

VISION DEL SERVICIO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo

El mismo nombre de la conferencia permite cualquier contenido, porque hablar de la visión de los servicios públicos a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, es de por sí, un concepto bastante amplio. Por eso en nuestra charla vamos a enfocar dos puntos que podamos compartir todos por igual, abogados y no abogados, que para algunos de ustedes van a ser puntos de repaso, pero que finalmente nos van a permitir una mayor reflexión específicamente sobre los temas que se trabajaron esta mañana en la sala jurídica.

Vamos a trabajar la visión de los servicios públicos a partir de la jurisprudencia, de la doctrina y de la Constitución, para que todos tengamos una idea muy clara de cuál es el marco de los servicios públicos hoy en día. No es simplemente una regulación aislada, que viene de la nada, sino que toda esta regulación a la que ustedes están sometidos en distintos aspectos, obedece a todo un esquema. Esquema que han trabajado la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y esquema que trabajaremos esta tarde.

Cuando hablamos de la noción de los servicios públicos y la visión constitucional y jurisprudencial, fundamentalmente tenemos que plantearnos cinco grandes problemas:

Primero. La noción del servicio público dentro del Estado Social de Derecho.

Segundo. Cómo se maneja el poder de regulación y el tema de reserva de ley.

Tercero. Alcances de la potestad reglamentaria dentro de este sistema y este régimen de servicios públicos.

Cuarto. Las facultades de regulación por parte los órganos de la administración.

Quinto. Situación actual sobre la regulación, la legislación y la reglamentación en materia de servicios públicos.

Son cinco grandes temas que trataré para que tengamos una visión muy clara del marco constitucional, doctrinal y jurisprudencial de los servicios públicos.

Primero. La noción del servicio público dentro del Estado Social de Derecho.

Para entender la noción del servicio público dentro del Estado, tenemos que comprender cuál es el concepto moderno de Estado. Hay un análisis que hace la doctrina italiana de lo que son los cometidos o tareas del Estado y utilizando una metodología muy propia de la teoría de los objetos, la doctrina italiana ha tratado de sistematizar todo lo que hace un Estado cualquiera, en seis grandes tareas:

Lo primero que hace un Estado o un grupo revolucionario, cuando se constituye o pretende constituirse como Estado, es darse su organización fundamental.

Segunda tarea, regular sus relaciones internacionales, buscar que se le reconozca internacionalmente.

Tercera tarea, comenzar a regular las conductas de los asociados.

Cuarta tarea, regular su régimen patrimonial, impuestos, etc.

Hay una quinta tarea que resaltamos, que es la prestación de servicios públicos. Todo Estado, cualquier Estado, tiene como una tarea en mayor o menor grado, en mayor o menor intensidad, en distintas formas, es la prestación de servicios públicos.

Lo anterior a qué nos lleva, a que prestar servicios públicos es una tarea del Estado, no es una función del Estado. Por qué decimos que es una tarea y no una función del Estado. Cuando hablamos de los servicios públicos y el Estado, tenemos que trabajar esa noción de servicios públicos dentro de la concepción moderna del Estado.

La Constitución nacional maneja el siguiente silogismo y les pido que lo tengan muy en cuenta, la Constitución nacional en su artículo segundo, dice que una de las finalidades esenciales del Estado, es la realización de los derechos y principios de la persona. El artículo 365 de la Constitución, un poco perdido por allá en términos filosóficos, nos dice que el servicio público es inherente a la finalidad del Estado. Recuerdan el silogismo: artículo segundo, el Estado tiene por finalidad garantizar los derechos y principios de la persona; artículo 365 los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, de donde los servicios públicos se conciben para garantizar los derechos y principios de la persona. Es el clásico silogismo escolástico que trae la Constitución y que en alguna jurisprudencia ya ha sido analizado.

Esto quiere decir que el servicio público es una tarea del Estado, pero no es una tarea cualquiera, es una tarea que está vinculada a la finalidad esencial del Estado y la finalidad esencial del Estado es garantizar los derechos y principios de la persona. Eso quiere decir que en términos modernos, uno puede afirmar que el Estado es un conjunto de servicios públicos. Cuando decimos en la Constitución que el servicio público es inherente al Estado y cuando decimos que garantizar los

derechos fundamentales es inherente al Estado, es porque garantizar los derechos fundamentales es inherente a la noción de servicio público.

Tan cierto es esto que les estoy diciendo y que espero que todos estemos comprendiendo, que esta vinculación de los servicios públicos a la garantía de los derechos fundamentales, cuando la Constitución identifica los derechos fundamentales, los relaciona directamente con los servicios públicos.

Si ustedes miran el artículo 48 de la Constitución sobre el derecho a la seguridad social, cuál es la definición que trae la Constitución de ese derecho. Dice que la seguridad social es un derecho y un servicio público a cargo del Estado. La única identificación conceptual inicial que hace de ese derecho. Cuando la Constitución trata de identificar el derecho a la salud, lo único que se le ocurre decir conceptualmente porque lo demás es desarrollo jurisprudencial, es que la salud es un servicio público a cargo del Estado. El saneamiento ambiental lo definen como un servicio público a cargo del Estado.

Yo diría que la norma más clara en este sentido, es el artículo 67 de la Constitución, cuando define el derecho a la educación y dice textualmente, la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una finalidad social.

Fíjense que estamos redescubriendo que el servicio público es una tarea del Estado, que no es una tarea cualquiera, que es una tarea que está involucrada en la esencia misma del Estado y que es una tarea que tiene por finalidad fundamental, garantizar los derechos y principios de la persona. Ahí tenemos encuadrados filosóficamente la noción misma de servicio público.

Cuando tenemos alguna claridad sobre esa noción de servicio público, ya podemos con mucha facilidad, entrar a diferenciar la noción de servicio público de la noción de función pública, porque la función pública son las distintas etapas que el Estado debe recorrer para cumplir sus tareas, sus cometidos y dentro de esas tareas, está la de servicios públicos.

El Estado cuando va a regular relaciones internacionales, conductas de los asociados o la prestación de servicios públicos, tiene que desarrollar un procedimiento y como todo procedimiento, está integrado por etapas y cada una de ellas constituye una función pública. La función pública es cada una de las etapas que se cumplen para desarrollar las tareas propias del Estado y una de esas tareas es prestar servicios públicos. Conceptualmente espero tengamos claridad en que servicio público como tarea es distinto de función pública.

Las funciones públicas, cada una de ellas hay que identificarlas desde el punto de vista del órgano que cumple cada función, del procedimiento que ese órgano cumple para su función y del contenido de los actos producto de esa función. Clásicamente hemos llamado criterio orgánico, formal y material los tres criterios que se emplean para identificar las funciones que va a cumplir. Si yo voy a identificar la función legislativa, tengo que hacerlo desde el punto de vista orgánico, formal y material. Si voy a identificar la función administrativa, tengo que hacerlo desde el punto de vista orgánico, formal y material y así cada una de las funciones necesarias para cumplir cada una de las tareas del Estado.

El criterio material además, se desdobra en dos elementos que son, el papel que cumple la función y la jerarquía que tiene en el ordenamiento jurídico. Esto nos lleva a dos temas cruciales en materia de servicios públicos, todas las funciones

tienen que ver con todas las tareas de una u otra forma. Por el momento, vamos a preocuparnos de la función constituyente, la función legislativa y la función administrativa, esas tres etapas en materia de servicios públicos. Qué papel cumple la función constituyente, la función legislativa y la administrativa en materia de servicios públicos.

Cuál es el papel que cumple la función legislativa en materia de servicios públicos. Yo diría que por esencia, la función legislativa cumple un papel de regulación en el derecho constitucional clásico. La función administrativa cumple un papel de reglamentación. Ustedes preguntarán, por qué hablamos por ejemplo de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos. Por una razón muy sencilla, porque en el nuevo derecho constitucional y administrativo, el criterio de regulación y de administración ha sufrido cambios fundamentales y es lo que quiero que reflexionemos.

El papel de regulación que estaba reservado a la ley y el papel de reglamentación que estaba reservado al gobierno, en el nuevo derecho constitucional y administrativo, han sufrido cambios fundamentales. Qué cambios ha sufrido el papel de regulación que repito, estaba reservado a la ley. Resulta que a partir de la Constitución del 91, la Constitución dejó de ser un simple enunciado de principios, la Constitución, ella misma regula conductas de manera directa. La Constitución colombiana a diferencia de constituciones clásicas, no simplemente enuncia unos principios de organización fundamental del Estado, la Constitución ella directamente regula conductas.

En las dispositivas podemos observar algunos casos donde la Constitución directamente asume un papel que normalmente debería ser de la ley. Por qué la asumió la Constitución, por lo que nosotros llamamos el Constitucionalismo

Negativo. El Constituyente quiso aprovechar el momento y quiso meter una serie de normas que técnicamente no tendrían por qué estar en una Constitución, pero que había que aprovechar el momento histórico para dejarlas en ella.

Primer punto, hay temas que están regulados directamente por la Constitución, es decir, la Constitución está ocupando un papel que normalmente era de la ley. De alguna manera, superando el criterio clásico de reserva a la ley que estaba para el Congreso, entonces ya aparece el mismo constituyente haciendo esas funciones.

Hay casos también en los que el poder de regulación lo tienen autoridades de distinto rango, diferentes al Congreso. El papel de regulación, de expedir normas generales en distintos temas, lo tenía el Congreso, resulta que en el nuevo ordenamiento ese papel de regulación también lo tiene la Constitución, pero además también lo tienen órganos inferiores. Y lo tienen órganos de rango inferior, bien porque la Constitución directamente les ha otorgado esa facultad de regulación, o bien porque el propio legislador les ha dado ese papel de regulación.

Se ha ido desdibujando esa diferenciación de las funciones. Un papel funcional que pertenecía al Congreso y que es el papel de regular conductas, o lo asume directamente la Constitución o por disposición de la Constitución o el propio Congreso, lo asumen autoridades de rango inferior.

Tenemos que la Constitución de manera directa atribuye el poder de regulación, por ejemplo a la Comisión Nacional de Televisión, al Consejo Superior de la Judicatura, al Contralor Departamental, a los Consejos municipales y según el artículo 370, a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos. Esa es la razón por la cual las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos como su

nombre lo indica, desarrollan un papel de regulación de conductas, como lo ejercen otras autoridades de rango inferior.

Incluso de manera más indirecta el propio legislador, le da este poder de regulación de conducta a otros órganos como el CONPES, el CONFIS y las Comisiones de Regulación que tienen atributos no solo por Constitución, sino por ley de establecer esas atribuciones de regulación de conductas.

Hasta aquí hay un tema que puede resultar un poco arisco dentro de la estructura normal del derecho pero no es raro, no es un tema del otro mundo, pero sobre este tema de cómo hay órganos inferiores que adquieren esa capacidad de poder de regulación, hay dos sentencias claves de la Corte Constitucional, una, la 272 del 3 de noviembre del 98 donde la Corte explica con toda claridad en qué consiste esa asignación del poder de regulación que tienen las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos.

Como estamos ampliando el poder de regulación, también estamos retocando el poder de reglamentación. Es que hasta la Constitución del 91 todo era muy sencillo, la ley regulaba, el gobierno reglamentaba y se acabó el problema. Viene la Constitución del 91 y extiende la capacidad del proceso de regulación pero además por interpretación de la jurisprudencia, también se extiende el poder de reglamentación. Entonces aparecemos con que según el 189 numeral 11, el gobierno, es el que tiene esa potestad reglamentaria, pero la doctrina y la jurisprudencia y la realidad político administrativa, ha enseñado que el gobierno no es el único que tiene esa potestad reglamentaria, sino que hay una potestad reglamentaria que también la tienen otros órganos inferiores.

Lo ha dicho la propia Corte Constitucional, por ejemplo en la Sentencia C 066 dice que para asuntos técnicos y operativos, el Ministro de Transporte, él solo, tiene potestad reglamentaria. Pero también se ha dicho que tienen una potestad reglamentaria, órganos de distintos órdenes como el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta del Banco de la República, etc. Esto ha llevado a que empiece a crearse una nebulosa entre un poder de regulación ampliado y un poder de reglamentación también ampliado.

Hay casos como el de las Comisiones de Regulación, que seguimos discutiendo y lo discute la jurisprudencia, si lo que tienen es un poder de regulación ampliado o un poder de reglamentación ampliado. Porque ambos casos han sido aceptados en alguna instancia por la jurisprudencia.

Cuál sería la gran diferencia de darles un poder de regulación ampliado o un poder de reglamentación ampliado. La gran diferencia podría ser desde el punto de vista orgánico y funcional, la sujeción a la ley o simplemente la distribución de competencias en las materias. Eso quiere decir, hasta qué punto si yo le digo que tiene un poder de regulación ampliado, le estoy reconociendo más autonomía que es la que trabaja la Constitución, pero si simplemente les reconozco un poder de reglamentación, les estoy mermando en términos de autonomía. Y darles términos de autonomía, significa entre otras cosas, asignarles poderes de policía administrativa más amplia, poderes sancionatorios, poderes de vigilancia que no los tendría de tal manera si fuera simple potestad reglamentaria.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, tienen temas en los cuales acuerdan en materia de servicios públicos:

Tema uno, reconocer que el servicio público no es una función del Estado, sino una tarea esencial del Estado sometida a reglas de competencia.

Tema dos, al aceptar esta primera temática, están aceptando que tienen un régimen de regulación que no es necesariamente de derechos públicos sino que tiene regulaciones de derecho privado y conocimiento jurisprudencial que son de derecho privado.

Tema tres, que definitivamente hay órganos como las Comisiones de Regulación, a los cuales hay que reconocerles un poder de regulación, no un simple poder de reglamentación porque el poder de regulación frente a una tarea tan importante como es la tarea de prestación de servicios públicos, hace que el Estado, permitiendo que los particulares presten servicios públicos, tenga un mayor control, una mayor vigilancia y una mayor injerencia en las formas de prestación de servicios públicos para garantizar que los servicios públicos así los presten los particulares, se presten siempre mirando la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.