



## **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

### **CONCEPTO 517 DE 2019**

(septiembre 12)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Ref. Su solicitud de Concepto<sup>[1]</sup>**

#### **COMPETENCIA Y ALCANCE DEL CONCEPTO**

De conformidad con lo establecido en el numeral 2o del artículo 11 del Decreto 990 de 2002<sup>[2]</sup>, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios, "...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios".

En desarrollo de tal función, la respuesta se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011<sup>[3]</sup>, sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015<sup>[4]</sup>, es decir, que la respuesta corresponde a una interpretación jurídica de la normativa que conforma el Régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que realiza esta oficina como área encargada de absolver las consultas jurídicas externas, dentro del marco de competencia de la entidad y de manera general respecto del tema jurídico planteado, razón por la cual, los criterios contenidos en los conceptos, no son vinculantes ni de obligatorio cumplimiento.

De igual manera, teniendo en cuenta lo previsto en el parágrafo 1o del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, esta Superintendencia no puede exigir, que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios, se sometan a aprobación previa suya, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así como en la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

#### **RESUMEN**

Las comunidades indígenas cuentan con un núcleo de autonomía legislativa, tienen el derecho a la jurisdicción propia, y a ser representadas legalmente a través de los Cabildos Indígenas, dentro de su ámbito territorial, por lo que podrán aplicar sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad.

## CONSULTA

Solicita la consultante a esta Oficina Asesora Jurídica, absolver el siguiente interrogante:

¿pueden los cabildos indígenas prestar los servicios públicos domiciliarios en sus comunidades sin acogerse a lo establecido en la Ley 142 de 1994?

## NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994<sup>[5]</sup>

Corte Constitucional, Sentencia T- 254/94

Decreto 2164 de 1995

Convenio 169 de la O.I.T

Concepto SSPD OJ 181 de 2015

## CONSIDERACIONES

El Cabildo Indígena es definido por el Decreto 2164 de 1995 como: "...una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad..."

Sobre la autonomía política y jurídica la Corte Constitucional<sup>[6]</sup> prescribe lo siguiente:

"La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional.

La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y a la ley (...)"

Así, las autoridades de los pueblos indígenas cuentan con un núcleo de autonomía legislativa, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

Así mismo, la Corte en la sentencia en comento establece como regla de interpretación, entre otras, la siguiente: "**Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas**. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre **contra legem** por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, **mutatis mutandis**, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas."

(...)"

Ahora bien, la regla señalada en precedencia describe que los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas, consecuente, por tanto, con los principios de pluralismo y diversidad. De esta manera, su aplicación es preferente a otra clase de normativa. No obstante, tal regla no impide la

aplicación de otras disposiciones en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

Por su parte, el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 21 de 1991, establece en su artículo 8 lo siguiente:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.” (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, la jurisdicción de las comunidades se encuentra a cargo de las autoridades elegidas con base en la organización tradicional de los indígenas. Por ese motivo, el efectivo ejercicio de la jurisdicción indígena y la consiguiente validez de sus actos frente al Estado, implica (i) el reconocimiento de las autoridades indígenas y (ii) el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas como entidades de derecho público.

La importancia del reconocimiento de la personalidad jurídica de los grupos indígenas constituye la condición previa para que desde una estructura de carácter público, las comunidades indígenas gocen de la capacidad de ejercer sus derechos frente al Estado, estén en condiciones establecer con éste relaciones de tipo político y ejercer plenamente la autonomía y libre determinación de sus pueblos.<sup>171</sup>

Así las cosas, con fundamento en los preceptos internacionales, la Constitución Política de Colombia, la doctrina y la jurisprudencia, las comunidades indígenas pueden organizarse autónomamente (autorregulación), de conformidad con sus propias normas y procedimientos; sin embargo, tal autorregulación estará supeditada a la condición de que dichas normas y procedimientos, no sean contrarios a la Constitución y a la ley.<sup>181</sup>

De tal manera que si las comunidades indígenas en ejercicio de esa facultad regulan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no significa no deban asumir obligaciones, entre ellas, a manera de ejemplo, el pago del correspondiente servicio, si a ello hubiere lugar.

La línea jurídica conceptual de la Oficina Asesora Jurídica contenida en el Concepto SSPD- OAJ 181 de 2015, indicó:

“(…) Inicialmente es preciso indicar, que el numeral 9o del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, prohíbe la gratuidad en los servicios públicos, cuando señala que “...no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley, para ninguna persona natural o jurídica.”. La Corte Constitucional<sup>182</sup> al declarar exequible el numeral 90.2 del artículo 90 Ley 142 de 1994, se refirió a este aspecto, en los siguientes términos:

“...el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art.367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir al financiamiento de los **gastos en los que incurra el prestador del servicio** dentro de los criterios de justicia y equidad (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los **aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente**. Precisamente con tal fin la

Constitución prevé que sea la ley la que fije no sólo las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, sino el régimen tarifario, en el cual se tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos...”

De acuerdo con lo expuesto y para efectos de resolver su consulta, se concluye que tal como lo precisó el artículo 99.9 de la Ley 142 de 1994, “...no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley, para ninguna persona natural o jurídica.”, es decir que los usuarios o suscriptores de las comunidades indígenas no están exentos de pago del servicio.”

De esta manera, es dable concluir que las comunidades indígenas cuentan con un núcleo de autonomía legislativa dentro de su ámbito territorial, representadas legalmente por el Cabildo Indígena, cuya función es ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad, por lo que podrán aplicar sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Ahora bien, en ausencia de autorregulación, es viable aplicar la Ley 142 de 1994, siempre y cuando se cumplan los supuestos que la normativa exige para efectos de su aplicación, sobre el entendido de que los cabildos indígenas son una entidad pública especial, con reconocimiento de la personalidad jurídica, y en la medida en que decida organizarse en los términos del numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

“Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos (...)

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas.

(...)”

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente

**ANA KARINA MÉNDEZ FERNANDEZ**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado No. 20195290809722 / 20195290809732

TEMA: APLICACIÓN DE LA LEY 142 EN LOS CABILDOS INDÍGENAS

2. “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

3. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

5. “Por el cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”

6. Corte Constitucional, Sentencia T- 254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 30 de mayo de 1994).

7. [http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Dominios/3\\_3\\_Jurisdiccion%20Indigena\\_def.pdf](http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Dominios/3_3_Jurisdiccion%20Indigena_def.pdf)

8. Corte Constitucional, Sentencia T- 254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 30 de mayo de 1994).

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***