

¿EN QUÉ MEDIDA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS CONFIGURA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

RICARDO ALBERTO MACHADO ÁNGEL

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DERECHO
MEDELLÍN
2018

¿EN QUÉ MEDIDA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS CONFIGURA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

RICARDO ALBERTO MACHADO ÁNGEL

Trabajo de grado para optar al título de abogado.

Asesor
SIMÓN GIRALDO OSPINA
Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DERECHO
MEDELLÍN
2018

Resumen

Para responder al interrogante ¿En qué medida la prestación de servicios públicos configura función administrativa?, se debe analizar la evolución histórica que ha sufrido la noción de prestación de servicios públicos, lo anterior con la finalidad de identificar aquellos fenómenos de diferente índole que han repercutido en su concepción.

Para esto se estudiarán los aportes doctrinarios de diferentes autores, concepciones jurisprudenciales, además de normatividades locales y extranjeras; con lo cual se vislumbrará la noción clásica de servicio público, su crisis, y el concepto que tiene en la actualidad; para continuar con un análisis de la función administrativa y la relación de ambos tópicos. Finalmente se explicará el motivo por el cual el interrogante planteado genera tanta controversia, concluyendo con la diferenciación entre las nociones prestación de servicios públicos y función administrativa, y el señalamiento de los efectos producidos si fueran considerados como equivalentes; lo anterior sin dejar de precisar que los servicios públicos pueden llegar a configurar función administrativa en determinados casos.

Palabras claves.

Servicios públicos, función administrativa, Estado, particulares, interés general.

Introducción

De acuerdo al artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Con este escrito se pretende analizar factores de orden histórico, jurídico, político, social y económico que han incidido en las actuaciones del Estado respecto la prestación de servicios públicos, así como obtener una mayor comprensión de cuáles han sido los efectos producidos por la ruptura del monopolio en el cual el Estado era el único prestador de los servicios públicos.

La importancia de analizar el desarrollo que ha tenido el concepto de prestación de servicios públicos como tal desde su surgimiento y el papel que respecto a este desempeña el Estado, deriva de dos tópicos fundamentales. El primero, la función administrativa que por mandato constitucional está al servicio de los intereses generales. El segundo, la prestación de servicios públicos que el Estado debe asegurar por ser considerados dentro la Constitución Política como inherentes a la finalidad social del Estado. Designaciones de orden constitucional que blindan la importancia de su cumplimiento y resaltan fines esenciales del Estado tales como servir a la comunidad y promover la prosperidad general.

De acuerdo a lo anterior, comenzando con el tópico referente a la prestación de los servicios públicos, se expondrá la forma en que esta noción fungió como criterio diferenciador de la jurisdicción en Francia, siendo necesario hacer una breve mención al surgimiento y desarrollo del Consejo de Estado Francés. Esto con la finalidad de arribar a la teoría que en la actualidad aplica en Colombia.

Origen y evolución de la prestación de los servicios públicos a partir de su concepción como tal

Mediante la concepción del Consejo de Estado a través del artículo 52 de la Constitución francesa de 1799, se buscaba corregir la falta de control judicial frente a la administración, esto es descrito por Pantoja (1994) refiriéndose al gobierno francés en su concepción administrativa:

... no fue extraño que la Constitución del 22 de febrero del año VIII (15 de diciembre de 1799) sustituyera el sistema administrativo de las constituciones de 1791 y 1795, en que las autoridades administrativas eran sus propios jueces, por otro en que un organismo especializado ejerciera la asesoría gubernativa y la jurisdicción administrativa. (p. 60).

En razón de esta asesoría gubernativa, inicialmente la función de controlar las actuaciones de la administración se encontraba limitada, puesto que al estar supeditada al poder ejecutivo la función jurisdiccional, a modo de asesoría se brindaba una solución frente a las reclamaciones, pero esta solución estaba sometida a la aprobación del Jefe de Estado, configurándose de esta forma una justicia retenida. ç

A medida que el Consejo de Estado fue adquiriendo poder en Francia, aunque en la teoría se encontraba supeditado al ejecutivo, en la práctica este último acataba lo indicado por el primero al resolver las reclamaciones interpuestas. Mediante la ley del 24 de mayo de 1872, sin importar que la figura de la justicia retenida había desaparecido en la práctica, se eliminó dicha figura de la teoría, lo anterior a través de la configuración del sistema de justicia delegada a

través del carácter jurisdiccional obtenido por el Consejo de Estado, tal como lo expone Cambero (2006):

La ley del 24 de mayo de 1872 puso fin a esta situación: en virtud de dicha ley, el Consejo de Estado, conservando su competencia de consulta fuera del contencioso administrativo, ejerce la justicia “delegada”, es decir que, como todo tribunal, instruye un proceso jurisdiccional, “a nombre del pueblo francés”. (p. 6).

Posterior al desarrollo histórico expuesto, se tenía un órgano encargado de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero aún existía incertidumbre respecto a los asuntos que conocía esta jurisdicción, debido a que la administración podía actuar como los particulares o de una forma diferente a estos, circunstancias en las cuales no había claridad si se debía aplicar el derecho administrativo o el derecho común. Lo anterior generó la necesidad de obtener un criterio diferenciador, y es allí, como se mencionó, donde se puede apreciar la importancia que tuvo el concepto de servicio público para definir si en un asunto determinado debía aplicarse la jurisdicción común o la contencioso-administrativa. Como afirma Rodríguez (1995), en la búsqueda de resolver cuál jurisdicción debía conocer, se pasó por tres etapas, en la primera el derecho administrativo se define por la noción de “poder público”, posterior a esta se definió por la noción de “servicio público”, noción que entró en crisis siendo precisamente esta la tercer etapa; a continuación se desarrollarán cada uno de estos momentos, con lo cual se dará a conocer el surgimiento de la noción de servicio público como tal, su importancia, el motivo por el cual la noción clásica entró en crisis y su estado actual.

1. El derecho administrativo definido por la noción de “poder público”.

De acuerdo a esta teoría, se aplicaba el derecho administrativo y por tanto conocía la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto a los asuntos en los cuales se estaba frente a una actividad de autoridad; y se aplicaba el derecho común y conocía la jurisdicción común, respecto a aquellos asuntos en los cuales la administración hacía uso de los actos de gestión. Rodríguez (1995) describe estas actividades de la siguiente manera:

La actividad de poder o de autoridad, que consistía en que los órganos del Estado actuaban por medio de órdenes, prohibiciones y reglamentaciones unilaterales, es decir, actuaciones con las cuales el Estado manifestaba una voluntad de mando. Esta actividad daba lugar, por tanto, a la expedición de *actos de poder o de autoridad*.

La actividad de gestión, que consistía en aquellas actuaciones que realizaba el Estado sin utilizar su poder de mando y que, por consiguiente, eran semejantes a las actuaciones de los particulares. Cuando el Estado actuaba de esta forma, lo hacía mediante *actos de gestión*. (p. 22).

Estos criterios diferenciadores cumplían su cometido debido al limitado campo de actuación que tenía el Estado, donde se diferenciaban con facilidad las funciones que cumplía el Estado de las actividades ejercidas por particulares, frente a esto Rodríguez (1995) indica:

Esta idea del *poder publico* se acomoda a la actividad del Estado de la época, regido por los principios del liberalismo clásico. En efecto, el llamado *Estado-gendarme*, cumplía casi exclusivamente tareas de tipo político: las relacionadas con la guerra (defensa exterior), la policía (control del orden interno) y la administración de justicia, las

cuales se diferenciaban claramente de las actividades particulares por el poder de mando que implicaba su ejercicio (p. 22).

Fue la limitación en el actuar de la administración lo que le dio validez a la teoría según la cual el derecho administrativo se definía por la noción de “poder público”, pero también fue este reducido campo de actuación lo que llevó a la inaplicabilidad de esta teoría. El motivo de esto fueron los servicios técnicos que empezó a prestar el Estado a la comunidad, en los cuales no se materializa la actividad de poder o de autoridad, por lo que los actos de poder o de gestión no fungían como un criterio diferenciador efectivo. La transición del “poder público” hacia el nuevo factor diferenciador es explicado por Rodríguez (2011) de la siguiente forma:

Si la noción de poder o mando ya no era el elemento esencial que permitía diferenciar claramente la actividad administrativa de la realizada por los particulares, algunos autores a comienzos del siglo XX consideraron que era necesario encontrar una nueva noción. Fue así como basados en algunos fallos importantes de la jurisprudencia de finales del siglo XIX y comienzos del XX, como el famoso fallo Blanco, del Tribunal de Conflictos (1873) y el fallo Terrier, del Consejo de Estado (1903), concluyeron que la nueva noción clave era la de servicio público, caracterizada por un elemento fundamental que era la búsqueda del interés general (p. 32).

2. El derecho administrativo definido por la noción de “servicio público”.

La prestación de servicios públicos fue el nuevo criterio diferenciador utilizado para identificar las actividades propiamente administrativas, al mismo

tiempo que fundamentaba la existencia de la administración y la aplicación de la jurisdicción contencioso-administrativa con una normatividad especial, frente a esto Santofimio (2003) indica:

La prestación de los servicios públicos constituye una de las actividades clásicas de la administración pública, desarrollada primordialmente en Francia, como columna vertebral no sólo para identificar las actividades propiamente administrativas, sino también para justificar la existencia de un derecho especial administrativo con principios y fundamentos diversos a los del derecho común, así como un control jurisdiccional propio y autónomo para juzgar a la administración en sus litigios con los particulares. Desde el punto de vista material el servicio público como actividad vinculante de la administración pública significa una forma alternativa propia de la concepción francesa de entender el interés general y las responsabilidades públicas frente a la comunidad. (p. 42).

De acuerdo a lo anterior, los servicios públicos eran considerados como aquellas tareas de tipo político que tradicionalmente cumplía el Estado, además de abarcar aquellos servicios técnicos adoptados por el Estado en los cuales no está presente la noción de poder público. Estos servicios técnicos se diferenciaban de las actuaciones de particulares por buscar la satisfacción del interés general, justificándose de esta forma la aplicación de normas especiales que componían este último, dicha justificación es explicada por Duguit (citado en Marín, 2010, p. 14):

La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo

la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de estos deberes era a la vez consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público. (p. 27).

Esta noción clásica de servicio público, la cual es orgánica al ser los servicios públicos prestados únicamente por el Estado, y su elemento esencial consistente en la satisfacción del interés general; es una de las razones por las cuales, hoy en día, se presenta controversia a la hora de definir si la prestación de servicios públicos constituye o no función administrativa, aspecto en el cual se profundizará más adelante.

3. Crisis de la noción de servicio público.

La noción clásica de servicio público llegó a un estado de crisis por varios factores, Rodríguez (1995) indica:

A partir de la Primera Guerra Mundial y como consecuencia de las nuevas ideas sobre intervencionismo del Estado, la actividad de este último continuó evolucionando y fueron apareciendo nuevos servicios de carácter económico hasta llegar a los llamados *servicios industriales y comerciales*, que ya no se diferenciaban claramente de las actividades de los particulares. Por su parte, en un movimiento inverso, también tomó un desarrollo importante la colaboración de los particulares en las tareas de servicio público, ya que el Estado no las podía asumir todas. (p. 23).

Por su parte, Marín (2010) atribuye la mencionada crisis a los siguientes motivos:

La noción anterior empezó a reevaluarse en virtud de la dinámica moderna que domina la economía y el mercado, así como las nuevas concepciones políticas, culturales y sociales donde participa el Estado, y desde las cuales se reconsideró la prestación del servicio bajo la forma del monopolio. A esto se suma que la participación de los particulares en las actividades estatales, especialmente en la prestación de los servicios públicos, obedece a la teoría de la colaboración armónica, no solo entre los poderes del Estado, sino entre el Estado y el sector privado, quienes confluyen mediante la solidaridad y la participación activa, como promotores, incluso, desde el mercado, de actividades que generan bienestar social. (p. 16).

Tras analizar ambas explicaciones, se puede identificar como las nuevas ideas frente al intervencionismo estatal, los servicios industriales y comerciales del Estado, y las nuevas dinámicas del mercado entre otros factores; llevaron a la noción del servicio público a la crisis enunciada. La convergencia de estos elementos se materializó específicamente en dos circunstancias, respecto a las cuales ambos autores tienen un punto de encuentro, siendo estas la participación del Estado en actividades desarrolladas por los particulares y la presencia de los particulares en las actividades que eran desarrolladas de forma monopólica por parte del Estado.

Esta presencia de particulares en las actividades que anteriormente eran desarrolladas monopólicamente por parte del estado, fue requerida con el propósito de adquirir los beneficios de las dinámicas del mercado, debido a que,

como indica Rodríguez (1995), el Estado no era apto para cumplir con todas las tareas relativas a la prestación de servicios públicos.

Por lo anterior, la prestación de servicios públicos se ve expuesta a un nuevo modelo, el cual permite la participación de particulares bajo las dinámicas del mercado, dinámicas con las cuales quien resulta beneficiado es el usuario de los servicios públicos, puesto que las entidades prestadoras de servicios públicos buscan la obtención de una mayor clientela, incrementan la cobertura y mejoran la prestación del servicio al tiempo que sostienen una tarifa adecuada para competir en el mercado. El papel que funge el mercado en este cambio es explicado por Ariño (citado en Santofimio, 2003, p. 43) al fundamentar la exposición al nuevo modelo de la siguiente forma:

La esencia del cambio en el concepto y régimen del servicio público consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión-rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate. (p. 560).

Por lo expresado en este numeral, tal como lo indica Marín (2010), el tradicional modelo francés donde el Estado poseía el monopolio de los servicios públicos, ha sido suplido por el modelo anglosajón, en el cual, al Estado solo le incumbe la prestación de los servicios públicos en situaciones especiales, donde es necesaria su presencia, pero es el sector privado, aquel que en situaciones ordinarias cumple con la prestación de los servicios públicos.

Noción actual de servicio público

Posterior a la mencionada crisis, el criterio orgánico utilizado en la noción de servicio público se vio en la necesidad de ser reformulado en razón a que los servicios públicos pasaron a ser prestados por el Estado y también por los particulares, la noción de servicio público dejó a un lado la importancia que tenía quien los prestaba, esto para darle relevancia a su naturaleza. La ley colombiana al prohibir la huelga en los servicios públicos define a estos últimos acogiendo un criterio material, esto lo hace en el párrafo segundo del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual:

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

Función Administrativa

Respecto a la función administrativa, el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia indica lo siguiente:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

A pesar de estar estipulada la razón de ser de la función administrativa y los principios en base a los cuales se desarrolla, no hay una definición concreta de esta, lo cual configura uno de los motivos por los cuales, se presenta controversia a la hora de precisar si la prestación de servicios públicos constituye o no función administrativa. Además de lo anterior, como se explicó anteriormente, según la posición que surgió en la doctrina clásica francesa, las nociones de función administrativa y servicios públicos han sido consideradas como equivalentes, lo cual puede generar confusión al momento de identificar la evolución separada que han tenido ambos conceptos.

Respecto a la función administrativa y teniendo en cuenta lo indicado por el artículo 209 de la Constitución Política, es indicado precisar que esta tiene su origen en el ejercicio del poder de la administración pública, tal como es indicado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra, en sentencia emitida el 31 de marzo de 2005 con radicado 25000-23-25-000-2004-01617-01(AG)DM, la cual pregona:

La función administrativa no es una noción muy definida, de la cual se deduzca una concepción normativa. Además, dentro de un esquema de democracia participativa y de Estado Social, los criterios organicistas que delimitaban dicha función, no alcanzan a cubrir todas las posibilidades de acción estatal. Sin embargo, se advierte en nuestro ordenamiento jurídico, que el concepto de función administrativa tiene su génesis en el ejercicio legítimo (sic) de poder de la administración pública con consecuencias jurídicas, que en últimas se traduce en la expedición de actos administrativos. Fundamentalmente, la creación, extinción o modificación de situaciones jurídicas generales o individuales a través de actos administrativos, opera bajo la presunción de legalidad, la obligatoriedad intrínseca de los actos, y la capacidad para que la administración ejecute por si misma tales decisiones.

Además del génesis de la función administrativa y la forma en que esta se materializa, también es adecuado indicar que la función administrativa está sujeta al principio de legalidad, Bastidas (2014) hace alusión a esto y recalca la inherente presencia de la función administrativa cuando se está ante un acto administrativo de la siguiente manera:

La función pública administrativa está marcada fuertemente por el llamado principio de legalidad, que en la actualidad no consiste solo en la necesidad de que la decisión administrativa se apegue a la ley más inmediata de sujeción, sino también a la Constitución, y, en general, al ordenamiento jurídico completo. La presencia de un acto administrativo indica que se ha ejercido la función pública administrativa. Por eso ese acto administrativo se presume legal y resulta obligatorio. (p. 59).

De acuerdo a lo anterior, y a pesar de no contarse con una definición concreta de función administrativa, es posible concretar que nos encontramos en presencia de esta cuando la administración expresa su voluntad a través de los actos administrativos, los cuales bajo la presunción de legalidad con obligatoriedad intrínseca, crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas generales o individuales.

Relación entre función administrativa y prestación de servicios públicos

Como se mencionó con anterioridad, las nociones de función administrativa y prestación servicios públicos llegaron a ser consideradas como equivalentes, contemplación propia de la doctrina clásica francesa, la cual predominó durante el periodo en que se efectuó el surgimiento de la noción de servicios públicos como tales, esto mediante su adopción monopólica por parte del Estado.

Sin importar que los conceptos de función administrativa y servicio público han evolucionado de forma separada, ambos continúan fielmente arraigados a su finalidad de origen, siendo esta, el interés general. Incluso este es uno de los argumentos utilizados por la *tesis positiva*, según la cual, el servicio público constituye función administrativa.

Además de lo anterior, como indica Marín (2010), aunque no de forma absoluta, la mayoría de los servicios públicos están a cargo de la rama ejecutiva, motivo por el cual, aquellos son permanentemente asociados con esta y la función administrativa que desarrolla.

Esta complicada evolución de los conceptos de función administrativa y prestación de servicios públicos, con puntos de bifurcación e intersección, se

presta para ser interpretada de forma diferente de acuerdo a los distintos pensamientos que se tienen respecto al papel que cumple el Estado e ideologías político-económicas. Es por esto que en razón de brindar claridad al respecto, se enunciarán las consideraciones de las Altas Cortes de Colombia, las cuales basan los cimientos de sus decisiones en los cambios surgidos a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia con radicado 50001-23-31-000-2003-00020-01(AP), emitida el 13 de mayo de 2004 con ponencia de la Dra. María Elena Giraldo Gómez, , indica:

El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

El Consejo de Estado en esta misma sentencia clarifica el cambio sufrido por la noción correspondiente a la prestación de servicios públicos posterior a la constitución de 1991, indicando que dicha prestación se encuentra sometida a las leyes del mercado, esto precisando la intervención a la cual los servicios públicos

se ven sometidos, esto con base en la importancia que conllevan como se indica a continuación:

De acuerdo con tal (sic) disposiciones se destaca, jurídicamente, que los servicios públicos “*son inherentes a la finalidad social del Estado*”, pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2 y 366 ibídem.) y es por ello que su **prestación** comporta **la concreción material** de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 ibídem); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como mecanismo auxiliar en la administración de Justicia (art. 230).

De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana, con base en expresión foránea, llama “**bienes meritorios**”, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio.

De acuerdo a esta providencia, la prestación de servicios públicos no constituye función administrativa, pero esta noción no es la predominante, debido a que la jurisprudencia en su mayoría han acogido la Tesis Mixta, según la cual, si bien es cierto que la mera prestación de servicios públicos no constituye función administrativa, dicha prestación puede confluir con el ejercicio de la función administrativa, lo cual ocurre cuando se requiere el ejercicio de potestades

inherentes al Estado, al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C – 037 de 2003 con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis señaló:

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

Estos casos en los cuales la prestación de servicios públicos configuran función administrativa, son ahondados por la Sección Segunda Subsección B de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la cual en providencia con radicación ACU – 278, proferida el 28 de mayo de 1998 indica:

En punto a la función administrativa que pueden realizar las empresas de servicios públicos domiciliarios también aparece conveniente lo dicho por esta Corporación en al (sic) prenotada sentencia, donde, prohiendo planteamientos de la Corte Constitucional se concluye que en determinados eventos las empresas prestadoras de servicios públicos cumplen actividades o funciones administrativas, dando lugar a la expedición de actos

controlables por la jurisdicción administrativa, tales como los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación. Como dice la Corte Constitucional, estas facultades incorporan la capacidad para,

“(...) ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones.”

Por último, y con la finalidad de precisar otro punto de intersección entre la prestación de servicios públicos y la función administrativa, se debe recurrir nuevamente a la sentencia C – 037 de 2003, según la cual:

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

De acuerdo a esto, la mera prestación de servicios públicos no configura ejercicio de función pública. Caso contrario a lo que se indica respecto a la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos; actividades exclusivas por parte del Estado, y en cuyo ejercicio efectivamente se hace uso de las potestades inherentes del Estado. Siendo este uno de los puntos de intersección más fuertes

entre la función administrativa y la prestación de servicios públicos. Bastidas (2014) expresa lo enunciado de la siguiente forma:

El artículo 365 ya citado señala que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos. Ahí está el conjunto de puntos de encuentro entre la función pública administrativa y la actividad de servicio público, actividad que, insisto, el propio Estado puede desempeñar, pero en subsidio de la asignación hecha a los particulares para que organicen cuanta empresa sea legalmente posible y económicamente viable en pos de satisfacer necesidades de interés general (iniciativa privada y libre industria y comercio).

Efectos de considerar la prestación de servicios públicos como configuración de la función administrativa

Tras exponerse la relación existente entre la prestación de servicios públicos y la función administrativa, es pertinente hacer mención de ciertos efectos que surgirían si se considerara que la mera prestación de servicios públicos configura función administrativa.

Como ya se mencionó, la función administrativa tiene su origen en el ejercicio del poder de la administración pública, la cual expresa su voluntad a través de actos administrativos. En concordancia con esto, de ser considerada la mera prestación de servicios públicos como ejercicio de la función administrativa, todas las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos serían consideradas como actos administrativos, con todas las repercusiones que esto conlleva. Es decir, todas las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos contarían con la presunción de legalidad y la obligatoriedad intrínseca

características de las actuaciones de la administración pública y dichas actuaciones estarían avaladas para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o individuales de forma unilateral. Actuaciones a las que les serían aplicable los mecanismos establecidos para el control de legalidad de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas.

De acuerdo a lo anterior, las empresas prestadoras de servicio público estarían empoderadas para adelantar actuaciones que afectan a los administrados, esto sin necesidad de requerir una decisión judicial para que dichas actuaciones gocen de legalidad y obligatoriedad. Configurándose de este modo, como regla general, el ejercicio de la función administrativa por parte de empresas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en la actualidad, solo ocurre respecto a los casos determinados.

CONCLUSIONES

Según lo expuesto, es posible apreciar la gran relación que han tenido las nociones de función administrativa y prestación de servicios públicos, las cuales a pesar de haberse desligado debido a la necesidad de someter esta última al mercado de libre competencia con la finalidad de mejorarse la cobertura y calidad del servicio al tiempo que se mantiene una tarifa adecuada para competir dentro del mercado; continúan arraigadas a sus finalidades iniciales. Además, ambas nociones cuentan con la presencia de la autoridad pública, ya sea porque su ejercicio es precisamente la materialización del poder de la administración pública como es el caso de la función administrativa, porque sobre estos recae la autoridad pública a modo de inspección y vigilancia como es el caso de la prestación de los servicios públicos, o porque estos últimos en determinados casos ejercen el poder de la administración pública.

Además de estos puntos de bifurcación e intersección, las diferencias presentadas al momento de definir si la prestación de servicios públicos configura función administrativa tienen un trasfondo más amplio, siendo estas ideologías político-económicas tales como la publicista y la neoliberal, las cuales a partir de la incertidumbre al momento de definir la función administrativa y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto que no han sido completamente congruentes, permiten sostener la validez de diversas posturas.

Es posible concluir que, posterior a la Constitución de 1991, la prestación de los servicios públicos fue sometida a las leyes del mercado, lo cual contrario a ser incompatible con su inherencia a la finalidad social del Estado, potencia a esta última al ser el usuario el mayor beneficiado. Esto, sumado a una interpretación sistemática de las normatividades que regulan el tema y de acuerdo al criterio acogido en su mayoría por las altas cortes colombianas, permite apreciar que en

la actualidad, la mera prestación de servicios públicos en Colombia no constituye función administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño, G. (1999). *Principios de derecho público económico*, Granada: Fundación de Estudios de Regulación y Comares.

Bastidas Bárcenas, H. (2014). La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. *Con-Texto*, (41), 51-66. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3852>

Camero, G. (2006). Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa. *Letras Jurídicas*, 3, 6. Recuperado de <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-03-otono-septiembre-2006-marzo-de-2007?download=34>

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*, (1991).

Colombia. Congreso de la República. *Código Sustantivo del Trabajo*, (1950).

Consejo de Estado (2004). Bogotá. Radicado 50001-23-31-000-2003-00020-01(AP). Magistrada Poenente: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado (2005). Bogotá. Radicado 25000-23-25-000-2004-01617-01 (AG)DM. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Duguit, L. (2006). *Las transformaciones generales del derecho: público y privado*, Buenos Aires: Edit. Heliasta.

Escola, H. (1990). *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires: Depalma.

Francia. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución francesa*, (1791)

Lares, E. (1988). *Manual de derecho administrativo*, Caracas: Alianza Gráfica Editorial.

Marín, G. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Pantoja, R. (1994). *El Derecho Administrativo Clasicismo y Modernidad*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez, L. (1995). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Rodríguez, L. (2011). *Derecho administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis S. A.