C-263-96

Sentencia C-263/96

SERVICIOS PUBLICOS-Competencia para regulación

La competencia para la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente. Se hace necesario precisar, que la competencia de la ley en lo que guarda relación con el marco normativo general que regula las actividades constitutivas de servicios públicos, que vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de éstos, no excluye la capacidad de regulación de índole administrativa que corresponde a las asambleas y a los concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y distritos, con sujeción a la ley y a la Constitución.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Aplicación de mecanismos de control de legalidad

Si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Relación con el usuario

En la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El

contrato, “uniforme, consensual en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados”, se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil. Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Ambito de competencia

No existe impedimento constitucional para que sea posible integrar como un todo funcional las actividades operativas y ejecutoras con las funciones de control, inspección y vigilancia. La Constitución no ha determinado el alcance de éstas; por lo tanto, puede el legislador determinar cual es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer dichas funciones, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Ello es asi, si se considera que el inciso 2 del art. 365, aun cuando admite la prestación del servicio por particulares, perentoriamente dispone que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, y que el art. 365 defiere a la ley el señalamiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Control funcional sobre sus actos

Las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales

del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato.

Se adecuan a las normas constitucionales los segmentos normativos acusados, porque ellos regulan una materia -el recurso de apelación- que se encuadra en la competencia que tiene el legislador para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, dentro del cual se comprende la facultad para arbitrar mecanismos para la defensa de los derechos de los usuarios. Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos. No puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional.

PRINCIPIO DE ETICA/PRINCIPIO DE EFICIENCIA

La asignación de la competencia a la Superintendencia para resolver el recurso de apelación, obedece no solamente a criterios de imparcialidad, sino de eficacia y eficiencia, como es la de buscar que un órgano especializado sea el único encargado de decidir los recursos contra los actos de las empresas a nivel nacional, porque ello contribuye a diseñar una doctrina uniforme que sirva de orientación para el desarrollo de las actividades de aquéllas, sin que ello sea óbice para que se deleguen o desconcentren funciones en oficinas o dependencias regionales de dicha entidad, de modo que los usuarios de la periferia tengan acceso expedito a dicho recurso, garantizándose así el principio de inmediatez.

Referencia: Expediente No. D-1059

Normas acusadas:

Demanda de inconstitucionalidad contra apartes de los artículos 154 y 159 de la ley 142 de

1994.

Actor:

José Bastos Porras.

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá, D.C. a los trece (13) días del mes de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a decidir de mérito sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada por el ciudadano José Bastos Porras contra algunos apartes de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, con fundamento en la competencia que le otorga el art. 241-4 de la Constitución Política.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

LEY 142 DE 1994

por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

“Artículo 154. De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.

No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.

El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen mas de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.

De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la Empresa que enumera el inciso primero de este artículo, debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que las empresas ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato.

Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la Superintendencia.

Artículo 159. De la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos. La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista en esta ley. El recurso de apelación solo puede interponerse como subsidiario del de reposición ante la Superintendencia.

III. LA DEMANDA.

Al expresar el art. 365 de la Carta que “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, se buscó separar los roles que deben cumplir cada uno de los entes que intervienen en su prestación. “La apelación -dice el actor- como recurso de la vía gubernativa, es una segunda instancia para decidir y no, el ejercicio de las funciones de control, inspección o vigilancia”.

El artículo 367 de la Constitución únicamente delega a la ley la facultad de establecer las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, así como la determinación de “las entidades competentes para fijar las tarifas”, pero no las autoriza para ser “juez y parte”.

La apelación no puede ser resuelta por un organismo extraño a las mismas empresas, y menos en desarrollo de un mandato constitucional que es bien claro en cuanto a las funciones que le corresponde cumplir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La apelación hace parte de los recursos de la vía gubernativa, los cuales constituyen un mecanismo del control de legalidad de los actos administrativos que se ejerce en forma exclusiva por la Administración.

Las normas que se acusan, han convertido a la referida Superintendencia en administración, usurpando facultades que constitucionalmente le son ajenas, cuando se la autoriza para dar por terminada la vía gubernativa e intervenir en decisiones que nada tienen que ver con sus funciones de control, inspección y vigilancia.

A juicio del actor, la intromisión de la Superintendencia en las "decisiones de las empresas particulares, al tener la competencia para resolver el recurso de apelación", complicará el ejercicio de las funciones constitucionales que le son propias, pues tendrá que resolver los recursos de alzada que se propongan contra las decisiones de todas la empresas del país, cualquiera que sea el servicio que a éstas les corresponda prestar. Por lo tanto, deberá la Superintendencia contar con los recursos técnicos, físicos y humanos suficientes para resolver en el término legal todos esos recursos, con el consiguiente riesgo de que si incumple tendrá que responder por los perjuicios que se le causen a las empresas como consecuencia del detrimento patrimonial que ello implica.

Es evidente que las dificultades anotadas, sumadas a la práctica de pruebas que deberá realizar la Superintendencia, y a la necesidad de conocer con precisión todas las reglamentaciones internas de las empresas y los aspectos particulares de cada servicio, con seguridad impedirán que este organismo, por efecto del error de la ley que se acusa, pueda llegar a cumplir eficientemente con las funciones de control, inspección y vigilancia que le asignó el Constituyente.

IV. INTERVENCIONES.

1. Intervención del Ministerio de Desarrollo Económico.

El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, en representación del Ministerio de Desarrollo Económico, defendió la constitucionalidad de las normas acusadas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

– La Constitución dispone que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley" (art. 121), lo cual quiere decir que la atribución de funciones es de origen legal, de manera que cuando los artículos demandados disponen que el recurso de apelación se presente, como subsidiario del de reposición, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se está dentro de la previsión del canon constitucional citado.

– El artículo 370 de la C.P. faculta al Presidente, por intermedio de la Superintendencia, para ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios. Por lo mismo, la Superintendencia es superior de tales entidades, de manera que cuando los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 disponen que la Superintendencia conozca de las apelaciones no se quebranta el referido precepto constitucional.

2. Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Con el fin de defender la constitucionalidad de los apartes normativos acusados, el ciudadano José Fernando Castro Caycedo, en su calidad de Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, expuso, en escrito presentado el 28 de Septiembre de 1995, los siguientes argumentos:

Bajo el régimen especial y preferencial que diseña la ley 142/94 los recursos de apelación que, en forma subsidiaria, interponga el suscriptor o usuario de un servicio público, no son conocidos por el inmediato superior del funcionario que dictó la providencia, debido a que su resolución se le atribuye a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La medida busca neutralizar la constante y creciente corrupción que aqueja a la mayoría de las entidades prestadoras de servicios públicos, "acompañadas de vejámenes y maltratos a los usuarios de dichos servicios".

El caso planteado en la demanda no constituye el único evento en el cual se optó por

establecer la doble instancia. En efecto la ley 142/94 regula dos casos: el relacionado con la impugnación de un vocal de control, la cual es conocida en primera instancia por el personero del lugar en el que se realiza la asamblea de elección, con la posibilidad de apelar la decisión ante la Superintendencia, y el relativo a la revisión del estrato que se asigne en la nueva estratificación de un ciudadano; ésta corresponde en primera instancia a los comités de estratificación, mientras que compete a la Superintendencia decidir el recurso de reposición sobre la decisión adoptada.

El legislador fue sabio al diseñar el referido sistema, fundado en un criterio eminentemente orgánico en aras de subsanar la constante imperante en el país, conforme a la cual el ciudadano por diversas razones (de índole económica o de información sobre los procedimientos a seguir), no puede acceder una vez agotada la vía gubernativa fácilmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No se quebrantan los artículos 121 y 370 de la Constitución por el hecho de que los recursos legales de reposición y apelación operen, por una parte, en sede de la empresa y, por otra, en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como organismo dotado con facultades de policía económico-administrativa,

El artículo 370 de la Constitución para nada hace alusión al tema de los recursos, sino que dichos asuntos fueron deferidos al desarrollo de la ley, la cual debía reglamentar no sólo la delegación de funciones presidenciales en la Superintendencia, sino el mandato del artículo 369 de la Constitución, concerniente a la protección de los derechos de los usuarios. En este sentido el legislador optó por el mecanismo de la segunda instancia en la Superintendencia como medida para salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

La moderna teoría del Estado y del derecho constitucional han instituido mecanismos de justicia y de resolución de conflictos en protección del ciudadano o del usuario, con el objeto de garantizar respuestas concretas y rápidas frente a su cotidianidad y al ejercicio pleno del derecho y libertades. Como lo afirma Manuel Aragón Reyes "(…) Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación

de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos"

A dichas finalidades responde el otorgamiento de la competencia asignada a la Superintendencia para resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios de los servicios públicos.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Por impedimento del Señor Procurador General de la Nación, que fue aceptado por la Corte, rindió el correspondiente concepto el señor Viceprocurador, quien solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas. Los apartes mas relevantes del referido concepto se destacan así:

La vía gubernativa es un mecanismo ideado por el legislador para controlar la legalidad de las decisiones que adopta la administración frente a los administrados. En tal virtud, la vía de reclamo en sede administrativa es una forma de control constitucional y legal de la actividad pública frente al particular.

Señala el Viceprocurador que, las empresas particulares o públicas de servicios públicos, en estricto sentido, no son autoridades públicas, pero no puede desatenderse la perspectiva de servicio social o estatal que se les ha autorizado desplegar y la posición singularmente débil en que se encuentra el usuario en situaciones cerradas de mercado u oferta, donde el Estado no puede contentarse con dejar al particular atado a los efectos del contrato, aparentemente voluntario, donde la libertad convencional periclita ante la fórmula preimpresa o el anonimato generado por la tecnología. Ello autoriza la expedición de normas tuitivas para asegurar la vigencia de los preceptos superiores que rigen las relaciones entre dichas empresas y los usuarios, sin que sea necesario trasladar a esquemas particulares instituciones como la conocida vía gubernativa.

En principio y según el modelo tradicional le correspondería al superior jerárquico del funcionario de la entidad o empresa privada que dictó el acto administrativo, conocer y resolver el recurso de apelación, una vez resuelto el de reposición, contra la decisión proferida por la empresa, en caso de que exista dicho superior jerárquico. Sin embargo teniendo en cuenta que el legislador no puede estar atado a una forma específica de

proceso, por cuanto el norte jurídico que orienta la actividad legislativa debe buscar la efectividad de los postulados en que se funda el Estado Social de Derecho que supone, entre otros, la prestación de servicios públicos al conglomerado social, el Congreso válidamente tiene la facultad de transponer el recurso de apelación, para adecuarlo a los fines que se pretenden obtener y en esta perspectiva, es dable pensar que no necesariamente el recurso debe obedecer a su concepción tradicional, llamada a operar en una lógica vertical, entendida a partir de una dependencia funcional y estructural jerarquizada e interna. De ahí que el legislador consideró necesario, para salvaguardar los derechos de los usuarios o suscriptores de los servicios públicos domiciliarios, abandonar la concepción tradicional del recurso administrativo de apelación y asignarle la competencia para resolverlo a un ente especializado a nivel técnico en materia de servicios públicos, como es la Superintendencia.

No le asiste razón al demandante al afirmar que el legislador no podía asignarle a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios funciones diversas a las constitucionalmente consagradas de controlar, inspeccionar y vigilar las empresas que prestan servicios públicos, so pena de quebrantar la preceptiva del artículo 121 de la Carta, toda vez que si bien el artículo 370 constitucional faculta al Presidente de la República para el ejercicio de las aludidas funciones a través de la Superintendencia, ello no quiere significar de manera alguna, que al legislador le esté vedado atribuir otras funciones que considere pertinentes a esa entidad, en virtud de la cláusula general de competencia, de lo establecido en el artículo 367 que defiere a la ley el señalamiento de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos, y del mandato del inciso 3 del artículo 116.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Planteamiento del problema.

La solución del problema planteado obliga a la Corte a analizar los siguientes aspectos: El régimen constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos; los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios; la relación del usuario con la entidad prestataria del servicio; y el recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

2. El régimen constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos.

2.1. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

Si bien inicialmente se consideró que el único prestador de servicios públicos era el Estado, la Constitución haciendo eco a la evolución de la noción en la doctrina y la jurisprudencia hizo viable su gestión no sólo por el Estado, directa o indirectamente, sino por comunidades organizadas y aún por particulares (C.P. art. 365), según lo aconsejen las conveniencias sociales y las características técnicas y económicas del servicio.

Las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto que lo presta, determinan el régimen jurídico aplicable en cada caso, el cual nunca será puro, es decir, exclusivamente de derecho público o derecho privado, sino mas bien un derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin descartar, dada la calidad de dicho sujeto, que se pueda dar una prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro.

La concepción social del Estado de Derecho ha determinado una penetración de la sociedad en su actividad, hasta el punto de que no sólo reconoce, fomenta y hace efectiva la participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que pueden afectarla y en la vigilancia de su gestión, sino que posibilita la intervención directa de sectores importantes y representativos de aquélla en la prestación de determinados servicios o en la realización de actividades estatales, o en fin, de tareas o labores de utilidad o interés públicos que tienden a hacer realidad sus finalidades sociales.

La competencia para la “regulación” de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.).

2.2. En lo que concierne con los servicios públicos domiciliarios, la Constitución determina las

reglas generales a las cuales debe someterse el legislador para regular su prestación y para controlar su eficiencia y calidad, en los siguientes términos:

– Corresponde a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos los de solidaridad y redistribución de ingresos, y las entidades competentes para fijar las tarifas.

– Cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejan, dichos servicios se prestarán directamente por el municipio. Por su parte, los departamentos cumplirán funciones de apoyo y de coordinación.

– Podrán concederse subsidios por la Nación y las entidades descentralizadas "para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas".

– Con sujeción a la ley, corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y eficiencia de los referidos servicios y "ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten".

Se hace necesario precisar, que la competencia de la ley en lo que guarda relación con el marco normativo general que regula las actividades constitutivas de servicios públicos, que vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de éstos, no excluye la capacidad de regulación de índole administrativa que corresponde a las asambleas y a los concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y distritos, con sujeción a la ley y a la Constitución (C.P. arts. 300-1, 313-1 y 322).

2.3. A la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad de creación constitucional (art. 370) se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios.

La adscripción constitucional de dichas funciones, autoriza a la Superintendencia para

intervenir y revisar, en determinadas circunstancias, las operaciones y decisiones de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, cuando éstas se juzguen contrarias a las previsiones legales, a las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, a las disposiciones que a nivel regional o local se hayan expedido sobre tales servicios, y aun a los propios reglamentos internos del servicio, adoptados por las empresas prestatarias de éste, con sujeción a la normatividad superior.

3. Los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, asi como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados.

4. La relación del usuario con la entidad prestataria del servicio.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-540 de 19921 analizó la relación jurídica usuario -entidad prestadora- del servicio público, en los siguientes términos:

“La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos”.

“La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley”.

(…)

“La situación jurídica del usuario en parte es contractual y en parte reglamentaria, según lo establezca el propio legislador (CP art. 365). Esta regulación es más intensa y abarca mayor número de aspectos de las relaciones entre el Estado y los usuarios cuando el servicio asume un carácter acentuadamente más administrativo y se presta directamente por el Estado. Al contrario, tratándose de servicios públicos prestados por particulares, los aspectos o problemas no previstos en la reglamentación administrativa, salvo si de su naturaleza se deduce lo contrario, deben resolverse aplicando criterios contractualistas, más afines a las actividades desarrolladas por los concesionarios de un servicio público”.

“No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra

derechos constitucionales – salud, educación, seguridad social, etc. – y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado".

En la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El contrato, "uniforme, consensual en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados", se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil (art. 128, inciso 1 y 132, inciso 1). Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante.

La relación estatutaria o reglamentaria que aparte de la contractual rige las relaciones usuario – empresa tiene especial significación, cuando la ley 142 en los artículos 152 a 159 regula los mecanismos de defensa de los usuarios en sede de las empresas, entre los cuales se encuentra el derecho de petición y los recursos de reposición y apelación, así como los requisitos y la oportunidad para hacer uso de estos, su trámite y los órganos competentes para resolverlos.

5. El recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

5.1. La administración se encuentra sometida al principio de legalidad, lo cual supone que los actos administrativos que ella expida deben adecuarse o estar conformes con el ordenamiento jurídico. La observancia del principio de legalidad, aun cuando es un deber de la administración, no siempre es acatado por ésta. Por tal razón, se le otorga a los administrados el derecho de utilizar ciertos mecanismos, a través de los cuales ejercen un

control de legalidad sobre sus decisiones. Dichos mecanismos se utilizan, bien en sede administrativa o jurisdiccional, y son en nuestro medio los recursos de la vía gubernativa (reposición o apelación) y las acciones contencioso administrativas.

Desde la óptica de las actuaciones administrativas, el recurso de apelación ha sido considerado como un medio de impugnación instituido en beneficio de la parte afectada con una decisión de un órgano administrativo, cuya finalidad es la de obtener que el superior jerárquico de éste la revise y proceda a reformarla o a revocarla. Según nuestro Código Contencioso Administrativo, la interposición del recurso de apelación es un presupuesto necesario para el agotamiento de la vía gubernativa y un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción contencioso administrativa.

En la forma como aparece diseñada, la apelación es un recurso jerárquico propio de las organizaciones administrativas centralizadas, aunque no se descarta la posibilidad, como lo muestra la realidad, que dentro de organismos o entidades descentralizadas pueda establecerse dicho recurso, o cuando se dan los fenómenos de desconcentración, por adscripción de funciones, o de delegación (arts. 209 y 211, inciso final, C.P.), con miras a garantizar la doble instancia en determinadas actuaciones. En todo caso, el referido recurso supone la existencia de una jerarquía, esto es, una relación interorgánica que se caracteriza por un vínculo de subordinación de un órgano con respecto a otro.

5.2. La jerarquía, por consiguiente, determina una relación entre órganos y por efecto derivado, entre personas, siempre que órganos y personas hagan parte de una misma esfera de competencia funcional.

El objetivo de esta fórmula organizativa es mantener y consolidar la unidad en las políticas, las acciones y las decisiones dentro de un organismo administrativo y aún con respecto al conjunto de éstos que integran un sector (sector educativo, sector agropecuario, etc). Es más, no se descarta, como se vio antes, que en virtud de la delegación o de la desconcentración de funciones se puedan dar, dentro de un mismo ámbito de competencia funcional de órganos que pertenecen a diferentes organismos administrativos, relaciones de naturaleza jerárquica, con miras a buscar la unidad en las actividades y en las decisiones administrativas.

El distintivo que caracteriza este sistema de organización administrativa es la posición de

supremacía del órgano superior sobre el inferior y, por ende, la subordinación de éste en relación con aquél. En tal virtud, el superior es titular de una serie de potestades, entre las cuales se encuentran, la de ejercer un control sobre la actividad del inferior y la posibilidad de revisar, modificar o revocar sus actos.

5.3. Los servicios públicos domiciliarios son prestados a través de empresas organizadas como sociedades por acciones, bajo un régimen jurídico especial, cuyo objeto social es la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas, combustible, telefonía fija pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural (arts. 1 y 17 Ley 142/94).

Según el art. 15 de la referida ley, dichos servicios también pueden ser prestados por:

– Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

– Los municipios cuando asuman su prestación en forma directa, a través de su administración central.

– Las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en áreas rurales.

– Las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, que al momento de expedirse la ley 142/94 estén prestando cualquiera de dichos servicios públicos, y que procedan a organizar sociedades por acciones cuyo objeto sea la prestación de éstos, o empresas de carácter industrial o comercial, asi como las demás entidades autorizadas para ello, durante los períodos de transiciones previstos en dicha ley.

5.4. Los arts. 154 y 159 de la ley 142/94, de los cuales hacen parte los segmentos acusados, regulan los recursos que puede interponer el suscriptor o usuario “para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato”.

Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realiza la empresa procede el recurso de reposición, del cual conoce el órgano que dictó la

respectiva providencia. El recurso de apelación sólo tiene cabida en los casos en que expresamente aparezca consagrado y debe ser interpuesto como subsidiario del de reposición y “se presentará ante la Superintendencia”.

5.5. Para responder los cargos de inconstitucionalidad que formula el demandante la Corte estima lo siguiente:

a) No cabe duda de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es superior jerárquico de las empresas ni de los demás sujetos encargados de la prestación de dichos servicios, bajo la consideración hecha antes de la jerarquía entendida como un conjunto de órganos pertenecientes a un mismo organismo administrativo, ligados por una relación jurídica de subordinación con respecto a un jefe superior de la administración.

b) Si bien dicha Superintendencia no ostenta el carácter indicado y bajo las circunstancias que se han descrito, sí tiene el carácter de superior jerárquico desde el punto de vista funcional, es decir, como el conjunto organizacional (empresas y entidades prestatarias del servicio y superintendencia) que tienen de acuerdo con la Constitución y la ley la responsabilidad de desarrollar las actividades y ejercer las competencias que les han sido otorgadas para efectos de la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se destaca asi la unidad desde el punto de vista funcional entre las actividades operativas y ejecutoras que corresponden a las empresas y demás entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio, con las funciones de control, inspección y vigilancia asignadas a la Superintendencia.

c) No existe impedimento constitucional para que sea posible integrar como un todo funcional las actividades operativas y ejecutoras con las funciones de control, inspección y vigilancia. La Constitución no ha determinado el alcance de éstas; por lo tanto, puede el legislador determinar cual es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer dichas funciones, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Ello es asi, si se considera que el inciso 2 del art. 365, aun cuando admite la prestación del servicio por particulares, perentoriamente dispone que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”, y que el art. 365 defiere a la ley el señalamiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios.

Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, asi como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

d) El conocimiento del recurso de apelación por la Superintendencia, no resulta por lo dicho ajeno a sus funciones de control, inspección y vigilancia, porque éstas pueden perfectamente aunarse con las que conciernen al régimen de protección de los derechos de los usuarios. En efecto, las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato.

e) La Constitución establece que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que establezca la ley, la cual, además, "fijará las competencias y responsabilidades relativas a su prestación", y determinará, entre otras cosas, los deberes y derechos de los usuarios, y el régimen de su protección (arts. 150-23, 365, 367 y 369). Por consiguiente, se adecuan a las normas constitucionales los segmentos normativos acusados, porque ellos regulan una materia -el recurso de apelación- que se encuadra en la competencia que tiene el legislador para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, dentro del cual se comprende la facultad para arbitrar mecanismos para la defensa de los derechos de los usuarios. Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos.

f) La Constitución advierte que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación en condiciones de eficiencia y calidad.

Por lo tanto, sea que el servicio se preste por los municipios, empresas industriales y comerciales oficiales, por comunidades organizadas, o por sociedades comerciales por acciones, el Estado no se desprende de la responsabilidad que le corresponde para que a través de las funciones de control, inspección y vigilancia garantice dichas condiciones de eficiencia y calidad. Por lo tanto, no puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional.

g) Adicionalmente hay que considerar que las normas acusadas tienen su fundamento en el art. 89 de la Constitución, que alude a la protección y aplicación de los derechos, según el cual:

"Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas".

Es evidente que si las empresas de servicios públicos domiciliarios, como se vió antes, tienen derechos y ejercitan poderes y prerrogativas propias de las autoridades públicas, y desempeñan funciones públicas, sus decisiones unilaterales pueden ser pasibles de recursos parecidos a los que ordinariamente proceden contra los actos de la administración. Por lo tanto, el referido recurso de apelación ante la Superintendencia, que bien hubiera podido denominarse de otra manera (recurso de alzada, impugnación por la vía jerárquica, o simple reclamación, etc.), que también encuentra respaldo constitucional en la norma transcrita, tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos de los usuarios, en una instancia imparcial, diferente a la misma empresa.

5.6. En relación con el cargo formulado por el demandante, en el que se sostiene la inexequiblidad de las disposiciones impugnadas por carecer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de la estructura suficiente para resolver los recursos de apelación

interpuestos contra los actos de las empresas que presten servicios públicos en todo el país, considera la Corte, acogiendo el concepto de la Procuraduría, que la tacha de inconstitucionalidad alegada, fundada en un argumento de simple conveniencia, es un asunto referido a la aplicación de la ley que escapa al ámbito del juicio de constitucionalidad.

5.7. Finalmente advierte la Corte, que la asignación de la competencia a la Superintendencia para resolver el recurso de apelación, obedece no solamente a criterios de imparcialidad, sino de eficacia y eficiencia, como es la de buscar que un órgano especializado sea el único encargado de decidir los recursos contra los actos de las empresas a nivel nacional, porque ello contribuye a diseñar una doctrina uniforme que sirva de orientación para el desarrollo de las actividades de aquéllas, sin que ello sea óbice para que se deleguen o desconcentren funciones en oficinas o dependencias regionales de dicha entidad, de modo que los usuarios de la periferia tengan acceso expedito a dicho recurso, garantizándose así el principio de inmediatez.

En razón de lo anterior, la Corte no encuentra argumentos para considerar que los segmentos normativos acusados sean violatorios de las normas que se invocan en la demanda ni de ningún otro precepto constitucional.

VII. DECISION.

Con fundamento en el análisis precedente, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar exequibles los apartes demandados de los artículos 154 y 159 de la ley 142 de 1994.

NOTIFIQUESE, COPIESE, COMUNIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CUMPLASE.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-263/96

SERVICIOS PUBLICOS EN EL AMBITO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO/SERVICIOS PUBLICOS-

Relación con el usuario (Salvamento de voto)

Bajo la óptica del Estado social de derecho al Estado corresponderá, entonces, una función mucho más activa, dirigida a garantizar condiciones de existencia digna para toda la población. Se ha dejado atrás la obligación estatal de "proteger a todas las personas… en su vida, honra y bienes". El Estado tiene una función amplia y distinta, definida en nuestra Constitución. Con el Estado social como telón de fondo, el concepto de servicios públicos adquiere una dimensión que supera la función inicial de definir el ámbito de lo público o para intentar explicar la actividad estatal en ciertos sectores y la cesión contractual de ciertas actividades a particulares, para situarse en el plano de la realización de los derechos de los ciudadanos. El servicio público, en cuanto mecanismo de realización de fines estatales y en cuya realización deben participar el Estado y los particulares, no adquiere el carácter de potestad. Es decir, no es en ejercicio de la potestad estatal (imperium), salvo que exista reserva, que se prestan los servicios públicos. Se trata de un espacio común al cual pueden acudir, en los términos señalados legalmente, empresas públicas, privadas o mixtas a satisfacer las necesidades vitales y los intereses generales de la población. Se explica así el hecho de que entre el usuario y quien presta el servicio público pueda existir una relación reglamentaria y legal junto al régimen de derecho privado. En efecto, respecto a las condiciones de prestación del servicio, ellas se fijan en la ley, y en cuanto al acceso al servicio, bien puede el legislador disponer que se trate de un contrato regido por el derecho privado. No son entonces "las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto" las que determinan el régimen jurídico aplicable.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance de las funciones (Salvamento de voto)

El artículo 370 de la Carta, concede al Presidente la función de "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios". Frente a la citada disposición no es admisible sostener que la Constitución no hubiese fijado parámetros para determinar el alcance de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Claramente, dichas funciones se orientan a verificar el cumplimiento de las políticas generales, que a ella misma corresponderá fijar (en el evento de que el Presidente la delegue) y controlar que la prestación sea eficiente, esto es, controlar el funcionamiento de las empresas prestadoras de

servicios públicos domiciliarios, en cuanto empresas, considerando las competencias, las responsabilidades, la cobertura, la calidad y el régimen tarifario. Se trata, en definitiva, de controlar la gestión de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que, en ningún caso, puede tornarse en una coadministración.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR USUARIO DE SERVICIOS PUBLICOS-Limitación (Salvamento de voto)

En los eventos en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resuelva los recursos de apelación en cuestión, tales decisiones tendrán el carácter de actos administrativos, susceptibles de demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. La posición de la que me aparto no tomó en consideración esta circunstancia, que trae consigo varios efectos. La jurisdicción contencioso administrativa deberá entrar a conocer de problemas de índole contractual-privado. En efecto, ya se ha destacado que las relaciones entre los usuarios y los prestatarios del servicio, aunque existan regulaciones, se rigen por las condiciones del contrato. No cabe duda de que "los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación" están íntimamente ligados con la ejecución del contrato de prestación de servicios públicos. Si bien desde la perspectiva que nace con el famoso fallo Blanco en el siglo pasado, resulta admisible que al Contencioso Administrativo corresponda el control de la actuación de las empresas prestadoras de servicios públicos, en cuanto ello entrañaba una actuación estatal, hoy en día, a la luz del Estado social de derecho, resulta del todo ajena y extraña.

PRINCIPIO DE EFICACIA-Desconocimiento (Salvamento de voto)

La eficacia de los derechos fundamentales exige consideraciones sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas para desarrollarlos. Que un "órgano especializado" e imparcial conozca los recursos, puede ser constitucional, pero no el mecanismo si resulta claramente ineficiente. En efecto, además de requerirse una infraestructura que abarque todo el territorio nacional, se genera una estructura paralela a las mismas empresas prestadoras de servicios públicos, con el consiguiente gasto público. Por otra parte, cabe preguntarse si la inmediatez (criterio importante en materia de eficiencia) se logra más con la remisión de un recurso a una entidad distinta de aquélla que presta el servicio y que ya ha conocido del asunto en primera instancia.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES/PRINCIPIO DE UNIDAD/REGIMEN UNITARIO (Salvamento de voto)

La Corte desperdició una preciosa oportunidad para pronunciarse sobre un tema constitucional de la máxima importancia y en torno al cual los avances y precisiones jurisprudenciales son aún tímidos. En efecto, el alcance de la autonomía territorial y sus relaciones con el principio de unidad, ambos consagrados en el artículo 1° de la Carta, determinan una serie de tensiones que se sustancian a través de una distribución particular de los poderes públicos y en la forma en que las competencias que éstos ostentan son ejercidas. La consagración conjunta de los principios de unidad y autonomía en el artículo 1° de la Constitución indica que, entre ambos términos, no existe una contradicción según la cual la entrega de poderes autonómicos a las entidades territoriales se hace en detrimento de la unidad del Estado colombiano. Por el contrario, el desarrollo adecuado del principio de autonomía territorial sólo es posible dentro de un régimen unitario. En otras palabras, la unidad es consustancial a la autonomía y constituye el ámbito natural en el que ésta puede desenvolverse.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONSTITUCION POLITICA (Salvamento de voto)

A partir de la Carta de 1991, el modelo territorial que ella establece es de una índole radicalmente distinta. Según este modelo, la legitimidad del Estado se construye de abajo hacia arriba, a partir de la instancia territorial más cercana a las necesidades del individuo. Este es el sentido del artículo 311 de la Constitución, según el cual el municipio es la "entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado" a quien corresponde, en primera instancia, la gestación del bienestar de los ciudadanos. En este sentido, la autonomía no se concibe ya como una simple concesión que el centro hace la periferia, sino como un poder propio de indirizzo politico, que se fundamenta en el poder otorgado por la propia comunidad. En este sentido, la estructura territorial del Estado colombiano es de carácter subsidiario: el poder nace del individuo autónomo cuyas decisiones no pueden ser interferidas por el Estado. Este poder sustenta a su turno la autonomía del municipio que, para lograr el bienestar de los individuos que conforman la comunidad local, goza de libertad de opción política frente al departamento y la nación. A su turno, el departamento puede dirigir sus destinos de manera autónoma frente a la nación, la cual, como se verá más

adelante al explicar el alcance del principio de subsidiariedad, conserva un rol de garante del funcionamiento general y unitario del Estado. Las instancias superiores de autoridad sólo están legitimadas para intervenir en los asuntos de las autoridades más pequeñas, cuando éstas sean manifiestamente incapaces o ineficientes para prestar un servicio o adoptar una determinada decisión. El nuevo esquema territorial del poder, consagrado en la Constitución de 1991, determina que la facultad de dirección política no se encuentra monopolizada por los órganos del Estado central.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Garantía institucional/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Límites legislativos (Salvamento de voto)

La autonomía territorial posee un núcleo esencial, indisponible por parte del Legislador, que, en opinión del suscrito Magistrado, reside en el poder de participar, a través de órganos propios en el gobierno y administración de los asuntos propios o, dicho de otro modo, consiste en esa serie de poderes de acción dirigidos a la satisfacción de los propios intereses. La autonomía territorial, en la Carta de 1991, es una garantía institucional. Este concepto, originado en el derecho constitucional alemán determina que, en la Constitución, existen una serie de instituciones (autonomía local, autonomía universitaria y opinión pública libre, básicamente) cuya garantía es necesaria para la preservación del carácter democrático y pluralista del orden jurídico-político y de los valores y principios constitucionales. Sin embargo, la Constitución no conforma esas instituciones, tarea que queda deferida al Legislador ordinario quien, en todo caso, al regularlas no puede desconocer su núcleo básico. En este sentido, la ley sólo puede establecer como límites a la autonomía territorial aquellos que se hallen expresamente contemplados en la Constitución. El ámbito de actuación de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, se encuentra protegido por la garantía institucional de la autonomía territorial. En tratándose de empresas cobijadas por la mencionada garantía, la primera consecuencia que es menester derivar es que no se hallan en relación de subordinación o de jerarquía con ninguna autoridad ni del orden departamental y, mucho menos, del orden nacional.

PRINCIPIO DE UNIDAD/SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance de la función de control y vigilancia (Salvamento de voto)

La necesaria protección que debe otorgarse al principio de unidad autoriza la existencia de

una entidad del sector central como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, encargada de ejercer el control y vigilancia sobre la prestación de los mencionados servicios. Sin embargo, las funciones de control y vigilancia, en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios, se contraen, exclusivamente, a garantizar la preeminencia del principio unitario a través de la imposición de los límites contemplados en la Constitución. Los límites a la autonomía autorizados por la Carta, dirigidos a la efectividad de la unidad nacional serían, de manera muy genérica: (1) el principio de igualdad; (2) el principio de solidaridad; y, (3) la libertad de circulación de personas y de bienes.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Desde punto de vista filosófico (Salvamento de voto)

Desde el punto de vista filosófico, el principio de subsidiariedad se fundamenta: (1) en la noción de libertad del acto; y, (2) en la insuficiencia de la autoridad menor. Según el primero de estos fundamentos, la organización social se basa sobre la libertad y la autonomía de las acciones individuales y sociales. En principio, todo individuo u organización social es autónomo y suficiente para lograr su propio desarrollo y, por ello, sus acciones deben poder ser desplegadas hasta el máximo posible. Sin embargo, en algunas ocasiones la acción individual o social puede ser insuficiente para el logro de sus objetivos y, sólo en ese momento, es legítima la intervención de una autoridad mayor que pueda intervenir para complementar y planificar las acciones de la autoridad inferior, pero nunca para suplantarla o reemplazarla.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento de voto)

El principio de subsidiariedad podría resumirse como sigue: tanta libertad como sea posible, tanta autoridad como sea necesaria. Esta formulación del principio pone de presente su carácter dual y paradójico. Por una parte, entraña una obligación de orden negativo, consistente en el deber de abstención de la autoridad mayor frente a la autonomía y libertad de las autoridades menores. De otro lado, conlleva una obligación positiva de intervenir, en forma integral, cuando la autoridad inferior sea insuficiente para llevar a cabo sus cometidos. Sin embargo, es necesario precisar que la intervención, por parte de la instancia superior no se efectúa automáticamente, tan pronto se constata la insuficiencia de la autoridad menor. Antes de asumir directamente el ejercicio de la actividad frente a la cual la autoridad inferior es insuficiente, la autoridad mayor debe procurar restablecer la capacidad de acción del

orden inferior, procurando que éste conserve sus competencias mientras ello sea posible. En este sentido, una transferencia de competencias del nivel inferior al superior sólo es legítima si la incapacidad subsiste a pesar de la ayuda que preste el nivel superior.

ENTIDADES TERRITORIALES-Distribución de competencias/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento de voto)

Utilizado como principio de interpretación constitucional, en punto a la distribución de competencias entre las entidades territoriales, el principio de subsidiariedad se traduce: (1) en una particular forma de distribución territorial del poder, según la cual la autoridad estatal se construye a partir del municipio (C.P., artículo 311); y, (2) en una particular forma de ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, dentro de la cual a la nación le está vedado incidir en el núcleo básico de la autonomía de las entidades territoriales de menor tamaño (v.gr., departamentos y municipios). En este sentido, el principio de subsidiariedad no constituye un título atributivo de nuevas competencias sino de ejercicio de las ya existentes, lo cual significa que la nación no puede, apelando al principio de subsidiariedad, ejercer competencias que la Constitución o la ley no les hayan otorgado. Así entendido, el principio de subsidiariedad se erige en el criterio básico para determinar cuándo es lícita la intervención de la nación en los asuntos de las entidades territoriales. Una vez establecido que, en un determinado caso, se justifica la intervención de una entidad territorial de orden mayor se procede al análisis de la magnitud e intensidad de la actuación de la entidad mayor a través del principio de proporcionalidad. En suma, mientras el principio de subsidiariedad regula el "cuándo" de una intervención, el principio de proporcionalidad regula el "cómo".

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Test (Salvamento de voto)

La determinación de cuándo una intervención de la entidad territorial mayor es lícita y ajustada al principio de subsidiariedad se efectuaría a través del siguiente "test": (1) la entidad territorial menor debe ser manifiestamente insuficiente o ineficiente para la prestación de un determinado servicio o la adopción de una determinada decisión; (2) la entidad territorial superior debe haber intentado, como primera medida de apoyo, el restablecimiento de la capacidad de acción de la entidad territorial inferior; (3) debe quedar demostrado que la entidad territorial mayor ha utilizado todos los mecanismos a su alcance

para preservar, al máximo posible, la competencia decisoria de la entidad territorial de menor envergadura; y, (4) de haber llegado a asumir la competencia, la entidad territorial superior debe demostrar que la ejerció de conformidad con los intereses de la entidad territorial inferior a la que ha suplido.

RECURSO DE APELACION ANTE SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Improcedencia (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado se permite salvar su voto dentro de la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corporación, en el sentido de haber declarado exequibles los apartes acusados de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994. Las razones que fundamentan el presente voto disidente se consignan a continuación.

Los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 consagraron la posibilidad de que los usuarios de los servicios públicos domiciliarios interpusieran el recurso de apelación -en subsidio del de reposición- contra las decisiones que afecten la prestación del servicio o la ejecución del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, proferidas por las empresas prestadoras de dichos servicios, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El demandante consideró que el mencionado recurso vulneraba la Constitución Política, toda vez que constituía una desviación de las facultades de control y vigilancia que el artículo 370 de la Carta encomienda al Presidente de la República, las cuales éste ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En efecto, la apelación se erige en un acto de gestión que excede las funciones de mero control que el Estatuto Superior radica en cabeza del Presidente.

Este salvamento tocará básicamente dos problemas: el concepto de servicio público en el ámbito del Estado social de derecho y la subsidiariedad en el marco de la tensión unidad-autonomía.

Plano metodológico de la sentencia

1. En primer lugar, y antes de entrar en los temas mencionados, debo pronunciarme sobre las razones metodológicas que llevan a apartarme de la decisión mayoritaria. A partir del

planteamiento del problema y de la exposición de las razones en pro de la constitucionalidad de la disposición acusada, se aprecia una inusual interpretación del alcance de la facultad del legislador para regular la temática de los servicios públicos, de suerte que desaparece toda necesidad de confrontar dicha facultad con los postulados constitucionales.

Si bien la Constitución en relación con numerosos casos fija en la ley la regulación de ciertos asuntos, no es menos cierto que, por una parte, con ello se limita de manera severa la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, por otra, ello no sustrae al legislativo de su deber de acatar la Constitución (C.P. artículo 4). Sobre esto último es particularmente indicativo el hecho de que en el fundamento 2.2 de la sentencia, al mencionar las reglas fijadas por la Constitución para que el legislador regule los servicios públicos, se les vacía de contenido, dejando en manos de la ley su materialización.

A la Corte, no sobra reiterarlo, corresponde guardar la integridad de la Constitución, de manera que no es admisible que normas de rango legal sirvan de fundamento último para decidir la exequibilidad de una norma sometida a control constitucional. De seguirse con dicha tendencia, la Corte Constitucional, antes que adelantar su labor de control, actuará en favor de la creación de un suprapoder -el legislativo-, desvirtuando las bases mismas del modelo democrático entronizado en el Estado social de derecho.

Regla que se deriva de la sentencia.

2. A juicio de la Corte, la prestación de servicios públicos, ya sea por parte de entidades estatales o privadas, en cuanto entraña el cumplimiento de funciones estatales, supone el ejercicio de funciones públicas que determinan un tipo de relación reglamentaria, que autoriza al legislador, ante la unidad funcional entre los órganos de control y vigilancia y los entes prestadores de los servicios, y al margen del ámbito contractual, para que disponga discrecionalmente los mecanismos de vía gubernativa que permitan la revisión de las decisiones producidas con ocasión de la prestación del servicio.

3. Esta doctrina se apoya en que, por una parte, al Estado corresponde la garantía de la prestación continua y eficaz de los servicios públicos. En virtud de ello, su prestación puede producirse a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

De otro lado, la Constitución ha delegado en el legislador la facultad de fijar las condiciones

generales de prestación del servicio, el régimen jurídico aplicable, así como la definición del alcance de las facultades de inspección y vigilancia por parte de los organismos de control.

Sin embargo, a pesar de que las condiciones de la prestación del servicio y la naturaleza jurídica del ente que lo presta definen la intensidad del régimen privado o público aplicable, existen elementos connaturales al servicio público que son de naturaleza administrativa – reglamentaria.

Frente a los elementos de carácter administrativo, es viable la existencia de control superior, que, por mandato de la ley, puede otorgarse al superior jerárquico desde el punto de vista funcional -"conjunto organizacional (empresas y entidades prestatarias del servicio y la superintendencia) que tienen de acuerdo con la Constitución y la ley la responsabilidad de desarrollar las actividades y ejercer las competencias que les han sido otorgadas para efectos de la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios"-.

La Ley 142 de 1994 otorgó a las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios privilegios y prerrogativas que, a todas luces, corresponden al ejercicio de función pública, v.g. "la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones".

En resumen, la prestación de servicios públicos, corresponde al desempeño de una típica función administrativa.

Estado social y servicios públicos.

4. La consagración constitucional del carácter social del Estado de derecho colombiano se traduce en serias consecuencias para la apreciación de las relaciones sociales y de la sociedad con el Estado. A partir de su definición no es posible ampararse en una

aproximación demoliberal del Estado, en la cual las tensiones sociales se resuelven en el mercado, y en el cual habrá de intervenir el Estado para "corregir sus defectos", ya sea de manera directa asumiendo la atención de necesidades sociales, o indirecta a través de diversos medios de control.

La nueva dimensión del Estado, que se origina con la introducción constitucional del elemento social, se apoya en la convicción de que el Estado, lejos de ser un contradictor y representar una constante amenaza para la libertad individual y las posibilidades de autorregulación social, se erige en su más poderoso aliado. Las fronteras entre lo público y lo privado se diluyen de manera que más allá de la definición de esferas herméticas, ocasionalmente abiertas, la sociedad se concibe como un universo en el cual interactúan, en un ambiente de gradual inherencia mutua y alto intercambio, los diversos actores sociales -Estado, sociedad civil, sector empresarial, sindicatos, juventudes, minorías, etc.-, que exigen del Estado una permanente atención para introducir cambios sociales, teniendo como presupuesto teleológico la garantía de la efectividad de los derechos de los habitantes del territorio. Esta idea no es ajena a la jurisprudencia de la Corte:

"El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho, es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autoregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momentos de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar – hasta cierto punto – las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado.

"El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos

prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con un capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades."2

5. La existencia de una dicotomía, radical y profunda, de lo público vs. lo privado, propio de una concepción liberal, trae consigo consecuencias importantes en la distribución de competencias sociales. Al Estado se le asigna la satisfacción de los intereses generales; los cuales, en un primer momento se limitaban a la administración de justicia, comunicaciones (correos y caminos), defensa y régimen impositivo, para ampliarse gradualmente en la medida que la contradicción capital-trabajo lo requería. Así, finalmente se llega a la posibilidad de un Estado prestador de una amplia gama de servicios, que se concebían como del resorte exclusivo del Estado.

En cuanto al sector privado, simplemente se le había reconocido amplios márgenes para que ejerciera libremente su derecho a la libre empresa. Ello conducía a que se hubiese entendido que la prestación de servicios publicos, por parte de particulares, constituía una mera colaboración, que implicaba de inmediato la "entrega" de potestad estatal y la consiguiente asunción de funciones públicas. El particular dejaba de ser tal y se convertía en "Estado".

A esta concepción de las relaciones público-privado responde el reconocimiento de los derechos humanos de primera generación, en los cuales se busca, precisamente, imponer barreras al sector público para que no invada y elimine el privado. El reino de la libertad negativa.

6. En el marco del Estado social de derecho la distinción entre lo público y lo privado no desaparece, aunque si reviste de otras connotaciones. A partir del reconocimiento de una serie de derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, no puede considerarse la existencia del individuo de manera aislada de la sociedad. El Estado, lo público, no debe ser, de manera exclusiva, limitado para que no invada la órbita privada, sino que, al mismo

tiempo, se le exige que actúe para que garantice la existencia de una órbita privada autónoma y viable. Se reconoce, pues, que el individuo es capaz de libertad, pero al mismo tiempo que es incapaz de libertad sin condiciones sociales para ello. El individuo no es más una rueda suelta, sino que vive, convive, influye y se forma en la sociedad.

Entre lo público y lo privado no existirá más aquella línea tajante. Si bien diariamente se refuerza la protección jurídica de los espacios de índole privada, de manera simultánea se expanden los horizontes de lo público. Sin embargo, la actividad prestadora de servicios no es del resorte privativo del Estado. La satisfacción de los "intereses generales" no es deber exclusivo del Estado, sino que al sector privado se le imponen cargas (función social y ecológica de la propiedad, función social de la empresa) y es posible que sea invitado a participar, y no a título de "mera colaboración" en la prestación de los servicios. Es decir, se desdibuja la frontera, generándose espacios en los cuales ambos sectores cumplen funciones, ya sean comunes, o disímiles en función de un objetivo común. El área de dicho espacio, dependerá de las diversas condiciones propias de cada Estado y sociedad en particular.

7. Bajo la óptica del Estado social de derecho al Estado corresponderá, entonces, una función mucho más activa, dirigida a garantizar condiciones de existencia digna para toda la población. Se ha dejado atrás la obligación estatal de "proteger a todas las personas… en su vida, honra y bienes". El Estado tiene una función amplia y distinta, definida en nuestra Constitución:

"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." (C.P. artículo 2º)

8. De la disposición transcrita, se puede destacar que, por una parte la dignidad humana y la

prevalencia del interés general (C.P. artículo 1º) que caracterizan el Estado social de derecho en Colombia, está mediada por esta función esencial del Estado. Esta aproximación, por otra parte, hace del Estado social una concepción rica en funciones, alcances y formas, que no puede limitarse a una consideración que la caracterice como una versión estatal en la que se garantiza la posibilidad de una participación ciudadana en las decisiones estatales, en la vigilancia de su gestión, en la prestación de servicios o realización de actividades estatales, que realizan el fin social, sino que la participación se convierte en un deber (C.P. art. 2 segundo inciso y 40), cuyo cumplimiento deben verificar las autoridades (C.P. art. 2).

9. Con el Estado social como telón de fondo, el concepto de servicios públicos adquiere una dimensión que supera la función inicial de definir el ámbito de lo público o para intentar explicar la actividad estatal en ciertos sectores y la cesión contractual de ciertas actividades a particulares, para situarse en el plano de la realización de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 365 de la Carta establece que los servicios públicos "son inherentes a la finalidad social del Estado". Es decir, los servicios públicos son instrumentos de realización de los fines del Estado (artículo 2 de la C.P.), medios para el logro de la plena vigencia y eficacia de los derechos constitucionales que apuntan a garantizar condiciones dignas de existencia. Para tal efecto, se le exige al Estado "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio" (C.P. artículo 365), o en otras palabras las "autoridades de la república están instituidas ... para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"(C.P. artículo 2º).

10. El servicio público, en cuanto mecanismo de realización de fines estatales y en cuya realización deben participar el Estado y los particulares, no adquiere el carácter de potestad. No de otra manera puede entenderse el artículo 365 de la C.P. cuando dispone que:

"Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría 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". (Resalta la Corte).

Es decir, no es en ejercicio de la potestad estatal (imperium), salvo que exista reserva, que se prestan los servicios públicos. Se trata de un espacio común al cual pueden acudir, en los

términos señalados legalmente, empresas públicas, privadas o mixtas a satisfacer las necesidades vitales y los intereses generales de la población.

11. Se explica así el hecho de que entre el usuario y quien presta el servicio público pueda existir una relación reglamentaria y legal junto al régimen de derecho privado. En efecto, respecto a las condiciones de prestación del servicio, ellas se fijan en la ley (C.P. art. 365 y 367), y en cuanto al acceso al servicio, bien puede el legislador disponer que se trate de un contrato regido por el derecho privado. No son entonces "las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto" las que determinan el régimen jurídico aplicable.

12. Desde otro punto de vista, la concesión de un servicio público es un contrato de índole administrativa, sea que se celebre entre entidades públicas o entre públicas y privadas. Sin embargo, el Estado apela en algunos casos, para regular las relaciones entre usuarios y prestatarios a modelos contractuales privados, cuando existen condiciones de competencia. Cosa distinta ocurre en el evento en que el Estado se reserve el servicio, caso en el cual podrá adoptar el modelo contractual que considere pertinente, respetando la finalidad del servicio.

Funciones exorbitantes en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

13. Uno de los principales argumentos de la decisión mayoritaria descansa en el hecho de que la Ley 142 de 1994 otorgó funciones exorbitantes a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. De ello se deriva la idea según la cual tales entidades cumplen funciones administrativas, que refuerzan el concepto de unidad funcional. Frente al argumento expuesto en la decisión mayoritaria cabe hacer algunas observaciones.

13. En primer lugar, y sin entrar a analizar la entidad de las supuestas funciones exorbitantes, el argumento es circular. En efecto, la estructura lógica de las razones se apoya en que la constitucionalidad del control jerárquico ejercido por la Superintendencia se deriva de la asignación, por vía de ley, de competencias exorbitantes a las empresas prestadoras de los servicios públicos. De ello se deriva que la constitucionalidad de una norma legal, se apoya en otra de igual rango, lo que, como ya se indicó, desconoce el sentido último de la función encomendada a la Corte Constitucional.

14. En segundo lugar, la supuesta existencia de facultades exorbitantes no es tan clara. En efecto, la decisión mayoritaria apoya su argumento en los artículos 4, 56, 57, 106 a 14, 117, 119 y 152 a 159 de la Ley 142 de 1994. Sin embargo, la lectura integral del régimen adoptado en la citada ley, permite descubrir que se distingue entre aquellas facultades reconocidas a la Nación y las entidades territoriales y las que se otorgan a las restantes, esto es, a las empresas sometidas a régimen privado. En el caso de las primeras, efectivamente se les reconocen facultades típicamente administrativas.

14.1 Los artículos 106 a 114 establecen el procedimiento, a todas luces administrativo, que deben cumplir las "autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales" requeridos para cumplir la ley (Artículo 106 Ley 142 de 1994). En ningún caso se está asignando el carácter de autoridad a las empresas prestatarias sometidas al régimen privado.

14.2 El artículo 117 establece la posibilidad de establecer servidumbres, cuando la prestación del servicio lo requiera. Sin embargo, distingue entre el establecimiento de la misma mediante acto administrativo, lo que se limita a las entidades territoriales y a la Nación (artículo 118 de la Ley 142 de 1994), y la instauración del proceso de que trata la Ley 56 de 1981, el cual se ventila ante la jurisdicción civil ordinaria. A este último procedimiento deberán acudir las empresas prestatarias del servicio sometidas al régimen privado.

14.3 Los artículos 152 a 159 establecen el procedimiento interno para el ejercicio del derecho de petición y sus recursos. La existencia de dicho procedimiento está previsto en la Constitución, tanto para el sector público como para el privado. Dispone el artículo 23 que:

ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

El Estado social de derecho, que reconoce, ante todo, la vigencia de los derechos fundamentales, tiene el deber de otorgar o diseñar los diversos mecanismos con que cuentan los habitantes del territorio para defender sus derechos. No importa que la amenaza tenga origen en un particular o en el Estado. En este sentido, vale la pena recordar la posibilidad de interponer acción de tutela frente a las amenazas contra derechos fundamentales

producidas por particulares, por parte de quienes se encuentren en situación de subordinación o indefensión.

En resumen, no existe razón alguna para derivar de las normas legales una supuesta atribución de funciones de carácter exorbitante en cabeza de las empresas prestatarias de servicios públicos sometidas al régimen privado. Quizás resulte elocuente transcribir el inciso segundo del artículo 152 de la Ley 142:

"Las normas sobre prestación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres". (Resaltado fuera del texto).

Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para controlar, inspeccionar y vigilar.

15. El artículo 370 de la C.P. dispone la existencia de una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, encargada del control, la inspección y la vigilancia de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios. La posición mayoritaria considera que el silencio de la Carta sobre el alcance de dichas funciones, autoriza al legislador para "determinar cuál es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer dichas funciones, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad", de ahí que, para la opinión mayoritaria, puede asignársele la función de conocer en segunda instancia de los recursos previstos en las normas acusadas.

16. La Corte Constitucional ha dicho que las superintendencias cumplen funciones atribuidas al Presidente de la República. Dijo la Corte en la Sentencia C-397 de 1995:

"Se trata de organismos en los que se realiza la desconcentración funcional, en cuya virtud se cumplen atribuciones señaladas por la Carta en cabeza del Presidente de la República pero que éste no adelanta de manera personal y directa por absoluta imposibilidad física, por lo cual están a cargo, en concreto, de los superintendentes, dentro del ámbito que señale la ley."3

De suerte que existe un parámetro constitucional para determinar el alcance de las

facultades de inspección, vigilancia y control de las superintendencias: las funciones asignadas al Presidente de la República. En consecuencia, el legislador no podrá dictar normas en virtud de las cuales a las superintendencias se les confieran funciones que desborden las competencias presidenciales.

17. El artículo 370 de la Carta, concede al Presidente la función de "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios". Frente a la citada disposición no es admisible sostener que la Constitución no hubiese fijado parámetros para determinar el alcance de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Claramente, dichas funciones se orientan a verificar el cumplimiento de las políticas generales, que a ella misma corresponderá fijar (en el evento de que el Presidente la delegue) y controlar que la prestación sea eficiente, esto es, controlar el funcionamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuanto empresas, considerando las competencias, las responsabilidades, la cobertura, la calidad y el régimen tarifario (C.P. artículo 367). Se trata, en definitiva, de controlar la gestión de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que, en ningún caso, puede tornarse en una coadministración.

Acceso a la justicia.

18. Uno de los efectos importantes que se deriva de la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas, se refiere al acceso a la justicia por parte de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. En los eventos en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resuelva los recursos de apelación en cuestión, tales decisiones tendrán el carácter de actos administrativos, susceptibles de demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. La posición de la que me aparto no tomó en consideración esta circunstancia, que trae consigo varios efectos.

La jurisdicción contencioso administrativa deberá entrar a conocer de problemas de índole contractual-privado. En efecto, ya se ha destacado que las relaciones entre los usuarios y los prestatarios del servicio, aunque existan regulaciones, se rigen por las condiciones del contrato. No cabe duda de que "los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación" están íntimamente ligados con la ejecución del contrato de prestación de servicios públicos.

Eficiencia.

20. Finalmente, la posición mayoritaria considera que el tema de la capacidad de la Superintendencia para resolver los recursos de apelación es "un argumento de simple conveniencia, es un asunto referido a la aplicación de la ley que escapa al ámbito del juicio de constitucionalidad". Si bien puede admitirse la validez de dichas apreciaciones, no es menos cierto que la eficiencia se traduce en un problema de estirpe constitucional cuando puede afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

21. La eficacia de los derechos fundamentales exige consideraciones sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas para desarrollarlos. Que un "órgano especializado" e imparcial conozca los recursos, puede ser constitucional, pero no el mecanismo si resulta claramente ineficiente. En efecto, además de requerirse una infraestructura que abarque todo el territorio nacional, se genera una estructura paralela a las mismas empresas prestadoras de servicios públicos, con el consiguiente gasto público. Por otra parte, cabe preguntarse si la inmediatez (criterio importante en materia de eficiencia) se logra más con la remisión de un recurso a una entidad distinta de aquélla que presta el servicio y que ya ha conocido del asunto en primera instancia.

Autonomía y unidad

21. En opinión del suscrito Magistrado disidente, el dictum sobre el cual la Corporación fundamentó su decisión de declarar ajustadas a la Constitución las normas acusadas, desconoce el problema jurídico esencial que esta decisión planteaba, el cual radicaba en determinar si el recurso de apelación contra los actos de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios -teniendo en cuenta que estas empresas pertenecen, en la mayoría de los casos, al orden territorial-, cuya resolución compete a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, desconoce la autonomía de las entidades territoriales (C.P., artículos 1° y 287). A mi juicio, la Corte desperdició una preciosa oportunidad para pronunciarse sobre un tema constitucional de la máxima importancia y en torno al cual los avances y precisiones jurisprudenciales son aún tímidos. En efecto, el alcance de la autonomía territorial y sus relaciones con el principio de unidad, ambos consagrados en el artículo 1° de la Carta, determinan una serie de tensiones que se sustancian a través de una distribución particular de los poderes públicos y en la forma en que las competencias que

éstos ostentan son ejercidas.

22. La consagración conjunta de los principios de unidad y autonomía en el artículo 1° de la Constitución indica que, entre ambos términos, no existe una contradicción según la cual la entrega de poderes autonómicos a las entidades territoriales se hace en detrimento de la unidad del Estado colombiano. Por el contrario, el desarrollo adecuado del principio de autonomía territorial sólo es posible dentro de un régimen unitario, entendido éste como más adelante se explicará. En otras palabras, la unidad es consustancial a la autonomía y constituye el ámbito natural en el que ésta puede desenvolverse.

23. Uno de los temas que con mayor dificultad se plantea en la teoría constitucional contemporánea es el de la definición del concepto de autonomía territorial. En efecto, el término no ha tenido una definición unívoca, como quiera que su significado ha variado a lo largo de la historia y se ha encuadrado dentro de parámetros concretos de tiempo y lugar. La dificultad para desentrañar el significado y alcance de la autonomía territorial ha sido aumentada por una serie de definiciones que intentan reducirla a una simple manifestación del derecho al autogobierno. De otro lado, los textos constitucionales tienden a consagrar la autonomía en un sentido polisémico que atañe a diversas instituciones del Estado y la sociedad. En este sentido, la Constitución colombiana se refiere a la autonomía de las entidades territoriales, de las universidades, de las organizaciones sociales, del Banco de la República, etc. (C.P., artículos 1°, 69, 76, 103, 150-7, 251, 267, 272, 287, 298, 306 y 371).

Se ha considerado que la doctrina italiana es la que ha trabajado el concepto de autonomía con mayor juicio y profundidad. La primera formulación teórica es del maestro Costantino Mortati, para quien la autonomía era aquella libertad de determinación otorgada a un sujeto que se concretaba en la facultad de darse a sí mismo las normas que regularan su acción. Esta teoría fue posteriormente criticada por Santi Romano, quien consideraba que definir la autonomía tan sólo como un poder de dictar leyes era insuficiente, toda vez que ésta consistía en la posibilidad de que el ente autónomo se diera un ordenamiento entero y propio. La teoría de Romano culminaba con el reconocimiento de la existencia de ordenamientos particulares, que determinaban la posibilidad de ejercer una serie de potestades moldeadas por las necesidades de la realidad jurídica dentro de la cual el ordenamiento particular debía actuar, sin perjuicio de reconocer la primacía de

ordenamientos de orden superior. En este orden de ideas, Romano planteaba que, mientras la noción de soberanía era aneja a los ordenamientos originarios, la autonomía era consustancial a los ordenamientos de orden secundario y la amplitud con que ésta se desplegara dependía de la distancia que separara el ordenamiento secundario del originario. Con posterioridad, el profesor Massimo Severo Giannini consideró que la teoría ordinamentalista de Santi Romano no daba cuenta, de manera suficiente, del concepto de autonomía, como quiera que lo reducía a una mera cuestión de formación de reglas jurídicas. En opinión de Giannini, la definición de lo que ha de considerarse como autonomía territorial debe girar en torno a la capacidad de los entes autónomos para orientar y dirigir a su propia comunidad desde el punto de vista político y administrativo. Esta capacidad se concreta en la posibilidad de seleccionar opciones que divergen de aquellas que haya adoptado el Estado central en una misma materia. De esta manera, Giannini no reduce la explicación de la autonomía a la referencia a la existencia de ordenamientos particulares ni a la disminución de los controles que el centro ejerce sobre las colectividades territoriales autónomas. El punto central de la autonomía consiste, entonces, en la capacidad de dirección política que posee la entidad territorial autónoma.

24. A juicio del suscrito Magistrado, el contenido de la autonomía territorial en la Constitución Política de Colombia se inscribe dentro de la noción que, de la misma, estableció el profesor Massimo Severo Giannini. En efecto, a tenor de lo establecido en los artículos 1° y 287 de la Carta, las entidades territoriales gozan de verdaderas facultades de dirección política y administrativa en el ámbito de sus propios intereses. El modelo autonómico diseñado por el Estatuto Superior diverge, en forma esencial, del viejo y desueto modelo napoleónico de "centralización política con descentralización administrativa" que consagraba la Constitución colombiana de 1886. En efecto, en una estructura territorial basada en un esquema de mera descentralización administrativa, la legitimidad del Estado se construye desde el centro hacia la periferia, esto es, las potestades de las entidades territoriales son una concesión que, por mera liberalidad, el Estado central les concede y que, por ende, pueden ser reasumidas por las autoridades centrales cuando éstas así lo deseen. A partir de la Carta de 1991, el modelo territorial que ella establece es de una índole radicalmente distinta. Según este modelo, la legitimidad del Estado se construye de abajo hacia arriba, a partir de la instancia territorial más cercana a las necesidades del individuo. Este es el sentido del artículo 311 de la Constitución, según el cual el municipio es la "entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado" a quien corresponde, en

primera instancia, la gestación del bienestar de los ciudadanos. En este sentido, la autonomía no se concibe ya como una simple concesión que el centro hace la periferia, sino como un poder propio de indirizzo politico, que se fundamenta en el poder otorgado por la propia comunidad. En este sentido, la estructura territorial del Estado colombiano es de carácter subsidiario: el poder nace del individuo autónomo (C.P., artículo 16) cuyas decisiones no pueden ser interferidas por el Estado. Este poder sustenta a su turno la autonomía del municipio que, para lograr el bienestar de los individuos que conforman la comunidad local, goza de libertad de opción política frente al departamento y la nación. A su turno, el departamento puede dirigir sus destinos de manera autónoma frente a la nación, la cual, como se verá más adelante al explicar el alcance del principio de subsidiariedad, conserva un rol de garante del funcionamiento general y unitario del Estado. Las instancias superiores de autoridad sólo están legitimadas para intervenir en los asuntos de las autoridades más pequeñas, cuando éstas sean manifiestamente incapaces o ineficientes para prestar un servicio o adoptar una determinada decisión.

En suma, el nuevo esquema territorial del poder, consagrado en la Constitución de 1991, determina que la facultad de dirección política no se encuentra monopolizada por los órganos del Estado central. En un Estado como el colombiano, basado en el equilibrio de los principios de unidad y autonomía, en donde se garantiza al individuo el libre desarrollo de su personalidad, el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa y las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, debe decirse que cada una de las instancias territoriales que lo conforman poseen un poder de dirección política cuya magnitud depende de la intensidad de los intereses cuya salvaguardia les ha sido confiada. En este sentido, la mayor significación de la autonomía reside en la posibilidad de coexistencia de opciones políticas diversas sobre un mismo asunto. Sin embargo, es en este punto donde entra en juego el principio de unidad del Estado que aparece como un marco dentro del cual deben desarrollarse la diversidad de opciones políticas.

25. Como ya antes se mencionó, unidad y autonomía no son términos contradictorios y, por el contrario, en el estado actual de desarrollo de la teoría constitucional relativa a la forma de Estado, debe considerarse que el ámbito natural en el que la autonomía se desarrolla es el de la unidad estatal. El equilibrio y compatibilización de ambos términos se logra en la medida en que la autonomía que la Carta concede a cada entidad territorial se circunscribe al ámbito de sus propios intereses, de conformidad con las disposiciones de la Constitución y de la ley

(C.P., artículo 287). Sin embargo, la modulación de la autonomía territorial por parte del Legislador, a través del establecimiento de condiciones básicas que garanticen el principio unitario y la primacía del interés general, no puede implicar, en ningún momento, el establecimiento de regímenes uniformes cuya consecuencia sea la pérdida del poder de adoptar opciones políticas diversas dirigidas a la satisfacción de los intereses propios de cada entidad territorial. En este sentido, la autonomía territorial posee un núcleo esencial, indisponible por parte del Legislador, que, en opinión del suscrito Magistrado, reside en el poder de participar, a través de órganos propios en el gobierno y administración de los asuntos propios o, dicho de otro modo, consiste en esa serie de poderes de acción dirigidos a la satisfacción de los propios intereses.

26. A partir de lo dicho con anterioridad, puede afirmarse que la autonomía territorial, en la Carta de 1991, es una garantía institucional. Este concepto, originado en el derecho constitucional alemán determina que, en la Constitución, existen una serie de instituciones (autonomía local, autonomía universitaria y opinión pública libre, básicamente) cuya garantía es necesaria para la preservación del carácter democrático y pluralista del orden jurídico-político y de los valores y principios constitucionales. Sin embargo, la Constitución no conforma esas instituciones, tarea que queda deferida al Legislador ordinario quien, en todo caso, al regularlas no puede desconocer su núcleo básico. En este sentido, la ley sólo puede establecer como límites a la autonomía territorial aquellos que se hallen expresamente contemplados en la Constitución. Dicho de otro modo, sólo en aquellos casos en que la Carta permita al Legislador estatal fijar los alcances del principio unitario será posible la expansión de este último mediante la fijación de límites a la autonomía de las entidades territoriales. En suma, las necesidades del interés general, reflejadas en la garantía del principio unitario, se traducen en una serie de poderes concretos constitucionalmente consagrados.

27. Para determinar el núcleo básico o esencial de la autonomía territorial debe recurrirse, en forma sistemática, a las disposiciones de los artículos 287, 298 y 311 de la Constitución. Por una parte, el artículo 287 establece que, dentro de la autonomía de que disponen para la gestión de sus propios intereses, las entidades territoriales tienen derecho a: (1) gobernarse por autoridades propias; (2) ejercer las competencias que les corresponden; (3) administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para cumplir con sus funciones; y, (4) participar en las rentas nacionales. De otro lado, el artículo 311 de la Carta establece que al municipio -entidad esencial de la división político-administrativa del Estado- corresponde la

prestación de los servicios públicos que señale la ley, la construcción de las obras que determine el progreso local, el ordenamiento del territorio local, la promoción de la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de los habitantes. Igualmente, el artículo 298 de la Constitución determina que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales, la planificación, la promoción del desarrollo económico y social. Para el logro de estos objetivos, el departamento ejerce funciones de intermediación entre la nación y el municipio, complementa la acción de estos últimos y presta los servicios que determinen las disposiciones constitucionales y legales.

28. El suscrito Magistrado estima que una lectura armónica de los artículos 287, 298 y 311 de la Carta permite concluir que los poderes de acción que constituyen el núcleo básico de la autonomía territorial radica en la posibilidad de hacer efectivo el mínimo vital de los ciudadanos a través de la prestación de los servicios públicos y sociales más esenciales. En efecto, habida cuenta de la estructura subsidiaria del Estado colombiano, el desarrollo y bienestar social de la población se gesta al nivel más cercano al ciudadano y, por ello, la Constitución considera que el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa. Las autoridades locales son quienes mejor pueden conocer -dada su cercanía- cuáles son las necesidades de su comunidad, lo cual, a su turno, se refleja en una más eficiente prestación de los servicios sin despilfarro de los recursos públicos. Puede entonces concluirse que, en los términos de la Constitución, la prestación de los servicios públicos domiciliarios -en cuanto relacionados de manera inescindible con el logro del bienestar social de una determinada comunidad- es una responsabilidad de orden eminentemente local, sin perjuicio de que el departamento o la nación puedan, en determinados casos, asumir su prestación. En este sentido, la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de las entidades territoriales queda cobijada por el núcleo esencial de la autonomía territorial y, por lo tanto, la intervención del Legislador en la regulación de esa prestación se sujeta a los principios que antes se establecieron. En particular, la conformación legal de la prestación de estos servicios no puede vaciar el contenido de la autonomía cercenando las posibilidades decisorias que, sobre el particular, posee la entidad territorial.

29. De esta forma, en opinión del suscrito Magistrado disidente, el ámbito de actuación de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, se encuentra protegido por la garantía institucional de la autonomía territorial. En tratándose de empresas cobijadas por la mencionada garantía, la primera consecuencia que

es menester derivar es que no se hallan en relación de subordinación o de jerarquía con ninguna autoridad ni del orden departamental y, mucho menos, del orden nacional. La necesaria protección que, como antes se anotó, debe otorgarse al principio de unidad autoriza la existencia de una entidad del sector central como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, encargada de ejercer el control y vigilancia sobre la prestación de los mencionados servicios. Sin embargo, las funciones de control y vigilancia, en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios, se contraen, exclusivamente, a garantizar la preeminencia del principio unitario a través de la imposición de los límites contemplados en la Constitución. Los límites a la autonomía autorizados por la Carta, dirigidos a la efectividad de la unidad nacional serían, de manera muy genérica: (1) el principio de igualdad (C.P., artículo 13); (2) el principio de solidaridad (C.P., Preámbulo y artículo 1°); y, (3) la libertad de circulación de personas y de bienes (C.P., artículos 24 y 334).

30. A través de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 se estableció una particular forma de control y vigilancia, traducida en la posibilidad de que los usuarios interpongan el recurso de apelación contra los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para determinar si la introducción de esta particular forma de control vulnera la autonomía territorial, es necesario someterla a un análisis de proporcionalidad y de subsidiariedad.

31. Desde la perspectiva de la proporcionalidad, no cabe duda de que el recurso de apelación contra los actos de las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios posee una finalidad claramente constitucional, toda vez que tiende a hacer efectiva la función de control y vigilancia que sobre este tipo de servicios el artículo 370 de la Carta ha encomendado a la nación a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De igual forma, la medida se revela claramente idónea para cumplir con la finalidad constitucional antes anotada. En efecto, los recursos de la vía gubernativa constituyen un mecanismo de control y, en especial, la apelación, fundamentada en una relación de orden jerárquico, permite que el superior controle a su subordinado a través de la revocación o la modificación de la medida contenida en el acto que conoce por vía del mencionado recurso. Sin embargo, no ocurre lo mismo desde el punto de vista del análisis de proporcionalidad sensu strictu, esto es, la verificación de si la medida guarda una adecuada y razonable proporción de medio a fin, como quiera que, al haber seleccionado el recurso de apelación

ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como medio de control y vigilancia, se optó por el más extremo, intenso y gravoso de los mecanismos de control a disposición del Legislador. Por una parte, este recurso introduce una relación de orden jerárquico entre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios del orden territorial y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, colocando a las primeras en una relación de subordinación frente a la segunda. Con ésto, se vulnera el núcleo esencial de la autonomía territorial, como quiera que la introducción de una relación de orden jerárquico subvierte la estructura subsidiaria de la forma de Estado plasmada en la Constitución Política de 1991. En efecto, como antes se anotó, el poder y las competencias se ejercen de abajo hacia arriba, partiendo de la entidad territorial más cercana al ciudadano. Esto se torna totalmente inocuo cuando se inserta una relación de carácter jerárquico que tiene como efecto que las decisiones se adopten de arriba hacia abajo. En segundo lugar, la desproporción del recurso de apelación, como mecanismo de control y vigilancia, se advierte cuando se tiene en cuenta el efecto de este medio de defensa sobre la autonomía de gestión de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, protegida por la garantía institucional de la autonomía territorial. En efecto, la decisión de un recurso de apelación -en cualquier sentido-, por parte de una entidad del orden nacional, se erige en un acto que trasciende los límites que a la preservación del principio unitario ha fijado la Carta Política. El ejercicio de las funciones de control y vigilancia sobre la actuación de las entidades territoriales autónomas no puede llegar al punto de sustituirlas en las decisiones de oportunidad relativas a la gestión pues, con ello, se destruye de un plumazo su ámbito de acción, como quiera que se sustituye la decisión territorial por la nacional. La garantía del principio unitario y de la prevalencia del interés general, que la Constitución ha encomendado a las autoridades del orden nacional, no puede llegar al punto de sustituir el proceso decisorio que corresponde efectuar a las autoridades seccionales y locales dentro del ámbito de sus propios intereses.

El principio de subsidiariedad (C.P. Artículo 288 inciso 2°)

32. Junto con el análisis de la proporcionalidad de las medidas de control consagradas en los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, es necesario realizar un juicio de subsidiariedad de las mismas, toda vez que, como antes se anotó, el Estado colombiano posee una estructura de carácter subsidiario (C.P., artículo 311) y, además, el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales se halla sujeto al mencionado principio (C.P.,

artículo 288). Con esta finalidad, el suscrito Magistrado juzga adecuado -antes de efectuar un análisis estricto de subsidiariedad-, hacer un recuento de los orígenes y significado del principio de subsidiariedad.

33. Como primera medida, es necesario aclarar que el principio de subsidiariedad no surge primariamente como mecanismo regulatorio del ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, éste constituye tan sólo una de las múltiples aplicaciones del principio. En efecto, éste nace como una respuesta general a la cuestión del ejercicio de la autoridad, no sólo del Estado sino de cualquier ámbito social en el que ésta se ejerza. Así entendido, el principio de subsidiariedad no es un principio de restricción del poder sino de regulación de las competencias que cada ámbito de autoridad ostenta. La acepción originaria del término subsidiariedad -subsidium- indica que la autoridad constituye una reserva, un apoyo que ha de prestarse cuando las necesidades así lo aconsejen.

34. Desde el punto de vista filosófico, el principio de subsidiariedad se fundamenta: (1) en la noción de libertad del acto; y, (2) en la insuficiencia de la autoridad menor. Según el primero de estos fundamentos, la organización social se basa sobre la libertad y la autonomía de las acciones individuales y sociales. En principio, todo individuo u organización social es autónomo y suficiente para lograr su propio desarrollo y, por ello, sus acciones deben poder ser desplegadas hasta el máximo posible. Sin embargo, en algunas ocasiones la acción individual o social puede ser insuficiente para el logro de sus objetivos y, sólo en ese momento, es legítima la intervención de una autoridad mayor que pueda intervenir para complementar y planificar las acciones de la autoridad inferior, pero nunca para suplantarla o reemplazarla.

35. En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad se expresa a través de tres ideas complementarias: (1) la autoridad es de naturaleza secundaria, como quiera que sólo se justifica ante las necesidades y la insuficiencia de una autoridad de menor envergadura; (2) la autoridad es supletiva, en tanto nunca reemplaza o suplanta a la autoridad menor cuando interviene; y, (3) en caso de intervenir, la autoridad debe hacerlo en forma integral, enderezándose a restablecer la capacidad decisoria de la autoridad inferior. En suma, el principio de subsidiariedad podría resumirse como sigue: tanta libertad como sea posible, tanta autoridad como sea necesaria. Esta formulación del principio pone de presente su carácter dual y paradójico. Por una parte, entraña una obligación de orden negativo,

consistente en el deber de abstención de la autoridad mayor frente a la autonomía y libertad de las autoridades menores. De otro lado, conlleva una obligación positiva de intervenir, en forma integral, cuando la autoridad inferior sea insuficiente para llevar a cabo sus cometidos. Sin embargo, es necesario precisar que la intervención, por parte de la instancia superior no se efectúa automáticamente, tan pronto se constata la insuficiencia de la autoridad menor. Antes de asumir directamente el ejercicio de la actividad frente a la cual la autoridad inferior es insuficiente, la autoridad mayor debe procurar restablecer la capacidad de acción del orden inferior, procurando que éste conserve sus competencias mientras ello sea posible. En este sentido, una transferencia de competencias del nivel inferior al superior sólo es legítima si la incapacidad subsiste a pesar de la ayuda que preste el nivel superior.

36. Utilizado como principio de interpretación constitucional, en punto a la distribución de competencias entre las entidades territoriales, el principio de subsidiariedad se traduce: (1) en una particular forma de distribución territorial del poder, según la cual la autoridad estatal se construye a partir del municipio (C.P., artículo 311); y, (2) en una particular forma de ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, dentro de la cual a la nación le está vedado incidir en el núcleo básico de la autonomía de las entidades territoriales de menor tamaño (v.gr., departamentos y municipios). En este sentido, el principio de subsidiariedad no constituye un título atributivo de nuevas competencias sino de ejercicio de las ya existentes, lo cual significa que la nación no puede, apelando al principio de subsidiariedad, ejercer competencias que la Constitución o la ley no les hayan otorgado. Así entendido, el principio de subsidiariedad se erige en el criterio básico para determinar cuándo es lícita la intervención de la nación en los asuntos de las entidades territoriales. Una vez establecido que, en un determinado caso, se justifica la intervención de una entidad territorial de orden mayor se procede al análisis de la magnitud e intensidad de la actuación de la entidad mayor a través del principio de proporcionalidad. En suma, mientras el principio de subsidiariedad regula el "cuándo" de una intervención, el principio de proporcionalidad regula el "cómo".

37. De conformidad con lo antes expuesto, la determinación de cuándo una intervención de la entidad territorial mayor es lícita y ajustada al principio de subsidiariedad se efectuaría a través del siguiente "test": (1) la entidad territorial menor debe ser manifiestamente insuficiente o ineficiente para la prestación de un determinado servicio o la adopción de una determinada decisión; (2) la entidad territorial superior debe haber intentado, como primera

medida de apoyo, el restablecimiento de la capacidad de acción de la entidad territorial inferior; (3) debe quedar demostrado que la entidad territorial mayor ha utilizado todos los mecanismos a su alcance para preservar, al máximo posible, la competencia decisoria de la entidad territorial de menor envergadura; y, (4) de haber llegado a asumir la competencia, la entidad territorial superior debe demostrar que la ejerció de conformidad con los intereses de la entidad territorial inferior a la que ha suplido.

38. Una vez establecidos estos parámetros, es posible analizar las normas acusadas desde el punto de vista del principio de subsidiariedad. Lamentablemente, en este caso, la consagración de un recurso de apelación contra los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que debe ser resuelto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no cumple ni siquiera con la primera de las condiciones del "test de subsidiariedad" antes señalado. En efecto, la consagración en la Ley 142 de 1994 de un recurso de orden jerárquico frente a los actos de las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, con la única finalidad de establecer un control vertical de legalidad, carece de toda fundamentación que pudiera sustentar la existencia del mencionado recurso, toda vez que no se coligen, desde ningún punto de vista, cuáles son las insuficiencias de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios del orden territorial que se busca paliar a través de una apelación. La procedencia indiscriminada de un recurso de carácter vertical y jerárquico como es la apelación parte del supuesto de que, a priori, las mencionadas empresas prestadoras son incapaces o ineficientes para resolver los problemas que se busca solucionar a través de un recurso de apelación. Otra cosa sería si la Ley 142 de 1994 hubiera consagrado una serie de mecanismos, previos a la apelación, a través de los cuales hubiera sido la misma empresa prestataria quien, en primera instancia, resolviera los problemas. En este orden de ideas, el recurso de apelación ante la Superintendencia habría sido lícito si, y sólo si, constituyera el último y más radical de los remedios, aplicable, únicamente, cuando otros mecanismos menos gravosos del orden territorial hubieran revelado su absoluta inidoneidad e incapacidad para resolver el problema de que se trate.

Por los razones antes anotadas, el suscrito Magistrado disidente estima que la demanda contra los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 debía haber prosperado y las mencionadas normas haber sido declaradas inexequibles.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-263/96

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Inexistencia de relación jerárquica/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONSTITUCION POLITICA (Aclaración de voto)

Los nuevos principios superiores que orientan la interpretación del régimen territorial en la Constitución, y el derecho constitucional a la autonomía del que se hace titulares en la Carta Política a las entidades territoriales, no son instituciones comparables con las nociones tradicionales de descentralización territorial o de delegación y menos con la de desconcentración administrativa, con el propósito de establecer una relación de jerarquía así sea funcional entre entes que pertenecen a distintos ámbitos de competencias como el municipal o local de unas y el nacional centralizado de la rama ejecutiva del poder público, y de funciones y de fines y que ostentan diferente naturaleza jurídica, como es el caso evidente de las empresas privadas de servicios públicos domiciliarios.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Actos objeto de recursos/SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Actos de control (Aclaración de voto)

Debió quedar en claro en la sentencia que los actos de las empresas que prestan los mencionados servicios a los que se refieren las partes demandadas de los citados artículos de la ley 142 de 1993 como objeto de los recursos que se reconocen, son únicamente los de la negativa del contrato, la suspensión, terminación, corte o facturación, y que ellos son expresión típica de actos de gestión de una empresa y no son actos administrativos; además, debió advertirse que los actos de las empresas, así como los que se producen en respuesta a los llamados “recurso de reposición y de apelación”, en especial los de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no hacen un acto complejo y que la finalidad de unos y otros son bien diferentes. La naturaleza que caracteriza al acto de la empresa es bien diferente a la naturaleza de los actos de control de la Superintendencia; también, las funciones y facultades de ésta son de directo origen constitucional y legal, mientras que los que define la ley como objeto del recurso de reposición ante la empresa son de gestión económica del servicio; por ello, entiendo que la función de la Superintendencia en el caso de

conocer de la “apelación” que se puede interponer como subsidiario del de reposición, se reduce a definir si es preciso obligar a la empresa a revisar las mencionadas actuaciones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato y a modificarlas, reformarlas o a sustituirlas, pero nada más, y mucho menos podría pensarse en la Superintendencia fuese competente para sustituir, revocar, modificar o derogar dichos actos.

Referencia: Expediente D-1059

Demanda de inconstitucionalidad contra apartes de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994.

Como tuve oportunidad de manifestarlo en la Sala Plena de la Corporación, coincido plenamente con la decisión adoptada en la parte resolutiva de la providencia, pero disiento muy respetuosamente de algunos de los elementos de juicio que aparecen consignados en su parte motiva y que sirven a la Corte para fundamentar la exequibilidad que se decreta.

En efecto, entiendo que las disposiciones acusadas en este caso encuentran claro sustento jurídico de rango constitucional en las reglas de la Carta Política citadas en el fallo, especialmente en lo previsto en sus artículos 365 a 370, pero observo que su cabal conformidad con la normatividad superior se halla en una interpretación parcialmente diferente de la que adopta la sentencia acerca de la noción de administración pública y de las instituciones constitucionales previstas por el Constituyente en materia de función administrativa, y, especialmente, en lo que se refiere a la superioridad jerárquica que desde el punto de vista funcional se le atribuye a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al calificar la relación “entre actividades operativas y ejecutoras que corresponden a las empresas y demás entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio, con las funciones de control, inspección y vigilancia asignadas a la Superintendencia” como una especie de “jerarquía funcional” por encontrar, además, que entre éstas existe la llamada “unidad funcional”.

En verdad, estimo que bajo el amparo de la nueva Constitución las normas examinadas en este caso no pueden definirse ni examinarse a partir del supuesto de que el legislador estableció entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y la respectiva Superintendencia una relación jerárquica funcional, y menos, juzgarse como si por ellas se hubiese definido una suerte de vía gubernativa entre los mencionados entes al emplear los

términos “recurso de reposición y recurso de apelación”, al advertir que este último procede ante la mencionada Superintendencia, pues con estas consideraciones se permite una especie de antinomia difícil de superar en la teoría y casi imposible de conciliar en la practica de las instituciones constitucionales examinadas en esta sede judicial.

Obsérvese que los nuevos principios superiores que orientan la interpretación del régimen territorial en la Constitución, y el derecho constitucional a la autonomía del que se hace titulares en la Carta Política a las entidades territoriales, no son instituciones comparables con las nociones tradicionales de descentralización territorial o de delegación y menos con la de desconcentración administrativa, con el propósito de establecer una relación de jerarquía así sea funcional entre entes que pertenecen a distintos ámbitos de competencias como el municipal o local de unas y el nacional centralizado de la rama ejecutiva del poder público, y de funciones y de fines y que ostentan diferente naturaleza jurídica, como es el caso evidente de las empresas privadas de servicios públicos domiciliarios.

Recuérdese que el artículo 154 de la ley 154 advierte que “El recurso es un acto del suscriptor para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato” y luego define el ámbito preciso de esas competencias; pero, téngase en cuenta que los servicios públicos domiciliarios podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, y que se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual también hace imposible concebir o imaginar las relaciones que se establecen en las disposiciones acusadas como de carácter jerárquico por razones funcionales. (Subrayas fuera del texto).

En efecto, estimo que este tipo de instancias y recursos reconocidos por la ley en materia de servicios públicos domiciliarios, corresponde a una concepción doctrinaria y normativa parcialmente diferente de la que sirvió a la Corte para definir la constitucionalidad de las partes acusadas de los artículos 154 y159 de la Ley 142 de 1993, pues, el régimen normativo especial de origen constitucional al que pertenecen las disposiciones legales acusadas, está estrechamente relacionado con la materia autónoma del derecho público de la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere el artículo 365 de la Carta Política en concordancia con lo señalado por el artículo 370 de la misma normatividad superior y, desde luego, no se reduce ni queda comprendido por las

nociones tradicionales de derecho administrativo como la de jerarquía funcional y vía gubernativa, pues en esta ley se garantiza la existencia de un régimen de control, inspección y vigilancia de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios como quiera que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado y pueden ser prestados por particulares, los municipios o sus empresas, y por comunidades organizadas respecto de las cuales no es posible establecer ninguna jerarquía funcional con una Superintendencia.

Muy respetuosamente creo que con precisos fines de interpretación sistemática y de coherencia del ordenamiento jurídico, y en ejercicio de sus competencias de juez constitucional de las leyes, la Corte debió apartarse del sentido habitualmente empleado por los operadores jurídicos para estos términos, o cuando menos, debió corregir con sus advertencias para este asunto, la utilización de la presunción de continuidad del sentido con el que tradicionalmente ha empleado el legislador estos términos jurídicos (reposición y apelación) y definir un alcance diferente para los mismos en correspondencia con los fines propuestos por el legislador concreto en la expedición de la ley a la que pertenecen.

En este sentido debió quedar en claro en la sentencia que los actos de las empresas que prestan los mencionados servicios a los que se refieren las partes demandadas de los citados artículos de la ley 142 de 1993 como objeto de los recursos que se reconocen, son únicamente los de la negativa del contrato, la suspensión, terminación, corte o facturación, y que ellos son expresión típica de actos de gestión de una empresa y no son actos administrativos; además, debió advertirse que los actos de las empresas, así como los que se producen en respuesta a los llamados "recurso de reposición y de apelación", en especial los de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no hacen un acto complejo y que la finalidad de unos y otros son bien diferentes.

Pero además, la naturaleza que caracteriza al acto de la empresa es bien diferente a la naturaleza de los actos de control de la Superintendencia; también, las funciones y facultades de ésta son de directo origen constitucional y legal, mientras que los que define la ley como objeto del recurso de reposición ante la empresa son de gestión económica del servicio; por ello, entiendo que la función de la Superintendencia en el caso de conocer de la "apelación" que se puede interponer como subsidiario del de reposición, se reduce a definir si es preciso obligar a la empresa a revisar las mencionadas actuaciones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato y a modificarlas, reformarlas o a

sustituirlas, pero nada más, y mucho menos podría pensarse en la Superintendencia fuese competente para sustituir, revocar, modificar o derogar dichos actos.

En este orden de ideas, la Superintendencia no confunde sus funciones administrativas y de control con las de gestión de las empresas, ni reúne sus actos administrativos de resolución del llamado recurso de apelación con los mencionados actos objeto de control, que son exclusivamente los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte o facturación que realice la empresa; de otra parte, los actos de la Superintendencia en el caso del recurso en mención no pueden comprender definiciones económicas de naturaleza contractual, ni sus actos y los de la empresa hacen unidad jurídica alguna y por ello no es posible plantear la necesidad de agotar los recursos en una supuesta vía gubernativa ante la Superintendencia, para cuestionar la legalidad de aquellos actos de las empresas ante los jueces.

Por tanto, es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de los eventuales litigios entre los usuarios y las empresas en el caso de los eventos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación y a pesar de la resolución del llamado recurso de apelación por la Superintendencia, cosa que si podría ocurrir en el evento de establecerse en la ley una irregular modalidad de la llamada unidad funcional y la reconocida jerarquía funcional que de ordinario opera en un mismo sector de la administración.

En efecto, creo que la Corte debió advertir que en el caso de la ley 142 de 1993 y de este mecanismo jurídico de control, inspección y vigilancia de la eficiencia los servicios públicos domiciliarios y de garantía de los derechos de los usuarios de los mismos, así como en la hipótesis del empleo de los mencionados términos jurídicos para el caso que regula en general la norma acusada, se trata, sin duda, de una suerte de desarrollo legislativo de la Carta Política en una específica materia (Capítulo Quinto “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos” del Título 13 Del Régimen económico y de la Hacienda Pública”) relacionada con aquellos servicios, que implica entre otros propósitos, un claro y notorio ejercicio de pedagogía constitucional del legislador, dirigida a los usuarios de los mencionados servicios y que escapa en buena medida a la órbita del derecho administrativo en general y se ubica en una esfera normativa parcial del derecho público ahora de rango constitucional, cuyo objeto es, precisamente, el cumplimiento de las políticas de administración y control de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para efectos de cumplir los cometidos constitucionales de orden social en esta

materia.

Fecha Ut Supra,

Magistrado

1 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Sentencia C-566 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

3 Sentencia C-397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernandez Galindo