamente la expresión “domiciliarios”, se encuentra vigente⁴⁶. En primer lugar, porque la norma no ha sido derogada por el Legislador ordinario o extraordinario; y en segundo lugar, porque el examen de constitucionalidad de la Sentencia C-134 de 1994 estuvo restringido, tanto en su parte considerativa como resolutive, a los numerales 1º, 2º y 9º del referido decreto, de manera que no hubo integración normativa del numeral 3º para efecto del control constitucional. Ello, por supuesto, con independencia de la indiscutible relevancia y fuerza vinculante que dicha providencia tiene para el análisis constitucional del precepto que se impugna en esta oportunidad.

5.2.- En cuanto al contenido material de la norma, la Sala considera que la expresión demandada (domiciliarios) introduce una restricción que, en últimas, excluye la procedibilidad de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios. Lo anterior, teniendo en cuenta que frente a la tutela contra particulares opera una suerte de taxatividad, en la medida en que las hipótesis de su procedencia deben ser reguladas por el Legislador, por supuesto dentro de los límites que la Constitución impone.

Sin embargo, como ha sido explicado, esta suerte de limitación implícita a la procedencia de la tutela contra particulares que brindan servicios públicos no domiciliarios resulta contraria a los artículos 4 y 86 de la Carta Política, pues se trata de una regla de exclusión que desdibuja la supremacía de la Constitución, su carácter expansivo, y resulta incompatible con la

naturaleza misma de la acción de tutela como medida de protección contra la violación de los derechos fundamentales.

5.3.- En este orden de ideas, siguiendo los lineamientos del artículo 86 de la Carta Política y de acuerdo con los parámetros fijados en la jurisprudencia constitucional, particularmente de la Sentencia C-134 de 1994, la Corte debe declarar inexecutable la expresión “domiciliarios” del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, a fin de asegurar, de una vez por todas, que la acción de tutela proceda siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-378/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS-Procedencia con irrelevancia del carácter de domiciliarios o no (Salvamento de voto)

Si bien se expuso que antes de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte había aceptado, de manera excepcional, la procedencia de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios, después del juicio de control abstracto de constitucionalidad no se discute la procedibilidad de la tutela contra cualquier particular que preste servicios públicos, sin que para ello resulte relevante si son o no domiciliarios.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia (Salvamento de voto)

En la sentencia C-378 de 2010, la Sala consideró que la expresión demandada (domiciliarios) introduce una restricción que, en últimas, excluye la procedibilidad de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios, teniendo en cuenta que frente a la tutela contra particulares opera una suerte de taxatividad, en la medida en que las hipótesis de su procedencia deben ser reguladas por el Legislador, por supuesto dentro de los límites que la Constitución impone; pero a mi juicio, la expresión no restringía la procedencia de la acción, y por tanto no era necesario declarar su inconstitucionalidad, siendo posible declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada.

Referencia: expediente D-7940

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3° (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

Actor: Christian Rodríguez Martínez

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Con el acostumbrado respeto, me permito presentar el siguiente salvamento de voto a la sentencia C-378 de 2010, por las razones que expongo a continuación.

La Sala Plena estudió la constitucionalidad del numeral 3° (parcial) del artículo 42 del Decreto ley 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

El demandante consideró que la expresión “domiciliarios” del numeral 3° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 vulnera los artículos 4° y 86 de la Carta Política. En su sentir, el legislador hizo una limitación no prevista en el artículo 86 de la Constitución, al consagrar que, en el caso de particulares encargados de la prestación de servicios públicos, la acción de tutela únicamente procede si son “domiciliarios”.

Así, la Sala Plena a propósito del alcance de los derechos fundamentales y su proyección

frente a las acciones y omisiones de los particulares, manifestó que la Carta de 1991 “...reconoce que no sólo las autoridades públicas están comprometidas con la protección y respeto de los derechos fundamentales, sino que en esa compleja tarea también están involucrados los particulares como responsables directos”. Argumentó que, en el derecho contemporáneo esto se conoce como el efecto de irradiación, dimensión expansiva u omnipresencia de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Plena expuso que antes de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte había aceptado, de manera excepcional, la procedencia de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios⁴⁷; pero después del juicio de control abstracto de constitucionalidad no se discute la procedibilidad de la tutela contra cualquier particular que preste servicios públicos, sin que para ello resulte relevante si son o no domiciliarios.

Adicionalmente, advirtió sobre el alcance y fuerza vinculante de la Sentencia C-134 de 1994, que tanto en la ratio decidendi de la parte considerativa como en la resolutive del fallo reconoció en forma expresa la procedencia de la tutela contra “el particular que esté prestando cualquier servicio público” en los casos en que la conducta del particular que presta un servicio público, tengan la potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental y frente a los cuales no se vislumbren otros mecanismos de defensa judicial o los mismos resulten insuficientes ante la amenaza de un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 86 del Estatuto Superior.

Sin embargo, la Sala Plena consideró que la expresión demandada (domiciliarios) “introduce una restricción que, en últimas, excluye la procedibilidad de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios”. Lo anterior, teniendo en cuenta que frente a la tutela contra particulares opera una suerte de taxatividad, en la medida en que las hipótesis de su procedencia deben ser reguladas por el Legislador, por supuesto dentro de los límites que la Constitución impone.

Por todo lo expuesto, la Sala Plena decidió declarar inexecutable la expresión “domiciliarios”, del numeral 3° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

A mi juicio y atendiendo la jurisprudencia de esta Corporación, considero que la expresión “domiciliarios” no restringía la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución, por lo tanto no era necesario declarar su inconstitucionalidad. En el presente estudio de constitucionalidad no se debió analizar la norma de manera aislada, toda vez que, era posible interpretarla en su conjunto en cuanto la enumeración que hace el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 es meramente indicativa, como se dejó expuesto, por parte de esta Corporación, en la sentencia C-134 de 1994.

En este orden de ideas considero que, era posible declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 El aparte tachado fue declarado INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-134 de 1994.

2 El aparte tachado fue declarado INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-134 de 1994.

3 El aparte tachado fue declarado INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-134 de 1994.

4 “Artículo Transitorio 10.- Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”.

5 Ernst Böckenforde señala al respecto: “Surgen nuevas estructuras y situaciones de poder originadas por las diferencias de posesión (adquisición y extensión de poder de un lado, pérdida de poder e impotencia de otro). Dar rienda suelta a estas formaciones de poder

supone cuestionar de nuevo, a fin de cuentas, la posibilidad de realizar la libertad. El derecho formal e igual para todos (...) tiene de por sí la tendencia a hacer a los fuertes... aún más fuertes, y a los débiles (...) aún más débiles". Ernst-Wolfgang Böckenforde, "Escritos sobre derechos fundamentales". Trad. J.L. Requejo), 1993, p.85.

6 "Es un hecho fácilmente contrastable la progresiva multiplicación de los centros de poder en éste ámbito (grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades cuasi-públicas) y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad". Juan María Bilbao Ubillos "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.242.

7 "Lo que se reivindica es, en definitiva, la prolongación de la lógica propia del Estado de Derecho (la sumisión del poder a reglas y límites jurídicos para preservar la libertad). Al ámbito de las relaciones entre individuos y poderes privados, mediante la instrumentación de un sistema de garantías polivalente, que sea eficaz también frente a la arbitrariedad privada. Se abre así un nuevo frente a la esforzada lucha contra las inmunidades del poder, un desafío permanente". Juan María Bilbao Ubillos, Ob., cit., p.266.

8 En palabras de Alexy, "actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal". Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.510-511.

9 En la doctrina nacional ver Alexei Julio Estrada, "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

10 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-009/92, T-013/92, T-015/92, T-412/92, T-418/92, T-450/92, T-488/92, T-492/92, T-493/92, T-547/92, T-578/02, T-593/92, T-604/92, T-605/92, T-609/92, T-110/93, T-130/93, T-161/93, T-179/93, T-251/93, T-303/93, T-304/93, T-365/93, T-507/93, entre muchas otras.

11 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-947/08, T-360/09, T-367/09, T-612/09, T-649/09, T-160/10, entre otras.

12 Sentencia T-009 de 1992. La Corte examinó una acción de tutela interpuesta contra un colegio privado que se negó a graduar a varias alumnas por no haber aprobado el programa correspondiente. Aún cuando denegó el amparo, dejó en claro que la acción de tutela contra particulares es plenamente legítima.

13 GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ BLANCO, Antonio. Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986, pág. 11.

15 Según la formulación acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en el famoso fallo Lüth.

16 Konrad Hesse. Derecho constitucional y derecho privado, Madrid, Cívitas, 1995, p. 59.

17 En Alemania donde surge la cuestión en los años cincuenta se plantea inicialmente la discusión entre la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares -mittelbare Drittwirkung- defendida por Dürig –según el cual tales derechos harían irrupción en el tráfico jurídico privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, y la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales -unmittelbare Drittwirkung- defendida por Nipperdey según la cual estos harían irrupción directa en las relaciones jurídicas privadas. A estas posturas originales se agregarían en tiempos recientes las construcciones relacionadas con el deber de protección estatal de los derechos fundamentales frente a agresiones provenientes de terceros.

18 En Europa las principales dificultades para la implementación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha consistido en que los mecanismos de protección han sido diseñados específicamente contra los poderes públicos de manera tal que sólo mediante el amparo contra providencias judiciales ha podido desarrollarse jurisprudencialmente la materia. En los Estados Unidos mediante la figura de la state action –que consiste en atribuir la vulneración iusfundamental proveniente de un particular a un poder público- se sorteó con éxito el problema procesal de la exclusiva vinculatoriedad estatal.

19 El caso memorable es el fallo Lüth de 1958, que reconoció en la Constitución una suerte de “orden objetivo de valores” y su eficacia en las relaciones privadas, en aquel entonces

frente al boicot promovido por el presidente de un club de prensa privado de Hamburgo, Erich Lüth, contra el productor de una película.

20 La Corte Suprema de Estados Unidos ha ampliado las garantías constitucionales a las relaciones privadas recurriendo a la doctrina del state action, básicamente de dos formas: (i) La primera se presenta cuando el particular ejerce una función propia del Estado que por su naturaleza se considera pública; así lo sostuvo, por ejemplo, en el caso *Terry vs. Adams*, en relación con las elecciones primarias de algunos partidos políticos que impedían la participación de la población negra (*Caso Terry vs. Adams*, 341 US 461 1953). (ii) La segunda tiene lugar cuando existen “contactos o complicidades suficientemente significativos como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado”, en cuyo caso “no se discute la naturaleza privada de quienes realizan materialmente el acto presuntamente ilícito, pero se dice que detrás de ese acto, induciéndolo o avalándolo en cierta forma, está un poder público, siendo tal el grado de implicación (involvement) de éste que no puede mantenerse el carácter meramente privado de la conducta”. Así ocurre, por ejemplo, con las prácticas restrictivas o discriminatorias del mercado inmobiliario cuando se entrega un bien para su arrendamiento o venta, a condición de que no sea a personas de raza negra (*Caso Corrigan vs. Buckley*, 271 US, 323 1926). Rafael Sarazá Jimena, “Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares”. Universidad de Sevilla, 2006, p.154-155.

21 En el caso *Foster* de 1990, relativo a la prohibición de discriminación en una empresa concesionarias de servicio público de gas en Gran Bretaña, el Tribunal de Justicia reconoció la posibilidad de invocar una Directiva comunitaria cuando un organismo, “cualquiera que sea su naturaleza jurídica”, ha sido encargado por una autoridad pública de “prestar un servicio público bajo el control del Estado”. (TJCE, Sentencia del 12 de julio de 1990, asunto C-188/89).

22 Cfr., Autos 162/195 y 502/1986, STC-25/81, STC-35/83, STC-47/85, STC-145/87 y STC-53/85, entre muchas otras providencias. Para una revisión general ver Juan María Bilbao Ubillos “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, capítulo II.

23 “El reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales contra

particulares acarrea riesgos al debilitar el principio de legalidad, el principio de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y la seguridad jurídica. Razones por las que la aplicación de la protección de la efectividad directa de los derechos fundamentales frente a particulares, no puede ser ilimitada, por ello el artículo 86 de la Constitución establece la condición de subordinación o indefensión como criterios para precisar su alcance y eficacia". Corte Constitucional, Sentencia T-611 de 2001. Ver también las Sentencias T-012/93, C-134/94, T-403/94, T-905/02, T-122/05

24 "ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

25 En la Sentencia C-473/94 la Corte declaró exequible el inciso primero del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, "siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el Legislador".

26 En la Sentencia C-075/97 la Corte declaró inexecutable el literal e) del artículo primero del Decreto Extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, pero únicamente en razón a que el Legislador no ha señalado como servicios públicos esenciales las actividades indicadas en dicha disposición, en ejercicio de la facultad constitucional consagrada en el artículo 56 de la Carta Política.

27 Cfr, Ponencia sobre Servicios Públicos de Eduardo Verano de la Rosa. Gaceta Constitucional Nro. 51 de 1.991, pág 17.

28 Cfr, MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1.988, pág 27.

29 Cfr, GARRIDO FALLA , Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte general. IX Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1.989, págs 307 y 308.

30 PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Parte General I. Tercera Edición. Marcial Pons. Madrid. 1991, pág. 419.

31 Corte Constitucional, Sentencia C-075/97.

32 “Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”. Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1999.

33 “Esos ámbitos funcionales de la cédula de ciudadanía y su vinculación a la realización del principio democrático como fundamento de legitimidad, son los que explican que el Estado se encuentre especialmente comprometido a su trámite, expedición, renovación y rectificación y que todo ese proceso, entre otros, se haya encomendado a una órbita especializada de la función pública como la Organización Electoral. De allí por qué la cedula constituya un servicio público que debe prestarse con especial interés pues no se trata sólo de la expedición de un documento público cualquiera sino de la concreción, para el ciudadano, de sus posibilidades de acceso a los derechos civiles y políticos reconocidos por el ordenamiento”. Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 2001.

34 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-473/94.

35 Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 1993. En aquella oportunidad se aceptó la acción de tutela interpuesta contra un particular que brindaba el servicio de correo (Servientrega).

36 Corte Constitucional, Sentencias T-321/04, T-676/05, T-993/05, T-1034/05, T-207/06, T-700A/06, T-894A/06 y T-899/06.

37 Corte Constitucional, Sentencias SU-157/99, SU-167/99, T-739/99, T-755/99, T-465/00,

T-510/00, T-980/01, T-1230/01, T-215/03, T-584/06.

38 Corte Constitucional, Sentencia T-258/06.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-412/04.

40 Corte Constitucional, Sentencia T-568/99.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-640/99.

42 Corte Constitucional, Sentencia T-105/96.

43 Corte Constitucional, Sentencias T-635/98 y T-147/02.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-764/98. Sin embargo, en algunos eventos la posición no ha sido del todo clara (Sentencias T-798/01 y T-074/02).

45 Corte Constitucional, Sentencia T-162/94.

46 De acuerdo con el artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, son servicios públicos de esta clase los de “acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible”.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 1993. En aquella oportunidad se aceptó la acción de tutela interpuesta contra un particular que brindaba el servicio de correo (Servientrega).