BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ

Avatares del servicio público en el derecho administrativo colombiano

Sumario: Introducción. I. La prestación de los servicios públicos como actividad especial en nuestro Estado social de derecho. A. Antes: los servicios públicos mayoritariamente dentro del Estado y fuera del mercado. 1. La prestación de los servicios públicos a cargo del Estado. 2. La adscripción de la ideología del servicio público al ejercicio de la Función Pública. B. Ahora: los servicios públicos dentro de la economía social de mercado. 1. La actividad de prestación de los servicios públicos en un contexto favorable a la libertad de empresa. 2. Los criterios para identificar o calificar un servicio como público. II. La reconfiguración del papel de la Administración en materia de servicios públicos: de operador a garante. A. Las funciones administrativas desplegadas en relación con la prestación de los servicios públicos. 1. La regulación de los servicios públicos. 2. La habilitación y supervisión de los servicios públicos. 3. La potestad sancionadora y los servicios públicos. B. Los principios protegidos por la Administración en la prestación de los servicios públicos. 1. Universalidad. 2. Continuidad. 3. Calidad. 4. Adaptabilidad. 5. Atención, participación y protección del usuario. 6. Primacía de los derechos constitucionalmente protegidos. Conclusiones. Bibliografía. Contribuciones del autor al grupo de investigación.

INTRODUCCIÓN

Ciertamente, los servicios públicos son un signo del Estado social de derecho; mas ello no impide afirmar que también constituyen uno de los temas más difíciles de abordar desde la doctrina del derecho administrativo[1]. En

1 "Quizá no exista en el Derecho Administrativo una noción más contradicha que la de 'servicio público', hasta el punto que no resulta exagerado afirmar, que hay tantas definiciones del concepto, cuantos autores se han ocupado del tema. Bien puede decirse sin embargo, que las nociones propuestas se orientan en tres direcciones: La que considera como servicio público toda actividad del Estado, la que lo define como toda actividad de la administración pública y la que considera que él es una parte de la administración pública": O. García Herreros, "Algunas precisiones sobre el tema del servicio público", *Vniversitas*, n.º 39, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1970, p. 264. "Si la doctrina sobre los 'servicios públicos' estaba, desde su inicio, plagada de ambigüedades, el uso posterior que se hizo del concepto ha llevado a darle tantos sentidos, y tan distintos que, sin duda, son mas los problemas de comunicación que crea que los que resuelve": H. Palacios Mejía, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 9. Más recientemente, se sigue reconociendo que "ante la noción de servicio público, encumbrados tratadistas y avezados teóricos del derecho se han detenido y, antes de proferir una definición a modo de veredicto, ofrecen una excusa a los lectores, bien sea por la generalidad del concepto presentado, por su amplitud, por el nivel de abstracción o por la imposibilidad de llegar a una

efecto, cuando se reflexiona sobre la caracterización de los servicios públicos o sobre el concepto de servicio público, lo habitual es encontrar incoherencia, confusión y mutación.

El derecho de los servicios públicos es un campo que no solo desafía las fronteras entre derecho público y privado, o entre interés general y particular, sino que además le recuerda al jurista que el derecho siempre va corriendo detrás de la realidad política, socio-económica y cultural. De ahí que, sea cual sea el modelo administrativo y económico imperante en cada era, "el servicio público está en el centro de un gran debate ideológico sobre el rol del Estado y sobre sus funciones y finalidades"[2].

En particular, la polisemia y la cuestión de la traducibilidad de las expresiones "servicio público" y "servicios públicos" parecen inevitables, como quiera que suelen tomar sentidos y alcances distintos y que, además, en otros sistemas jurídicos se emplean otras expresiones que no son plenamente sinónimas, pues obedecen a historias y experiencias diferentes. Basta con mencionar, de un lado, la evolución de dos grandes modelos: el de la escuela francesa del *service public* y el de las *public utilities* de origen anglo-americano, sin mencionar la propuesta europea de los "servicios de interés general"[3] que pareciera querer reunir lo mejor de esos dos mundos. De otro lado, se hace necesario advertir que se habla del servicio público en un sentido orgánico o institucional, pero igualmente en un sentido material o funcional. De ahí que no se pueda confundir el servicio público como concepto y el servicio público como actividad[4].

Conviene entonces recordar y aclarar rápidamente que el llamado modelo francés corresponde, en realidad, a la propuesta de una parte importante de la doctrina administrativista de la primera mitad del siglo XX[5], inspirada en

---

teoría estable y tranquila": C. Stapper Buitrago, *El servicio público clásico y actual*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 22. En Francia, por ejemplo, algunos han llegado a considerar que, para no generar más confusión, debería abandonarse la expresión "servicio público" y, en su lugar, hablar de "servicios de interés general": D. Truchet, *Droit administratif*, Paris, puf, 2011, p. 320.

2 P-L. Frier & J. Petit, *Précis de droit administratif*, 4ª ed., París, Montchrestien, 2006, p. 175.

3 *Cfr.* S. Ortiz Laverde, "Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.° 20, 2018, pp. 487-509.

4 *Cfr.* C. Stapper Buitrago, *El servicio público clásico y actual*, *op.cit.*, p. 25.

5 El apogeo del "servicio público a la francesa" corresponde en realidad a un momento situado en el tiempo (1955-1985), conocido como la "edad de oro del intervencionismo económico y social

el pensamiento de Léon Duguit, quien utilizó el servicio público como una idea-fuerza que determina los fines del Estado y orienta la actuación de la Administración, la cual desembocó finalmente en el derecho administrativo francés.

En efecto, para Duguit, el servicio público es una misión que pone al Estado y a la voluntad del gobernante al servicio de un derecho público que se les impone objetivamente. Ese derecho objetivo corresponde a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, mediante la satisfacción de necesidades colectivas, lo cual solamente podría hacerse con la fuerza estatal. Todas esas misiones que la solidaridad social le impone a la Administración legitiman y justifican el uso de las prerrogativas de poder público. De ahí que puedan surgir regímenes especiales de derecho administrativo, funcionarios públicos y monopolios estatales para cumplir con todas las misiones del servicio público[6]. En ese sentido, Gaston Jèze señalaba que en Francia los servicios públicos se califican y tratan como tales cuando se trata de servicios y prestaciones que no se pueden dejar a la iniciativa privada, pues esta resultaría incompleta o intermitente; por lo que solo el Estado podría asegurar su regularidad y continuidad[7].

La teoría clásica del servicio público en derecho francés se erigió, entonces, sobre la sujeción o vinculación del prestador respecto de los poderes públicos, su sometimiento a un régimen de derecho administrativo en lugar del derecho común (privado) y sobre la especial naturaleza de la actividad a desarrollar, considerada como una misión de alto impacto social[8]. Para la Escuela del servicio público en Francia, dicho concepto justifica la existencia y aplicación del derecho administrativo frente al derecho privado y permite, además, explicar la competencia de la jurisdicción administrativa en lugar de la ordinaria, así como el uso de poderes exorbitantes por parte de los prestadores del servicio[9] que serán, por consiguiente, entidades públicas o particulares en ejercicio de Función Pública.

---

del Estado". Evidentemente, el régimen jurídico de un servicio público depende en gran medida de la política económica y social: *cfr*. D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.,* p. 324.

6 P-L. Frier & J. Petit, *Précis de droit administratif, op. cit.,* p. 176.

7 G. Jèze, *Los principios generales del derecho administrativo* (C. García Oviedo, trad.), Madrid, Editorial Reus, 1928, pp. 284-285.

8 J. De Corail, "Service public", en D. Alland y S. Rials (ed.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, puf, 2003, p. 1412.

9 *Ibidem*, p. 1413.

En contraste con lo anterior, bajo el modelo anglosajón de las *public utilities*, la calificación de utilidad pública o interés público se predica siempre de una actividad económica prestacional que requiere ser regulada por el Estado, en aras de preservar un entorno de libre competencia y de establecer los instrumentos para proteger al consumidor o usuario de esos servicios. A grandes rasgos y asumiendo el riesgo de incurrir en imprecisiones, puede indicarse de forma esquemática que "el modelo anglosajón privilegia la iniciativa privada y la libre concurrencia; mientras el francés desconfía del mercado y prefiere la gestión pública con estructuras de mercado de monopolio público"[10].

Ahora bien, así como no debe entenderse que la participación de los particulares esté excluida del modelo clásico de la Escuela francesa del servicio público, nunca debe asumirse que, ante las *public utilities,* sea el mercado quien hace todo. En realidad, debe comprenderse que el modelo anglosajón respeta la economía de mercado, pero no deja todo sujeto a la autorregulación privada, en razón de las implicaciones sociales, técnicas y económicas de las actividades consideradas de utilidad pública[11]. De hecho, históricamente, la etiqueta de *public utility* se aplica a servicios que desde un principio eran prestados por particulares, para permitirle al Estado "asegurar que los ciudadanos pudieran acceder, en condiciones adecuadas a estos servicios"[12].

De ahí, por ejemplo, que se le pueda exigir a los operadores privados la obligación de servicio universal, entendido como prestación universal con precios razonables, o que no puedan discriminar a los usuarios o que deban compartir la infraestructura para la prestación de los servicios cuando se trate de monopolios naturales como en los servicios en redes[13]. No puede entonces sostenerse que el "servicio público al estilo anglosajón" corresponda a servicios privados en mercados no regulados.

De otro lado, como ya se indicó, el servicio público puede referirse a una noción orgánica, donde el servicio se confunde con la institución

---

10 L-E. Amador Cabra, *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 210-211.

11 M. Wojciechowski, "Public utility as economic category", *Research papers of Wroclaw,* University of Lodz, nº 476, 2017, p. 80.

12 C. Stapper, *op.cit.,* pp. 64-65. En la práctica, eran mayoritariamente los particulares, empresas privadas, y no entidades públicas, quienes prestaban servicios como el de agua, gas y energía en los Estados Unidos de América.

13 *Ibid*em, pp. 66-71.

pública, sus funcionarios, bienes, misiones y actuaciones[14]. Esa noción resulta demasiado amplia y, en la práctica, termina recubriendo toda actividad, actuación, empresa o misión a cargo de la Administración pública[15]. Pero, al mismo tiempo, la expresión "servicio público" puede también vincularse a una noción material que se circunscribe a la actividad de prestación de los servicios calificados jurídicamente como "públicos".

Al respecto, cabe indicar que la actividad prestacional puede, a su vez, ser presentada como una actividad fragmentada en varias categorías, aunque todas de una u otra forma tendrían en común su misión de satisfacer o garantizar el interés general[16]. Es por ello que suelen distinguirse los "servicios públicos administrativos" de los "servicios públicos industriales y comerciales"[17]. Los primeros se refieren a las actividades regias o regalianas, es decir, a las funciones por antonomasia de todo Estado en su versión más básica, que se tienen en razón de la soberanía, a las que los poderes públicos no pueden renunciar ni transferir. Por ende, esos "servicios públicos administrativos" están, por definición, a cargo de autoridades estatales, tales como la defensa, la policía, las relaciones internacionales o la justicia. Por su parte, los servicios públicos industriales y comerciales apuntan a la provisión de bienes y servicios de dicha naturaleza, pero que no se someten ni al mercado ni al derecho privado, por razones de interés general, y que pueden ser prestados por empresas públicas o privadas[18].

---

14 *Cfr.* P-L. Frier & J. Petit, *op. cit.,* p. 175. "Recordamos del decano Georges Vedel que con ironía afirmaba que si no se calificaba bien el elemento del interés general, desde la música a la panadería podían ser clasificados como servicios públicos. Porque la extensión que fue teniendo el concepto por su utilidad permitía ser llevado a campos que no correspondían a los parámetros iniciales. Así el concepto se expandía, ganaba terreno, pero perdía coherencia": J. Vidal Perdomo, "Mito y realidad del servicio público", *Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, vol. 2, n.º 2, octubre de 2000, p. 61.

15 *Cfr.* G. Vedel, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980, p. 688. Es por ello que esta visión, atribuible a Duguit, se le ha calificado de panteísta, "pues ve el servicio público en toda la actividad del Estado": J. Esteve-Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 424.

16 *Cfr.* P-L- Frier & J. Petit, *op. cit*., p. 175.

17 *Cfr.* R. Chapus, *Droit administratif général,* t. 1, 15ª ed., París, Montchrestien, 2001, pp. 579 y ss.; A. Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 118; E. Sarria & M. Sarria, *Derecho administrativo colombiano general y especial*, 9ª ed., Bogotá, Pequeño Foro, 1984, p. 374.

18 *Cfr.* G. Vedel, *op. cit*., pp. 695-698.

La coexistencia de esas dos categorías puede generar confusión alrededor de la noción de servicio público, pues, por un lado, los servicios públicos administrativos coinciden con la noción orgánica promovida por la Escuela del servicio público, quien los veía como los "verdaderos" servicios públicos[19], de modo que el reconocimiento de la categoría de servicios públicos industriales y comerciales, que a su vez moviliza una noción material de servicio público, generó una clara disociación de las dos nociones, pues ya no aparecen como complementarias sino probablemente como contradictorias.

A ese respecto, bastaría con resaltar que la idea de servicios públicos administrativos (incluyendo los servicios administrativos sociales, asistenciales o de fomento) parecería incompatible con la idea de la coexistencia diferenciada de varios tipos de función administrativa, pues termina absorbiendo todas las funciones administrativas en una sola. De ahí que, además de confusión, le resta la poca especificidad que puede encontrarse respecto de la actividad prestacional de provisión de servicios públicos y condiciona al Estado a permanecer como un eterno operador.

Por consiguiente, para efectos del presente escrito, con la pretensión de brindar mayor claridad o, cuando menos, de no aumentar la confusión, nos focalizaremos sobre los servicios públicos entendidos como una actividad prestacional, por medio de la cual se proveen bienes y se prestan servicios que se califican jurídicamente como "públicos" para significar que, a los ojos del Estado y de la sociedad, no se trata de servicios privados. Por motivos de interés general, utilidad pública o fines constitucionales prevalentes, el grado de intervención del Estado en esas actividades comerciales e industriales será mayor que el que puede ejercerse sobre los servicios privados. En nuestra opinión, esta concepción de los servicios públicos correspondería a la visión actualmente imperante en el derecho colombiano, la cual por supuesto no está exenta de zonas grises ni libre de malos entendidos doctrinales y jurisprudenciales.

Habida cuenta de lo anterior, se considera que a lo largo de esta contribución deberá responderse a la siguiente pregunta general: ¿cómo ha sido la evolución del tratamiento jurídico de los servicios públicos y del papel del Estado en la materia? A su vez, esta pregunta incorpora dos preguntas específicas, a saber: ¿cómo caracterizar jurídicamente la actividad de prestación

---

19 *Cfr.* R. Chapus, *op. cit.*, pp. 588-589, quien demuestra que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés no le dio realmente la razón a la Escuela del servicio público.

de los servicios públicos dentro del Estado social de derecho colombiano? ¿qué impacto tiene la caracterización actual de dicha actividad sobre las funciones de la Administración pública colombiana y, en últimas sobre el papel del derecho administrativo?

Para intentar responder a la anterior problemática, se mostrará de una parte que, pese a la variación en los modos de gestión de la actividad de prestación de servicios públicos, seguirá tratándose de una actividad especial dentro de las versiones de Estado social de derecho que hemos conocido, actividad que debe por demás distinguirse de otras a cargo de particulares o del Estado (I). De otra parte, se expondrá el papel que deben asumir en la actualidad las autoridades administrativas frente a la actividad de prestación de servicios públicos, con el fin de preservar unas garantías sustanciales que rigen dicha actividad (II).

I. LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO ACTIVIDAD ESPECIAL EN NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es un lugar común en el derecho público colombiano señalar el cambio conceptual del Estado de derecho al Estado social de derecho, para lo cual suele acudirse al ejemplo histórico de la Europa de las dos posguerras, o citarse los antecedentes de la Constitución de Weimar o de la Constitución de Querétaro[20]. Sin embargo, si se pregunta sobre los acontecimientos históricos que permiten evidenciar el paso del Estado liberal al Estado social en Colombia, suele afirmarse que este advino con la Constitución de 1991, aunque con el antecedente de las reformas legislativas y constitucionales de 1936 que fijaron bases para varios instrumentos de intervención del Estado en la economía[21].

Ahora bien, si se le formula la misma pregunta a un jurista administrativista, la respuesta será algo incómoda pues estamos aún en mora de identificar retrospectivamente cómo a través del derecho administrativo se llevaron a cabo las primeras generaciones de mecanismos de intervención del Estado

---

20 *Cfr.* L. Villar Borda, "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado*, nº 20 (1), pp. 73-96.

21 *Cfr.* C. Restrepo Piedrahita, "Ponencia para la Reforma Constitucional de 1968", en *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1969, p. 74.

en la economía, con fines de explotación de servicios públicos, fomento del desarrollo, de la competitividad, del empleo y del bienestar social. A diferencia de otros estudios provenientes de disciplinas como la historia, la ciencia política y la economía[22], no contamos, por ejemplo, con una completa historia del origen y medios empleados para calificar, gestionar y encuadrar jurídicamente las actividades que hoy se califican como servicios públicos.

Aquello, por supuesto, no es tarea fácil, dado que la historia no es lineal ni lógica, y cada actividad –como ocurre, entre otros, con los servicios de transporte público, telecomunicaciones, salud o educación– se prestó bajo esquemas distintos a lo largo del siglo XIX; lo que ya refleja la heterogeneidad de los servicios públicos como actividad prestacional. En efecto, mientras que, las empresas de telégrafos o de ferrocarriles podían ser calificadas como de utilidad pública, y se empleaba la concesión de privilegios –autorizada por ley e instrumentalizada por contrato con el Estado– para que dichas empresas construyeran la infraestructura y luego la operaran[23]; la atención en salud o la educación combinaban inicialmente caridad, beneficencia, gestión por congregaciones religiosas, libre iniciativa privada y laica y entes públicos[24].

---

22 Para un panorama del tema, *cfr.* S. Botero, "La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia", *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura ACHSC*, nº 33, 2006, pp. 85-109; B. Vela Orbegozo, "Una aproximación crítica al debate sobre la intervención del Estado en la economía en Colombia", en R. Barbosa (ed.), *Historia del derecho público en Colombia, t. 1*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 53-102; o para temas más específicos, *cfr.* J-S. Correa R., "El ferrocarril de Bolívar y la consolidación del puerto de Barranquilla", *Revista de Economía Institucional*, vol.14, n.º 26, Bogotá, enero-junio de 2012; del mismo autor, "Modelos de contratación férrea en Colombia: el ferrocarril del Cauca en el siglo XIX", *Historia Crítica*, n.º 51, sept-dic. 2013, pp. 199-222; O-L. Zuluaga Garcés, *La educación pública en Colombia 1845-1875*, Bogotá, IDEP-Universidad de Antioquia, 1998, entre otros; J-C. Rodríguez Gómez, "La telegrafía, una revolución en las comunicaciones de Colombia 1865-1923", en R. Barbosa (ed.), *Historia del derecho público en Colombia, op. cit.*, pp. 587-603.

23 *Cfr.* J-S. Correa R., "El ferrocarril de Bolívar y la consolidación del puerto de Barranquilla", *Revista de Economía Institucional*, *op. cit.*; y del mismo autor, "Modelos de contratación férrea en Colombia: el ferrocarril del Cauca en el siglo XIX", *Historia Crítica*, *op. cit.* A título ilustrativo, *cfr.* Decreto de 15 de marzo de 1851 del Congreso de la Nueva Granada; Ley 32 de 1874.

24 *Cfr.* O-L. Zuluaga Garcés, *La educación pública en Colombia 1845-1875*, *op. cit.*; del mismo autor, "Las escuelas normales en Colombia (durante las reformas de Francisco de Paula Santander y Mariano Ospina Rodríguez)", *Revista Educación y Pedagogía*, n.º 12-13, pp. 263 y ss.; A-M. Muñoz Segura, "La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social", *Vniversitas*, n.º 120, ene-jun, 2010, pp. 101-124. A título ilustrativo, *cfr.* Ley de 6 de agosto de 1821 sobre escuelas de primeras letras, expedida por el Congreso General de la República de Colombia; Ley de 15 de mayo de 1850 sobre instrucción pública, expedida por el Congreso de la Nueva Granada; Ley 9 de 1930.

Al margen de esa deuda académica con el derecho administrativo colombiano, es posible señalar que cada vez que una actividad prestacional se ha calificado como servicio público, ello implica que se trata de una actividad muy relevante para la sociedad y para el Estado, por lo cual este último no puede simple y llanamente "dejar hacer y dejar pasar", como puede ocurrir con los servicios privados. Así las cosas, si antes de la Constitución de 1991 podía evidenciarse la existencia de unos servicios públicos, así fuese bajo otros esquemas y modos de gestión, no puede desconocerse que esta historia no nació con la actual Constitución.

Puede entonces hablarse de los servicios públicos bajo nuestra primera versión de Estado social de derecho (A), y luego bajo su actual versión (B), como se expone a continuación.

A. Antes: los servicios públicos mayoritariamente dentro del Estado y fuera del mercado

Con las salvedades hechas, asumamos que Colombia conoció, a lo largo del siglo XX, después de la Guerra de los Mil Días y antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, algo más o menos equivalente al paso del Estado liberal gendarme al Estado providencia o proveedor. En particular, nos referimos al reconocimiento de una función social tanto del Estado como de la propiedad privada, al aumento de la intervención del Estado en la economía, a la recepción por el derecho de varias reivindicaciones sociales, todo en un escenario de confianza en la gestión pública o de exigencia social de la misma[25].

Precisamente, la concepción de los servicios públicos en dicho período histórico refleja de algún modo el espíritu de esos tiempos, pues se entendía que su prestación estaba principalmente a cargo de entidades de naturaleza pública (1). Adicionalmente, la ideología del servicio público de inspiración

---

25 *Cfr.* K Navarro, "Hacia un derecho administrativo de garantías. Nuevas tendencias del derecho administrativo", en J-O. Santofimio, J. Barnés y M. Ibagón (eds.), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 132-134. Véase igualmente, *cfr.* S. Botero, "La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia", *op. cit.*, pp. 86 y ss.

"duguista" puede llegar a explicar el hecho de que la prestación de los servicios públicos se llegó a considerar como Función Pública y de que a muchas y variadas funciones administrativas se les impusiera la etiqueta de "servicio público" en aquella época (2).

1. LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A CARGO DEL ESTADO

El trasfondo cognitivo que determinó la realidad social e institucional del período en cuestión era sin duda favorable a la idea de la titularidad estatal de los servicios públicos[26]. Así, la provisión de los servicios públicos estaba, por definición, a cargo del Estado. En ese contexto, la prestación de los servicios públicos debía hacerse por organismos de naturaleza pública, o por particulares mediante la figura de la concesión[27], caso en el cual la concesión no solo funcionaba como un medio de gestión y financiamiento del servicio, sino como verdadera manifestación de un monopolio estatal de la actividad, donde solo la concesión de un privilegio al particular podría justificar su incursión.

Ahora bien, lo anterior comporta un importante matiz en el caso colombiano, pues no puede olvidarse que cuando el Estado no estaba en capacidad de asumir la prestación, los particulares podían hacerlo, aún sin necesidad de concesión[28], en razón de su libre iniciativa, pero siempre bajo

---

26 Nos inspiramos en la propuesta explicativa de la realidad social e institucional que hace John Searle, bajo la célebre fórmula inicial "X cuenta como Y en C": *cfr.* J. Searle, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

27 La doctrina de la época indicaba que "no es indispensable para la existencia del servicio público que su prestación esté a cargo únicamente del Estado. Esta apenas es una modalidad, adjetiva si se quiere, y así el servicio puede ser organizado por concesionarios o personas particulares. Pero tanto en uno como en otro caso la actividad debe desarrollarse de conformidad con los procedimientos del derecho público, por la naturaleza misma de la necesidad que llena y por las repercusiones de estas en la vida del conglomerado social": E. Sarria & M. Sarria, *Derecho administrativo colombiano general y especial, op. cit*., p. 374. Por su parte, la jurisprudencia señalaba que "el servicio público tal como lo concibe la doctrina francesa debe estar organizado, como dice Hauriou, por una organización pública, comoquiera que es un servicio del Estado puesto a disposición de la comunidad con un fin de interés general. El Estado puede servirse de los particulares en la prestación del servicio, mediante el sistema de concesiones consagradas en contratos administrativos, sin que por ello el servicio deje de tener carácter público, dado que la concesión se rige en su totalidad por normas de derecho civil": Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24 de febrero de 1944, *Gaceta Judicial* LVII, ene-abril, 1944, p. 9.

28 El antes denominado servicio de "conducciones" o de transporte público fue el ejemplo emble-

"subordinación estatal" que le permitía al Gobierno, por ejemplo, congelar o fijar precios y tarifas (sin que cupiera ponderación alguna en el control de constitucionalidad de la época)[29]. Bajo este esquema de predominancia pública, la libre empresa era viable en los espacios que no ocupaba y dejaba "libre" el Estado (espacios grandes, por cierto, en ciertas actividades como la educación, donde los establecimientos privados, sin necesidad de concesión, han jugado históricamente un papel muy relevante). De ahí, también, que el régimen aplicable nunca haya sido en realidad criterio determinante de la calificación de un servicio como público en Colombia.

Todo ello explica la clásica definición propuesta por Eustorgio Sarria, según la cual, los servicios públicos en Colombia son "toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas"[30].

El Estado colombiano fue, pues, en gran parte del siglo pasado, un *Estado prestador u operador*; es decir, encargado de la prestación de los servicios

---

mático de la jurisprudencia de la época: "Pero en el sistema colombiano también puede haber servicios públicos explotados por particulares sin necesidad de concesión. Una empresa privada de conducciones, es un servicio público sometido a la supervigilancia del Estado, quien tiene el derecho de revisar sus tarifas y reglamentos, según el artículo 38 de la Constitución [...] Esto se debe a que como el Estado está imposibilitado para prestar la colectividad, tiene que permitir que la iniciativa privada contribuya a crearlos, acrecentarlos y a mejorarlos. Entonces el Estado se reserva su vigilancia y control por medio de leyes, según el memorado artículo 38" (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24 de febrero de 1944, *Gaceta Judicial* LVII, ene-abril, 1944, p. 10).

29 "Como esta última ley consideró el suministro de energía eléctrica como un servicio público fundamental, esta situación, doctrinariamente perfecta, determina consecuencias ineludibles en el campo del derecho que afectan la condición jurídica de las empresas destinadas a la producción de energía eléctrica, una de las cuales es que el servicio público esté subordinado al Gobierno. Esta modalidad de subordinación va implícita en el concepto jurídico de servicio público y es la que explica y justifica la intervención del Estado en su prestación y reglamentación, a fin de que no solamente se satisfaga el interés particular sino que se consulten asimismo las conveniencias generales" (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 29 de abril de 1943, *Gaceta Judicial* n.º LV, p. 232).

30 E. SARRIA, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1957, p. 85, citado por J. VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1966, p. 265. Asimismo, ello permite comprender la afirmación de la Corte Suprema de Justicia, en la precitada sentencia de 1944, según la cual "no es pues en Colombia criterio de distinción de un servicio público, que el servicio se preste por una organización pública o por una organización particular estructurada sobre normas de derecho privado".

públicos, frecuentemente en razón de monopolios estatales de creación legal o como consecuencia de nacionalizaciones, como ocurrió dentro del sector de las telecomunicaciones (Telecom, empresas municipales de telefonía pública básica conmutada, Inravisión), de los servicios postales (Adpostal), del transporte (Puertos de Colombia, Ferrocarriles Nacionales), de la energía eléctrica y alumbrado público (electrificadoras públicas del orden nacional y departamental), del agua potable y alcantarillado (acueductos municipales), entre otras.

Fue la época dorada de algunos establecimientos públicos y, sobre todo, de la empresa industrial y comercial del Estado. Ello sin duda aumentó el tamaño de la estructura de la Administración, junto con un correlativo aumento del gasto público y de la asignación y ejecución presupuestal de las entidades descentralizadas[31]. Adicionalmente, cabe señalar que la subsidiariedad en la prestación de los servicios públicos en este período se terminaba desplazando, respecto de personas de escasos recursos, a la caridad y beneficencia, cuando estas no acudían a otras formas de acceso informal o ilegal a los mismos.

2. LA ADSCRIPCIÓN DE LA IDEOLOGÍA DEL SERVICIO PÚBLICO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Otro rasgo del esquema basado en la figura del Estado prestador u operador es que, si bien es cierto que no se consolidó una concepción puramente orgánica de servicio público, no menos cierto es que la idea-fuerza del servicio público como concepto matriz de toda misión estatal condujo a que, en la práctica, se empleara la misma expresión "servicio público" para referirse al ejercicio de las competencias administrativas (servicios públicos administrativos), de prerrogativas como el monopolio del uso de la fuerza (servicio público de defensa), de asistencia o beneficencia (servicios públicos asistenciales), o a la función jurisdiccional (servicio público de administración de justicia), así como a los servicios industriales y comerciales[32].

---

31 En 1960, las entidades descentralizadas ejecutaban el 8,9 % del gasto público, mientras que en 1975 las mismas ejecutaban el 39,7 %; entre 1960 y 1975, dichas entidades pasaron de ejecutar del 2,7 % al 42,4 % de la inversión pública, y en el mismo periodo sus gastos totales pasaron de representar el 1,4 % del PIB al 11,5 % del mismo: J-A. BEJARANO, "La intervención del Estado en la economía colombiana", citado por G. TOBÓN SANÍN, "Las privatizaciones en la economía colombiana", en *Ensayos de Economía*, vol. 5, n.º 8, 1994, p. 83.

32 En la noción de Sarria no es cualquier actividad, sino una que requiere organizarse bajo las

En ese sentido, era común que la Constitución, la ley o la jurisprudencia se refirieran a los servicios públicos como una Función Pública[33]. Sin embargo, con esa visión extremadamente amplia de servicio público, no había forma en realidad de identificar cuál era la especificidad de la "función administrativa de prestación de los servicios públicos", pues ella terminaba desembocando en cualquier servicio a cargo del Estado y, por ende, se confundía con cualquier otra clasificación de las funciones administrativas. De ahí, por ejemplo, que servicio público pudiese resultar equivalente a "función ejercida por los servidores públicos" o que correspondiese a la labor adelantada por cualquier entidad estatal (como cuando se invoca respecto de cualquier actividad, función e institución públicas la "falla del servicio" en un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado).

Actualmente, bajo la definición del derecho administrativo, no como derecho de la Administración pública, sino como derecho de la función administrativa[34], debe sostenerse por coherencia conceptual que no toda actividad adelantada por el Estado implica, en estricto sentido, la actividad de prestación de bienes o servicios que se puedan calificar materialmente como servicios públicos. Sin embargo, la confusión se podía explicar por la influencia de esa concepción "ideológica" del servicio público, en virtud de la cual podía llegar a comprenderse porqué a actividades como la de policía, las de fomento o inclusive las de fiscalización tributaria o de banca central, se les pudiese colgar la etiqueta genérica de "servicios públicos"[35]. Peor aún, si

---

formas y técnicas empresariales; y que el carácter general de la necesidad a satisfacer supone que su ausencia o no satisfacción trae graves perturbaciones sociales o económicas y terminaría alterando gravemente el orden público. Sin embargo, el autor incluye dentro de los servicios públicos aquellos "que se relacionan con la organización misma del Estado, con su supervivencia, con su seguridad interna o externa": E. Sarria, *Derecho administrativo*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1962, pp. 84-86.

33 En vigencia de la Constitución de 1886 y a pesar de la reforma de 1968, García Herreros recordaba lo señalado por Copete Lizarralde, para quien el uso dado por el constituyente colombiano a la noción de servicio público era equívoca "pues tanto significa servicio oficial como actividad de interés para la colectividad": O. García Herreros, "Algunas precisiones sobre el tema del servicio público", *op. cit.*, p. 272.

34 *Cfr.* A. Montaña Plata, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. En sentido contrario, *cfr.* G. Penagos, *El servicio público*, Bogotá, Ciencia y Derecho, 1995.

35 Aun en nuestros días se encuentren vestigios de esos tiempos pasados, como cuando la Corte Constitucional menciona acríticamente o a modo de *collage* que dentro de los servicios públicos hay unos que se califican como esenciales, de modo que "así, en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 56 de la Constitución, a la fecha el Congreso ha categorizado como esenciales

se seguía extendiendo a cualquier actividad esa noción estatista del servicio público, se creaba el riesgo, paradójico, de borrar los límites materiales del poder público[36].

B. AHORA: LOS SERVICIOS PÚBLICOS DENTRO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Por razones tanto internas (déficit fiscal, carga tributaria, corrupción y politización de las empresas públicas, deterioro de la calidad del servicio), como externas (programas de ajustes estructurales promovidos por el FMI, agenda geo-política neo-liberal)[37], nuestra primera versión de Estado social de derecho, apoyada en la figura del Estado prestador u operador, será reemplazada por un modelo donde se debilita la separación entre Estado y mercado (y donde surge una nueva relación Estado-sociedad[38]). Dentro de este modelo, los servicios públicos corresponden a una noción más específica, relacionada con prestaciones económicas, a cambio de un precio pagado por

---

los siguientes servicios: la Banca Central –declarado exequible en la Sentencia C-521 de 1994, la seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones, los servicios públicos domiciliarios– declarado exequible en la Sentencia C-663 de 2000, la administración de justicia, las actividades del Instituto Nacional Penitenciario (Inpec), el transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional, la prevención y control de incendios y las actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales (Dian)": Sentencia C-796 de 2014, considerando 2.5.3.1. En nuestra opinión, no faltan las ocasiones en que el legislador califica asistemáticamente como servicio público otras actividades y misiones como las del sistema nacional de defensoría pública (Ley 941 de 2005), del banco de bancos (Ley 31 de 1992), de la custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria (Decreto 407 de 1994), de la policía fiscal aduanera (Ley 633 de 2000) y a la misma actividad de policía que prestan los uniformados (Reglamento del servicio de policía), o simplemente usa la calificación del servicio público esencial para fines exclusivos de limitar el derecho de huelga, pero no necesariamente para incluir dichas actividades como de prestación de servicios públicos.

36 *Cfr.* J-C. CASSAGNE, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)", *Revista de Administración Pública*, n.º 140, mayo-agosto, 1996, p. 99.

37 *Cfr.* J. CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 106.

38 "Se ha producido una nueva redistribución de funciones y al sector privado y a la sociedad le han sido asignadas o reconocidas nuevas tareas y responsabilidades. El Estado y la sociedad se han hecho más permeables": J. BARNÉS, "La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento", en M. DARNACULLETA, J. ESTEVE PARDO e I. SPIECKER (eds.), *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 281-282.

el usuario, pero bajo la orientación y supervisión del Estado, con el fin de armonizar el interés general con el interés particular del prestador[39].

Algunos autores se refieren a la crisis del modelo de titularidad pública de la actividad de prestación del servicio público, pues al no seguir la lógica del mercado, no había interés en controlar los costos o en mejorar la calidad, de modo que la ausencia de competencia generaba disfunciones que recayeron, en últimas, sobre los usuarios. A ello habría que sumarle el problema del gasto público y los períodos de crisis que exigen reducir dicho gasto, más el problema del uso de la potestad tarifaria del Estado para manejar su política económica, o de la captación de la Administración prestacional para fines partidistas[40].

Ello significa que el Estado deja de ser el prestador por excelencia de ese tipo de servicios públicos, pues su prestación deja de estar a su cargo (solo subsidiariamente lo estarían), para permitir que la empresa privada pueda prestarlos bajo unas condiciones de mercado. Por eso otros autores advierten que el gran reto y la gran dificultad radicarían en que los bienes públicos de que hablaba la teoría económica clásica no suponen ya un monopolio estatal de su producción y prestación; pues en la actualidad "varios tipos de actores, privados y públicos, están llamados a contribuir al suministro de estos bienes"[41]. Inclusive, otros autores de forma más crítica, señalan para el caso colombiano que "la Constitución de 1991 lleva en sí misma una contradicción flagrante entre la proclamación del Estado social de derecho y la ampliación de los derechos sociales, de un lado, y el cuadro propicio para la formulación de un modelo económico y social neoliberal, del otro"[42].

Al respecto, se comparte con otro sector de la doctrina que la inserción de los servicios públicos como actividad prestacional dentro de una economía de mercado *no supone una crisis de objetivos sino de medios*[43], pues la idea del Estado social de derecho, de la función social del Estado persiste. De ahí que

---

39 *Cfr.* J-C. Cassagne, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)", *op. cit.,* pp. 100-101.

40 J. Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 427, 456-457.

41 J. Chevallier, *El Estado posmoderno, op. cit.*, p. 91.

42 L. Villar Borda, *op. cit.,* p. 93.

43 *Cfr.* K. Navarro, "Hacia un derecho administrativo de garantías. Nuevas tendencias del derecho administrativo", *op. cit.*, p. 135.

se hable de un contexto de "economía social de mercado" para organizar y gestionar la prestación de esos servicios.

Más concretamente, esa economía social de mercado significa que "se reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general"; modelo que sería "incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público"[44].

Corresponde entonces ilustrar por qué en Colombia surgió, a partir de la Constitución de 1991, un contexto favorable a la libre iniciativa privada en materia de servicios públicos (1), para luego proponer unos criterios que permitan identificar cuándo una actividad puede considerarse, material o funcionalmente, como un servicio público (2) y, por esta vía, garantizarle una cierta especificidad y coherencia.

1. LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN UN CONTEXTO FAVORABLE A LA LIBERTAD DE EMPRESA

El régimen constitucional actual sobre los servicios públicos se erige sobre dos pilares, a saber: de un lado, la libre empresa y la libre iniciativa privada (Art. 333) y, de otro lado, la dirección general de la economía y la posibilidad de intervención del Estado en la economía para salvaguardar fines constitucionalmente relevantes (Art. 334). De ahí que el artículo 365 de la Constitución colombiana de 1991 disponga, entre otras cosas, que "los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley" y que "podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares". Hay entonces una habilitación

44 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, reiterado en sentencias C-830 de 2010 y C-032 de 2017.

directa a los particulares que, en concordancia con el artículo 333, solo puede ser regulada o restringida por la ley[45].

En otros términos, deberá verificarse el ejercicio de la libertad de configuración legislativa del régimen jurídico y del modelo de organización y prestación de los servicios públicos. Al respecto, lo que se observa es que las actividades económicas de prestación o provisión de servicios públicos se empezaron a desarrollar, tras la legislación posterior a 1991, en un escenario de liberalización de sectores donde desaparece el monopolio estatal y se garantiza la libre iniciativa privada (como, por ejemplo, en el sector de los servicios públicos domiciliarios tras la Ley 142 de 1994[46]), escenario que estuvo acompañado en ocasiones por algunos procesos de privatización –total o parcial– de empresas estatales que prestaban servicios públicos (como Telecom, entre muchas otras[47]). De golpe, el número de empresas industriales y comerciales del Estado comenzó a disminuir considerablemente y su antiguo monopolio fue reemplazado por la libre concurrencia.

Asimismo debe considerarse que, salvo lo previsto en la Constitución y la ley, no hay monopolio estatal por el hecho de la calificación de un servicio como público, tal como lo ha señalado con justeza el Consejo de Estado[48]. En ese sentido, el Alto Tribunal sostuvo que "la condición alusiva a la concesión como mecanismo habilitante para prestar un servicio público, no implica la consagración de un monopolio estatal"[49]. En efecto, a pesar de que en varios sectores se ha conservado la concesión o la autorización como requisitos para poder operar o prestar un determinado servicio público, tales instrumentos no son más que modos de gestión del servicio que en modo alguno suponen monopolios estatales *ab initio*[50]. En realidad, el carácter de

---

45 Para una presentación detallada del tema, *cfr.* S. Barreto, "La libre competencia económica en el régimen de los servicios públicos", *rda*, 18, 2017, pp. 225-252.

46 Por ejemplo, su artículo 6 sobre "Libre empresa" dispone que "es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley".

47 Para una muestra dentro del sector de las telecomunicaciones, *cfr.* M-E. Giraldo Palacio, "La privatización de las telecomunicaciones en Colombia: El rol de las empresas públicas en el nuevo marco institucional", en *Gestión y política pública*, vol. 25, no. 1, México, ene-jun, 2016.

48 Consejo de Estado, Sec. 3ª, 7 de marzo de 2007, Exp. 11542.

49 *Idem.*

50 Piénsese al respecto en la concesión que puede emplearse para la prestación de ciertas modalidades de transporte público municipal, o para la prestación del servicio de aseo en áreas de servicio exclusivo dentro de un municipio.

servicio público no coincide en la actualidad con el de monopolio estatal, sino con la "identificación en las sociedades de una necesidad pública y la decisión de las diferentes instancias del poder de encontrar una respuesta indicada para su satisfacción"[51].

Ahora bien, el contexto favorable a la libre empresa no elimina la posibilidad de contar con operadores públicos o mixtos; sin embargo, tales organismos que hacen parte de la estructura de la Administración deben someterse a la libre competencia, a la ausencia de prerrogativas en razón de su naturaleza, y al mismo régimen jurídico de los operadores privados. Inclusive, hay regímenes en los que se reconoce expresamente la subsidiariedad del Estado, en ausencia de particulares dispuestos a operar o interesados en prestarlo, para que una entidad estatal pueda ser prestadora directa de los servicios.

Se abre entonces aquí una tendencia, especialmente en países de América Latina, de convertirse en "Estado subsidiario"[52] que solamente retoma la operación del servicio público "en caso de insuficiencia o de incapacidad de los mecanismos de autorregulación social, y en caso de que tampoco se pueda acudir a mecanismos asociativos público-privados"[53]. Al respecto, puede traerse a colación lo previsto en el artículo 367 de la Carta Política, que condiciona la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios por los municipios "cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen", toda vez que el legislador lo desarrolló en clave de subsidiariedad para establecer, por ejemplo, que uno de esos supuestos se configura "cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo"[54].

Por otro lado, el precitado artículo 365 constitucional dispone también que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" y que "Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". De manera complementaria, el artículo 366 reconoce que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida

---

51 Enrique Gil Botero, *La responsabilidad médica derivados de los actos administrativos en el sector salud, op. cit*., p. 28.

52 Expresión empleada por Cassagne, aunque aquí la empleamos en un sentido menos amplio que el usado por ese autor: J. Cassagne, *op. cit.*, p. 97.

53 J. Chevallier, *op. cit.,* p. 90.

54 Artículo 6.1 Ley 142 de 1994.

de la población son finalidades sociales del Estado". A partir, entonces, de estas bases constitucionales de los servicios públicos, deberá proponerse la caracterización de los mismos como una actividad diferenciable de otras (de los servicios privados y de otras funciones de la Administración), en razón de su naturaleza especial al interior de nuestro Estado social de derecho.

2. LOS CRITERIOS PARA IDENTIFICAR O CALIFICAR UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

Con base en lo hasta ahora expuesto, el lector comprenderá que queda descartado como parámetro inicial el modelo ideal "francés" (que irónicamente nunca se dio así en Francia), que podría esquematizarse así: a) los trabajadores de los servicios públicos son servidores públicos; b) los bienes afectados a servicios públicos son bienes públicos; c) los recursos utilizados para financiar la prestación de los servicios públicos son recursos públicos; d) las actividades para la prestación de los servicios públicos se benefician de las prerrogativas del poder público; e) los actos en ejercicio de la prestación del servicio público son actos administrativos; f) la responsabilidad derivada de la prestación de servicios públicos es estatal; g) los contratos realizados por la entidad prestadora de servicios públicos son estatales; h) la jurisdicción competente para dirimir controversias sobre servicios públicos es la administrativa; i) las reglas aplicables a los servicios públicos son derecho administrativo[55].

En la doctrina colombiana existen algunas propuestas, ciertamente distintas al modelo de la Escuela francesa del servicio público, que si bien no pretendemos seguir a cabalidad, ameritan ser tenidas en cuenta. Por un lado, un sector propone una noción instrumental, con los siguientes seis elementos distintivos: a) los servicios públicos deben prestarse a todos los habitantes del territorio (servicios masivos); b) deben ser servicios costo-eficientes y ello debe ser medido económicamente; c) su régimen lo configura el legislador; d) ausencia de "*publicatio praevia*" y habilitación constitucional directa de su prestación tanto al Estado como a los particulares; e) sirven para proveer bienes públicos en sentido económico (no permiten la exclusión ni la rivalidad

55 *Cfr.* L. Parejo, *El concepto del derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 209.

en el consumo); f) también sirven para proveer bienes privados en sentido económico (permiten la exclusión y la rivalidad en el consumo)[56].

Por otro lado, otro sector de la doctrina plantea unos criterios de índole formal o, si se quiere, basados en lo que se disponga por vía de autoridad, al proponer que son servicios públicos: "a) Las actividades que la Constitución Política califique de servicios públicos"; "b) Las que el legislador califique como tales con el carácter de esenciales, en las cuales está prohibida la huelga"; "c) Las demás actividades que la ley haya calificado simplemente como servicios públicos, es decir, sin calificarlos de esenciales" y "d) Las actividades que la jurisprudencia califique de servicios públicos por considerar que se dan las condiciones o elementos exigidos para esta calificación"[57].

Para efectos de la presente contribución, consideramos que la actividad de prestación de servicios públicos se puede caracterizar de la siguiente manera:

a) Los servicios públicos son prestacionales, es decir, se refieren a prestaciones de naturaleza económica (provisión de bienes o servicios), bajo la lógica del mercado, que por ende no se confunden con servicios administrativos, ni servicios asistenciales, donde hay prestadores, usuarios y precios o tarifas, y donde el servicio se presta con base en un *expertise* y un *savoir faire* empresarial. De otro modo, no podría afirmarse que los servicios públicos no son Función Pública ni función administrativa.

b) Corresponden a actividades económicas que se relacionan de forma especial e intensa con el interés general; es decir, más allá de la función social de toda empresa privada de su responsabilidad social empresarial. Por ello, en un contexto *pro libertate*, se aspira a un equilibrio entre el interés particular y general (contratos, tarifas o precios vigilados, exclusión de prestaciones que no son costo-eficientes, etcétera); pero, en caso de desequilibrio, existen mecanismos jurídicos que garantizan la prevalencia del interés general sobre el ánimo de lucro del prestador (sanciones, medidas cautelares, precios regulados, toma de control, traslado de usuarios, etcétera). Específicamente, en caso de tener que escogerse entre el beneficio económico del prestador y la satisfacción de los intereses de los usuarios (terceros respecto del operador), un servicio público hace prevalecer lo segundo y no lo primero[58].

---

56 H. Palacios Mejía, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

57 L. Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2015, p. 721.

58 No solo la jurisprudencia constitucional lo recuerda cuando de la prestación de un servicio público depende la satisfacción de un derecho fundamental, pues esta característica parece constante en

Algunos autores se refieren al carácter teleológico de los servicios públicos en Colombia, "donde uno de los elementos fundamentales que conforman su noción es el hecho de constituir un desarrollo concreto de las finalidades del Estado, y en particular aquellas de carácter social"[59]. Así las cosas, no obstante la dicotomía "interés general-interés particular" no es del todo clara, como cuando en materia de servicios públicos aparecen imbricados dichos intereses[60], este criterio material y, a la vez teleológico, subsistirá inevitablemente.

---

la historia del derecho administrativo colombiano: "El aspecto de función social que corresponde también a la noción de servicio público, diferencia a las empresas que lo prestan directamente o a través de concesiones, del negocio simplemente privado, restringiendo lógicamente la libertad de obtener ilimitada e incontroladamente beneficios lucrativos en la explotación del negocio en la medida que lo exijan la conveniencia colectiva y la moral comercial": Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 29 de abril de 1943, *Gaceta Judicial* n.º LV, p. 230.

En la doctrina francesa, René Chapus consideraba que el objetivo de interés general de la actividad se percibe cuando con ella se busca satisfacer, de la mejor manera posible, el interés de terceros respecto del interés propio del organismo prestador, ejecutor u operador del servicio. Por el contrario, cuando prevalece la satisfacción, en el mayor grado posible, del interés económico del prestador u operador del servicio, sobre el interés de los terceros, no podemos estar material y funcionalmente ante un servicio publico sino ante un servicio privado: *cfr.* R. Chapus, *op. cit.*, pp. 582-583.

59 A. Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 100. Asimismo, otros autores han señalado que la noción actual de servicios públicos "es esencialmente finalística y, por lo tanto, su razón de ser está dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República. En ese sentido se definieron las que, en nuestra opinión, constituyen las más claras bases legales del sistema de los servicios públicos en el derecho colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de dichos servicios, asumiendo una posición social, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable": J-O. Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 322.

60 Hay en efecto "ámbitos o sectores normativos contemporáneos donde la imbricación entre interés general e individual es un signo de los tiempos". Ello obedece a que la protección del interés general mediante el derecho público no excluye la protección al mismo tiempo de intereses particulares en juego dentro de actividades de prestación de servicios públicos, así como la aplicación del derecho privado no significa que se esté ante actividades que no revistan ningún tipo de interés general o colectivo, como pasa –por ejemplo– con la comercialización de bienes o servicios de consumo que no estén jurídicamente calificados como servicios públicos. En otras palabras, el derecho público sirve también para proteger intereses privados, particulares, individuales o grupales específicos y no difusos; así como el derecho privado y, en general, "todo el Derecho, no sólo el público, sirve al interés general". "En suma, todo el Derecho, se califique tradicionalmente como público o privado, sirve en mayor o menor medida al interés general": F. Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 19 y 31-32.

c) Por esa razón, los servicios públicos están bajo supervisión especial del Estado, así se rijan ampliamente por el derecho privado. Ello conduce a reconocer, con independencia de la configuración legislativa en cada tema o sector, que necesariamente habrá una combinación de normas de derecho público y privado en su régimen[61]. En otras palabras, el derecho público no se retira:

> Los servicios públicos quedan entonces bajo una regulación de naturaleza mixta, pues a pesar de que se ha privatizado notoriamente el régimen aplicable a los diferentes agentes en materia de producción del bien objeto del servicio, de todos modos siendo como son los servicios públicos inherentes a la función del Estado y correspondiéndole a éste garantizar su prestación universal en condiciones de eficiencia, debe, como en efecto se hace, intervenirlos, además de regularlos, vigilarlos y controlarlos y esto lo hace a través de la expedición de reglas con connotación de derecho público[62].

d) La prestación de servicios públicos supone una conexión directa e intensa con la satisfacción de los derechos constitucionales. De ahí que siempre esté latente la posibilidad de intervención judicial por medio de las diferentes acciones constitucionales. Ello implica, por supuesto, el riesgo de producir cataclismos jurídicos –tanto en lo fáctico como en lo normativo– con respecto a lo establecido por las autoridades reguladoras, el legislador, o por los jueces naturales de los conflictos en materia de servicios públicos[63].

En razón también de esa especial conexión con los derechos de rango constitucional (e igualmente convencional) el Estado debe implementar mecanismos que faciliten el acceso efectivo a los servicios públicos de aquellas personas que no cuenten con los recursos económicos suficientes para pagarlos o que, por otras razones, merezcan especial protección constitucional, sea por ejemplo a través de subsidios, de esquemas de solidaridad, de tarifas diferenciales, así como mediante la adopción de coberturas mínimas a título, por ejemplo, de atención básica gratuita o de muy bajo costo para el usuario, o definiendo el deber del prestador de garantizar el "mínimo vital"

---

61 El derecho público y el derecho privado se combinan lógicamente en "aquellos sectores que han pasado al ámbito del mercado pero donde la Administración mantiene una posición estratégica de garante": F. Velasco Caballero, *op. cit.,* pp. 18-19.

62 C-A. Atehortúa Ríos, *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Diké, 1998, p. 22.

63 Sobre este aspecto se volverá en el último acápite del presente artículo.

relacionado con cada servicio. Ello, por supuesto, debe hacer parte de esas reglas del juego que el Estado debe fijarle al prestador con un alto grado de ponderación entre los derechos de los usuarios y los derechos y libertades del operador del mercado.

Justamente, este arriesgado ejercicio doctrinal de caracterizar las actividades de prestación de servicios públicos debe guardar coherencia con el rol del Estado y, sobretodo, de las autoridades administrativas en materia de servicios públicos, cuando estos quedan principalmente inmersos dentro de una economía social de mercado (II).

II. LA RECONFIGURACIÓN DEL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS: DE OPERADOR A GARANTE

En la actual versión de Estado social de derecho, este se presenta como el garante de la prestación adecuada de los servicios públicos, independientemente de quién sea el prestador. En el caso colombiano, lo dispuesto por el precitado artículo 365 constitucional no permite llegar a una conclusión distinta. La misión administrativa de garantía de la prestación de los servicios públicos reemplaza, entonces, a la antigua y desaparecida función administrativa de prestación de los servicios públicos. Ello supone una estrecha colaboración entre sector público y sector privado, pues "la atribución de nuevas responsabilidades no supone la retirada del Estado [...], sino una nueva estrategia de compartición de tareas y funciones"[64].

Dado que los particulares son también prestadores de servicios de interés general que antes satisfacía el Estado, dentro de un contexto de cambio de las relaciones entre Estado y sociedad, se ha pasado entonces "de Estado prestador a Estado garante de la prestación (en ciertos sectores de la economía), o de Estado empresario a Estado regulador"[65]. De ahí que, para Schmidt-Assmann, pueda hablarse de un "derecho administrativo de garantía"

---

64 J. Barnés, "La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento", en M. Darnaculleta, J. Esteve Pardo e I. Spiecker (eds.), *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 290.

65 *Ibidem*, p. 285.

que supone una "actividad administrativa de garantía de un resultado", característico de la "reforma del modelo tradicional del Estado social"[66].

Bajo ese estado de cosas debe comprenderse la afirmación de que la prestación de estos servicios ya no está, como punto de partida y regla general, a cargo del Estado[67]. Así pues, la actividad consistente en la prestación de servicios públicos no es una función administrativa que pueda entenderse como atributo esencial y prerrogativa del Estado. De hecho, en numerosas ocasiones, algunas más felices que otras, el Consejo de Estado colombiano ha confirmado que la actividad de prestación de servicios públicos no se puede confundir con el ejercicio de una Función Pública[68].

---

66 E. Schmidt-Assmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo", citado por K. Navarro, "Hacia un derecho administrativo de garantías. Nuevas tendencias del derecho administrativo", *op. cit.*, p. 136.

67 "Vale la pena señalar cómo, a partir del nuevo orden de los servicios públicos introducido con el texto político de 1991, se hace referencia al 'deber de asegurar' y no al 'deber de prestar' éstos. Se configura de este modo una nueva concepción, según la cual el Estado no debe necesariamente 'prestar los servicios públicos', sino que basta que 'asegure' su prestación. Ésta es la razón por la que no compartimos la afirmación de que los servicios públicos están a cargo del Estado": A. Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo, op. cit.,* p. 100.

68 "No resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de Función Pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél […]. […] puede decirse que la Función Pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)": Consejo de Estado, Sec. 3ª, Sentencia del 5 de agosto de 1999, Rad. ACU-798. "Función Pública. Es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines. Servicio público. Es aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general de manera regular y continua por parte del Estado, en forma directa o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial; por lo tanto, son diferentes los conceptos de Función Pública y servicio público": Consejo de Estado, Sec. 5ª, Sentencia del 19 de febrero de 2004, Rad. ACU-1843; "Tanto el constituyente como el legislador colombiano consideraron que los servicios públicos no constituyen, en principio, Función Pública. […]. […] no es posible aceptar, como lo plantea el profesor Palacios, que las entidades públicas que prestan servicios públicos, cuando lo hacen, ejercen una Función Pública, mientras que las privadas desempeñan siempre una actividad comercial. […]. Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio publico con la Función Pública y con el derecho público": Consejo de Estado, Sec. 3ª, Auto del 17 de febrero de 2005, Exp. 27673; "La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la 'Función Pública' y optó por un 'nuevo servicio público' basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en

Por supuesto, el Estado es garante de la cohesión social, la cual se logra, entre otras mediante la prestación de los servicios públicos, por lo que la prevalencia de la iniciativa privada conduce a una "concepción funcional del servicio público"[69]. Es por ello que deben identificarse con claridad cuáles son las funciones administrativas que el Estado garante de los servicios públicos debe ejercer (A); atribuciones cuyo parámetro material o sustancial se conforma a partir de un conjunto de principios que la Administración debe hacer valer en el marco de la prestación de los servicios públicos (B).

A. Las funciones administrativas desplegadas en relación con la prestación de los servicios públicos

Estas funciones que la Administración debe cumplir son formas de intervención (algunas más sutiles que otras) del Estado en los mercados donde se prestan los servicios públicos. Ello no solo está justificado a partir de los mandatos de la Constitución de 1991, sino que además debe diferenciarse de las otras formas de intervención que puede llegar a ejercer el Estado sobre las actividades industriales y comerciales en general[70], esto es, sobre los servicios privados.

---

su condición de director general de la economía. De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como Función Pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo "neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final". En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de Función Pública. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que "regirán el ejercicio de las funciones públicas" de aquellas que se ocupan de la "prestación de los servicios públicos. […]. En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de Función Pública": Consejo de Estado, Sec. 3ª, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Rad. AP-0004. Criterios reiterados, entre otras, en: Consejo de Estado, Sec. 3ª, Sentencia del 6 de junio de 2011, Exp. 32018 0, de la misma Sección, en sentencia del 30 de marzo de 2016, Exp. 19960.

69 J. Chevallier, *op. cit*., p. 95.

70 *Cfr.* A. Montaña Plata, *El concepto de servicio público, op. cit.,* p. 106. El autor agrega al respecto lo siguiente: "Si bien es cierto, como ya lo hemos insinuado, que las actividades de servicio público tienen en efecto una dimensión económica, este hecho no es suficiente para dar igualdad de tratamiento a todas las actividades de ese tipo. Los servicios públicos, como hemos pretendido señalarlo a través de este primer capítulo, están estrechamente vinculados con la teleología del

Dichas funciones son, en particular, la de regulación económica sectorial (1), la de policía administrativa especializada, mediante la habilitación y supervisión de la prestación de los servicios y de sus prestadores (2) y la de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración sobre los prestadores del servicio público (3).

1. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Ciertamente, cuando los servicios públicos dejan de estar "publificados" pasan a ser regulados[71]. Sin duda, el desarrollo y auge de la actividad administrativa de regulación es "respuesta a la crisis del modelo de titularidad pública sobre servicios económicos"[72]. En efecto, cuando el Estado cambia de rol como agente económico, se repliega sobre la regulación y la vigilancia. La regulación, en particular, es una nueva forma de intervención del Estado en la economía, pues "consiste en supervisar el juego económico, estableciendo algunas reglas e interviniendo de manera permanente para amortiguar las tensiones, regular los conflictos, garantizar el mantenimiento de un equilibrio global"[73].

Se dice que, en ejercicio de esa función el Estado se vuelve más árbitro que actor, por lo que se requiere garantizar imparcialidad[74] y neutralidad[75]. Asimismo, se requiere que existan autoridades administrativas que puedan especializarse en el ejercicio de la función reguladora, que puedan garantizar una primacía de lo técnico sobre lo político y que, por ende, actúen con independencia respecto de los niveles más políticos de la Administración. Ello, por supuesto, tiene un impacto relevante en la estructura organizacional

---

Estado derivada del texto político, y ésta se concreta a través de unos deberes estatales que difícilmente pueden cumplirse sin el despliegue de un número considerable de actividades claramente distinguibles por parte de las instancias públicas".

71 R. Rivero Ortega, *Derecho administrativo económico*, 6ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 177.

72 J. Esteve-Pardo, *Lecciones de derecho administrativo, op. cit.,* p. 458.

73 J. Chevallier, *op. cit.*, p. 109.

74 En teoría política se habla, entonces, de una nueva legitimidad estatal en las democracias contemporáneas: la legitimidad de imparcialidad: *cfr.* P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique,* París, Seuil, 2008, pp. 121 y ss.

75 Sobre la idea de "Administración neutral", *cfr.* K. Navarro, *op. cit*., p. 137. Ahora bien, esa neutralidad e independencia no significa que el regulador no deba orientar sus acciones al cumplimiento de los objetivos constitucionales de los servicios públicos y, en últimas, a lograr mejores grados de satisfacción en términos de derechos constitucionalmente protegidos.

de la Administración, de lo cual dan cuenta las diferentes generaciones y modalidades de "autoridades administrativas independientes"[76], bajo la etiqueta de "agencias" o "comisiones de regulación", entre otras.

Mediante esta función administrativa, se evidencia una vez más la necesidad de salvaguardar los fines de interés general o incluso la de hacer funcionar la gestión de bienes públicos como si fueran privados (aplicación de la lógica del mercado a situaciones de no mercado[77]), o bien para estimular buenas prácticas, asegurar una competencia real y leal, brindar seguridad, calidad, suficiencia de la oferta, de la cobertura, fijar fórmulas tarifarias, dirimir algunas controversias entre operadores, identificar los derechos de los usuarios, etcétera. En otras palabras, se trata de una función formalmente jurídica pero con un clarísimo contenido técnico, tecnológico y, sobretodo, económico[78] que busca remediar o anticipar "fallas de mercado"[79].

Más concretamente, en ejercicio de la función de regulación de los servicios públicos, la Administración ejerce funciones de "*rule-making*", "*monitoring*", "*adjudication*" y "*dispute resolution*"[80]; es decir, emite regulaciones (de

---

76 *Cfr.* H. Sánchez Hernández, *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2016. Véase en particular su capítulo 2 que relaciona el paso del Estado operador al regulador con la justificación de la necesidad de este tipo especial de autoridades públicas.

77 *Cfr.* P. Craig, *Administrative Law*, 6ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 339-340.

78 Así, por ejemplo, en materia de servicios públicos domiciliarios, la doctrina señala que "la prestación de servicios públicos por una pluralidad de operadores en condiciones de igualdad y de competencia, la eliminación de barreras de entrada a los diferentes operadores y el establecimiento de nuevos modelos estatales en los cuales el Estado se apersona de su tarea de garantizar la prestación de los servicios y de establecer el régimen de la regulación y el control en la prestación de los mismos, constituyen el nuevo escenario en que se debe mover la prestación de los servicios públicos domiciliarios": C-A. Atehortúa, *op. cit.*, p. 22.

79 Las principales razones para regular obedecen a que no se está ante mercados naturales o a que, siendo mercados, no tienen competencia perfecta sino importantes distorsiones y fallas; o bien proporcionan un servicio indispensable, o son monopolios naturales, o requieren enorme inversión de capital, ofrecen ingresos estables con posibilidad de crecimiento, o con barreras de entrada, o con riesgo de abuso hacia el usuario por la asimetría de poderes y de información: *cfr.* D. De la Torre Vargas, "Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios: aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas", *RDA*, 12, 2014, pp. 45-62. Igualmente, *cfr.* P. Craig, *op. cit.*, p. 340. Asimismo, puede consultarse la Sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional colombiana, junto con el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia, nº 2291 de 2016.

80 J. Chevallier, *op. cit.*, p. 109.

todo tipo, incluyendo *soft law* administrativo), monitorea mercados, asigna el uso de recursos escasos y ejerce funciones verdaderamente contenciosas[81].

La anterior función se ve reflejada, en la práctica del derecho colombiano, a través de varios ejemplos orgánicos y funcionales en materia de servicios públicos. Entre otros, cabe mencionar a título puramente ilustrativo la función de regulación, para el sector de las TIC, tanto del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV); o bien en el sector salud, las funciones regulatorias del Ministerio de Salud, luego de la efímera actuación de la Comisión de Regulación en Salud, acompañado de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos; o las que ejercen en materia de servicios públicos domiciliarios la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Comisión de Energía y Gas Combustible[82].

2. LA HABILITACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La historia de la prestación de los servicios públicos dentro del esquema de economía social de mercado es, de algún modo, la historia de las limitaciones y restricciones que por vía del poder, la función y la actividad de policía se imponen sobre los prestadores y operadores; todo en aras de proteger el interés público y de salvaguardar el orden público y los derechos en una dimensión objetiva o colectiva.

En particular, en materia de servicios públicos, se acude con frecuencia y casi como regla general[83] a dos tipos de instrumentos típicamente de policía administrativa especializada[84], tales como la habilitación previa de los prestadores, y la inspección, vigilancia y control (IVC) administrativos al que estos deben someterse. En ambos casos se pretende garantizar por el Estado

---

81 *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto nº 2403 de 5 de marzo de 2019, p. 7-8.

82 Al respecto, se reenvía principalmente a la Ley 1341 de 2009, la Ley 182 de 1995, la Ley 1507 de 2012.

83 La excepción a la regla de la habilitación se aprecia con los servicios públicos domiciliarios, lo que supone que en realidad la habilitación constitucional resulta suficiente, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer las restricciones de policía administrativa en comento.

84 Así lo reconoce el Consejo de Estado (Sec. 3ª, sentencia del 15 de agosto de 2007, Rad. AP-0004).

que los prestadores cumplan con las condiciones mínimas requeridas en cada actividad, desde los puntos de vista técnico, tecnológico, administrativo, financiero, jurídico, entre otros.

Las habilitaciones previas deben tener, en virtud del artículo 333 constitucional, fundamento en la ley, pues son una restricción (que no derogación) al principio de la libre empresa y libre iniciativa privada. En lo concerniente a los prestadores de servicios públicos, el legislador determina el mecanismo de habilitación y, en su defecto, opera la habilitación que la misma Constitución estableció en su artículo 365[85].

Este mecanismo puede entonces revestir varias modalidades: por ejemplo, puede consistir en una habilitación general, en virtud de la ley, pura y simple o junto con el lleno de requisitos para inscribirse en un registro de operadores y mediando el pago de una contraprestación económica (como ocurre con la Ley de las TIC: 1341 de 2009); o bien el de habilitación particular, caso por caso, mediante actos administrativos de contenido particular que suponen la obtención de una autorización o permiso (como en el caso de la habilitación de IPS en el sector salud[86], o la de las empresas de transporte en dicho sector[87]) o, incluso, exigiendo que la explotación de un servicio público requiera de una concesión[88] (como puede ocurrir en ciertos casos con el servicio público de aseo[89], el de transporte público[90] o el de televisión[91]).

---

85 Por tal razón no es inconstitucional lo previsto en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, según el cual "las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social"; advirtiéndose que ello no significa que no deba hacerse la verificación del cumplimiento de requisitos de la regulación, ni que estén totalmente libres de obtención de concesiones, permisos y licencias, como quiera que la precitada disposición así lo recuerda, mediante el reenvío a los artículos 25 y 26 de esa misma ley.

86 *Cfr.* Sistema Único de Habilitación: Ley 1438 de 2011, Decreto 0780 de 2016, Decreto 1011 de 2006, Resoluciones 2003 de 2014, 3678 de 2014 y 0226 de 2015 del Ministerio de Salud.

87 *Cfr.* Ley 105 de 1993. Por ejemplo, el numeral 6 del artículo 3 de dicha ley refleja bien lo que se comenta, al disponer que "para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos"; pero que "sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado. Para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado". Véase igualmente la Ley 336 de 1996.

88 Esta no debe confundirse con la concesión de bienes públicos.

89 *Cfr.* Ley 142 de 1994, Resolución CRA 824 de 2017.

90 *Cfr.* Ley 105 de 1993.

91 *Cfr.* Ley 182 de 1995.

Adicionalmente, contar con un Estado garante implica que debe haber dentro de la estructura de la Administración unos organismos que tengan como función principal adelantar las actividades de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de los servicios públicos. Se trata de una supervisión permanente (y no esporádica, como ocurre con la mayoría de servicios privados), que en la práctica se le ha encomendado a diferentes tipos de entidades administrativas; aunque de estas se destaque en la práctica la labor asignada a las superintendencias sectoriales (de transporte, de servicios públicos domiciliarios, de salud, etcétera).

Finalmente, cabe señalar que habilitación y supervisión se relacionan íntimamente, como quiera que la inspección, vigilancia y control a cargo del Estado incluye la verificación del cumplimiento de los requisitos de habilitación; a tal punto que, en ciertos sectores, la ley y su reglamentación incluyen dentro de las competencias de las autoridades la posibilidad de revocar la habilitación (permiso, autorización, licencia, etcétera)[92].

3. LA POTESTAD SANCIONADORA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Un complemento de las dos funciones anteriores, o a veces la consecuencia de haberse ejercido la supervisión, es sin duda la función punitiva de la Administración. Esta función es, a juicio nuestro y contrario a lo señalado por las Altas Cortes de nuestro país[93], muy distinta (por razones teleológicas, materiales y procedimentales, que no es del caso exponer aquí) de las otras funciones administrativas ejercidas en el ámbito de los servicios públicos.

En cualquier caso, se trata ciertamente de otro de los mecanismos de intervención estatal del Estado garante de la prestación eficiente de los

---

92 Es el caso, por ejemplo, del sector salud, en virtud de lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1011 de 2006, en virtud del cual la habilitación puede ser revocada en cualquier momento por las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud cuando se compruebe el incumplimiento de las condiciones de habilitación y se cumplan otros requisitos propios del debido proceso administrativo. Se trata, por supuesto, de una revocación unilateral sin consentimiento previo del habilitado, el cual –en su condición de prestador de un servicio público– no puede invocar derechos adquiridos derivados del acto de habilitación, pues la misma siempre está condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos.

93 El Consejo de Estado (Sala de Consulta, Concepto n.º 2403 de 5 de marzo de 2019) y la Corte Constitucional (Sentencia C-092 de 2018) incluyen la potestad sancionadora de la Administración dentro de sus funciones de IVC.

servicios públicos, pues como lo sostiene la Corte Constitucional, "uno de los elementos que definen la capacidad de intervención del Estado en la economía es la facultad sancionadora" dado que, "al ejercerla, la administración opera en la doble perspectiva de castigar las conductas que afectan a los consumidores, al mismo tiempo que desincentiva la ocurrencia de hechos similares a los que dieron lugar a la sanción"[94]. De ahí, por cierto, que, tratándose de prestadores de servicios públicos, un tipo de sanción administrativa corresponda a la suspensión transitoria o cancelación definitiva de la habilitación para operar el respectivo servicio[95].

Ahora bien, el ejercicio del *ius puniendi* por las autoridades administrativas exige siempre respetar, entre otras garantías, el principio de legalidad de las infracciones administrativas y de las sanciones que puede imponer la Administración; como recientemente lo recordó de forma muy clara un importante concepto del Consejo de Estado[96]. Allí, en efecto, se logra apreciar en el fondo un serio problema que aqueja a varios sectores relacionados con la prestación de servicios públicos, consistente en que los reguladores han con frecuencia desconocido del todo la reserva de ley, para fijar regímenes de faltas, de sanciones y de procedimientos.

Dicho de otro modo, debe tenerse muy presente que, ni en el ejercicio de la función administrativa de regulación económica sectorial de los servicios públicos, ni en la potestad reglamentaria, se puede abusar en materia sancionatoria. A la postre, ello termina repercutiendo negativamente sobre la gestión de la misma Administración dentro del respectivo sector.

En efecto, las autoridades administrativas, principalmente ministerios y superintendencias, carecen de "la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas, pues tienen reserva de ley ordinaria. Y debe en todo caso respetarse el debido proceso en punto a la legalidad y tipicidad, previstas en el inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política"; así como las demás garantías del derecho administrativo sancionador que, de manera general, enumera el inciso 2 del numeral 1 del artículo 3 del CPACA, Ley 1437 de 2011[97].

---

94 Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2018.

95 Por ejemplo, como se prevé en el sector transporte en los artículos 47 y 48 de la Ley 336 de 1996.

96 *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2403 de 5 de marzo de 2019, pp. 9-49.

97 "En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad

Finalmente, ante la diversidad de configuración del tipo de entidades públicas que ejercen en la práctica la potestad administrativa sancionadora en materia de servicios públicos (ministerios, superintendencias, entes territoriales, etcétera), surge (y queda) la inquietud sobre la necesidad o no de separar orgánicamente las funciones de regulación, IVC y de sanción, en aras igualmente de mayor legitimidad de imparcialidad.

En todo caso, cuando al interior de la misma entidad sobre la cual confluyan dos o más de estas funciones, no debería dudarse sobre el deber de separar funcionalmente el ejercicio de dichas competencias, pues las reglas de la experiencia muestran que no se garantiza la imparcialidad de quien puede sancionar, cuando se trata de los mismos funcionarios que han elaborado la regulación o que han adelantado la función de IVC que ha dado origen a un procedimiento administrativo sancionador.

En síntesis, son estas las principales funciones del Estado garante, y cada una deja entrever numerosos retos para el derecho administrativo contemporáneo. Como lo señala el Consejo de Estado[98], estas tres funciones que aquí se presentaron someramente, son las funciones administrativas que no resultan "privatizables" y que el Estado se reserva para garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos.

B. LOS PRINCIPIOS PROTEGIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Como acertadamente lo explica Libardo Rodríguez, existen unos "principios rectores de los servicios públicos, para dar a entender que son una especie de guía o directriz que deben seguir la ley y la jurisprudencia cuando tratan de establecer el régimen jurídico de ellos"[99]. Probablemente, las normas más poderosas y de mayor peso sustancial dentro de los respectivos regímenes jurídicos aplicables a los diferentes servicios públicos sean las que se pueden desprender, imputar o adscribir a estos principios.

---

de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem".

98 *Cfr.* Consejo de Estado, Sec. 3ª, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Rad. AP-0004.

99 L. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 727.

Para efectos del presente estudio, consideramos pertinente resaltar la importancia conceptual y práctica de los siguientes:

1. UNIVERSALIDAD

Este principio puede referirse, o bien a la expansión progresiva de la cobertura de la prestación de un servicio público, buscando cubrir al total de la población o de los usuarios; o bien podría igualmente orientarse hacia la prohibición de no exclusión o no discriminación en el acceso al respectivo servicio. La doctrina española, por ejemplo, considera que "servicio universal" significa fijar y exigir "un conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles"[100]. En similar sentido, parte de la doctrina nacional ha corroborado que las obligaciones de servicio universal implican: "1. El deber de servir a todos; 2. El deber de prestar adecuadamente el servicio; 3. El deber de prestar el servicio con tarifas razonables y; 4. El deber de prestar el servicio sin discriminación"[101].

La legislación colombiana ha reconocido expresamente el principio de universalidad en relación con el servicio público de salud, definiéndolo como "la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida" (Art. 2, Ley 100 de 1993). Tácitamente, consideramos que la Ley de TIC también reconoce la universalidad cuando el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 dispone que "el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial [...]. Adicionalmente el Estado establecerá programas para que la población de los estratos menos favorecidos y la población rural tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de internet y contenidos informáticos y de educación integral".

---

100 R. RIVERA ORTEGA, *op. cit.*, p. 177.
101 C. STAPPER, *op. cit.*, p. 75.

2. CONTINUIDAD

El óptimo al que aspira este principio es el de la prestación ininterrumpida del servicio público; es decir que aspira a la operación permanente y constante del mismo. La interrupción en la prestación afecta lógicamente la continuidad y ello puede ocurrir, tanto por razones fácticas (problemas técnicos, económicos, por ejemplo), como por razones jurídicas[102] (revocación o cancelación de habilitación, retiro voluntario, huelga, entre otros).

Comentario especial merece el tema de la prohibición de la huelga en la prestación de servicios públicos, aspecto en el cual toma plena relevancia y utilidad la calificación que se ha reservado al legislador para calificar cuáles considera como "servicios públicos esenciales", todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 56 constitucional[103].

Es por ello que, como lo hemos indicado anteriormente para el caso ilustrativo del sector salud, "en tanto que servicio público esencial se pone de presente un mayor grado de intervención estatal y la imposibilidad jurídica de la suspensión total del servicio; todo ello como manifestación de la protección de los derechos fundamentales en juego con la prestación del servicio de salud"[104]. Ello ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, cuando sostiene "que en virtud del principio de continuidad el servicio

---

102 De ahí que el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 disponga que "el principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones".

103 "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador". Cfr. Art. 430 del Código Sustantivo del Trabajo, que para esos efectos define los servicios públicos como "toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas".

104 B. Carvajal Sánchez, "Un nuevo derecho administrativo de la salud para una paz durable en Colombia", en A. Montaña y A. Ospina (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 808. *Cfr.* Ley 100 de 1993, arts. 4 y 152, inc. 2º. Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana señala que "el carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales": sentencias C-122 de 2012 y C-450 de 1995.

médico debe darse de manera ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que del mismo tiene el conglomerado social"[105].

Por otro lado, este principio puede verse igualmente reflejado en el sector de los servicios públicos domiciliarios, toda vez que su decreto reglamentario único dispuso que "el servicio público de aseo se debe prestar en todas sus actividades de manera continua e ininterrumpida, con las frecuencias mínimas establecidas en este decreto y aquellas que por sus particularidades queden definidas en el PGIRS, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito"[106].

3. CALIDAD

La buena y no la mala calidad del servicio prestado (del bien, producto o servicio en estricto sentido) deben constituir un deber primordial de los prestadores de servicios públicos. Para ello, el Estado garante debe, a través de la Administración y de conformidad con la ley sectorial, implementar tanto regulación, como supervisión y estrategia sancionatoria, con el fin de garantizar dicha calidad. La calidad se refiere, esencialmente, al efectivo cumplimiento de los requisitos técnicos fijados para cada servicio.

Así, la habilitación de servicios requiere verificar la calidad de los mismos. Del mismo modo, la exigencia de la implementación de sistemas de calidad al interior de las empresas prestadoras[107], son garantías institucionales de este principio. Lo mismo ocurre cuando se llevan a cabo visitas de inspección o verificación de las quejas de los usuarios, en el marco de la supervisión administrativa, en las cuales puede apreciarse una deficiente prestación del servicio en términos de calidad, o de relación calidad-precio. Asimismo, existen en el ordenamiento infracciones administrativas relacionadas directamente con la prestación de un servicio público de mala calidad.

---

105 Corte Constitucional, sentencias T-965/05, T-438/07 y T-846 de 2010.

106 Artículo 5 del Decreto 2981 de 2013, artículo compilado en el artículo 2.3.2.2.1.4 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015).

107 Por ejemplo, el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en salud busca un servicio con nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios. Este sistema se compone de cuatro componentes (Habilitación, Auditoria, Acreditación y el Sistema de Información para la Calidad en Salud) de conformidad con el Decreto 1011 de 2006.

A título de ejemplo, se recuerda que en el servicio público domiciliario de acueducto o de agua potable, la calidad en la prestación puede mirarse desde la calidad del producto suministrado. Es por ello que para la Corte Constitucional, "el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico[108].

Sin duda, las afectaciones en la calidad de un servicio público tendrán siempre mayor repercusión individual y colectiva que aquellas que pueden llegar a presentarse cuando se trata de servicios privados.

4. ADAPTABILIDAD

En términos generales, este principio supone que los operadores y prestadores de cualquier servicio público tienen el deber jurídico de soportar los cambios en las reglas del juego que el Estado regulador y supervisor determine, siempre y cuando por supuesto el cambio de las condiciones se haga de buena fe y con fundamentos objetivos y ciertos. Ello obedece a que "el servicio público debe poder adaptarse a los cambios que exige el interés general, lo cual justifica, por ejemplo, que la administración introduzca modificaciones unilaterales a las reglamentaciones del servicio, en algunos casos en detrimento de posibles derechos adquiridos que, en consecuencia, no tienen aquí la misma firmeza que en las relaciones netamente privadas, en virtud del predominio del interés general"[109].

Es así como, a modo de ejemplo, cabe evocar la Ley sobre el servicio de electricidad –Ley 143 de 1994–, cuyo artículo 6 establece de forma explícita que, dentro de ese sector, "el principio de adaptabilidad conduce a la incorporación de los avances de la ciencia y de la tecnología que aporten mayor calidad y eficiencia en la prestación del servicio al menor costo económico"[110].

---

108 Corte Constitucional, sentenciasT-475 de 2017 y T-118 de 2018, entre otras.

109 L. Rodríguez, *op. cit.*, p. 727.

110 En el servicio público de educación, la jurisprudencia constitucional ha dicho lo siguiente sobre este principio: "El requisito de adaptabilidad cuestiona la idea de que son los estudiantes quienes deben ajustarse a las condiciones de prestación del servicio educativo que imperan en cada establecimiento, y exige, en contraste, que sea el sistema el que se adapte a las necesidades de los alumnos, valorando el contexto social y cultural en que se desenvuelven, con miras a

Al respecto, únicamente cabe advertir que, aún en los casos en que el cambio regulatorio esté bien fundamentado y se justifique en aras del interés colectivo, las autoridades administrativas deberán tener la mayor diligencia al momento de evaluar si, en el escenario de transición de regímenes que ello supone, debe o no garantizar en cada caso el respeto de la confianza legítima o del acto propio, como derecho de los prestadores de servicios públicos o, incluso, de los mismos usuarios.

5. Atención, participación y protección del usuario

Si, en todo mercado, el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios es indispensable; con mayor razón ello debe ser así cuando se trata de servicios públicos que operan bajo la lógica del mercado y, más aún, cuando hay sectores donde detrás del usuario está la persona humana y su dignidad[111].

La fuente formal de este principio es constitucional, habida cuenta de lo previsto en el artículo 78 ("El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos") y en el artículo 369 de la Constitución de 1991 ("La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio").

---

evitar la deserción escolar. Por esa razón, la satisfacción del componente de adaptabilidad se ha vinculado con la adopción de medidas que adecuen la infraestructura de las instituciones y los programas de aprendizaje a las condiciones requeridas por los estudiantes, en particular, por aquellos que hacen parte de grupos poblacionales de especial protección, como las personas con discapacidades o con capacidades intelectuales excepcionales, los niños trabajadores, los menores que están privados de su libertad, los estudiantes de grupos étnicos minoritarios, las mujeres en estado de embarazo y los alumnos que residen en zonas rurales. La aspiración específica del componente de adaptabilidad consiste, en últimas, en asegurar que los estudiantes permanezcan en el sistema educativo": Corte Constitucional, Sentencia T-743 de 2013.

111 Uno de esos casos es el del usuario del servicio público de salud, cuando es el paciente y cuando se encuentra en particular estado o circunstancia de vulnerabilidad en razón de su estado de salud: *cfr.* B. Carvajal Sánchez, *Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français (thèse)*, Universidad de París 1, 2011, pp. 403 y ss.

El principio en comento apunta a varios objetivos: en primer lugar, exige la implementación y buen funcionamiento de sistemas y mecanismos de atención al usuario[112]. Se trata de instancias y procedimientos para recibir y tramitar las peticiones, quejas y reclamos de los usuarios; pero también para escuchar, dialogar, orientar, acompañar e informar. El derecho a la información es particularmente importante aquí, pues son evidentes las asimetrías de la información que, a la vez, conducen a asimetrías de poder entre el prestador y el usuario[113].

En segundo lugar, el principio estimula la participación de los usuarios en varios frentes. Por ejemplo, que los usuarios hagan parte de los procesos de toma de decisiones regulatorias (mediante consulta previa administrativa o espacios para formular observaciones[114]), que puedan velar por el buen funcionamiento del servicio (veedurías de asociaciones de usuarios), o que puedan incluso participar de la propiedad accionaria de la empresa prestadora[115].

Por ello se ha afirmado que el derecho de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios a participar en los procesos de expedición de las fórmulas tarifarias, permite al regulador sopesar los intereses de los usuarios, darle legitimidad democrática a la regulación y "disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados"[116]. Igualmente, dentro del

---

112 De modo ilustrativo, nótese cómo el Decreto 780 de 2016 (reglamentario único del sector salud) dispone en su artículo 2.10.1.1.3. que "las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud sean públicas, privadas o mixtas, deberán establecer un servicio de atención a los afiliados y vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud". El Decreto 1757 de 1994 ya había establecido que "los usuarios participan en la prestación de los servicios de salud, para lo cual, las EPS sean públicas o privadas, deben contar con un Servicio de Atención a los Usuarios, un Servicio de Atención a la Comunidad y un Sistema de Atención e Información a Usuarios".

113 Por ejemplo, la Resolución SSPD-20181000027435 de 2018 de la Superservicios, relativa a "datos abiertos" del Sistema Único de Información del sector eléctrico y del gas, reconoce que "es evidente que los usuarios se encuentran en una posición de debilidad frente al prestador, lo que implica que no cuentan con la misma cantidad de información de mercado que su contraparte contractual, ello, les imposibilita tomar decisiones informadas de manera correcta y limita el ejercicio del derecho de participación en materia de vigilancia y control de los servicios públicos".

114 El período para recibir observaciones de los usuarios y las consultas públicas que deben realizarse como parte de los procedimientos para la adopción de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios son claros desarrollos de este principio: *cfr.* Arts. 2.3.6.3.3.10 y 2.3.6.3.3.11. del Decreto 1077 de 2015.

115 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2006.

116 "Uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la

mismo sector y también en desarrollo del principio aquí expuesto, el artículo 9.4 de la Ley 142 de 1994 reconoce el derecho de los usuarios a "solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley". También se puede entender a la luz del mismo principio lo previsto en el artículo 5.2. de la ley en mención, en razón del cual los municipios deben "asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos".

En tercer lugar, la defensa del usuario exige que, además de contarse con un catálogo de sus derechos (y deberes), los prestadores de los servicios públicos tengan organizados mecanismos, internos o externos, a cargo del prestador (*verbi gratia*, un "defensor del usuario") y que, adicionalmente, las autoridades administrativas del sector cuenten con funciones de IVC y de sanción por violaciones al régimen de protección de los usuarios. Por supuesto, la configuración específica de dicho régimen dependerá en gran medida del tipo de servicio público y de los derechos en juego ante fallas en la prestación o conductas del prestador[117].

---

necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general. De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados": Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 2003. En el mismo sentido, *cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-041 de 2003 y C-353 de 2006.

117 Este punto puede ilustrarse con lo previsto en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, sobre la protección al usuario del servicio público de telecomunicaciones, así: "El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones".

En ese sentido, cabe mencionar que, en la práctica, las superintendencias con competencias en materia de servicios públicos han venido organizando y reorganizando sus dependencias especializadas en protección al usuario[118]. Las funciones que suelen atribuirse a esas dependencias son usualmente de asesoría en política de atención y participación, de vigilancia y de sanción.

6. PRIMACÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

En la práctica, el buen funcionamiento de los servicios públicos, respetando los principios anteriormente enunciados, es la mejor garantía de la eficacia y efectividad de la dimensión objetiva –y no solo subjetiva– de varios derechos fundamentales[119], así como del goce de ciertos derechos colectivos. El grado óptimo de prestación de todo servicio público se puede así medir en función del nivel de satisfacción de derechos constitucionalmente protegidos[120].

Por ello, todos los prestadores y todas las autoridades competentes en materia de servicios públicos deben ejercer sus diferentes actividades con la finalidad última de materializar la satisfacción de esos derechos. Esa visión "finalística" de los servicios públicos significa que "su razón de ser está dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República"[121].

De ahí que, cuando el operador falla, se expone a las medidas que puedan imponerle las autoridades administrativas o eventualmente los jueces. Del mismo modo, cuando además de la falla del prestador, se evidencia la falla de la Administración en cualquiera de sus funciones en el campo de los servicios públicos (sea como regulador, policía o sancionador), las autoridades administrativas quedan expuestas a eventuales decisiones administrativas y/o judiciales donde se evalúe su responsabilidad.

---

118 Fue así como, mediante Decreto 2409 de 2018, se reestructuró la Superintendencia de Transporte y se creó el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de Usuarios del Sector Transporte; toda vez que se requería fortalecer institucionalmente la tutela del usuario dentro de ese sector.

119 Sobre esa relación, *cfr.* J. ESTEVE PARDO, *op. cit.,* pp. 426-427.

120 En ese sentido hemos sostenido en otras ocasiones que "el derecho administrativo colombiano debería focalizarse, en primer lugar, sobre la convergencia del servicio público de salud hacia la satisfacción igualitaria y de calidad del núcleo esencial del derecho a la salud": B. CARVAJAL SÁNCHEZ, *op. cit.*

121 J-O. SANTOFIMIO, *op. cit.*, p. 322.

Además de activarse los mecanismos ordinarios de protección de derechos que existen en cada sector, la ausencia o la debilidad en la garantía de la primacía de los derechos fundamentales, por parte de la empresa operadora o de la autoridad garante del servicio, termina de una u otra forma activando las acciones constitucionales y la intervención del juez constitucional. Esto se ha convertido en una característica más del derecho de los servicios públicos en Colombia; pues, a la normativa proveniente de la ley, de la reglamentación y de la regulación, deben agregarse los principios y reglas provenientes del precedente jurisprudencial constitucional en la materia.

En efecto, no solo las acciones de tutela, sino también las acciones populares y de cumplimiento[122], ejercen una constante influencia sobre el régimen de derechos, obligaciones y deberes exigibles frente a cada servicio. Así, múltiples órdenes judiciales de tutela se han emitido (algunas proporcionadas, otras lamentablemente no) con el propósito de proteger derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud, la vida digna, la educación, el acceso al agua potable o la igualdad. Abundantes son también las órdenes impartidas por los jueces que resuelven acciones populares en nombre de la defensa de los derechos colectivos, tales como la seguridad pública, la salubridad pública, el medio ambiente sano, la movilidad, el acceso a la infraestructura en servicios públicos o el acceso a la prestación eficiente y oportuna de dichos servicios.

Ordenar la prestación de un sinnúmero de servicios en salud[123], la limitación de la suspensión del servicio de agua potable para garantizar 50 litros por día[124], la reubicación o clausura de botaderos de basura a cielo abierto[125], la realización de obras de alcantarillado[126], la inclusión de la población de recicladores en áreas de servicio exclusivo en materia de aseo[127], la reactivación del servicio de electricidad a población en especial condición de vulnerabilidad[128], la construcción de plantas de tratamiento, acueductos o el

---

122 *Cfr.* R-S- Correa, "Las acciones populares, de grupo y de cumplimiento y su impacto en la construcción de políticas públicas", *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 20, pp. 41-76.
123 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, entre muchísimas otras.
124 *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-100 de 2017, T-188 de 2018, T-318 de 2018.
125 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 1998.
126 *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, T-601 de 2017, entre otras.
127 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-724 de 2003, Auto A-275 de 2011.
128 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002.

mantenimiento de sus redes[129], la adecuación y mantenimiento de redes de alcantarillado[130], la revocación de la habilitación de operadores del sistema de salud[131], son apenas algunos de los ejemplos de la intervención de los jueces constitucionales en el derecho colombiano de los servicios públicos.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, puramente transitoria, consideramos pertinente y útil retener los siguientes puntos:

1. La idea del servicio público como toda actividad y misión del Estado, adelantada por las autoridades públicas y que, en últimas, se confunde con el ejercicio de cualquier Función Pública, ha sido superada conceptualmente. Sin embargo, en la práctica quedan algunos vestigios de esa concepción orgánica: particularmente, la noción de servicios públicos administrativos que engloba diferentes funciones y actividades a cargo del Estado, quien por definición aparece como su titular.

2. Los servicios públicos son actividades prestacionales muy especiales, pues corresponden a prestaciones de naturaleza económica, de provisión de bienes o servicios bajo la lógica del mercado (con prestadores, usuarios y precios), y donde el servicio se presta por empresas (privadas, mixtas o públicas); actividades que tras ser calificadas jurídicamente como "servicio público" no deben ser tratadas por el Estado como servicios privados.

3. Los servicios públicos son actividades económicas íntimamente ligadas a la satisfacción del interés general. De ahí la necesidad de equilibrio entre el interés particular de la empresa prestadora y los intereses de la sociedad y de los usuarios. Cuando ese equilibrio se ve afectado o amenazado, deben emplearse instrumentos jurídicos para materializar la prevalencia del interés general, tales como sanciones, medidas cautelares, intervención sobre

---

129 *Cfr.* Consejo de Estado, Sec. 1ª, 5 de marzo de 2015, AP 2013-00361-01; Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección 1ª, 3 de abril de 2014, Rad. 85000-23-31-000-2011-00210-01(AP), entre otras.

130 *Cfr.* Consejo de Estado, Sec. 1ª, 22 de noviembre de 2012, Exp. 25000-23-27-000-2005-00814-01(AP).

131 *Cfr.* Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sec. 1ª, Subsec. A, 10 de abril de 2019, Rad. 25000232400020 17-00885-00; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sec. 1ª, Subsec. A, 10 de abril de 2019, Rad. 25000234100020 1601314.

precios y tarifas, toma de control, traslado de usuarios, liquidación forzosa, entre otros.

4. La actividad de prestación de servicios públicos no constituye *per se* una función administrativa. Detrás de todo servicio público no hay necesariamente un prestador de derecho público, así como tampoco delante de toda entidad estatal encontramos necesariamente la prestación de un servicio público.

5. En el esquema que conocemos actualmente, el Estado puede organizar una empresa prestadora del servicio público, pero para operar en igualdad de condiciones respecto de los particulares y, en todo caso, sometido a las reglas de funcionamiento de esos mercados.

6. En un Estado social de derecho, cualquiera que sea versión, como en el caso de aquella que le da prevalencia a la economía social de mercado, así el Estado reduzca o abandone la actividad de prestador de los servicios públicos, siempre conservará el deber irrenunciable de garantizar su prestación adecuada.

7. Es por ello que los servicios públicos están siempre bajo la especial supervisión del Estado, de manera que el derecho público permanece en la materia, así los operadores y los servicios se rijan ampliamente por el derecho privado. Sin perjuicio de la configuración legislativa del régimen aplicable a cada servicio, habrá necesariamente una cohabitación de normas de derecho público y privado.

8. El Estado tiene un deber de mayor intervención en la economía de los servicios públicos, dada la particular caracterización de estos servicios. Dicha intervención puede darse de muchas formas, unas más sutiles que otras, llegándose inclusive –cuando el servicio público es calificado como esencial– a medidas como la restricción del derecho de huelga y la prohibición de la interrupción de la prestación.

9. Las principales funciones administrativas del Estado garante de la prestación oportuna, eficiente y con calidad de los servicios públicos, son la función de regulación económica sectorial, la función de policía administrativa especializada para efectos de habilitaciones, inspección, vigilancia y control, así como el ejercicio de la potestad sancionadora.

10. El buen funcionamiento de los servicios públicos contribuye enormemente a la eficacia y efectividad de los derechos constitucionales; tanto de los derechos fundamentales, como de los derechos colectivos. Todas las funciones administrativas que se despliegan sobre la prestación de los

servicios públicos deben propender por la concretización y defensa de esos derechos. En caso de falla por parte de los prestadores, o de la misma Administración garante, podrán activarse las acciones constitucionales, cuya influencia sobre el régimen de los servicios públicos es innegable.

11. Además de la primacía de los derechos constitucionales, el derecho de los servicios públicos debe garantizar el respeto de los principios de universalidad, continuidad, calidad, adaptabilidad y de protección del usuario.

12. Por último, no está de más insistir en que los cambios, fases y vicisitudes de la categoría jurídica denominada "servicio público" en el derecho administrativo colombiano exigen una doctrina, una jurisprudencia y una legislación que sea muy consciente de esos avatares, con el fin de reducir los niveles de incoherencia y confusión al calificar una actividad como servicio público.

BIBLIOGRAFÍA

Amador Cabra, Luis Eduardo. *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Diké, 1998.

Barnés, Javier. "La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento", en *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización* (M. Darnaculleta, J. Esteve Pardo e I. Spiecker, eds.) (pp. 281-311), Madrid, Marcial Pons, 2015.

Bernal Pulido, Carlos. "El concepto de servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano", *Letras Jurídicas*, vol. 10, n.º 10, Medellín, epm, 2005, pp. 105-141.

Cassagne, Juan Carlos. "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)", *Revista de Administración Pública*, nº 140, mayo-agosto de 1996, pp. 95-110.

Craig, Paul. *Administrative Law*, 6ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2008.

Chapus, René. *Droit administratif général,* t. I, 15ª ed., Paris, Montchrestien, 2001.

Chevallier, Jacques. *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

De Corail, Jean-Louis. "Service public", en *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland y S. Rials, ed.), París, puf, 2003.

Esteve Pardo, José. *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012.

Forsthoff, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

Frier, Pierre-Laurent & Petit, Jacques. *Précis de droit administratif*, 4ª ed., París, Montchrestien, 2006.

García Herreros, Orlando. "Algunas precisiones sobre el tema del servicio público", *Vniversitas*, n.º 39, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1970, pp. 264-272.

Jèze, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo* (C. García, trad.) Oviedo-Madrid, Editorial Reus, 1928.

Montaña Plata, Efraím Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Montaña Plata, Efraím Alberto. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Navarro, Karlos. "Hacia un derecho administrativo de garantías. Nuevas tendencias del derecho administrativo", en *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann* (J. O. Santofimio, J. Barnés y M. Ibagón, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Navarro, Karlos & Moreno, Luis Ferney. *Teoría de los servicios públicos. Lecturas seleccionadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Ortiz Laverde, Sandra Milena. "Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.° 20, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 487-509.

Palacio Jaramillo, María Teresa. "Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público", *Revista de Derecho Público*, nº 11, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000, pp. 27-37

Palacios Mejía, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

Parejo Alfonso, Luciano. *El concepto del derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho administrativo económico*, 6ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2015.

Sánchez Hernández, Hugo. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y Colombia*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2016.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Sarria, Eustorgio. *Derecho administrativo*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1962.

Sarria, Eustorgio & Sarria Barragán, Mauricio. *Derecho administrativo colombiano general y especial*, 9ª ed., Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1984.

Stapper Buitrago, Cristian. *El servicio público clásico y actual*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016.

Suárez Tamayo, David. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2010.

Truchet, Didier. *Droit administratif*, Paris, puf, 2011.

Vásquez Franco, Gladys. *La concesión administrativa de servicio público en derecho español y colombiano*, Bogotá, Temis, 1991.

Vedel, Georges. *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980.

Velasco Caballero, Francisco. *Derecho público más derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo general*, Bogotá, Temis, 1966.

Vidal Perdomo, Jaime. "Mito y realidad del servicio público", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 2, nº 2, Bogotá, Universidad del Rosario, 2000, pp. 50-67.

CONTRIBUCIONES DEL AUTOR AL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

"El gobierno de lo público por medio de un derecho global no oficial", en *El Estado constitucional en jaque*, t. II (M. Correa y F. Padrón, eds.) (pp. 79-109), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

"Claroscuro de los regímenes de responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio colombiano", en *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción* (A. Montaña y J. Rincón, eds.) (pp. 221-262), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

"La pugna entre legitimidad y corrupción: el caso de la Corte Constitucional colombiana" (coautoría con Andrea Cristina Robles Ustariz), en *Corrupción en Colombia, t. IV: Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos* (pp. 101-154), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

"Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit constitutionnel en Colombie" (coautoría de varios autores), en *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif. Journées italiennes. Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome LXVII/2017* (pp. 527-536), Bruxelles, Bruylant, 2018.

"Obligaciones del árbitro para con las partes", en *Arbitraje 360º: El árbitro y la función arbitral*, t. I, vol. 2 (H. Herrera y F. Mantilla, eds.) (pp. 90-104), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

"Un nuevo derecho administrativo de la salud para una paz durable en Colombia", en *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz* (A. Montaña y A. Ospina, eds.) (pp. 797-823), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

"¿Puede el Congreso de la República desarrollar autónomamente algunos de los temas mencionados en el Acuerdo de Paz actial o en el que sea objeto de renegociación?", en *La paz, el derecho de la democracia. Elementos de análisis frente a los desafíos del legislador en la implementación del acuerdo final de paz en Colombia* (pp. 52-57), Bogotá, Universidad del Cauca-Congreso de la República de Colombia, 2016.

"Comentarios a los capítulos II y III del título II de la Parte Primera y al título X de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011", en *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Comentado y concordado* (J. L. Benavides, dir.) (pp. 102 y ss.), 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

"The impact of OECD recommendations and the World Bank's Doing Business Report in the Colombian Legal System: The Challenge of ensuring regulatory quality and performance within a culture of non-compliance with rules", en *Documentos de Trabajo, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia*, n.º 90, 2015, en <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2017/11/DOC-DE-TRABAJO-90.pdf>.

"La Corte y el Sistema", *Revista Semana, separata especial del sector salud*, abril de 2015, p. 32.

"Potestad reglamentaria. Control y bloque de legalidad *lato sensu*. Libertad de profesión u oficio. Comentario – C.E., Sección Primera, 14 de enero de 1976", en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (A. OSPINA GARZÓN, ed.) (pp. 73-86), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

"¿Cómo asegurar calidad regulatoria?", *Revista digital de derecho administrativo,* n.° 9, 2013, pp. 41-62.

Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français, tesis, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011.

"Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 4, 2010, pp. 7-21.

El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa, colección Temas de Derecho Público, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

"Anotaciones sobre la reglamentación y puesta en marcha de las entidades certificadoras en Colombia", *Foro del Jurista,* vol. 22, 2001, pp. 5 y ss.

TRADUCCIONES A CARGO DEL AUTOR

FRYDMAN, BENOIT. *Breve manual práctico de derecho global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

MILLARD, ÉRIC. *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

PFERSMANN, OTTO. "Integración por vía jurisprudencial y derecho constitucional", en *Constitución e Integración* (AA.VV.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.