

David Suárez Tamayo

**Huida o vigencia del derecho administrativo:
el caso de los servicios públicos domiciliarios
Transformaciones - Tendencias
del Derecho Administrativo**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

La colección mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

**Hernán Darío Vergara Mesa
Decano**

David Suárez Tamayo

**HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS
SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Transformaciones-tendencias
del Derecho Administrativo**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO:
EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Transformaciones-Tendencias
del Derecho Administrativo
© David Suárez Tamayo
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Primera Edición: 2010
ISBN: 978-958-997-012-6

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 5

Corrección de textos: Elkin Ospina Torres
Diseño, diagramación e impresión: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
Calle 46 No 43-43, PBX: (57-4) 444 44 98
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula:
Paraninfo de la Universidad de Antioquia
Luis Javier Londoño Balbín
Departamento de Información y Prensa de la Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Oficina de comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

Hecho el depósito que exige la ley.
Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier por cualquier proceso reprográfico o fónico,
especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

*A mis padres, Rosa Fanny y Tomás Emilio,
a quienes debo lo que soy.*

*A mis hermanas Estella y Liliana, y mis sobrinas Manuela
y Camila, con quienes comparto lo que soy.*

A Andreita, quien me acompaña a pesar de como soy.

AGRADECIMIENTOS

Mi sentimiento de gratitud para aquellas personas, que de una u otra manera, con sus aportes bibliográficos, reseñas de textos, búsqueda de material, fichaje y resúmenes, diálogos, críticas, refutaciones, preguntas, cuestionamientos, contribuyeron a la realización de este trabajo. Son ellos:

Mis estudiantes y discípulos de hace algunos años de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia: David Sierra, Gabriel Rincón, Cristian Díaz y Andrea Molina (ya titulada), y de la especialización de Derecho Administrativo de la misma Facultad: Luis Fernando Hernández.

Los expertos entrevistados: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (U. Externado), Felipe de Vivero (U. Andes), Marco Antonio Velilla (Consejo de Estado), Marta Cediell (U. Andes), Gustavo Quintero (U. Andes), Fabián Marín (Consejo de Estado), Ricardo Hoyos Duque (Ex consejero de Estado), Alberto Montaña Plata (Consejo de Estado y U. Externado), Juan Guillermo Arbeláez (Magistrado Tribunal Administrativo Antioquia), José Ignacio Madrigal (Juez Administrativo Medellín), Pilar Estrada (Jueza Administrativa Medellín) y Gabriel Jaime Velásquez (EPM).

Mención especial merecen mi colega, y ex alumna (ya hoy también colega), respectivamente, de la Escuela de Derecho de EAFIT, Carolina Ariza y Nataly Montoya, quienes me acompañaron en la búsqueda de información y en la discusión sobre estos temas durante el año 2008.

A Olga Lopera Quiroz, Directora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, por sus enseñanzas, recomendaciones, incentivos y motivaciones; al Señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Hernán Darío Vergara Mesa; los coordinadores de Posgrado de Derecho de la U de A: Luz María Restrepo Mejía; Jaime León Gañán Ruiz y Miguel Ángel Montoya Sánchez.

A Vicente Jaime Ramírez a quien le debo su insistencia para que cursara la Maestría y quien siempre me motivó para escribir finalmente este texto; a Olga Cecilia Londoño,

secretaria de la Oficina de Posgrados de Derecho de la U de A; a los profesores y compañeros de la Maestría.

A la Universidad EAFIT, en especial a José Toro, Camilo Piedrahita y Hugo Castaño por su respaldo permanente e incondicional.

A mi profesor, maestro, amigo, colega y asesor de este trabajo, Carlos Alberto Atehortúa Ríos, quien por supuesto no comparte todo lo que aquí se afirma, pero que como buen liberal y demócrata, siempre me ha incentivado y motivado para que deje plasmadas mis propias interpretaciones y análisis, sobre una disciplina como la teoría del Derecho administrativo, que como él bien lo ha enseñado siempre, no contiene verdades, ni certezas; sino más bien, diría yo, abunda en perplejidades, incertidumbres y contradicciones. ¡Qué orgullo! pero ¡qué reto! y ¡qué desafío! fue contar como asesor, con quien hoy es, sin duda, el tratadista y catedrático más reconocido y con mayor trayectoria académica y profesional sobre el tema en Colombia.

A mis padres Tomás Emilio y Rosa Fanny, hermanas Estella y Liliana, sobrinas Manuela y Camila y mi novia Andrea, que lo son todo para mí.

Al profesor y amigo Hubed Bedoya, quien generosamente se tomó el trabajo de leer mi texto y aportarme sugerencias, inquietudes y correcciones.

Y finalmente a los jurados, Lina Marcela Escobar Martínez y Miguel Malagón Pinzón, quienes con gran deferencia le otorgaron por unanimidad al presente trabajo la distinción de Sobresaliente y recomendaron su publicación.

De todos ellos, más que mío, es el resultado del trabajo que hoy se presenta. Para ellos deben ser los aplausos y reconocimientos, para mí deben ser las críticas, que bien me las merezco, por mi terquedad, y por mi insistencia en ideologías, explicaciones, enfoques e interpretaciones, que como yo mismo las llamo en mis clases, no alcanzan a ser ni siquiera minoritarias, sino que muchas veces son solitarias.

Pero en la defensa y construcción del Derecho administrativo, que requieren el interés público, el patrimonio público y los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de hoy en Colombia, prefiero quedarme con el calificativo de *«hay un profesor en Medellín que sigue enseñando la noción del viejo servicio público»*, tal como al parecer me señalan en algunos escenarios académicos ciertos colegas, que ser áulico o cómplice silencioso de la avasalladora y salvaje ola privatizadora que hoy se impone como moda, dogma y verdad revelada en Colombia y en casi todo el mundo.

CONTENIDO

Pág.

Presentación	13
INTRODUCCION	21

Capítulo I

CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO PRIVADO

1.1 CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO	31
1.1.1 Origen y evolución del Derecho administrativo	32
1.1.1.1 ¿Antes o después de la Revolución Francesa?	32
1.1.1.2 El tiempo de supremacía del príncipe	35
1.1.1.3 Régimen administrativo. Periodo del Estado de Derecho	36
1.1.1.4 Welfare State: Estado Benefactor-Intervencionista	37
1.1.1.5 Estado Mínimo-Subsidiario. ¿Huida o vigencia del Derecho administrativo?	38
1.1.2 Criterios para una posible definición del Derecho administrativo	39
1.1.2.1 Criterios generales	40
1.1.2.1.1 Criterio de Derecho administrativo estatutario	40
1.1.2.1.2 Criterio de las prerrogativas públicas	42
1.1.2.1.3 Criterio de la función administrativa	44
1.1.2.2 Criterios específicos tradicionales	47
1.1.2.2.1 Criterio legalista	47
1.1.2.2.2 Criterio del poder ejecutivo	47
1.1.2.2.3 Criterio de las relaciones jurídicas	48
1.1.2.2.4 Criterio de los servicios públicos	48
1.1.2.2.5 Criterio de la actividad total del Estado	50
1.1.2.2.6 Criterio de los servicios públicos y la protección jurisdiccional de los administrados	50
1.1.2.2.7 Criterio de disciplina referente a la administración	52
1.1.2.2.8 Criterio de las normas derogatorias de Derecho privado	53
1.1.2.3 Criterio del nuevo Derecho administrativo	54
1.1.3 Resultado y aporte de la investigación	55

1.2 DERECHO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO Y DERECHO PRIVADO: ¿UNIDAD O DIVISIÓN?	57
1.2.1 Necesidad o contingencia de la división	
Derecho público y Derecho privado	57
1.2.2 Las cuatro respuestas encontradas	60
1.2.2.1 La existencia de la división	60
1.2.2.2 La división puesta en duda	64
1.2.2.3 La negación de la división	68
1.2.2.4 Mixta: ¿Una cuarta clasificación?	73
1.2.2.5 El llamado que hace Luigi Ferrajoli	73
1.2.3 Resultado y aporte de la investigación	74

Capítulo II

LA HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

2.1 ORIGEN, EVOLUCIÓN, CAUSAS Y MANIFESTACIONES	
DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	79
2.1.1 Causas, manifestaciones y reacciones frente	
a la huida en la doctrina española	82
2.1.2 Las manifestaciones de la huida	
del Derecho administrativo en Colombia	91
2.1.2.1 Causas, formas y ejemplos	91
2.1.2.2 Reseña constitucional y legal del tema	94
2.1.2.3 Reseña de la huida en cuatro autores colombianos	95
2.1.2.4 La opinión de expertos entrevistados sobre	
la huida del Derecho administrativo	100
2.1.2.5 Resultado y aporte de la investigación	101
2.2 EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS:	
HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	102
2.2.1 Noción clásica del servicio público, crisis	
y evolución normativa en Colombia	103
2.2.2 El nuevo modelo de los servicios públicos	
domiciliarios y su régimen jurídico	114
2.2.2.1 Régimen constitucional de los servicios públicos domiciliarios ...	115
2.2.2.2 Naturaleza jurídica de las empresas mixtas y de	
las privadas con participación de capital estatal	118
2.2.2.3 Régimen de actos	125
2.2.2.4 Régimen de contratos	128
2.2.2.5 Régimen del personal	130

2.2.2.6	Juez competente	132
2.2.2.7	Temas que reafirman la vigencia del Derecho administrativo en los servicios públicos domiciliarios	158
2.2.3	¿Prestar servicios públicos domiciliarios constituye ejercicio de función pública-administrativa?	161
2.2.3.1	Precisión previa	162
2.2.3.2	Respuestas afirmativas	166
2.2.3.3	Respuestas negativas con excepciones	168
2.2.3.4	La opinión de expertos entrevistados	175
2.2.3.5	El tema en materia de acciones populares	177
2.2.3.6	Resultado y aporte de la investigación	179

Capítulo III

LÍMITES Y CONTROLES A LA HUIDA: TRANSFORMACIONES Y TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1	EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRIVADO	187
3.2	LA TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES	189
3.3	LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO	191
3.4	LA RESERVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y DEL JUEZ ADMINISTRATIVO	194
3.5	EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	201
3.6	LA TEORÍA DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA	203
3.7	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DECISIONES DEL TJCE	205
3.8	DERECHO ECONÓMICO-DERECHO DE LA COMPETENCIA-ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	207
3.9	REGULACIÓN Y ERICTOS CONTROLES	210
3.10	DERECHO DE LOS USUARIOS. IN DUBIO PRO USUARIOS	212
3.11	PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA GESTIÓN FISCAL	214
3.12	REFLEXIÓN FINAL	225
CONCLUSIONES		
	HALLAZGOS-APORTES DE LA INVESTIGACIÓN	227
	BIBLIOGRAFÍA	235

PRESENTACIÓN

En buena hora las autoridades académicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, decidieron publicar la obra escrita por el profesor David Suárez Tamayo, **«HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo»**.

El autor es Abogado de la Universidad de Antioquia, con especialización en Derecho administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, y actualmente profesor de tiempo completo, investigador y coordinador de la Especialización en Derecho Público de la Universidad EAFIT; y en el pasado se desempeñó entre otros cargos como abogado de la División Jurídica de la Alcaldía de Medellín, Director Jurídico de la Gobernación de Antioquia, Director de Control Interno y Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de Medellín, Secretario General de Empresas Públicas de Medellín, Asesor del Ministerio de Minas y Energía, y Secretario General del Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

En el amplio y profundo escrito, desde su perspectiva de ius publicista, el profesor Suárez examina con rigor y claridad el origen y evolución del derecho administrativo recorriendo los autores clásicos de dicha área; hace una comparación y diferenciación del derecho administrativo con el derecho privado para concluir y justificar que aún es válido mantener claras diferencias entre ambos; realiza un completo análisis del concepto «huida del derecho administrativo» tanto en España como en Colombia; presenta de manera didáctica y cronológica el concepto y evolución de la noción «servicio público y servicio público domiciliario»; nos introduce luego en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios (tipos de empresas, actos, contratos, personal y juez); y termina con un novedoso y provocador capítulo donde propone para Colombia las once (11) figuras, categorías, instituciones que a su juicio deben marcar la agenda y derrotero del derecho

administrativo en los próximos años, que es lo que él denomina: límites, frenos a la huida del derecho administrativo, y a la vez las propone como lo que son y serán las transformaciones y tendencias del derecho administrativo.

El alcance y nivel académico y jurídico logrado con el trabajo, permite aseverar que sin lugar a dudas el escrito que se publica ocupará lugar de relevancia en la doctrina y dogmática administrativa colombiana y será objeto de referencia para quienes nos dedicamos al examen de esta área del derecho.

En la obra del profesor David Suárez, se refleja en forma clara y contundente la tradición administrativista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, y el pensamiento de quienes lo hemos antecedido en la docencia en derecho público en el alma mater, por eso es para mí un motivo de enorme satisfacción y orgullo haber podido colaborar en mi calidad de asesor-director, en la elaboración de este trabajo, que más que una tesis representa la expresión ordenada, sistemática y coherente del pensamiento de publicistas que como él, nos resistimos a aceptar la muerte del derecho administrativo y el reino exclusivo del mercado.

He ocupado gran parte de mi vida en la lectura, estudio, padecimiento y algo el aprendizaje y enseñanza del «derecho administrativo» y de su capítulo esencial: «los servicios públicos»; espero poder seguir este camino en lo que me queda de la existencia; dentro de ese largo camino resulta especialmente gratificante encontrar trabajos académicos como el que hoy presento, pues contiene el pensamiento de una de las personas con la que más he podido compartir, discutir, entender y disfrutar los temas que son eje actual de teorías administrativas, como la intervención del Estado en la economía, la protección del débil, los derechos colectivos y la aplicación de principios de universalización en el acceso a los servicios públicos.

Con el trabajo que se presenta, se marca un nuevo hito en la construcción de un derecho administrativo de contenido social y democrático, se ilustran, proponen y acogen nuevas tendencias jurídicas, pero se mantiene la estructura sustancial del derecho administrativo y de la teoría del servicio público, cual es la necesaria y permanente intervención del Estado, con el fin de garantizar el desarrollo equitativo de la sociedad, la defensa de los usuarios y la responsabilidad de garantizar el acceso a los servicios a todos habitantes del territorio.

En el entorno académico del derecho administrativo hoy son claras las dos (2) corrientes existentes en disputa: de un lado, la tendencia privatista-económica, conformada por un grupo de estudiosos orientados más por el derecho económico, que ven en los servicios públicos «una mercancía como las demás», para quienes el entendimiento del desarrollo del sector de los servicios depende del desarrollo económico y de las leyes de la oferta y la demanda, para esta tendencia las reglas esenciales del servicio público se confunden con las de la competencia y las del mercado, para este grupo de académicos, la expresión «servicio público» debe revisarse sustancialmente y casi ni siquiera existir; de otro lado persiste otra tendencia, la publicista-administrativista que se refleja en las prácticas docentes-académicas y doctrinas administrativistas especialmente de las Universidades (caso por ejemplo, U de A, EAFIT) y empresas (caso por ejemplo EPM, UNE, EEVV) de la ciudad de Medellín, que creen que efectivamente sí existen fundamentos que permiten sostener la vigencia de la teoría del servicio público en Colombia, y que consideran que en la prestación de dichos servicios deben seguir imperando los principios propios del derecho administrativo, del ejercicio de la función administrativa, la prevalencia de lo social y la defensa a ultranza de los usuarios.

En esa segunda tendencia (los publicistas) que sin duda encuentra uno de los líderes más relevantes en el profesor David Suárez, debe resaltarse además como ejes centrales de la misma, instituciones como, la reivindicación de la cláusula del Estado Social de Derecho consagrada en la Carta, el carácter especial de los servicios públicos, su régimen jurídico y el de las personas que lo prestan, el papel de la intervención del Estado en la economía en lo que actualmente denominamos regulación, la protección especial que merecen el patrimonio público, los usuarios y gran parte de la población que no tiene acceso a los servicios; estas instituciones que afectan en forma directa la calidad de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad, necesariamente deben ser tratadas por un área especial del derecho y cuál otra diferente al derecho administrativo.

Manteniendo la orientación del texto que se presenta y posiblemente repitiendo algunos conceptos que son tratados con mayor claridad en el cuerpo del trabajo del profesor David Suárez, encuentro pertinente hacer algunas reflexiones sobre lo que he tratado de compartir durante más de 25 años en las aulas universitarias con los estudiantes y que corresponden a las reflexiones que ocupan gran parte del tiempo que dedico a esta disciplina.

En primer lugar, el carácter sustancial de los servicios públicos dentro de la teoría del Estado; un Estado sólo legitima su existencia y el carácter vinculante de las decisiones de quienes lo dirigen, si ellas están orientadas a garantizar el mejoramiento continuo de la calidad de vida de la totalidad de los administrados y visto en conjunto el desarrollo de la sociedad, ese es el papel del Estado, pues de lo contrario, sólo se convierte en un aparato de protección de privilegios o de clases cuya existencia se impone como factor de disciplina social, pero no como un componente positivo para la existencia de los seres humanos y como factor decisivo en el avance social.

El tema de la legitimidad del sistema normativo y de la existencia del Estado, debe ser objeto permanente de análisis en la teoría jurídica y la defensa del Estado y del Derecho, sólo tiene sentido en la medida en que estos sirvan de instrumentos positivos para los seres humanos individual y colectivamente considerados, en este sentido el Estado, no debe ser cosa distinta del garante de la distribución equitativa del bienestar.

Estado y Solidaridad son conceptos afines dentro del contexto del Estado social de derecho, y estos conceptos encuentran en la teoría del servicio público, uno de los componentes sustanciales de que dispone el Estado para el cumplimiento de los fines que se le han encomendado; en otros términos, los servicios públicos son el instrumento del que dispone el Estado para cumplir sus fines y para justificar su existencia y si bien hoy no debe proclamarse que «el Estado justifica su existencia porque presta servicios públicos»; sí debe hacerse una proclama como ésta «El Estado justifica su existencia porque garantiza el bienestar de todos los ciudadanos, el desarrollo de la sociedad y para ello se sirve en buena medida de los servicios públicos».

Por el papel esencial de los servicios públicos en el Estado, ellos no pueden dejarse libremente para ser prestados indistintamente por el propio Estado, las comunidades organizadas tal como las denomina el artículo 365 de nuestra constitución o por los particulares, sino que por el contrario ellos deben ser planeados, regulados, intervenidos, vigilados y controlados por el Estado, con una amplia participación de los ciudadanos, quienes tienen el derecho al control social sobre la prestación de los mismos; es el Estado quien debe vigilar no sólo que los servicios públicos sean prestados en forma eficiente, sino que se presten a la totalidad de los habitantes del territorio en especial a las personas con escasa capacidad de pago, quienes deben ser subsidiados y aún en casos especiales

deben tener el derecho de acceso gratuito a los mismos, tal como en buena hora vino a ser reconocido por nuestra Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-546 de 2009, en el caso del agua potable para consumo humano.

En segundo lugar, se resalta que dada la importancia de los servicios públicos en las tareas que debe desarrollar el Estado, las cuales deben estar orientadas a garantizar que los mismos sean prestados en forma eficiente a todas las personas, el régimen jurídico constitucional y legal en Colombia, ha establecido una categoría jurídica denominada «servicio público», que corresponde a un conjunto de actividades económicas y prestacionales, sometidas a la intervención del Estado y cuya prestación no constituye en sí misma el ejercicio de una función exclusiva del Estado, pues además de las entidades estatales, también pueden ser prestados por los particulares, las comunidades y por las entidades mixtas en las que se aúnan esfuerzos del Estado y de los particulares.

El concepto «servicio público» es ante todo una categoría jurídica y no una entidad «ontológica», pues es bien sabido que el Derecho entendido como el orden jurídico, es una creación de los seres humanos, y esta creación corresponde a un conjunto de normas especiales dirigidas a regular la realización de una serie de actividades que por su trascendencia se han identificado como esenciales para la sociedad y que incluyen entre otras las prestaciones asociadas a la salud, la educación, el suministro de agua potable y saneamiento básico, la electricidad, las comunicaciones y tecnologías de la información y el transporte entre otras; estas actividades, que corresponden a tareas muy diferentes de las potestades públicas tradicionales y clásicas del Estado, que son Legislar, Gobernar y Juzgar, juegan un papel muy importante para el orden Jurídico y por ello no deben dejarse libremente al libre mercado como sucede con las mercancías, sino que por su trascendencia, necesariamente deben ser sometidas a un régimen especial.

La prestación de los servicios públicos no constituye el desarrollo de una de las funciones públicas o tareas que deban reservarse exclusivamente al Estado, tampoco son actividades libres que puedan desarrollarse en ejercicio de la libre empresa y libre competencia por los particulares, son diferentes a ambas cosas, por ello tienen un capítulo especial en nuestra constitución y por ello se regulan por leyes especiales, sin que sea conveniente reducirlos a funciones del Estado o a simples mercancías, pues los servicios públicos, son lo que son jurídicamente: «servicios públicos» sometidos a un régimen especial como bien lo afirma la H. Corte Constitucional en sentencias como la C-736 de 2007 y la SU-1010 de 2008.

Ahora bien, ese régimen especial de los servicios públicos, no es, ni puede ser en exclusiva el derecho privado, pero tampoco el propio de las normas constitucionales establecido para las funciones públicas tradicionales; no; en realidad el régimen de los servicios públicos es un capítulo especial del derecho administrativo contemporáneo, caracterizado por contener una combinación de normas propias del derecho privado que son aplicables a la producción del bien objeto del servicio y al tipo de organización y gestión de ciertas empresas; y de normas propias del derecho público destinadas a los aspectos más relevantes de la teoría del servicio público como lo son la fijación de políticas públicas, la regulación, el control y vigilancia que corresponden a tareas del Estado y además, son también de derecho público lo relacionado con la protección de los usuarios, el trámite de las peticiones y recursos, y las que desarrollan políticas de solidaridad y redistribución de ingresos que son propias de nuestro sistema tarifario y de universalización de acceso a los servicios.

Tal como se señala por el profesor Suárez en este trabajo, el hecho de que el legislador haya adoptado la competencia y el mercado como mecanismos para la prestación de los servicios públicos, ello no les hace perder su condición de tales y lo relevante en este aspecto, es que en todos los casos, su prestación no deja de ser una tarea esencial del Estado.

En forma muy adecuada una de las conclusiones centrales en el trabajo del profesor David Suárez, es que *«Prestar servicios públicos domiciliarios continúa siendo, al menos en Colombia, ejercicio de función pública-administrativa por cuanto: i) son inherentes a la función social del Estado, ii) así sean prestados por particulares, son una clara manifestación de la descentralización, bien por servicios o por colaboración, lo que implica el tener que sujetarse a los principios propios de la función administrativa, iii) la razón de ser de la prestación de los servicios públicos es satisfacer las necesidades esenciales de los usuarios, y las relaciones de estos con las empresas prestadoras, están sometidas a procedimientos administrativos, a la expedición de actos administrativos y a vía gubernativa, iv) el Estado es el responsable y el garante de que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a los servicios públicos, y v) si bien la prestación puede estar en manos de particulares, otros componentes tan importantes como la fijación de políticas, la regulación, el control, la inspección y vigilancia, se mantienen como típicas actividades estatales-públicas-administrativas. Además de que continúa siendo una actividad considerada de interés general.»* Conclusión que nos lleva a entender un nuevo dimensionamiento de lo

público, pues ya la ecuación público igual Estado, ha dejado de regir y, en consecuencia, se afecta de fondo el objeto material de estudio del derecho administrativo, ampliándose a cubrir actividades desarrolladas y prestadas por los particulares. Es decir, el derecho administrativo en lugar de estar en crisis o huida, está ahora más fortalecido que nunca.

Tal como se podrá concluir del trabajo del profesor Suárez, la cuestión sobre la huida o la vigencia del derecho administrativo, se resuelve a favor de su vigencia, pero con la advertencia de que estamos frente a un derecho administrativo de lo público y no exclusivamente de lo Estatal, se trata de un derecho administrativo enriquecido por la renovación de antiguas instituciones y por superar el concepto según el cual «servicios públicos son los que presta el Estado», esto para acoger conceptos muchos más amplios y comprensivos que los propios de las democracias participativas en los que la sociedad se debe empoderar de muchas de las actividades que antes se entendieron que eran exclusivamente tareas del Estado.

El nuevo derecho administrativo, el de lo «público», debe renovar sus conceptos básicos, como los de: derecho público, servicio público, servidor público, administración pública, bien público, interés público, función pública, funcionario público, los que sin duda ya no son del Estado; pues en la medida que los particulares pueden prestar servicios públicos, ejercer funciones públicas tanto administrativas como judiciales, administrar bienes estatales y bienes públicos y ser propietarios de redes y bienes asociados a la prestación de servicios públicos, ello implica revisar a fondo conceptos que son básicos para el entendimiento de esta rama tan especial de nuestro derecho y tan importante en el orden jurídico contemporáneo.

Así, queda en manos de los lectores el aporte académico del profesor David Suárez Tamayo, que sin duda servirá de guía a nuevas generaciones de estudiosos del derecho en la defensa de lo público y en la construcción de una sociedad más justa, donde los beneficios del desarrollo y el bienestar social se distribuyan con equidad.

Carlos Alberto Atehortúa Ríos.
Bogotá, septiembre de 2010

INTRODUCCIÓN¹

Como consecuencia, en alguna medida, de las nuevas tendencias económicas como la globalización, la internacionalización de la economía, el neoliberalismo, la apertura de mercados, las privatizaciones, y algunas exigencias internacionales, se presentó en Colombia con la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994, un cambio de modelo en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Dicho cambio implicó, entre otras cosas, la eliminación del monopolio como regla general, y la consagración de la liberalización, es decir, la posibilidad de que los servicios públicos domiciliarios sean prestados tanto por el Estado como por particulares en escenarios de libre competencia².

El cambio señalado ha generado en los últimos quince años una tendencia en la que el Derecho administrativo estaría perdiendo cada vez más protagonismo y espacios de regulación frente al Derecho privado, situación que se ha conocido en su contexto como la huida o crisis del derecho administrativo³. Sin embargo, con el presente trabajo, pretendemos demostrar que esta conclusión no es del todo cierta, es aparente, o al menos no es tan contundente como se ha querido ver, dado que por ser la prestación de los servicios públicos domiciliarios una función inherente al Estado Social de Derecho⁴, por estar de por medio la

1. La presente obra es la Tesis de Grado, producto de la Investigación realizada por el autor en la Maestría en Derecho (modalidad investigativa) en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, en los años 2007-2008, habiendo obtenido el grado el día 10 de diciembre de 2009. Los jurados (Lina Marcela Escobar Martínez y Miguel Malagón Pinzón) por unanimidad le otorgaron la máxima distinción de «**Sobresaliente**» y recomendaron su publicación.
2. Una detallada relación sobre los diferentes tipos y modalidades de prestadores y operadores puede verse en ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 400 p.
3. Al respecto puede verse: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado, 2003. 933 p. y MIR PUIGPÉLAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Cuadernos Civitas, 2004. 285 p.
4. El artículo 365 de la Constitución señala «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional».

satisfacción de intereses generales, por existir en ocasiones prerrogativas y cláusulas excepcionales en las actuaciones de las empresas, por la necesidad de aplicar trámites y procedimientos típicamente administrativos en defensa y protección de los usuarios, por el sometimiento de algunos contratos a la Ley 80 de 1993 y a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, no podría afirmarse, tan categórica y definitivamente – como se ejemplificará más adelante-, que el Derecho administrativo haya perdido aplicabilidad o vigencia en dicho sector; sino que es posible que estemos en presencia de algunas mutaciones, transformaciones, renovaciones, actualizaciones y tendencias de lo que podría ser un nuevo Derecho administrativo. El Derecho administrativo entonces, no está en crisis, sino que se ha operado en él una mutación⁵.

Partiendo de lo anterior, el trabajo que hoy presentamos, pretende responder, entre otras, a las siguientes preguntas: ¿Cómo ha impactado el nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios la aplicabilidad del Derecho administrativo?, ¿Estamos ante la huida o la vigencia del Derecho administrativo, en particular en los servicios públicos domiciliarios? y ¿Cuáles serían los principios, transformaciones y tendencias del Derecho administrativo, que permitirían evitar o limitar su huida, incluido el sector de los servicios públicos domiciliarios?

Paralelamente y a través de un seguimiento de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, abordaremos los siguientes problemas jurídicos: ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, en especial en materia de actos, contratos, personal y juez, el derecho administrativo o el derecho privado? ¿Cuál es la jurisdicción competente para resolver los conflictos presentados en el sector de los servicios públicos domiciliarios: la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción contencioso-administrativa?

La investigación, partió del siguiente OBJETIVO GENERAL:

Determinar si el Derecho administrativo está en huida o continúa teniendo vigencia y aplicabilidad, de manera particular en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

5. Es por ejemplo la tesis del profesor Atehortúa en: ATEHORTÚA RÍOS, Op. cit.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Describir en qué consiste la llamada crisis o huida del Derecho administrativo, particularmente en el sector de los servicios públicos domiciliarios.
- Determinar en el sector de los servicios públicos domiciliarios, cuándo tiene aplicabilidad y prevalencia el Derecho privado, y cuándo la tiene el Derecho administrativo.
- Identificar cuáles podrían ser las transformaciones, ajustes y tendencias que el Derecho administrativo debería presentar para que el mismo pueda seguir gozando de vigencia y aplicabilidad, limitar así la llamada huida y responder a los requerimientos del sector de los servicios públicos domiciliarios.

Para ello se partió de la siguiente HIPÓTESIS:

- El Derecho administrativo sigue teniendo plena vigencia y aplicabilidad, aun en el sector de los servicios públicos domiciliarios.
- El Derecho administrativo, no está en crisis, ni en huida, sino en una permanente mutación de su objeto de estudio, presenta algunas transformaciones y tendencias, y el mismo debe centrar su atención -en materia de servicios públicos domiciliarios-, en ser el mecanismo e instrumento adecuado para la defensa de los derechos, garantías y principios, en especial: el interés general, el interés público, el patrimonio público, los principios de la función administrativa y la protección de los usuarios.

JUSTIFICACIÓN:

Frente a la pregunta ¿Por qué es valiosa la realización de esta investigación? Las siguientes son algunas de las razones que pueden presentarse.

- La primera es que la discusión sobre la supuesta huida o crisis del Derecho administrativo, es de relevancia internacional, pues ha sido abordada por autores extranjeros (para esta investigación tomaremos como referencia a los españoles).
- La segunda consiste en la actualidad que en Colombia tiene el tema del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios, dado que durante los

últimos diez años se ha producido un gran número de pronunciamientos judiciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, muchos de ellos contradictorios, lo que requiere de una sistematización de los mismos.

- La tercera, se refiere a lo importante que es para las empresas de servicios públicos, inversionistas, doctrinantes, jueces, abogados, profesores universitarios y estudiantes, saber si al sector de los servicios públicos se le aplica o no el Derecho administrativo, en qué temas sí, y en cuáles no, y determinar cuál es la jurisdicción competente para dirimir controversias en las que sean parte las empresas de servicios públicos domiciliarios.
- La cuarta, radica en la necesidad de construir en Colombia unas categorías, unas instituciones y unos principios que sean propios de nuestro Derecho administrativo, acordes con nuestra cultura, idiosincrasia y necesidades, las mismas que no necesariamente coinciden con los modelos de otros países, de los cuales generalmente adoptamos las teorías y tesis del Derecho Administrativo de forma mecánica.
- La quinta, motivada por el interés que ha despertado esta iniciativa en los abogados administrativistas, en especial a partir de la expedición de la Ley 142 de 1994, ya que hasta la fecha no existe en el país un texto que aborde integralmente el tema, dado que de él sólo se conocen trabajos menores, artículos, ensayos o conferencias.
- Una última razón es una apuesta y compromiso personal, consistente en la necesidad de adoptar una posición de defensa de lo público, lo estatal, el interés general, el patrimonio público y los principios de la función administrativa, a través del fortalecimiento del Derecho administrativo, y de este último como instrumento de defensa y protección de la parte débil frente a las empresas: los usuarios⁶.

La METODOLOGÍA empleada en el presente trabajo ha sido una permanente búsqueda, lectura y análisis, de carácter bibliográfico, de tipo documental, cuyo

6. En los recientes procesos de privatizaciones y enajenación de empresas se olvida con frecuencia que además de los propietarios que venden, y de los inversionistas que compran, están en el medio, los destinatarios de los servicios: los usuarios. Este punto ha sido señalado por el premio Nobel de economía: STIGLITZ, Joseph E. El malestar en la globalización. Bogotá: Editorial Taurus, 2002. 314 p.

marco teórico partió de textos especializados, tanto de doctrina nacional como extranjera, (fundamentalmente española), entre 45 y 50 libros consultados y aproximadamente 40 ó 45 artículos de revistas especializadas; se realizaron 12 entrevistas a expertos (entre profesores, magistrados, jueces y asesores de empresas); se apoyó además en la lectura de alrededor de 35 providencias judiciales de la Corte Constitucional y otras 25 del Consejo de Estado.

Los expertos entrevistados, permitieron, a través de sus distintas posturas, la posibilidad de reafirmar conceptos, de revisar otros; aportaron bibliografía, pero ante todo nos permitieron verificar y comprobar que, aun entre expertos, no hay unanimidad, ni coincidencia de criterios, al momento de abordar los temas centrales de la presente investigación.

Las sentencias estudiadas corresponden al período 1995-2008, dado que la Ley 142 es del año 1994; y se seleccionaron en especial aquellas referidas a los siguientes temas: naturaleza de las empresas, régimen jurídico (particularmente lo referido a actos, contratos, personal) y juez competente.

El trabajo es de carácter cualitativo, pues se pretende inventariar y dar cuenta de las definiciones, alcances, interpretaciones y transformaciones que han tenido conceptos jurídicos indeterminados, como el de Derecho administrativo, servicio público, servicio público domiciliario, huida del Derecho administrativo, tanto en el área doctrinaria como jurisprudencial; así como presentar al final, la relación, inventario y una breve enunciación de algunas teorías, técnicas y figuras que a nuestro juicio se convierten de un lado, en límites, barreras y controles a la supuesta huida; y de otro, en verdaderas tendencias y transformaciones del Derecho administrativo.

ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS:

- **En primer lugar, se hizo una ubicación física del material bibliográfico y documental necesario para el cumplimiento de los objetivos, esto con el fin de identificar los textos que serían analizados.**
- **En segundo lugar, se consultó a los expertos, profesores, doctrinantes, jueces y magistrados, acerca de cuáles textos consideraban importantes para responder a los objetivos e hipótesis planteados.**

- En tercer lugar, se hizo la lectura y análisis de los textos identificados, que permitieron elaborar todo un marco teórico pertinente con los objetivos de la investigación, y que se reflejaron en todo el contenido del presente trabajo.
- En cuarto lugar, se recopilaron en fichas algunos de los conceptos y términos básicos, a través de resúmenes y transcripción de textos pertinentes que se pudieran usar posteriormente en el texto final.
- En quinto lugar, y una vez fichados los textos, se organizaron por temas, o por autores.
- En sexto lugar, se inició la elaboración del texto escrito, para lo cual se consideraron los análisis de los textos y jurisprudencias consultados.
- En séptimo lugar, se consultaron a expertos, tanto para la precisión del corpus inicial, como para conocer su opinión sobre los conceptos y términos principales del trabajo.
- Por último, se elaboró el producto final que es el texto que se presenta.

En la investigación se tuvieron en cuenta los siguientes DATOS:

- Datos de identificación de textos, autores, años, temas básicos tratados.
- Información relacionada con los conceptos de la investigación.
- Información relacionada con la terminología de la investigación.
- Información sobre la citación de autores que aluden a los conceptos y términos.
- Información sobre pronunciamientos **judiciales**.

Como INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN se utilizó el sistema de fichas, resúmenes y reseña de textos.

Es de resaltar, que cuando se comenzó la investigación en el año 2007, se tuvo una interesante participación y experiencia personal, a través de la presentación de cuatro demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, que dieron como resultado, tres sentencias fundamentales para el Derecho administrativo colombiano: la C-691 (sobre el régimen jurídico privado aplicable a filiales de empresas industriales y comerciales del estado, artículo 94 numeral 4 de la Ley 489 de 1998) , la C-722 (sobre el régimen jurídico privado aplicable a Ecopetrol y

la clasificación de sus trabajadores como particulares, artículos 6 y 7 de la Ley 1118 de 2006) y la C-736 de 2007 (sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas con capital estatal, Ley 142 de 1994 y Ley 489 de 1998). Lastimosamente, una de las demandas (sobre el régimen de personal en empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas con capital estatal, artículo 41 Ley 142 de 1994) fue rechazada por razones de cosa juzgada. Esas tres (3) sentencias, se asumen de entrada, como un gran primer resultado y aporte de la investigación.

También, como resultados parciales, o avances de la investigación, deben registrarse los dos artículos publicados durante el año 2008, a saber: i) Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Letras Jurídicas. Medellín. Vol. 13 No2. 2008. p. 101-130 y ii) Reflexiones sobre una posible reforma del Código Contencioso Administrativo. En: Letras Jurídicas. Medellín. Vol.13 No1. Marzo de 2008. p. 111-128.

Para efectos del presente trabajo, es necesario partir de algunos CONCEPTOS FUNDAMENTALES, los cuales han sido el resultado del análisis de la información obtenida durante la investigación:

Por **Derecho administrativo** vamos a entender, aquella rama del derecho (normas, jurisprudencia, doctrina, principios, hechos, interpretaciones) que: i) regula la creación, organización y funcionamiento de la administración pública, así como las actividades de los particulares cuando cumplen funciones administrativas y/o administran recursos públicos; siendo ante todo un límite, control al ejercicio del poder; ii) garantiza los derechos y libertades ciudadanas y colectivas; iii) sirve de instrumento para alcanzar el bienestar general, la prevalencia del interés público, la defensa del patrimonio público, y el cumplimiento de los principios de la función administrativa.

Por **huida del Derecho administrativo**, vamos a entender el fenómeno según el cual, muchas entidades, actividades, servicios o funciones, que se sometían y regulaban tradicionalmente por el derecho administrativo, han pasado a ser reguladas por el derecho privado.

Por **vigencia del Derecho administrativo**, vamos a entender que, pese a los fenómenos de globalización, neoliberalismo, privatizaciones y enajenación de

empresas estatales, los servicios públicos domiciliarios se continúan regulando, rigiendo y sometiendo en gran medida a las reglas propias del derecho administrativo; es decir, que este derecho sigue siendo aplicable en dicho sector.

Por **noción clásica de servicio público**, vamos a entender aquellas actividades de carácter general, permanente, continua, prestadas en **monopolio** por el Estado de manera directa o indirecta a través de particulares, con el fin de satisfacer necesidades generales y colectivas, y sometidas a un régimen jurídico especial, noción plenamente vigente hasta la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994.

Por **nuevo modelo de servicios públicos domiciliarios**, vamos a entender las variaciones introducidas por la Constitución de 1991, y la Ley 142 de 1994, según las cuales los servicios públicos domiciliarios ya no se prestan en monopolio, sino en **libre competencia**, bien por el Estado, o por particulares, o por comunidades organizadas, pero manteniendo el Estado el protagonismo en la fijación del régimen jurídico, competencias, responsabilidades, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, regulación, inspección, control y vigilancia, además de ser tales servicios inherentes a la función social del Estado, y por tanto su finalidad continúa siendo la satisfacción de necesidades colectivas, y la prevalencia del interés general.

Por **función pública-administrativa**, vamos a entender todas aquellas actividades y funciones mediante las cuales el Estado directamente, o indirectamente a través de particulares, busca materializar y satisfacer los fines y cometidos propios del Estado Social de Derecho.

El CONTENIDO del trabajo se desarrolla en siete temas pero organizados en tres capítulos, a saber:

En el primer capítulo se trabajan principalmente dos temas: i) el concepto de Derecho administrativo, a partir de las definiciones dadas por los distintos tratadistas y doctrinantes sobre el tema y que terminan con una propuesta personal al respecto; y ii) siguiendo también conceptos y definiciones de la doctrina especializada, se aborda la discusión sobre si existe verdaderamente una división o una dicotomía entre Derecho público (administrativo) y Derecho privado, dando cuenta de las diferentes respuestas que se han brindado frente a dicha tensión, para finalizar con una apreciación personal al respecto.

En el segundo capítulo, se abordan cuatro temas, así: i) se estudia y analiza la conceptualización, causas, manifestaciones, y ejemplificación de lo que se ha entendido por la llamada «Huida del Derecho administrativo», ii) se trabaja el concepto clásico de servicio público, así como una breve reseña de la evolución normativa del mismo en Colombia; además se enumeran las razones y causas, tanto internas como externas, que generaron e influyeron en la crisis del mismo, iii) se aborda el nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios a partir de la Constitución de 1991 y de la Ley 142 de 1994, haciéndose énfasis en la naturaleza jurídica de las Empresas, en particular la discusión y debate existente sobre si las empresas mixtas y las privadas con participación de capital público, se deben considerar o no entidades estatales; régimen de actos, contratos, personal y juez competente; partiendo básicamente de pronunciamientos judiciales y haciendo apreciaciones y análisis personales al respecto; y iv) se da cuenta de la discusión que existe en Colombia sobre si la prestación de servicios públicos domiciliarios constituye o no ejercicio de función pública-administrativa.

En el tercer y último capítulo, a nuestro juicio como un gran aporte, hallazgo y resultado del trabajo de investigación, se hace un inventario general y descriptivo (en ocasiones con algunas consideraciones personales) de los posibles límites y controles, a través de teorías y figuras, que de alguna manera, servirían para relativizar o para evitar en definitiva, la llamada Huida del Derecho administrativo, aplicables también en el sector de los servicios públicos domiciliarios, y que en últimas se constituyen en las nuevas tendencias, ajustes y transformaciones del Derecho administrativo en dicho campo.

Allí se relacionan y se da cuenta de temas como: El Derecho administrativo privado; la teoría de los actos separables; la teoría del levantamiento del velo, la teoría de la reserva constitucional del Derecho y del juez administrativo; la teoría de la autorregulación regulada; la teoría del Derecho administrativo global; la obligatoriedad de los principios del derecho comunitario europeo; el Derecho económico; el derecho de la competencia y el análisis económico del derecho; la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal; y los procedimientos administrativos para la protección y defensa de los usuarios. Se trata simplemente de una enumeración, de un acercamiento y una aproximación general a dichos temas, los cuales requieren ser abordados en otro escenario, con mayor espacio, análisis y profundización, lo que desborda y excede los propósitos del presente trabajo. Pero al menos, como hallazgo y como aporte,

permiten haberlos ubicado, identificado y relacionado como límites a la huída, y como tendencias y ajustes necesarios en el Derecho administrativo. Queda la tarea, de profundizar sobre ellos, y de averiguar cómo pueden alcanzar un mayor y mejor desarrollo en el Derecho administrativo colombiano.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO PRIVADO



1.1 CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Definir o dar un concepto de Derecho administrativo, puede resultar tan complejo como inútil, ya que dependerá como en casi todas las definiciones en Derecho, del enfoque utilizado, del criterio adoptado, de la escuela seguida, del autor preferido, de la época, del país, de las condiciones económicas, políticas y sociales del momento. Con gran precisión lo explicaba hace ya bastantes años (1952), el profesor español FERNANDO GARRIDO FALLA, cuando afirmaba: «El régimen administrativo es una resultante de determinadas creencias políticas y de la misma Historia. Por eso, como todo producto histórico, sólo puede comprenderse en su total dimensión a través de su evolución»⁷.

El estudio de esta rama del Derecho es tan variable y frágil que encontraremos tantas definiciones como autores consultemos. Pero a disgusto nuestro, para intentar una respuesta al interrogante de si se ha dado o no una huida del Derecho Administrativo en el sector de los servicios públicos domiciliarios, es necesario indagar sobre las diferentes definiciones dadas por la doctrina, contrariando así, al profesor MIGUEL MARIENHOFF, quien nos ha enseñado que no es recomendable y tampoco útil, hacer referencia a la multiplicidad de definiciones que se han intentado sobre el Derecho administrativo⁸.

Con lucidez, JUAN CARLOS CASSANGE, parafraseando a RAMÓN MARTÍN MATEO, expresa:

7. GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 7, enero-abril de 1952, p. 34.

8. MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 135.

Se ha dicho que el Derecho Administrativo enfrenta una auténtica crisis de crecimiento, que hace necesario que su definición tenga la flexibilidad y el dinamismo suficientes para captar la realidad histórica de cada país⁹.

Conforme a lo anterior, es claro que no se puede conceptualizar el Derecho Administrativo delimitándolo en forma absoluta, única e inequívoca, ya que el mismo constituye una categoría histórica, relativa, cambiante, dinámica y pendular; puesto que, su definición, características y contenido, son producto de las circunstancias de cada época y país; de ahí la importancia de abordar ahora una breve panorámica histórica del tema.

1.1.1 Origen y evolución del Derecho administrativo

Mucho se ha discutido, sobre si el Derecho administrativo fue resultado y consecuencia de la Revolución Francesa, o si por el contrario, antes de la misma, ya existían instituciones que hicieran presumir su existencia. Se advierte que no es objetivo del presente trabajo dilucidar tal interrogante, pero sí se quiere dejar plasmadas sus líneas generales.

1.1.1.1 ¿Antes o después de la Revolución Francesa?

Una mirada al origen y evolución del Derecho administrativo clásico, tradicional, convencional y de corte europeo-continental, evidencia aún más, que las definiciones de la doctrina dependen, como se dijo atrás, de contingencias históricas, es decir, que el contexto influye radicalmente en el concepto que se pueda tener de Derecho Administrativo.

Dentro de la doctrina, clásica y convencional, se describe el Derecho administrativo, como un Derecho que surgió aparentemente en Francia, que se confunde, muchas veces, con la institucionalización de una jurisdicción especial para la administración. Al respecto señala el profesor JORGE VÉLEZ GARCÍA:

En términos generales puede decirse que su esencia radica, desde el punto de vista funcional, en la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial

9. MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de derecho administrativo. Madrid. 1974. p 82-83. Citado en: CASSANGE, Juan Carlos. Derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2006, p. 107.

que conoce y resuelve las controversias entre la administración y los administrados. Sus tribunales, o mejor sus jueces, han creado en Francia, por vía pretoriana o jurisprudencial, el conjunto de principios, normas y reglas que objetivamente se conoce como Derecho Administrativo¹⁰.

Para muchos, es lógico pensar que la génesis de este Derecho especial es europea, con claras tendencias francesas; por ello, dentro de la evolución histórica se comienza, generalmente, por la Revolución Francesa de 1789 y la institucionalización del Estado de Derecho con la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

En palabras de CARMEN CHINCHILLA: «Autores franceses tales como HAURIUO, DUGUIT y WEIL, alemanes como MAYER y MERKL e italianos como SANTI ROMANO, ZANOBINI y GIANINI comparten la opinión de que el Derecho Administrativo nace de la Revolución Francesa»¹¹. En España, esa tesis la avala EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y en Colombia autores como LIBARDO RODRÍGUEZ y JAIME VIDAL PERDOMO.

En estos autores clásicos, la historia del Derecho Administrativo es la lucha por limitar y controlar el ejercicio del poder, equilibrar el poder del Estado y los Derechos de los particulares. En términos de PROSPER WEIL, es milagrosa la existencia del propio Derecho Administrativo, pues es connatural al Estado, imponer y sancionar a los particulares, en razón del cumplimiento de unas normas de conducta ya estipuladas por éste, por lo cual resulta inverosímil que el Estado acepte someterse a permanecer en los cauces de un Derecho, que al igual que sucede con los particulares, lo va a limitar y sancionar¹².

Dentro de esa concepción clásica, el Derecho Administrativo surge de la mano de categorías tales como soberanía, separación de poderes, principio de legalidad, declaración de Derechos¹³; y posteriormente se alimentará de otras como: interés

10. VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996, p. 1.

11. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, LOZANO, Blanca y DEL SAZ, Silvia. Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios. Madrid: Civitas, 1992, p. 22.

12. WEIL, Prosper. Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1986, págs. 35-41.

13. Para un entendimiento de cómo evolucionaron dichos conceptos puede consultarse la magnífica obra: MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 19-46.

general, servicio público, potestades (*puissance publique*), controles, responsabilidad, aplicación de ciertos principios, trámites y procedimientos.

Pero debe precisarse que no todos los autores coinciden, ni aceptan pacíficamente que el origen del Derecho Administrativo europeo-continental, sea exclusivamente francés. Así por ejemplo, en España, PAREJO, PARADA VÁSQUEZ, GALLEGO ANABITARTE, ARIÑO ORTIZ, RODRÍGUEZ-ARANA, y NIETO¹⁴, consideran que el Derecho Administrativo no necesariamente surgió con la Revolución Francesa, sino que el mismo es resultado de una evolución histórica –progresiva–, y que el mismo ya tenía antecedentes desde el siglo XVII, tanto en Francia, como en España¹⁵.

En Colombia, además de SANTOFIMIO GAMBOA, debe destacarse la posición asumida por el profesor MIGUEL MALAGÓN, quien con gran maestría demuestra cómo el Derecho Administrativo es mucho más antiguo de lo que algunos piensan; y para ello acude al Derecho indiano y a la denominada Ciencia de la policía, para evidenciar que antes de la recepción en Colombia de las teorías administrativistas francesas, ya se conocían y aplicaban instituciones coloniales, que bien podrían considerarse como propias de un Derecho Administrativo, tales como: i) real audiencia colonial, ii) recurso de agravios, iii) recurso de amparo, iv) recurso de suplicación, v) control disciplinario de la visita, vi) juicio de residencia y vii) juicio de cuentas, entre otras¹⁶.

El mismo MALAGÓN¹⁷, y también la profesora HELENA ALVIAR GARCÍA¹⁸, han mostrado –a lo largo de sus escritos– cómo el Derecho administrativo colombiano ha tenido recientemente –en especial en las últimas tres o cuatro décadas– gran influencia del Derecho norteamericano¹⁹.

14. Una reseña detallada sobre la posición de estos autores sobre el tema puede verse en CHINCHILLA MARÍN, Op. cit., págs. 26-57.

15. Al respecto puede verse también en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 196-198.

16. MALAGÓN, Miguel. Op. cit., págs. 175-239 y págs. 298-299.

17. MALAGÓN PINZÓN, Miguel. Influencia del Derecho administrativo norteamericano en el Derecho administrativo colombiano. Las misiones Kemmerer y Currie. En: Teoría de la organización administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

18. ALVIAR GARCÍA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del Derecho administrativo. En: Revista de Derecho Público 19. Bogotá: Universidad de los Andes. Junio de 2007, p. 13.

19. Sobre el Derecho administrativo norteamericano puede consultarse el texto de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo). En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 85, enero-abril de 1978, págs. 241-259.

Además, no se puede olvidar, que existe otro sistema de «Derecho Administrativo»²⁰, el anglosajón, es decir, el «Administrative Law» del «Common Law», del cual no nos ocuparemos en el presente trabajo.

Vamos ahora a reseñar de manera muy general, esquemática y breve, cómo los modelos de Estado, las ideologías y las corrientes económicas de moda, siempre han determinado y condicionado el objeto y alcance de estudio del Derecho administrativo.

1.1.1.2 El tiempo de supremacía del príncipe²¹

En la breve reseña de la historia y evolución del Derecho Administrativo se debe destacar un período anterior a la Revolución Francesa, que la doctrina alemana denomina como el tiempo de supremacía del príncipe (Landesherrliche Hoheitsrechte)²², a quien se le permitía ejercer sobre los administrados, apoyado por el Derecho Público, el poder necesario a fin de procurar el orden público y el bienestar general. En otras palabras, actuaba sin límite y no sujetaba la intervención a ningún principio legal ni consuetudinario.

Posteriormente, se afianzó con mayor intensidad la concepción del Estado de Policía (Polizeistaat)²³, siglos XVII y XVIII (cuya base era la consigna de que el Estado no daña), ante la necesidad de concentrar y consolidar el poder del príncipe, como reacción a la disminución de poder que había operado en el transcurso de la Edad Media. Por ello, las personas eran consideradas como el objeto del poder en vez de sujetos del poder; y por tanto, los Derechos del individuo no existían; es lo que en la doctrina y la filosofía se conoce como la mediatización de los individuos que pretenden obtener la supremacía estatal. Pese a ello, ha habido algunas instituciones que continúan hoy haciendo parte del Derecho público contemporáneo, tales como la expropiación por causa de utilidad pública, la competencia en razón del territorio, y las instrucciones y circulares.

20. Sobre las diferencias de los dos sistemas administrativos consultar, la obra: VÉLEZ GARCÍA, Op. cit., y propiamente, sobre el Derecho Administrativo Anglosajón la obra: ADAMS, John Clarke. El Derecho administrativo norteamericano: nociones institucionales de Derecho administrativo. Buenos Aires: Eudeba, 1964.

21. Sobre este punto en especial se puede seguir la obra: SORIANO GARCIA, José Eugenio. Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

22. MAYER, Otto. Derecho administrativo Alemán. Buenos Aires: Depalma, 1954, p. 28.

23. *Ibid.*, p. 29.

1.1.1.3 Régimen administrativo. Período del Estado de Derecho

En este período (aproximadamente 1789-1920) surge lo que HAURIUO llamó Régimen Administrativo, caracterizado porque «[L]a persona pasa de ser objeto a ser sujeto del Derecho que se relaciona con el Estado»²⁴.

En este período se da una Administración altamente centralizada, jerarquizada, con poderes especiales (prerrogativas, potestades, *puissance publique*) pero correlativamente, con mayores garantías y derechos para los administrados, además del surgimiento de una jurisdicción especializada para juzgar los actos de poder²⁵.

A finales del siglo XIX y de forma similar, se dio este proceso en Alemania, donde se conoció como el Estado sometido al régimen del Derecho (Rechtsstaat); sin embargo, este poder no surgió del Imperio alemán, sino del poder inferior llamado «supremacía territorial» (Landeshoheit)²⁶.

Como en la época existía cierta aversión a los jueces ordinarios (por ser partidarios del régimen monárquico, dado que pertenecían a la llamada nobleza), se crearon tribunales administrativos para el control especial de la legalidad de los actos administrativos. En Francia, tal función la ejercía el Consejo de Estado; en Inglaterra, los tribunales ordinarios independientes del poder ejecutivo, porque la administración no constituía un poder jurídico y, por ende, carecía de las prerrogativas de poder público, razón por la cual la actividad de los órganos administrativos se hallaba sometida a las mismas reglas que los particulares; en Alemania, un siglo después que en Francia, se dio la misma mutación del Derecho Administrativo, de la mano de VON STEIN²⁷.

Similar proceso se dio en Latinoamérica, en Colombia por ejemplo, se creó el Consejo de Estado –en 1817– como cuerpo asesor y consultivo, posteriormente con funciones jurisdiccionales a partir de la Constitución de 1886 (aunque condicionado a lo que estableciera la ley).

24. CASSAGNE, Op. cit., págs. 103-104.

25. Ibid., págs. 104-105.

26. MAYER, Op. cit., p. 28.

27. SORIANO GARCIA, Op. cit., p. 67 y ss.

El Estado de Derecho significó un régimen en el cual el Derecho preexiste a la acción de la administración y la actividad de ésta se subordina al ordenamiento jurídico. Sobre este tema, hay suficiente desarrollo en el Derecho Constitucional y en la Teoría Constitucional²⁸.

1.1.1.4 Welfare State: Estado Benefactor-Intervencionista

La concepción del Estado de Derecho, luego de la primera guerra mundial (1914-1918) y con la crisis económica a finales de los años veinte (1928-1930), sufrió una importante transformación a raíz de la acentuación del intervencionismo estatal y el intento de combinar la dualidad entre el Estado y la sociedad²⁹.

A este modelo se lo conoció como *Welfare State* o Estado Benefactor, porque se apoyaba, básicamente, en la premisa de que el Estado debía ser el configurador del orden social a fin de corregir las desigualdades existentes en la sociedad, por lo que la administración actuó como aportadora de prestaciones. Esta época es importante porque el Derecho administrativo incursionó en la regulación de actividades industriales y comerciales de la Administración.

Durante esta época, y en el Derecho administrativo, cobra gran importancia la llamada Escuela de Burdeos, o Escuela del Servicio Público, con LEÓN DUGUIT, GASTÓN JÉZE, ROLLAND, BONNARD, entre otros, quienes «revolucionaron» el Derecho público, al sostener que la razón de ser de la Administración, y por ende del Derecho administrativo, no era simplemente el ejercicio del poder; sino ante todo el logro de la solidaridad, a través de la satisfacción de necesidades colectivas, mediante el instrumento del servicio público³⁰. Su influencia en Colombia fue notoria en la reforma constitucional de 1936.

28. Sobre el tópico se destacan dos obras que desarrollan la Teoría Constitucional con énfasis en los temas propios del Derecho administrativo. JELLINEK, Georg. Teoría del Estado. Buenos Aires: Albatros, 1978 y CARRE DE MALBERG, Raymond. Teoría general del estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

29. En esta época tuvieron bastante influencia hechos como la Revolución Mexicana y Bolchevique, la crisis económica de los finales de la segunda década del siglo XX, y personajes como el presidente norteamericano Roosevelt (New Deal) y el economista Keynes.

30. Sobre el concepto de servicio público y sus exponentes se profundizará en próximos capítulos.

1.1.1.5 Estado Mínimo-Subsidiario. ¿Huida o vigencia del Derecho administrativo?

A partir de la década de los setenta y ochenta del siglo XX, se comienza a hablar del llamado Estado Mínimo-Subsidiario³¹, el mismo que hará limitar las funciones de la administración, a través de la desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (banca, transporte, salud, educación, energía, telecomunicaciones, acueductos, aseo). Para ello, supuestamente el Estado sólo debería ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás, según este criterio, debería pasar al sector privado.

Se caracteriza esta tendencia, por la protección de la iniciativa privada y la libre competencia, lo que no significa el retiro total de la intervención pública, toda vez que el Estado debe asistir e intervenir (a través básicamente de la regulación, el control, la inspección, vigilancia y sanción), en la medida en que la actividad afecte el bien común, o cuando ocurra el caso de que el sector privado no satisfaga todas las necesidades colectivas, el interés público y el interés general. Es decir, se busca pasar de un Estado-prestador a un Estado-regulador-controlador-sancionador, y subsidiario de la gestión privada.

Surgen con fuerza hoy los conceptos de Globalización y Neoliberalismo³², al tiempo se incrementan las privatizaciones, lo que lleva a redimensionar, mutar, transformar el Derecho administrativo, sin que podamos aceptar, como algunos lo piensan, que estemos frente a una crisis o huida del Derecho administrativo, tal como se verá en detalle en capítulos posteriores.

31. Gran influencia tuvieron en este período hechos como la caída del muro de Berlín, la apertura de la Unión Soviética, las transformaciones de China, las crisis del petróleo, los cambios tecnológicos (Internet), la integración de la comunidad europea, personajes políticos como Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en EEUU, y economistas como Mises, Friedman, F.V. Hayek, y el profesor de la Universidad de Harvard R. Nozick.

32. Sobre estos últimos conceptos y sus impactos en el Derecho, puede verse: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, 296 p.; CRUZ ALLI ARANGUREN, Juan. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas Ediciones, SL. 2004, 393 p.; FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid: Editorial Trotta, 2001, 283 p.; MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Ediciones, SL. 2004. 285 p.

El Derecho administrativo actual deberá preocuparse y ocuparse de temas como la regulación, la competencia, la defensa de los usuarios, los derechos colectivos, la protección del medio ambiente, la moralidad administrativa, la autorregulación; deberá enfrentarse al delicioso reto de mantenerse vigente, y de continuar siendo el máximo garante del interés general y de los derechos ciudadanos, así como un instrumento útil para materializar el Estado Social de Derecho.

1.1.2 Criterios para una posible definición del Derecho administrativo³³

Para acercarnos a la definición de Derecho administrativo, nos apoyaremos metodológicamente en los más reconocidos criterios que se han ido elaborando a través de la historia, advirtiendo de antemano, que ninguno de ellos es satisfactorio por sí mismo, sino que requiere de la complementación de los demás.

El profesor SANTAMARÍA PASTOR³⁴ considera que existen dos grandes tendencias: de un lado están los llamados *criterios generales*, que no resaltan los aspectos importantes de las definiciones, sino que los ubican dentro de un momento histórico en el cual se desarrolle el Derecho administrativo, y de otro lado, los *criterios específicos tradicionales*, llamados así porque ya que un grupo importante de la doctrina de la última mitad del siglo pasado, consideraba estos criterios, más o menos, acordes para una definición del Derecho administrativo. Entre los más destacados doctrinantes están: MARIENHOFF³⁵, ELOY LARES³⁶ y GARCÍA OVIEDO³⁷.

SANTAMARÍA PASTOR aclara que las definiciones del Derecho Administrativo se pueden enmarcar también, desde tres visiones –a partir de las cuales se entiende el fin mismo de la definición–, así³⁸: i) *Normativa*: define competencias, juez natural de la administración, y funciones administrativas. Es más una técnica exegética, ii)

33. Mi agradecimiento especial al estudiante y discípulo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, David Sierra Sorockinas, quien me colaboró en la ubicación, rastreo y transcripción de algunos de los conceptos y definiciones bibliográficas aquí reseñadas.

34. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho administrativo. Vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 174 y ss.

35. MARIENHOFF, Op. cit., p. 135 y ss.

36. LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1988, p. 30 y ss.

37. GARCÍA OVIEDO, Carlos. Derecho administrativo. Madrid: Imprenta Provincial, 1962, p. 23 y ss.

38. SANTAMARÍA PASTOR, Op. cit., págs. 182-184.

Nuclear: busca la esencia del Derecho Administrativo. No explica ningún fenómeno, busca el origen más que la definición y iii) *Académica*: depende de tradiciones históricas o de enfoques específicos según el plan académico. Sirve para dar una visión del Derecho Administrativo que puede ser utilizada sólo para explicar un fenómeno jurídico desde la academia.

1.1.2.1 Criterios generales

En el criterio general destacamos su carácter novedoso dentro de la doctrina, pues aunque muchos tratadistas lo adopten (CASSAGNE³⁹, LINARES⁴⁰), lo hacen al parecer de manera inconsciente y poco sistemática. El maestro SANTAMARÍA PASTOR, es uno de los pocos doctrinantes que aborda esta clasificación (en su tratado sobre Principios del Derecho Administrativo⁴¹).

Desde la categorización propuesta por SANTAMARÍA PASTOR, estos son los criterios Generales:

1.1.2.1.1 Criterio de Derecho administrativo estatutario

Uno de los más importantes exponentes de este criterio es el profesor español GARCÍA DE ENTERRÍA, quien considera que:

[E] Derecho Administrativo, que no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común⁴².

Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. (...) es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia.

39. CASSAGNE, Op. cit., p. 103 y ss.

40. LINARES, Juan Francisco. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 3 y ss.

41. SANTAMARÍA PASTOR, Op. cit., págs. 182-184.

42. Hay que hacer la precisión de que los doctrinantes españoles hacen la diferencia entre Derechos generales (se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos) y Derechos estatutarios (sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común)

El Derecho Administrativo es el Derecho común de las administraciones públicas.

(...)

El carácter del Derecho Administrativo supone, como hemos dicho ya, que es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas. Esto quiere decir, por lo pronto, que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal. Dicho con otras palabras, el Derecho Administrativo es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos⁴³.

De manera similar, se expresa LUCIANO PAREJO ALFONSO, cuando afirma:

El Derecho administrativo, como rama del Derecho positivo y como ciencia, tiene como objeto la administración pública.

Bajo la sencillez y claridad aparentes de la afirmación anterior, se esconde la extrema dificultad de la cuestión que está en la base misma del Derecho administrativo como ciencia: la definición y delimitación de la realidad de eso que acabamos de denominar administración pública; cuestión polémica de siempre, y que hoy dista de haberse apaciguado.

La administración a la que se alude no es, por de pronto, cualquier actividad material calificable como tal, susceptible de ser realizada por múltiples personas y organizaciones, públicas unas (y, dentro de ellas, estatales, supraestatales o internacionales en general), privadas otras y, finalmente, de dudoso encuadramiento otras terceras. Sólo se contempla la actividad materialmente administrativa imputable a organizaciones de carácter estatal, y en tal sentido, públicas. La administración que interesa al Derecho administrativo es, pues, la que tiene dimensión y relevancia política, siendo por ello regulada por la Constitución⁴⁴.

43. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1995, p. 39.

44. PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel, 1998.

Otro profesor español que consulta el criterio estatutario para la definición del Derecho Administrativo es RAMÓN PARADA, quien basa su teoría en las ideas del profesor italiano, ZANOBINI cuando señala que: «[E]l Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos»⁴⁵.

De forma similar, el profesor venezolano ELOY LARES MARTÍNEZ, se expresa: «[E]l Derecho administrativo puede ser definido como «rama del Derecho público interno, que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios de la jurisprudencia y la doctrina aplicables a la estructura y funcionamiento de la administración»⁴⁶.

Este criterio, es insuficiente, porque hoy el Derecho administrativo, también se ocupa de regular conductas de particulares que desempeñan funciones públicas-administrativas (en Colombia, por ejemplo, las Cámaras de Comercio, curadores urbanos, interventores).

El profesor MEILÁN GIL, rechaza este criterio por simplista, pues considera que: «Este esquema se quiebra por la fuerza de la realidad que admite la transferencia de funciones estatales a entes (aunque no revisten formas jurídicas privadas) que no integran la Administración Pública»⁴⁷.

1.1.2.1.2 Criterio de las prerrogativas públicas

Este criterio se le atribuye a uno de los grandes maestros del Derecho administrativo francés, MAURICE HAURIOU, y es sintetizado por EUGENIO SORIANO, así:

El Derecho administrativo tendrá pues lugar dónde y cuándo el Estado actúa haciendo uso de sus privilegios exorbitantes, que van más allá por tanto, del Derecho común.

La noción de «*puissance publique*» condensa y resume técnicamente la idea de soberanía...

45. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 12.

46. LARES MARTÍNEZ, Op. cit., p. 35.

47. Citado en: CASSANGE, Op. cit., p. 108.

(...) para que exista Derecho administrativo, las actuaciones de la Administración han de venir revestidas de la correspondiente prerrogativa, la cual extenderá su radio de acción sobre todas las instituciones de nuestra disciplina (contrato: cláusulas exorbitantes; dominio: régimen privilegiado, etc.)⁴⁸

Por su parte, JUAN CARLOS CASSAGNE, considera que:

«[E]l Derecho Administrativo puede definirse como aquella parte del Derecho Público interno que regula la organización y las funciones de sustancia administrativas, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado»⁴⁹.

Para el profesor CASSAGNE, el régimen jurídico exorbitante es el sistema propio y típico del Derecho Administrativo⁵⁰.

Finalmente, para concluir con los doctrinantes de este criterio, citamos al profesor español RAFAEL ENTERA CUESTA, quien sostiene que:

Es en la conjunción de las prerrogativas de la Administración con la garantía de los particulares, donde radica el eje, la esencia, la razón de ser del Derecho administrativo. (...) Existe pues un Derecho administrativo allí donde nos encontramos con unas normas que reconocen y conjugan las garantías administrativas y los Derechos públicos subjetivos de los administrados.

Así pues las cosas podemos definir el Derecho administrativo como el conjunto de normas de Derecho público interno que regulan la organización y actividad de las Administraciones públicas. ().En tal sentido nos inclinamos por la orientación según la cual una norma tendrá carácter jurídico-político cuando se refiera a relaciones o situaciones en que necesariamente, o sea, según el contenido de aquélla, esté implicada la participación de un ente público. De

48. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Desregulación, privatización y Derecho administrativo. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, págs. 175-177.

49. CASSAGNE, Op. cit., p. 109.

50. *Ibid.*, págs. 106-112.

esta forma encontrarán acomodo dentro del Derecho administrativo no solo aquellos preceptos que atribuyan a la administración prerrogativas que por sí misma pueda ejercitar, sino también las que regulan su organización, o se ocupan de relaciones que se desarrollan en situación de paridad entre dos entes públicos que, a través de tales relaciones, persiguen de forma inmediata y directa una finalidad pública.

El Derecho administrativo tiene, pues, un contenido tridimensional: un sector de sus normas regula la organización administrativa; otro, las relaciones entre entes públicos, y el tercero, sin duda el más importante y que fue, justamente, el que determinó la aparición de esta rama del Derecho, se ocupa de la relación de los entes públicos y los particulares, conjugando las prerrogativas de aquellos con las garantías que el Estado de Derecho para todo sujeto del ordenamiento jurídico⁵¹.

El criterio de las prerrogativas públicas, también es insuficiente, pues estaría dejando por fuera del Derecho administrativo, actividades de la Administración que no contemplan tales exorbitancias, como por ejemplo las relacionadas con el fomento, que conjuntamente con la policía y el servicio público, son el triángulo que contiene el actuar normal de la Administración.

1.1.2.1.3 Criterio de la función administrativa

Según éste el Derecho Administrativo es considerado como el Derecho regulatorio de la función pública-administrativa, por tanto se pasa de un criterio orgánico-estatutario-subjetivo, a un criterio material-sustancial-objetivo-funcional.

Entre los más importantes doctrinantes, se encuentran GORDILLO, DROMI, GARRIDO FALLA, GABINO FRAGA. Afirma Gordillo: «[El] Derecho Administrativo como la rama del Derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta»⁵².

En palabras de ROBERTO DROMI:

51. ENTERA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Tecnos. 1965, págs. 84-86.

52. GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho administrativo. Vol. I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1998, págs. V-19.

El Derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el Derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.

La función administrativa constituye el «campo de aplicación» de un régimen jurídico concreto y específico que confiere objeto propio a esta parcela publicista de la ciencia del Derecho. Es en el campo del Derecho administrativo donde principalmente se ha realizado la categorización jurídica de lo político, siguiendo los parámetros del ordenamiento constitucional. Hay una solución de continuidad entre el Derecho administrativo y la Constitución, y los eslabones de la cadena que unen al Derecho al Derecho administrativo con la Constitución se dan a través de la función administrativa, cuyo ejercicio ha sido confiado primordialmente por la propia Constitución al Poder Ejecutivo y también al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

(...)

El Derecho administrativo versa, pues, sobre el régimen jurídico aplicable a la función administrativa. El régimen jurídico administrativo, por su parte, comprende las formas jurídicas y los principios jurídicos que actúan e imperan en la actividad administrativa, que en forma directiva y directa tiene por objeto la gestión y servicio en función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de «Actos de administración».

(...)

En tanto el Derecho administrativo regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del Derecho público que proyecta en el plano existencial los principios axiomáticos del Derecho público y los principios normativos primarios del Derecho constitucional⁵³.

GARRIDO FALLA lo define así:

Definimos el Derecho administrativo como «aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del poder público y sus relaciones

53. DROMI, Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 41.

con los administrados, así como la función administrativa de los diversos poderes y órganos constitucionales.

(...)

El Derecho administrativo regula asimismo la función administrativa de los poderes legislativo y judicial y demás órganos constitucionales del Estado. Esta ampliación de nuestra definición es (...) una exigencia, por lo pronto, de la ampliación del ámbito de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa a la fiscalización de las cuestiones de personal de las cortes, poder judicial o tribunal constitucional; pero es asimismo una respuesta a la pregunta de «por qué se han incluido legalmente esas materias entre las fiscalizables por dicha jurisdicción». Y, en fin es también el presupuesto teórico para que sea esa misma jurisdicción la que conozca de relaciones jurídicas con terceros (como en materia contractual y de responsabilidad patrimonial); relaciones que ciertamente exceden el reducido ámbito doméstico al que un sector doctrinal quiere reconducir la explicación de esta nueva expansión del Derecho administrativo⁵⁴.

Por su parte FRAGA GABINO expresa:

El Derecho administrativo debe tomar la consideración formal y material; teniendo en cuenta que debe incluir la organización y funcionamiento del poder ejecutivo y comprender las normas que regulan la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Se limita a normar el ejercicio de las atribuciones del Estado, cuando dicho ejercicio reviste la forma de la función administrativa.

Hay casos en los cuales el poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que forman parte de las instituciones de Derecho privado.

El Derecho administrativo regulará:

- La estructura y organización del poder encargado normalmente de realizar la función administrativa.
- Los medios patrimoniales y financieros que la administración necesita para su sostenimiento y para garantizar la regularidad de su actuación.

54. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Tecnos, 2005, p.128.

- El ejercicio de las facultades que el poder público debe realizar bajo la forma de la función administrativa⁵⁵.

La dificultad del criterio material, de la función administrativa, la constituye la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre las actividades que constituyen efectivamente ejercicio de función administrativa. Ha sido de tal magnitud dicha problemática, que se termina por acudir a un criterio residual, según el cual, función administrativa será todo aquello que no sea legislativo, ni jurisdiccional.

1.1.2.2 Criterios específicos tradicionales

Como se dijo anteriormente, se llaman tradicionales porque varios doctrinantes han hecho la clasificación basándose en conceptos característicos y propios de la definición.

1.1.2.2.1 Criterio legalista

Es la denominada corriente exegética del Derecho administrativo, refiriendo su objeto al simple comentario y glosa de las leyes administrativas, es decir, en vez de definir el Derecho y la dificultad que esto conlleva, se dedicó a construir las características de las leyes administrativas⁵⁶.

El francés BATBIE y el español COLMEIRO, del siglo XIX son sus expositores más antiguos; a su vez entre los argentinos se encuentran RAMÓN FERREYRA y LUCIO VICENTE LÓPEZ⁵⁷.

Para este criterio, el Derecho administrativo consiste en la exposición y comentario de las leyes administrativas. Este criterio convertiría al Derecho administrativo en la disciplina de la glosa de las leyes, con el fin de saber si son o no públicas.

1.1.2.2.2 Criterio del poder ejecutivo

Según este criterio, el Derecho Administrativo, es el regulador de la actividad del Poder Ejecutivo; lo sugirió DUCROCQ en Francia y SANTAMARÍA DE PAREDES en España.

55. FRAGA, Gabino. Derecho administrativo. México: Porrúa, 1997, págs. 91-94.

56. GARCIA OVIEDO, Op. cit., p. 25.

57. MARIENHOFF, Op. cit., págs. 136 y 137.

Su concepción desconocería que el poder ejecutivo no sólo realiza actividad administrativa, sino también actividad política o de gobierno, y excepcionalmente hasta actividad legislativa (ejemplo en Colombia: facultades extraordinarias al presidente, estados de excepción) e incluso jurisdiccional (en Colombia, por ejemplo, algunas funciones de la Superintendencia Financiera y la de Industria y Comercio). Por otro lado, ignora, que el poder judicial y el poder legislativo también realizan actividad administrativa.

1.1.2.2.3 Criterio de las relaciones jurídicas

Para este criterio, el Derecho administrativo regula las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado.

Esta posición, si bien no es incorrecta, es incompleta, por cuanto el Derecho administrativo también trata de las relaciones que se establecen entre el Estado y sus propios órganos. Además, de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, también se ocupan el Derecho constitucional, el penal y el procesal, por lo que no es privativa del Derecho administrativo. Además, la relación jurídica no es el único elemento que debe entrar en la definición del Derecho administrativo: la administración pública también necesita normas que regulen su organización interna, su funcionamiento, y el régimen de sus servidores.

1.1.2.2.4 Criterio de los servicios públicos

Para este criterio, el Derecho administrativo es el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos. Ésta era la posición de la famosa escuela francesa de Burdeos, llamada también escuela del servicio público, de los profesores LEÓN DUGUIT, GASTÓN JÉZE, ROLLAND, BONNARD, tema del cual nos ocuparemos en detalle en próximos capítulos. Por ahora, simplemente digamos lo siguiente:

JÉZE expresó:

«Los servicios públicos tienen por objeto satisfacer las necesidades de interés general. Los gobernantes, los agentes públicos y los concesionarios de los servicios públicos, se encargan de organizarlos o de hacerlos funcionar para asegurar el bienestar material, moral e intelectual de los administrados»⁵⁸. Y

58. JÉZE, Gastón. El funcionamiento de los servicios públicos. Buenos Aires: Ed. Dapalma, 1949, págs. 5-27.

agregaba que «los servicios públicos son la piedra angular del Derecho Administrativo francés»⁵⁹.

Sobre este criterio el profesor MARIO RODRÍGUEZ expresa:

Las definiciones de LEÓN DUGUIT, GASTÓN JÈZE, ROGER BONNARD, sin diferencias sensibles, conciben el Derecho administrativo como el conjunto de normas que organizan la prestación y el control de los servicios públicos; pero la noción jurídica de servicios públicos entró en crisis desde la primera post-guerra mundial con la asunción por el Estado de la prestación de servicios públicos industriales y comerciales bajo el régimen del Derecho privado, y ha dejado de ser cierta la ecuación «servicio público igual Derecho público», postulada por la escuela de tales autores que aún sigue en Colombia, como el tratadista EUSTORGIO SARRIA. Hoy resultan inaceptables tales definiciones⁶⁰.

Así lo explica EUSTORGIO SARRIA:

El Derecho administrativo se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con motivo de la prestación y vigilancia de los servicios públicos. La manifestación de voluntad es el ejercicio de querer, y éste no es otra cosa que la competencia, cuya determinación equivale a establecer lo que podrá jurídicamente querer el agente o el individuo y en qué podrá jurídicamente querer el agente o el individuo y en qué condiciones de tiempo, de lugar, de forma, etc., deberá querer para que la manifestación de su voluntad tenga un valor jurídico⁶¹.

En un próximo capítulo se ampliará el concepto y alcance de la noción de servicio público, para llegar luego a la noción actual de servicios públicos domiciliarios, que es el tema objeto del presente trabajo, y determinar si en los mismos, aún está presente y vigente el Derecho administrativo.

Debe advertirse al lector que el Derecho administrativo tradicional -máxime el actual- se ocupa de muchos otros temas distintos a los servicios públicos, como son la policía, el fomento, la responsabilidad del Estado.

59. *Ibid.*, p. 4.

60. RODRIGUEZ MONSALVE, Mario. Curso de Derecho administrativo. Medellín: [s.e] 1985, p. 3.

61. SARRIA, Eustorgio y SARRIA B., Mauricio. Derecho administrativo. Bogotá: Ceida, 1974, p. 33.

1.1.2.2.5 Criterio de la actividad total del Estado

Según este criterio, el Derecho administrativo es el regulador de la actividad total del Estado, entendiendo por actividad total del Estado, la administración. Entre sus exponentes contamos los maestros alemanes VON STEIN y OTTO MAYER; para este último:

El Derecho administrativo, en el sentido literal del término, quiere decir Derecho relativo de la administración; esto designa un Derecho que le es aplicable.

El Derecho presupone relaciones a regular, personas que se hallan en presencia y entre las cuales es menester trazar la línea de su poder recíproco.

Las relaciones de que se trata aquí están indicadas por la noción de administración. La administración es la actividad del Estado. Así, de las dos personas entre las cuales el Derecho administrativo debe trazar sus líneas, una está dada por anticipado: es el Estado.

Frente a este Estado administrador se halla colocada la masa de los individuos, de sus súbditos; ella proporciona a la otra persona. No puede existir cuestión de Derecho administrativo en tanto no se trate de relaciones entre el Estado y los súbditos, sean súbditos aislados o reunidos en grupos determinados. Pero no todo lo que regule todas estas relaciones es Derecho administrativo⁶².

Este criterio peca de exceso, ya que si bien el Estado tiene entre sus actividades la de la administración, también desarrolla otras, por lo cual la administración no es la actividad total y exclusiva del Estado.

1.1.2.2.6 Criterio de los servicios públicos y la protección jurisdiccional de los administrados

Esta orientación es la que sigue BIELSA, para quien el Derecho administrativo es el conjunto de normas positivas y de principios de Derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y, el consiguiente control jurisdiccional de la Administración Pública. Así lo expresa BIELSA:

62. MAYER, Op. cit., págs. 17 y 18

En concepto nuestro puede definirse el Derecho como el conjunto de normas positivas y de principios de Derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública.

En este concepto y definición asignamos además al Derecho administrativo, como ciencia, un carácter constructivo (teorías y soluciones jurídicas)

También señala otras definiciones:

- a) Definimos el Derecho administrativo como un conjunto de normas positivas y no necesariamente como sistema de normas, desarrollado y orgánico, pues se trata de un Derecho en formación. (...)
- b) La aplicación concreta es un elemento dominante –no exclusivo– en la definición que damos, pues lo que caracteriza la actividad administrativa –jurídica o no– es lo concreto, real, actual de su aplicación, a diferencia de la legislativa, por ejemplo, que en general obra para lo futuro, y establecen normas generales que pueden tener o no aplicación; ello depende de los hechos o situaciones que esas normas prevén.
- c) La idea de servicio público no puede faltar en la definición de Derecho administrativo, aunque el servicio público no sea todo (como parece serlo en la concepción de JÉZE); pero es elemento esencial.
- d) Finalmente, la actividad administrativa crea o genera todo un orden de relaciones o situaciones jurídicas entre los administrados y la administración pública, o entre las diversas entidades administrativas. Estas relaciones dada la naturaleza misma de la actividad administrativa, o sea, ejecutoriedad que domina como regla, origina una actividad específica, una función propia del Estado, que en principio pertenece a la administración pública, no activa sino jurisdiccional; es decir, contralor jurisdiccional. El Derecho administrativo debe comprender pues, a los principios y las normas positivas concernientes a la protección jurisdiccional de los administrados, y ejerza esa protección en forma de recursos subjetivos u objetivos, ya sea en forma preventiva, como ejercicio del contralor de legitimidad y oportunidad⁶³.

Este criterio es bastante similar al del servicio público, que como ya se dijo, no es el único campo de acción del Derecho administrativo.

63. BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1955, págs. 39-41.

1.1.2.2.7 Criterio de disciplina referente a la administración

Para el profesor ADOLF MERKL, el Derecho Administrativo es la suma de normas jurídicas que regulan funciones jurídicas determinables mediante las instituciones. De acuerdo con el concepto expresado por el profesor MERKL, el Derecho Administrativo es el conjunto o la parte del ordenamiento jurídico, que ha de ser aplicado por órganos administrativos. No obstante, MERKL, es recordado por el llamado criterio residual, según el cual, lo administrativo será todo aquello que no sea ni legislativo, ni jurisdiccional.

MARIO RODRIGUEZ señala:

«Parece preferible para delimitar conceptualmente la noción del Derecho administrativo, una enumeración de los temas propios de esta rama: es el conjunto de normas que regulan y de principios que inspiran la organización, las funciones, los procedimientos, los medios de acción, y la responsabilidad de la administración pública»⁶⁴.

Para ello, se basa en la siguiente definición del concepto de Administración pública:

Noción conceptual Administración pública. Si los temas del Derecho administrativo se relacionan con la administración (sin más calificativos, se entiende que es público), debe delimitarse su concepto dada la complejidad de su estructura y la multiplicidad de su funciones resulta difícil y peligroso intentar una definición; la tradicional de que es la ejecución de las leyes resulta hoy incompleta; téngase en cuenta que el centro de gravedad de la legislación se ha desplazado del congreso hacia el ejecutivo, que ya no es sólo el ejecutor de las normas sino su formulador; y que no siempre esta formulación de normas deja de ser administración.»

De ahí que tenga general aceptación la fórmula de ADOLF MERKL: «el concepto de administración es el resultado de una sustracción, en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia.

En términos más sencillos, administración es todo lo que no es legislación ni jurisdicción.

64. RODRIGUEZ MONSALVE, Op. cit., p. 3.

Es una definición que va contra las reglas de la lógica formal; una cosa no debe definirse por lo que no es; pero es práctica y exacta. Sin embargo, con esta forma no queda agotado el problema de su limitación conceptual; porque existen dos criterios para calificar una actividad jurídica estatal: uno orgánico material, que se atiene a la naturaleza intrínseca del contenido del acto en que se traduce la función y otro orgánico formal que sólo mira la naturaleza del sujeto de quien proviene el acto y sus procedimientos.

No puede negarse que es más científico el primero; pero el segundo es más práctico, y es el predominante en Colombia⁶⁵.

Este criterio, en ocasiones se acerca a un criterio orgánico, subjetivo, pero en otras ocasiones tiene elementos propios del llamado criterio residual, es decir, una definición por exclusión.

1.1.2.2.8 Criterio de las normas derogatorias de Derecho privado

Este criterio fue usual dentro de la doctrina francesa de mediados del siglo XX, defendido por VEDEL y RIVERÓ, para quienes en todos los casos en los que el Derecho administrativo derogue el Derecho privado se está dentro de la órbita de aquél.

VEDEL, afirma:

Cabe entender el Derecho administrativo como el Derecho de la administración y, en ese sentido, todo país civilizado poseería un Derecho administrativo, puesto que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración.

Sin embargo, sólo existe Derecho administrativo en el sentido preciso del término cuando ese sistema de normas es sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre los particulares.

Ahora bien, el Derecho administrativo se presenta precisamente como algo muy diferente a la suma de normas derogatorias que las leyes impondrían a la aplicación del Derecho privado en lo que concierne a la vida administrativa. Se le ha presentado frecuentemente como un sistema de normas globalmente autónomo que repudia en bloque el Derecho privado. (Pág. 40)⁶⁶.

65. *Ibíd.*, págs. 3 y 4.

66. VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar, 1980.

Finalmente, JEAN RIVERÓ se pronuncia respecto al Derecho Administrativo de la siguiente manera:

Definición del Derecho administrativo: el Derecho administrativo es el conjunto de reglas jurídicas derogatorias del Derecho privado que rigen la actividad administrativa de las personas públicas.

Algunos autores cuestionan hoy en día esta definición. Al constatar que la administración pública está sometida, tanto al Derecho privado, como a reglas especiales, ellos proponen aplicar la calificación de Derecho administrativo al conjunto de reglas jurídicas que se imponen a la administración, sin ninguna distinción. En realidad, debemos poner aparte, en este conjunto, aquel grupo de reglas especiales que permanecen propias a la acción administrativa. Parece más lógico y más simple reservar a estas reglas el nombre de Derecho administrativo, sin perder de vista el hecho de que aquellas no rigen la totalidad de la acción administrativa⁶⁷.

1.1.2.3 Criterio del nuevo Derecho administrativo

Este criterio intenta superar todos los tradicionales, sin descartarlos, pero haciendo un gran énfasis en factores finalísticos-teleológicos, a partir de los cometidos propios del concepto de Estado Social de Derecho. Un fiel exponente de este criterio es JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, quien afirma:

El Derecho administrativo no ha sido lo mismo en todos los tiempos y lugares. Cada país, y según los parámetros constitutivos del objeto que se hubiere utilizado, adquiere connotaciones diversas e incluso tendencias divergentes.

Tratándose de Derecho administrativo colombiano, en ese juego simultáneo de los criterios tradicionales de conceptualización del Derecho administrativo está irremediablemente inmediatez por el carácter teleológico que le imprime la Constitución de 1991. En este sentido, el concepto de Derecho administrativo debe comprender, como parte de su descripción, el cumplimiento de los cometidos propios del Estado social y democrático de Derecho, el interés general y el bien común, de aquí que resulte imposible un concepto que no se nutra de esta constante ideológica, que busca la consolidación del Estado social de Derecho. Es así como operativamente y dentro de esta concepción,

67. RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1984, p. 21.

entendemos el Derecho administrativo como el subsistema normativo o rama del Derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones, finalidades de la administración pública y sus relaciones con los asociados de la comunidad.

De esta definición se deducen cuatro elementos importantes: el ser un Derecho de la administración pública; el constituir un subsistema normativo; el ser una rama del Derecho positivo, lo que genera de inmediato inevitables discusiones sobre el Derecho público y el Derecho privado; y por último, las características de las relaciones con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general⁶⁸.

1.1.3 Resultado y aporte de la investigación

Después del recorrido por las diversas definiciones, criterios y conceptos sobre el Derecho administrativo, y a nuestro juicio, es necesario incluir los siguientes criterios y temas que complementan el campo de acción y aplicabilidad del Derecho administrativo hoy día en Colombia:

- **La presencia de recursos públicos:** donde haya recursos públicos, tendrá aplicabilidad el Derecho Administrativo, dado que la protección del patrimonio público implica la intervención de las contralorías como máximos órganos de control fiscal, y es claro que el régimen de gestión fiscal, leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, es un régimen propio del Derecho administrativo y no del Derecho privado.
- **La aplicación de los principios de la función administrativa:** cuando la constitución o la ley hacen imperativo el cumplimiento y respeto de los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política), en ciertas actividades, trámites o procedimientos, independientemente de que las mismas estén a cargo de entidades públicas o de particulares, allí estará presente el Derecho administrativo, por cuanto dichos principios están desarrollados en normas propias del Derecho administrativo, como son el Código Contencioso Administrativo, Decreto-Ley 01 de 1984, y el Estatuto de la Administración Pública, Ley 489 de 1998.

68. SANTOFIMIO GAMBOA, Tratado de Derecho administrativo. Tomo I. Op. cit., p. 171.

- **La necesidad de regulación y control de actividades en libre competencia:** ante todo por la necesidad de brindarle protección a los usuarios, proteger el medio ambiente y los recursos naturales, y garantizar la participación ciudadana.
- **El interés público, general, o el cumplimiento de cometidos estatales:** criterio éste ya mencionado por el profesor SANTOFIMIO GAMBOA.

Así las cosas, no existe un criterio único o absoluto para determinar el concepto, definición o campo de aplicación del Derecho administrativo; lo que hay, es una combinación de factores, elementos, criterios, que deberán ser tenidos en cuenta por el operador jurídico en cada caso específico y particular. A manera de síntesis los criterios que se combinan, son los siguientes:

- La naturaleza jurídica de los sujetos: cuando se trata de entidades estatales.
- La naturaleza de la actividad: cuando se está frente al ejercicio de una función pública-administrativa.
- La existencia de potestades públicas, de prerrogativas, de cláusulas excepcionales, cláusulas derogatorias del Derecho común.
- La presencia de recursos públicos, por lo que implica la defensa del patrimonio público.
- La aplicabilidad y obligatoriedad de los principios de la función administrativa.
- La aplicabilidad y obligatoriedad de los principios de la gestión fiscal.
- La defensa del interés público, del interés general, o del cumplimiento de los cometidos estatales.
- La presencia de la actividad regulatoria y de control, en especial en actividades en libre competencia.
- La defensa y protección de los derechos de los usuarios.
- La decisión del legislador de que ciertos temas, asuntos, materias, o entidades se rijan por el Derecho administrativo.
- La decisión del juez en casos concretos

Queda en duda, y es algo de lo que se ocupará el presente trabajo en posteriores capítulos, determinar si el Derecho administrativo se puede definir, o si el mismo aún es aplicable, a partir de la noción de prestación de servicios públicos, y en particular a partir de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

De tal manera que más que intentar ofrecer una definición, o de avalar alguna de las formuladas por los diferentes tratadistas y doctrinantes citados, preferimos, al momento de referirnos al Derecho administrativo, y para los efectos del presente trabajo, hablar de una sumatoria y combinación de criterios, de factores y de elementos, que confluyen, conviven y se complementan, para determinar su configuración y su aplicabilidad a un caso concreto.

1.2 DERECHO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO Y DERECHO PRIVADO: ¿UNIDAD O DIVISIÓN?⁶⁹

1.2.1 Necesidad o contingencia de la división Derecho público y Derecho privado

Una vez reseñados y analizados algunos de los más importantes criterios y elementos configuradores del Derecho administrativo, es necesario determinar si dicha disciplina realmente se contrapone al Derecho privado, pues sólo en esa medida tendría interés el hablar de la supuesta huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, particularmente, en el sector de los servicios públicos domiciliarios, en tanto que hablar de la huida de un Derecho hacia otro, es admitir de entrada diferencias entre ellos.

Sin embargo, esta problemática no ha tenido una respuesta única y definitiva en la doctrina, por cuanto destacados autores son partidarios de la división, otros la han puesto en duda, un tercer grupo la niega, y no ha faltado quien hable de una cuarta clasificación mixta.

La clásica división del Derecho en dos categorías, Derecho público y Derecho privado, no cuenta para algunos con un fundamento teórico sólido y consistente que justifique dicha taxonomía.

69. En este subcapítulo, en cuanto a las citas bibliográficas de textos extranjeros y traducciones, debo agradecer el gran aporte y colaboración de la Abogada Carolina Ariza Zapata, quien conjuntamente con la estudiante en su momento (hoy ya abogada) Nataly Montoya Restrepo, me acompañaron como Asistente y Auxiliar de Investigación, en la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit durante el año 2008.

Al parecer la división tuvo origen en Roma, exactamente a finales de la época clásica; fueron los romanos quienes distinguieron en su sistema jurídico, entre el *ius privatum* y el *ius publicum*. De acuerdo con la división romana, el *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*⁷⁰, mientras que el *privatum quod ad singulorum utilitatem*⁷¹. El fundamento de la división romana era, primordialmente, la finalidad perseguida: la protección de los intereses del Estado, o la defensa de aquellos de los particulares.

Se habla hoy de una reaparición de la división, porque ésta cayó en el olvido total durante la Edad Media⁷². Fue más exactamente en los siglos XI y XII que la división volvió a ser objeto de estudio, por parte de la doctrina romanista de la época, en medio del retorno a Ulpiano y Justiniano. Entre los siglos XIII y XV se crea un conjunto de reglas que acompañan, y sirven de fundamento a la consolidación de los poderes reales; sin embargo, algunas de las categorías propias de ese incipiente Derecho público, que acompañó el nacimiento del Estado moderno, fueron, en realidad categorías procuradas por el Derecho privado. Así, por ejemplo, la ley sálica⁷³, y conceptos como el de *dominium*⁷⁴ y el de *pactum*⁷⁵.

La teoría de la soberanía creada por BODIN en el siglo XVI, en *Les Six livres de la république*, fue fundamental en el proceso de consolidación de un Derecho diametralmente opuesto al Derecho que rige las relaciones entre los particulares, esto es, al Derecho privado⁷⁶. Como se verá más adelante, aún hoy, algunos

70. Lo que se refiere a la condición del Estado romano. Corpus Iuris (Instituciones, I, 1,4; Digesto I, I, 1,2).

71. Lo que atañe a la utilidad del individuo. Corpus Iuris (Instituciones, I, 1,4; Digesto I, I, 1,2).

72. «En primer lugar, el trasfondo sagrado del Derecho público romano es incompatible con los valores del cristianismo: los cultos y los sacerdotes serán objeto del *ius sacrum*. En segundo lugar, la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado es inoperante en una sociedad medieval caracterizada por la ausencia de figura estatal y plagada de órdenes intermedios que se interponen entre los sujetos y un soberano »desprovisto del poder de proferir mandatos generales¼ del cual no se desprenden ni el Derecho real ni el *ius privatum*: el mundo medieval es impermeable a las categorías jurídicas romanas». (Traducción de la abogada Carolina Ariza). DESMONS, Éric. *Droit privé, Droit public en: Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 520.

73. «Cuando, después de la muerte del último hijo de Philippe Le Bel, fue necesario rechazar las pretensiones de acceso a la corona de un rey inglés, mediante el recurso a la ley sálica (...), fue a un texto de Derecho privado de la ley franca, relativo a la sucesión de los «*alleux*», al que se hizo referencia» (Traducción de la Abogada Carolina Ariza). *Ibid.*

74. Entendido como poder patrimonial del monarca sobre el territorio del Estado. BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 26.

75. Que funge, según Bobbio, como principio de la legitimación del poder en toda la tradición contractual que va desde Hobbes a Kant. *Ibid.*

76. «En el Estado absoluto, al estabilizarse la soberanía del príncipe frente a los estamentos, el Derecho público se desembarazó de las trabas del Derecho privado o semiprivado que lo constreñían». RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 92.

pensadores del Derecho y la política⁷⁷ se sirven de la asimetría que caracteriza las relaciones entre gobernantes y gobernados, y que subyace al concepto de soberanía para justificar la división del Derecho en público y en privado.

El concepto de soberanía como fundamento del Derecho público, y atributo inseparable del Estado como persona jurídica, sirvió de fundamento al desarrollo de un Derecho especial y propio al soberano, el cual, según ZAGREBELSKY, «incluía la idea de un Derecho creado exclusivamente por el Estado y puesto exclusivamente a su servicio»⁷⁸.

Así las cosas, para el siglo XIX, tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídicos de Europa continental, la división del Derecho en público y privado se encontraba bien afirmada. Otra cosa es que la corriente liberal que comenzó a gestarse, haya puesto en jaque al Derecho público a través de sus reivindicaciones individualistas y su pretensión de contener en la mayor medida de lo posible la intervención del Estado en la esfera privada de los individuos.

En palabras de BOBBIO:

A través de Locke, la inviolabilidad de la propiedad, que comprende todos los demás Derechos individuales naturales, como la libertad y la vida, y que indica que existe una esfera del individuo que es autónoma a la esfera del poder público se vuelve uno de los bastiones de la concepción liberal del Estado, que en ese contexto debe considerarse como la más consciente, coherente e históricamente importante teoría de la primacía de lo privado sobre lo público⁷⁹.

En la actualidad, la división Derecho público – Derecho privado abarca desde el debate jurídico teórico hasta la cátedra universitaria; habrá que determinar en qué medida dentro, del ordenamiento jurídico, es decir, desde un punto de vista intra-sistemático, es posible afirmar la existencia de dos tipos de normas jurídicas, aquellas que pertenecen a la categoría del Derecho público y aquellas que pertenecen a la categoría del Derecho privado.

77. Entre ellos Gustav Radbruch y Norberto Bobbio.

78. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 11.

79. BOBBIO, Norberto. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: De Palma, 1955.

Partiendo de la base de que el sistema jurídico se enmarca en el contexto más amplio del ejercicio del poder, habrá que determinar si desde un segundo punto de vista, que vamos a denominar extrasistemático, puede afirmarse de forma coherente la existencia de una división dentro del Derecho, entre la categoría de lo público y la de lo privado.

1.2.2 Las cuatro respuestas encontradas

En la discusión latente sobre el tema, encontramos cuatro respuestas en la doctrina, advertimos que algunos de sus exponentes, podrían comulgar perfectamente con dos de las respuestas: i) aquella que afirma que existe la división; ii) en el medio aparecen aquellas posturas según las cuales es dudosa la existencia de un fundamento sobre el cual construir la división del Derecho en público y privado, pero consideran la misma como de gran utilidad práctica y teórica, iii) en el otro extremo se ubican por su parte aquellos autores para quienes entre el Derecho público y el privado hay más coincidencias que divergencias; y según los cuales una tal división no puede ser fundamentada extra-sistemática ni intra-sistemáticamente, y iv) una postura un poco aislada, residual, de la cual sólo encontramos su enunciación y que habla de una tercera rama del Derecho: Mixta.

1.2.2.1 La existencia de la división

En este primer grupo se encuentran autores como JELLINEK, ZAGREBELSKY, RADBRUCH y BOBBIO; a pesar de que sus posiciones se han calificado de categóricas, algunos de ellos reconocen que la ubicación de estos conceptos jurídicos en una de las categorías, ya sea Derecho público o Derecho privado –de forma exclusiva y contundente– resulta una labor difícil y pone en relieve las debilidades de la división. Sin embargo, la puesta en evidencia de estos inconvenientes no los conduce a negar la existencia de todo fundamento teórico de la división.

RADBRUCH afirma, en su *Introducción a la filosofía del Derecho*, que los conceptos de Derecho público y de Derecho privado son conceptos jurídicos *a priori*. Esto quiere decir que «toda norma jurídica puede lógicamente ser situada en uno de aquellos campos»⁸⁰. Desde esta perspectiva, la división tendría pretensiones de

80. RADBRUCH, Op. cit., p. 91.

total exhaustividad⁸¹, entendiendo por esto que todas las categorías del universo jurídico pertenecen necesariamente a una de las dos categorías, y solamente a una de ellas.

BOBBIO coincide en afirmar que además de su función descriptiva, la dicotomía tiene una función evaluativa, en el sentido de que «en el universo delimitado por ambos conceptos un ente no puede ser al mismo tiempo público y privado, y tampoco ni público ni privado»⁸². De ahí que la afirmación de la pertenencia de un concepto jurídico o de una rama del Derecho a una de las dos categorías, equivale a negar de plano su pertenencia a la otra.

Tradicionalmente, la categoría Derecho privado se ha caracterizado por ser una categoría residual, esto es, se configura a partir de todos aquellos conceptos o bloques de conceptos jurídicos que no pertenecen al Derecho público⁸³. Este carácter residual se evidencia, fácilmente, cuando se analiza el fundamento que según algunos autores, subyace a la división, y permite justificar su existencia.

Con frecuencia los autores en este tema plantean como fundamento la existencia de dos tipos de relaciones jurídicas, aquellas que tienen lugar entre personas jurídicas ubicadas en un plano de igualdad, y aquellas que, por el contrario, surgen entre personas jurídicas supraordenadas, y correlativamente subordinadas. Por oposición al Derecho romano, dice RADBRUCH: «hoy, la distinción gira en torno a la estructura del Derecho privado como Derecho sobre un plano de igualdad (Derecho de coordinación), y el Derecho público, como el Derecho entre subordinados y superiores»⁸⁴.

Es posible también encontrar autores que, como BOBBIO, hacen explícito un fundamento diferente al mencionado, pero cuyos desarrollos lo acogen

81. Sin embargo, Radbruch afirma que se viene abriendo paso un tercer período de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado, caracterizada por la superación de la nítida separación entre ambas categorías, dando paso al Derecho social, el cual está conformado por zonas jurídicas, como el Derecho económico o el Derecho del trabajo, que no pueden ser categóricamente clasificadas en uno de los extremos de la división, sino que están conformadas por una combinación de normas tanto de Derecho privado, como de Derecho público.

82. BOBBIO, Op. cit., p. 22.

83. «On some approaches activity is «public» if it is regulated, even if the activity is undertaken by a non state body. Interestingly more attention is paid to defining public law than defining private law. The general assumption seems to be that public law is a special area carved out of the rest –the private rest- of the law. Private law is a residual category». OLIVER, Dawn. *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, Londres, 1999, p. 15.

84. RADBRUCH, Op. cit., p. 91.

implícitamente. Afirma este autor que «a pesar del debate secular, provocado por la variedad de criterios con base en los cuales ha sido justificada, o se ha creído poder justificar, la división de las dos esferas, el criterio fundamental sigue siendo el de los diversos sujetos a los que se puede referir la noción general de utilitas (utilidad)»⁸⁵, tal y como lo entendieron alguna vez los romanos. Sin embargo, a renglón seguido explica cómo al lado de la gran dicotomía Derecho público-Derecho privado convergen otras dicotomías⁸⁶, que al ser analizadas con detenimiento, evidencian la importancia del fundamento implícito basado en la igualdad o desigualdad de la relación jurídica subyacente.

Por su parte ZAGREBELSKY, sin hacer referencia directamente al fundamento de la división, sino de forma exclusiva al fundamento del Derecho público, afirma que este último reposa en el principio de la soberanía⁸⁷, el cual constituye «su punto de partida y retorno»⁸⁸, «el criterio y sentido de orientación de todos sus elementos»⁸⁹. Si se tiene en cuenta que para este autor la soberanía interna hace referencia a la «inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos»⁹⁰, se concluye que estamos, nuevamente, frente al criterio de la asimetría de las relaciones como elemento fundante de la existencia del Derecho público. En consecuencia, la existencia del Derecho privado estará determinada, de forma residual, por la presencia de relaciones jurídicas en las que los sujetos ostentan posiciones simétricas.

Debe, por último, hacerse referencia a JELLINEK, para quien «la oposición entre el Derecho privado y el Derecho público puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros»⁹¹. Sin embargo, este autor introduce, sin poner en duda la existencia de la división, dos matices importantes:

85. BOBBIO, Op. cit., p. 14.

86. Estas dicotomías son: Sociedad de iguales y Sociedad de desiguales, Ley y contrato y justicia conmutativa y justicia distributiva.

87. Zagrebelsky afirma sin embargo que la noción básica del Derecho del Estado, es decir, el principio de soberanía, no puede ser reconocido hoy como realidad política operante, en virtud de ciertos fenómenos tanto políticos, como sociales y económicos. Si se analizan con cuidado los fenómenos a los que se refiere el autor italiano, se constata que a pesar de haberse erosionado ciertos campos de soberanía estatal, muchos otros permanecen incólumes, y allí puede entonces hablarse de relaciones de sujeción y por lo tanto de Derecho público, de acuerdo con la propia definición del autor.

88. ZAGREBELSKY, Op. cit., p. 11.

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*, p. 10.

91. JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 359.

En primer lugar establece que es sumamente difícil fijar, para cada caso particular, los límites entre el Derecho público y el Derecho privado. En segundo lugar, afirma que la división no es absoluta puesto que, por un lado, todo Derecho privado es a su vez social en cuanto se le reconoce a un individuo en su calidad de miembro de una sociedad; y por otro lado, todo Derecho público se encamina, o debería encaminarse, al bien del individuo.

Este panorama general permite evidenciar de forma contundente que la afirmación de la división del Derecho en Derecho público y Derecho privado, está estrechamente vinculada al nacimiento del Estado moderno, uno de cuyos atributos principales es el principio de soberanía, el cual fundamenta la existencia de un Derecho especial, derogatorio del régimen privado, que responda a las características propias de las relaciones que entretiene el soberano con los individuos que le están subordinados.

Así las cosas, la reaparición de la dicotomía romana en los albores del Estado moderno determinó, al menos en principio, su estrecho compromiso con el Estado soberano, y con la superación de los obstáculos que pudieran dificultar el ejercicio del poder político.

Como ya se ha dicho, la corriente liberal, en su afán de maximizar la extensión de la esfera privada del individuo libre de intervenciones foráneas, traerá aparejada en los siglos XIX y XX, la defensa del Derecho privado, que se pretende democrático y protector de los intereses del individuo. Como es sabido, en contra de la ideología liberal se reaccionará hasta el punto de desembocar en todo tipo de experiencias: totalitarias, de izquierda, de derecha, socialistas, etc.

Si se mira bien, la lucha liberal por ubicar en el centro del debate político e ideológico al individuo, no se traduce automáticamente en la negación de la división del Derecho en público y privado. Por el contrario, la distinción adquiere un rol fundamental en el proyecto liberal de contener al omnipotente Estado. Una vez más se evidencia cómo la existencia del Estado, y de las relaciones de desigualdad que su actuar, en calidad de soberano configura, constituyen el fundamento primigenio de la gran división del Derecho.

El contenido ideológico del debate acerca de la división queda desde ya puesto en evidencia; la lucha por la supremacía de una categoría sobre la otra ha marcado la historia de la división; sin embargo, la existencia de dos categorías en las

cuales deben encajar todos y cada uno de los conceptos que integran el sistema jurídico de forma excluyente sobre la base, en la mayoría de los casos, de una aparente desigualdad entre el sujeto estatal y el resto de sujetos, ha sido puesta en duda por diferentes autores.

1.2.2.2 La división puesta en duda

La sospecha de que el Derecho no se divide en dos categorías exclusivas y exhaustivas parece tener su origen en otra sospecha: aquella según la cual tal división no cuenta con un fundamento sólido que justifique su existencia; a pesar de todo, los autores que se han agrupado en este apartado no niegan rotundamente la división, e incluso abogan por la utilidad práctica de la misma, intentando buscar un fundamento teóricamente consistente sobre la base del cual pueda ésta ser justificada.

Como ya se dijo en el apartado anterior, el fundamento que se invoca con mayor frecuencia a favor de la existencia de la gran dicotomía del Derecho está vinculado, estrechamente, a la formación del Estado moderno, al desarrollo concomitante del principio de soberanía, y como consecuencia de estos procesos, a las relaciones asimétricas que se generan entre el Estado y quienes le están subordinados.

La crisis del principio de la soberanía se ha traducido entonces en el debilitamiento del fundamento de la división. El pensamiento de DUGUIT ejemplifica de forma contundente cómo la división se debilita mientras avanza la demostración de que la soberanía, y las relaciones de sujeción que apareja no son, ni deben ser, los elementos caracterizadores del actuar del Estado.

DUGUIT coincide con HAURIUO al afirmar que «pocos falsos dogmas han tenido una acción tan nefasta»⁹² como el principio de soberanía. El poder de dominación es para estos autores, ante todo, una función social. Así las cosas, el Derecho público no es en ningún caso, ni debe serlo, un instrumento del ejercicio del poder soberano, o si se quiere, un conjunto de reglas aplicables a las relaciones desiguales que se tejen entre el soberano y sus súbditos, y que le permiten a ese

92. HAURIUO, Maurice, citado por: DUGUIT, León. Las transformaciones generales del Derecho, público y privado. Buenos Aires: Heliasta, 2000, p. 30.

soberano actuar con soltura, libre de las ataduras que pretende imponerle el Derecho privado.

Por el contrario, «el Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento de forma regular e ininterrumpida»⁹³. El fundamento del Derecho público deja entonces de ser el principio de soberanía, o Derecho subjetivo de mando, en términos de DUGUIT, y pasa a ser «la regla de organización y de gestión de los servicios públicos»⁹⁴.

Estos planteamientos han sido interpretados en el sentido de que Duguit abolió la división del Derecho en público y privado, en su afán de desvirtuar el autoritarismo que le era propio, puesto que su fundamento era la existencia de relaciones de desigualdad entre el Estado y los particulares⁹⁵. En realidad, la intención de DUGUIT fue otra; modificar el fundamento de la dicotomía, atribuyéndole una función social tanto al Estado como a los particulares⁹⁶, la cual se reflejaría necesariamente en el Derecho que a cada uno de estos actores le era propio. En resumen, la gran preocupación de DUGUIT consistió en purgar el origen antidemocrático, de corte autoritario, subyacente al Derecho público, y por lo tanto, a la gran división.

Lo que sí es cierto es que la división resulta gravemente afectada cuando se le despoja del fundamento autoritario (adoptando la postura de DUGUIT) de la desigualdad de las relaciones de las que hace parte el Estado soberano. Sobre todo cuando se homogenizan las categorías de Derecho público y de Derecho privado de la forma en la que lo hace DUGUIT, atribuyéndole a ambas una función

93. DUGUIT, Op. cit., p. 37.

94. Ibid.

95. «Solamente Duguit intentará demostrar, en contra de la corriente liberal favorable al mantenimiento de la distinción Derecho privado / Derecho público, que ésta posee una función autoritaria y debe, en consecuencia, ser abolida» (Traducción de la Abogada Carolina Ariza). DESMONS, Op. cit., p. 523. «Duguit establece que los actos jurídicos de Derecho público y de Derecho privado se encuentran formados por los mismos elementos y por el mismo carácter; sin embargo, la sanción de cada uno de ellos no puede existir en las mismas condiciones, por tanto, la única diferencia de la que puede hablarse es la relativa a la concreción de una situación de Derecho público o de Derecho privado». QUINTANA, Elvia Arcelia. Derecho público y Derecho privado. Documento tomado de Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/26.pdf> p. 424.

96. «Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el Derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el Derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y funcionamiento de los servicios públicos». DUGUIT, Op. cit., p. 37.

social, equiparando ley y contrato en cuanto la primera no es el producto de un Derecho de soberanía, y afirmando que no existen Derechos subjetivos que puedan diferenciar la esfera del actuar estatal, de la esfera de los particulares⁹⁷.

KELSEN, por su parte, ha sido interpretado en el sentido de que se opone categóricamente a la división del Derecho en dos categorías, Derecho público y Derecho privado, sobre la base de que la misma es puramente ideológica, en cuanto resulta de operar una separación entre el Derecho y el Estado. Una vez se aborda el sistema jurídico como un todo, cualquier acto jurídico, tanto un contrato, como una sentencia, deben ser entendidos como actos creadores de normas jurídicas reconducibles todos y cada uno de ellos al propio ordenamiento jurídico.

Sin embargo, se quiere poner en evidencia que si bien el autor austriaco pone en duda la dicotomía Derecho público-Derecho privado, al criticar el fundamento en el que tradicionalmente se ha fundado (la separación entre el Estado y el Derecho) su teoría se ocupa de proporcionarle un nuevo fundamento a la división.

En su *Teoría general del Estado*, tras constatar que la clásica división romana está siendo objeto de un uso impreciso y contradictorio, KELSEN afirma que: «esta distinción u oposición cobraría un sentido firme y seguro si con ella se quisiera expresar una diferencia de las relaciones jurídicas –compuestas de deberes y pretensiones o Derechos subjetivos,– es decir, de las normas jurídicas individualizadas, tomando como base de esa distinción, la forma en que tiene lugar el nacimiento de la relación jurídica, esto es, de la norma individualizada»⁹⁸.

Así, habrá que determinar si el deber jurídico de una persona se estableció con o sin su participación, es decir, si se originó en la declaración unilateral del obligado, o en la declaración coincidente de voluntades tanto del facultado como del obligado. KELSEN distingue además entre los Derechos subjetivos de carácter público cuando el pretensor participa en la formación de la voluntad del Estado, y aquellos de carácter privado, cuando el pretensor se dirige directamente contra la parte contratante.

97. «El hombre no tiene Derechos; la colectividad tampoco los tiene. Hablar de Derechos del individuo, de Derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los Derechos del individuo con los de la colectividad es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar». *Ibíd.*, p. 180.

98. KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. México D.F.: Colofón S.A., 2000, p. 162.

No resulta entonces plausible afirmar, tajantemente, que la teoría kelseniana niega la división del Derecho en virtud de su carácter ideológico, sin hacer las precisiones correspondientes. Es cierto que desde un punto de vista pretendidamente extrasistemático, que ve en el Derecho público un instrumento de actuación del Estado como entidad distinta del ordenamiento jurídico mismo, la teoría kelseniana afirmará rotundamente la inexistencia de cualquier distinción entre el Derecho público y el Derecho privado. Pero como se ha visto, esa misma teoría estará dispuesta a reconocer la dicotomía, desde un punto de vista intrasistemático, atendiendo a la participación del autor en la formación de la norma jurídica individualizada.

Tanto DUGUIT como KELSEN ponen entonces en duda la dicotomía Derecho público-Derecho privado, en particular su fundamento de corte exclusivamente político, en cuanto es el Estado soberano, con su actuar supraordenado, el protagonista de esta gran división. Sin embargo, ambos se sirven de la misma, reconociendo así su utilidad para explicar fenómenos jurídicos propios del sistema jurídico, sin predicar en ningún caso la unicidad del mismo.

Así, LEÓN DUGUIT en *Las Transformaciones Generales del Derecho*, a pesar de atribuir una función social tanto al Derecho público como al Derecho privado, y de argumentar de tal forma que la división pierde en gran parte su fundamento, se sirve de la misma, incluso para estructurar su obra; ocupándose en una primera parte de las transformaciones del Derecho público, y en una segunda parte de las transformaciones del Derecho privado, cada una de las cuales analiza conceptos jurídicos distintos, propios de cada una de las ramas⁹⁹.

Por su parte, HANS KELSEN, tras proponer un nuevo fundamento sobre el cual fundar la división, afirma que: «naturalmente, el orden jurídico positivo puede vincular a esta diferenciación de los métodos de creación del Derecho individualizado, otras nuevas diferencias. Así, podrá por ejemplo añadirse que la relación jurídica pública, solamente podrá ser anulada, mientras que la relación jurídica privada podrá ser declarada nula *ab initio*. Sin embargo, estas diferencias se dan tan solo por virtud de las normas positivas, sin que puedan deducirse de la naturaleza misma del Derecho»¹⁰⁰, lo que demuestra la utilidad práctica y teórica que para el autor representaba la división, incluso si éste la circunscribe exclusivamente al

99. Tratándose de las transformaciones del Derecho público Duguit se ocupa del servicio público, la ley, el acto administrativo, lo contencioso administrativo y la responsabilidad; mientras que tratándose de las transformaciones del Derecho privado se ocupa del Derecho subjetivo, la libertad, la autonomía de la voluntad, el acto jurídico, la propiedad, el contrato y la responsabilidad.

100. *Ibid.*, p. 163.

campo de la norma jurídica individualizada, por oposición al de la creación general del Derecho¹⁰¹.

Sin embargo, es posible encontrar opositores acérrimos de la división, cuyo objetivo, a diferencia de DUGUIT y de KELSEN, es poner en evidencia no solamente el carácter infundado de la división, sino además la inutilidad práctica de la misma. No es coincidencia que los autores que se han ubicado en el próximo apartado sean pensadores jurídicos contemporáneos. Esto es así porque las transformaciones sociales, políticas y económicas de escala mundial que han marcado la historia del mundo en las últimas décadas, se han traducido en profundas transformaciones de los ordenamientos jurídicos, y como se verá a continuación, algunos autores han interpretado estas transformaciones como el final de la dicotomía Derecho público-Derecho privado.

1.2.2.3 La negación de la división

Uno de los principales fenómenos contemporáneos (estrechamente vinculado al proceso de globalización) de los que da cuenta la literatura, tanto jurídica como política, es el proceso erosivo que sufre el principio de soberanía. Como se vio en el primer apartado, la dicotomía Derecho público-Derecho privado ha sido tradicionalmente explicada a partir de la desigualdad de las relaciones jurídicas en las que aparece involucrado el Estado en su calidad de soberano. Se entiende entonces que la crisis del principio de soberanía se traduzca en una alteración no sólo del fundamento de la gran dicotomía, sino también en la transformación de los conceptos jurídicos que conforman el Derecho público y el Derecho privado.

ZAGREBELSKY anuncia, de modo casi profético, el final del Derecho público, e invoca «la oración fúnebre del *ius publicum europeum*, como construcción conceptual del Estado moderno y de sus atributos soberanos»¹⁰². El autor italiano hace

101. Sin embargo, Kelsen afirma que «Éste es exactamente el punto de vista que divide las formas de Estado, en autocracia y democracia, según que los sometidos a las normas carezcan o no de participación en la creación de éstas», refiriéndose a la creación de las normas de carácter general. KELSEN, Op. cit., p. 163.

102. ZAGREBELSKY, Op. cit., p. 12. A continuación, el autor cita a J.C.F. von Aretin, quien hace 60 años afirmó que: «Los europeos han vivido hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad ya está llegando a su fin; no vale la pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda la supraestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del Derecho estatal e internacional eurocéntrica en el curso de un trabajo conceptual que ha durado cuatro siglos. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser arrumbado».

seguidamente una precisión histórica fundamental; y es que mucho antes de que las dinámicas contemporáneas propias de la globalización se tradujeran en un menoscabo del principio de soberanía, la aparición del Estado de Derecho ya había significado un gran triunfo para la corriente liberal que buscaba frenéticamente el sometimiento del Estado soberano.

Sin embargo, no deben confundirse la aparición del Estado de Derecho, posteriormente del Estado constitucional y el proceso globalizador, como fenómenos de la misma naturaleza cuya característica común es la de corroer profundamente la soberanía del Estado. Por el contrario, se trata de fenómenos bien distintos; mientras que los dos primeros se refieren a la eliminación de la arbitrariedad estatal, lo que se traduce en la transformación, más que en la desaparición del principio de soberanía, la globalización se presenta, ésta sí, como un fenómeno corrosivo externo que amenaza el corazón del principio de soberanía clásico en cuanto el Estado deja de ser la *summa potestas* imaginada por BODIN, para competir con otros poderes que se disputan con el Estado el rol de poder supremo.

Existe la aseveración, según la cual, el Derecho público habría tenido su origen en la necesidad de proteger a los individuos de la arbitrariedad estatal¹⁰³.

Una vez hechas estas advertencias preliminares básicas, se expondrán algunas de las posturas contrarias al mantenimiento y posibilidad de fundamentación de la división del Derecho en público y privado.

El profesor OLIVER¹⁰⁴, en un esfuerzo inmenso por demostrar que el Derecho público y el privado no tendrían por qué ser diferenciados el uno del otro, considera (contrariamente a aquellos que defienden el origen garantista del Derecho público por oposición al privado) que ambas categorías comparten el mismo objetivo: controlar el ejercicio del poder.

103. «El Derecho público, por oposición al Derecho privado, es un sistema normativo garantista, gracias a que limita o contiene el poder del Estado –poder por excelencia, Leviatán auténtico–, en virtud de que se ha diseñado y construido, a lo largo de varios siglos, pensando en la manera de evitar que un ser tan poderoso lesione o destruya, con un leve movimiento de sus brazos, a los ciudadanos del Estado». MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Público y privado, Bogotá: Temis, 2008, p. 223.

104. OLIVER, Op. cit,

Esta postura resulta bastante interesante puesto que, al atribuir a ambas categorías una función protectora del individuo frente a sujetos que le son superiores (denominados «poderes»), OLIVER reconoce que en la actualidad, las relaciones de sujeción no se originan de forma exclusiva en el actuar de la entidad estatal, sino también, y sobre todo, en el actuar de las organizaciones privadas; esta afirmación retrata una realidad latente: la magnitud del poderío económico y político de los actores privados en el mundo contemporáneo.

En tal sentido el profesor FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS con perplejidad constata que «una sola empresa privada –como por ejemplo la Siemens de Alemania– maneja en su presupuesto anual una suma superior, para sus negocios privados, al presupuesto de funcionamiento e inversiones de muchos de los países latinoamericanos o africanos»¹⁰⁵.

Desde este punto de vista, el Derecho, como categoría única, encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al individuo de los desmanes provenientes del poder, de origen estatal o privado. OLIVER afirma entonces que tanto el Derecho público como el privado (si se quiere mantener la distinción) están comprometidos con tres proyectos comunes: «proteger los intereses de los individuos en su autonomía, dignidad, respeto, status y seguridad; controlar el ejercicio del poder; y promover la democracia y la ciudadanía tanto en la esfera pública o política como en la privada»¹⁰⁶ (Traducción de la abogada Carolina Ariza)

Además, según este autor existe una comunidad de origen, tratándose de ambas categorías, puesto que incluso actos típicos del Derecho privado como lo es el contrato¹⁰⁷, son regulados por normas de origen estatal, el juez resulta fundamental allí para garantizar su oponibilidad. Así las cosas, todo Derecho, por el solo hecho de serlo, es estatal. Esto mismo quería significar KELSEN al afirmar que tanto un contrato como una decisión judicial, como actos creadores de normas, pueden ser imputados al ordenamiento jurídico.

Si se comparte esta postura, debe aceptarse entonces que la gran división del Derecho sólo puede ser intrasistemática, es decir, dentro del sistema puede resultar

105. MARÍN CORTÉS, Op. cit., p. 192.

106. OLIVER, Op. cit., p. V.

107. Esta afirmación puede incluso ser rebatida en el sentido de que el contrato parece ser el instrumento del que se sirve con más frecuencia el Estado para alcanzar los cometidos que le han sido encomendados.

útil, a efectos tanto teóricos como prácticos, diferenciar unas normas de otras, atendiendo ya sea a la participación del Estado o a la presencia del interés general¹⁰⁸ en una relación jurídica determinada; los dos criterios más difundidos en la actualidad para fundamentar la existencia del Derecho público. Sin embargo, dado que todo Derecho tiene origen en el Estado, a través del ordenamiento jurídico, cuando este último es mirado desde afuera, no es posible identificar ninguna diferencia entre un pretendido Derecho público y un pretendido Derecho privado¹⁰⁹.

Así, cuando el profesor FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS denuncia la incapacidad del Derecho privado para regular las actuaciones públicas, y por el contrario reivindica al Derecho público como protector tanto del interés general como de los intereses particulares, al parecer no está haciendo referencia, si se adopta la postura kelseniana, más que a normas jurídicas de diferente configuración. Bastaría entonces integrar el Derecho privado con aquellas disposiciones del Derecho público que garantizan la intangibilidad tanto del interés general como del interés de los particulares, o modificar parcialmente la estructura de uno de ellos. Así lo afirma este autor, para quien «será el tiempo en el que el Derecho privado se publicitará, pues se le exigirá la defensa de los valores de lo público –igualdad, moralidad, transparencia, democracia–, y la aplicación de los más elementales principios del Derecho público»¹¹⁰.

Es justamente la imbricación (acentuada por los fenómenos globalizantes) del Derecho público y del Derecho privado como conjuntos de normas jurídicas proferidas –o al menos imputables al órgano estatal– la que en la actualidad parece sustentar una ola de posturas contrarias a la división del Derecho. En efecto, podría llegarse a cuestionar la existencia de estas dos categorías exclusivas y exhaustivas, puesto que fenómenos como la «publicitación del Derecho privado» y como la «huida del Derecho público», hacen complejo diferenciar, en algunos casos, una categoría de la otra.

108. Valdría la pena consagrar un estudio exclusivo al tema del interés general, pues este concepto ha servido –con especial fuerza en Francia– para relegitimar el Estado, y por consiguiente el Derecho del Estado –Derecho público–, que poco a poco se ha ido transformando en el Derecho puesto al servicio del interés general.

109. Elvia Arcelia Quintana comparte esta postura, según la autora española «En la actualidad debe desaparecer la tradicional división del Derecho público y privado» QUINTANA, Op. cit., p. 426. «todas las normas, incluso las que hoy se consideran de Derecho privado, por regularlas el poder estatal, serían *ius publicum*; por cuanto el *ius privatum*, sólo existiría y correspondería al Derecho creado por la voluntad privada, que no forma parte de las fuentes del Derecho en general». *Ibid.*, p. 425.

110. MARÍN CORTÉS, Op. cit., p. 225.

Por ahora nos limitaremos a decir que se trata de dos fenómenos propios de las sociedades industriales contemporáneas que se caracterizan, de modo muy general, por la aplicación de normas propias del Derecho público a actividades de los particulares –tradicionalmente excluidas de la aplicación de dicha normatividad– y por la aplicación de normas del Derecho privado a las actuaciones del Estado.

La aparición de poderosos actores económicos transnacionales, de asociaciones sindicales y de partidos políticos fuertes, está directamente relacionada con estos fenómenos que ven discurrir paralelamente un proceso más amplio de imbricación de las esferas (ya no estrictamente jurídicas) de lo público y de lo privado, como «publicitación de lo privado» y «privatización de lo público». En términos de BOBBIO «El primero refleja el proceso de subordinación de los intereses privados al interés de la colectividad representada por el Estado que invade y engloba progresivamente la sociedad civil; el segundo representa la reivindicación de los intereses privados mediante la formación de los grandes grupos organizados que utilizan los aparatos públicos para alcanzar sus objetivos»¹¹¹.

El fenómeno estrictamente jurídico no parece, en todo caso, ser tan reciente si se tiene en cuenta que, por un lado, y desde el Código Civil de Napoleón (1804) ya existían normas jurídicas imperativas que se han impuesto a los particulares, de modo tal que limitan el principio de la autonomía de la voluntad, bastión del Derecho privado; por otro lado, la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales en la primera mitad del siglo XX, puso en evidencia que el Estado no siempre actúa investido de su poder soberano, sino que lo hace también como actor económico, y en este último caso, como lo afirma el profesor PROSPER WEIL refiriéndose a los nuevos sectores económicos de la actividad administrativa, «su sumisión a las leyes y usos del comercio eran indispensables para asegurarles la flexibilidad de gestión necesaria y la facilidad de inserción en el medio económico en el cual estaban llamadas a desenvolverse»¹¹².

Para SANTOFIMIO GAMBOA, la distinción entre Derecho público y privado no tiene sentido, es algo más histórico y sentimental que jurídico. Afirma que «el derecho es uno solo, como ya lo expusimos, interrelacionado y dinámico»¹¹³.

111. BOBBIO, Op. cit., p. 32.

112. WEIL, Prosper, POUYAUD, Dominique. *Le Droit administratif*, 21ª edición. Colección Que-sais-je?, París: Presses Universitaires de France. 1964, p. 18. Traducción de la Abogada Carolina Ariza.

113. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op. cit., p. 180.

En conclusión, para quienes niegan la división entre ambos Derechos, la aparición de zonas en las que convergen tanto el Derecho público como el privado, o un actor privado regulado por el Derecho público, o un actor público regulado por el Derecho privado, ha puesto en jaque la tradicional dicotomía. Esto incluso si se considera que la división es, en términos kelsenianos, un problema intrasistemático puesto que cualquier norma vinculante es reconducible al sistema jurídico en su unicidad. Incluso asumiendo esta última postura, resulta difícil establecer alguna línea fronteriza que permita establecer con claridad qué es Derecho público y qué es Derecho privado.

1.2.2.4 Mixta: ¿Una cuarta clasificación?

De una manera muy breve y sin mayor explicación QUINTANA ADRIANO, afirma que: «Paul Roubier¹¹⁴ no sólo acepta la distinción entre Derecho público y privado, sino que señala la existencia de una tercera clasificación, a la cual denomina Derecho mixto, integrada por las ramas del Derecho que, a su juicio, se encuentran fuera de la clasificación tradicional»¹¹⁵.

1.2.2.5 El llamado que hace Luigi Ferrajoli

Sin entrar a discutir sobre la dualidad o no del Derecho público y del Derecho privado, FERRAJOLI¹¹⁶ hace un interesante llamado para que el Derecho privado construya toda una doctrina de protección de los Derechos fundamentales frente a los poderes privados; señalando que así como se ha construido un constitucionalismo de Derecho público, es necesario desarrollar un constitucionalismo de Derecho privado. El poder, y los límites al mismo, no es un asunto exclusivo de lo público, sino que también debe darse de igual o similar manera en el ámbito de lo privado.

Afirma FERRAJOLI que: «sin embargo no ha sido elaborada una teoría del Estado de Derecho y de los Derechos fundamentales en relación con los poderes privados comparable a la elaborada para los poderes públicos»¹¹⁷. Y más adelante: «Estado

114. ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, París: Librairie du Recueil, Sirey, 1946, págs. 212 y 243-266. Citado en: QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Ciencia del Derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones*. México: Porrúa, UNAM, 2004, p. 11.

115. QUINTANA ADRIANO, Op. cit.

116. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, págs. 293-302.

117. *Ibid.*, p. 298.

de Derecho, en esta noción ampliada, equivale a la sujeción a la ley de todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, y a su limitación y funcionalización para la tutela de los Derechos fundamentales»¹¹⁸.

1.2.3 Resultado y aporte de la investigación

Independientemente de que existan o no razones lógicas, históricas o jurídicas para justificar la división entre el Derecho público-administrativo y el Derecho privado, indudablemente en la práctica es indudable que se les usa como si fueran categorías distintas, como dos ramas o vertientes del Derecho diferentes, si bien no necesariamente contrapuestas o excluyentes, pues muchas veces se complementan, comparten instituciones, categorías y se nutren mutuamente.

En general, se podría afirmar que han sido tres los criterios usuales para separar ambas ramas del Derecho, y si bien los mismos podrían ser objeto de críticas y cuestionamientos que los desdibujarían, no sobra recordarlos:

- En primer lugar, el Criterio de los Medios, según el cual, mientras el medio por excelencia del Derecho administrativo sería la decisión unilateral, discrecional, es decir, el acto administrativo, el medio que caracterizaría el Derecho privado es el acuerdo bilateral, es decir, el contrato.
- En segundo lugar, el Criterio de los Fines, según el cual, el fin primordial del Derecho administrativo, es regular el interés general y la satisfacción de necesidades colectivas; en cambio, el fin del Derecho privado estaría en regular la actividad económica, empresarial, que se caracteriza por el ánimo de lucro, la utilidad, la ganancia y la rentabilidad.
- En tercer lugar, estaría el Criterio del Tipo de relaciones que regulan, ya que el Derecho administrativo regula relaciones entre desiguales en las que subyace la subordinación; mientras que se parte de la creencia de que el Derecho privado atiende relaciones entre iguales, en las que subyace la colaboración y la cooperación.

También hay que decir, en este punto, que el Derecho público-administrativo es cuestionado, por cuanto se le asimila a los defectos que se le atribuyen

118. *Ibid.*, p. 298.

generalmente a la Administración pública, tales como la corrupción, ineficiencia, lentitud, tramitomanía, procedimentalismo, rigidez; en cambio, al Derecho privado, se le atribuyen las calidades de eficiente, ágil, económico, rápido y flexible. Si bien, lo señalado no es totalmente cierto y válido en todos los casos, es una percepción de general aceptación.

Como resultado y aporte de la investigación, colegimos que sí existen tensiones y dicotomías, entre el Derecho público y el Derecho privado, y concretamente, en materia de servicios públicos domiciliarios. Son las siguientes¹¹⁹:

- La intensidad de los principios: pues son de más exigencia y obligatoriedad los del Derecho público-administrativo que los del Derecho privado, toda vez que el Derecho administrativo debe cumplir con principios que emanan directamente de la Constitución, como por ejemplo los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal, del artículo 209 y 267 de la Carta Política de 1991.
- La libertad vs. la legalidad: mientras en el Derecho privado prima la libertad y la autonomía de la voluntad, en el Derecho público prevalece el principio de legalidad y de la actividad reglada.
- Los procedimientos y trámites: en el Derecho público son obligatorios y vinculantes, los mismos no siempre existen en el Derecho privado, o allí no son de obligatoria observación.
- Controles especiales: en el Derecho público existen como mínimo tres controles que le son exclusivos y que no existen en el Derecho privado: El control en vía gubernativa, el control fiscal y el control disciplinario.
- Las responsabilidades: si bien en el Derecho privado existen responsabilidades, ellas son de menor intensidad, menos visibles, más reservadas, que las existentes en el Derecho público.
- La prevalencia, más no exclusividad, de los medios utilizados: en el Derecho público sigue prevaleciendo la decisión unilateral, discrecional y con presencia

119. Se advierte que nos limitamos a enunciarlas, pues desarrollarlas implicarían todo un trabajo adicional, que desborda los objetivos y alcances del presente trabajo.

de potestades y prerrogativas; mientras que en el privado se impone la bilateralidad, el acuerdo mutuo y la libertad de negociación. Sí bien en el ámbito también hay contratos, se debe reconocer que los mismos en su gran mayoría, y por la forma en que se confeccionan y elaboran, hacen prácticamente nugatorio el Derecho de los contratistas a pactar o negociar sus cláusulas. Son la mayoría de las veces contratos de adhesión.

- La prevalencia, más no exclusividad, de los fines perseguidos: en el sentido de que el fin por excelencia de lo público sigue siendo el interés general, el interés público (aunque hoy, no es extraño que el Estado persiga rentabilidad en sus empresas, esa no es su verdadera razón de ser), mientras que en lo privado prevalece el interés de lucro, de ganancia y de utilidad.
- La naturaleza de los recursos en juego: dado que los recursos públicos requieren un manejo, administración, custodia e inversión más exigentes y cuidadosos que los recursos privados, por cuanto los recursos públicos pertenecen a toda la comunidad, a todos los ciudadanos, y por tal motivo no pueden ser apropiados con fines particulares o individuales.
- La participación ciudadana: Aunque se trata de un Derecho consagrado constitucionalmente, tal condición se torna más evidente, visible, exigible y controlable allí donde rige el Derecho público que en el Derecho privado.
- La protección, garantías y defensa de los usuarios: aquí también se está frente a Derechos que en principio deben respetarse tanto en el Derecho público como en el privado, pero no puede desconocerse que los usuarios gozan de más opciones e instancias cuando la actividad se rige por Derecho público, que cuando se rige por Derecho privado. Es tan cierto esto, que hoy las relaciones entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios, se rigen por procedimientos administrativos y mediante la expedición de actos administrativos (artículos 152 a 159 de la Ley 142 de 1994).
- La tensión entre intervencionismo y Mercado: a más intervencionismo del estado, más Derecho administrativo; a más mercado, más Derecho privado.
- Regulación vs. Autorregulación: Sí se le apuesta a un esquema de regulación, por consiguiente corresponderá tal control a las agencias estatales y primará el Derecho administrativo; si se incrementan los esquemas de autorregulación

de los agentes económicos, el Derecho privado se expandirá proporcionalmente.

En resumen, y en materia de servicios públicos domiciliarios, se hace desde ya una apuesta a favor del Derecho público-administrativo, sobre el Derecho privado, soportada en tres factores, a saber: por ser más garantizador de los Derechos, por ser su finalidad la defensa del interés público-general, y por ser más efectivo en el límite y control al ejercicio del poder, como puede ratificarse con las apreciaciones de tres importantes doctrinantes:

El profesor MARÍN CORTÉS trae una importante reflexión, resumida en cinco razones, de por qué el Derecho privado, en manos del Estado, es menos efectivo que el Derecho público en materia de Derechos fundamentales:

- i) se trata (el Derecho privado) de un Derecho que ofrece menores garantías,
- ii) el Derecho público, en cambio, es ante todo garantista y limitador del poder del Estado,
- iii) los Derechos humanos encuentran un espacio más propicio para su desarrollo en el Derecho público que en el Derecho privado,
- iv) el Derecho público siempre ha estado más comprometido que el Derecho privado para la lucha contra la arbitrariedad,
- v) el Derecho público desarrolla de manera más fiel el interés general¹²⁰.

SILVIA DEL SAZ, hace un llamado a desmitificar la supuesta mayor eficacia del Derecho privado, cuando afirma que:

De otro lado, hay que desmitificar la creencia en la mayor eficacia de la Administración cuando actúa sujeta al Derecho privado y que se confunde de ordinario con la mayor eficacia –indiscutible desde luego del sector privado sobre el público–. La presunta eficacia de la empresa privada rigiéndose por el Derecho Privado lo es porque los resultados de la gestión repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario. Pero la Administración, incluso cuando actúa en régimen de Derecho Privado, no está condicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos dispara con <pólvora de Rey> que es, por definición, ilimitada. Es por ello desde todo punto injustificable que existan organizaciones públicas, que ni están controladas por las inexorables leyes del mercado y por los procesos de impugnación de acuerdos

120. MARÍN CORTÉS, Op. cit., págs. 222-224

sociales ante el juez civil (dado que no existe en ellas más que un solo socio: la Administración pública estatal, autonómica o local), ni por los cautelosos procedimientos del Derecho Público y la Justicia Administrativa. Por ello, en el fondo, la huida al Derecho Privado de las Administraciones públicas es la huida de todo Derecho y de toda jurisdicción¹²¹.

Por su parte ARIÑO ORTIZ, enumera algunos principios, garantías y limitaciones que rodean a la administración pública y al Derecho administrativo, y que lo diferencian claramente del Derecho privado, tales como:

i) estricta vinculación a la ley, ii) indisponibilidad sobre el patrimonio, iii) debido procedimiento y formas en actos y contratos, iv) respeto a los Derechos fundamentales, v) régimen financiero de Derecho público, vi) fiscalización jurisdiccional sobre todos sus actos (no hay actos políticos), vii) la presunción de legalidad de los actos, viii) privilegio de decisión unilateral y ejecutoria, ix) régimen privilegiado de sus bienes (inembargabilidad), x) régimen privilegiado de sus créditos, xi) potestad de actuar coactivamente¹²².

Este autor termina por afirmar que:

(...) Pues bien, el Derecho Privado no sirve para garantizar el cumplimiento de tales principios. Como se dijo más arriba, el Derecho Privado es lo contrario; es el reino de la libertad, de la autonomía de la voluntad, de la propiedad (titularidad sobre los Derechos, *dominus negotii*) y de la libre disposición sobre los mismos; es el reino de la privacidad e, incluso, de la arbitrariedad (potencialmente, al menos)¹²³.

121. DEL SAZ, Cordero Silvia. Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional. En: CHINCHILLA, Op. cit., p. 177.

122. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 112-113.

123. *Ibid.*, p. 113.

CAPÍTULO II

LA HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

b

El propósito de este capítulo es dar cuenta de lo que se encontró durante la investigación cuando se analizó el concepto «*la huida del Derecho administrativo*»¹²⁴, sus posibles causas, manifestaciones, y si ella es tan significativa como para afirmar que el Derecho administrativo está en crisis, o si por el contrario, se puede constatar que éste sigue estando vigente, en especial en el sector de los servicios públicos domiciliarios (donde analizaremos la naturaleza de las Empresas, el régimen de actos, contratos, personal y juez competente). Finalmente se hará un análisis, sobre si prestar servicios públicos domiciliarios constituye o no ejercicio de función pública-administrativa.

2.1 ORIGEN, EVOLUCIÓN, CAUSAS, Y MANIFESTACIONES DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al parecer, como casi todo en el Derecho, la noción de *huida del Derecho administrativo*, es decir, la supuesta tendencia de someter a la Administración Pública, o algunas de sus funciones o actividades, a normas de Derecho privado, o el acudir cada vez más, a formas privadas (entes instrumentales, como lo serían

124. Para tal propósito, se acudió al estudio y análisis de los trabajos (que más adelante citaremos) de once (11) autores españoles: BORRAJO INIESTA, Ignacio, DEL SAZ CORDERO, Silvia, LAGUNA DE PAZ, José Carlos, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, SALA ARQUER, José Manuel, RIVERO YSERN, Enrique, MIR PUIGPELAT, Oriol, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, TRONCOSO REIGADA, Antonio, BAUZÁ MARTORELL, Felio J., MALARET I GARCÍA, Elisenda; y de cuatro (4) autores colombianos: ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela, ATHEORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, TAFUR GALVIS, Álvaro y MARÍN CORTÉS, Fabián. También en este tema, son reconocidos los aportes de los también profesores españoles: PARADA VÁSQUEZ, Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, y GARRIDO FALLA, Fernando.

por ejemplo, las sociedades) no es una noción tan reciente, ni novedosa, como pudiera pensarse, pues su utilización se remonta al año de 1928, cuando según MIR PUIGPELAT¹²⁵ y LAGUNA DE PAZ¹²⁶, fue utilizada por el profesor suizo FRITZ FLEINER¹²⁷.

Posteriormente, en el año 1952, hay una referencia indirecta al tema por parte de GARRIDO FALLA cuando hace un recuento de la evolución del régimen administrativo, allí menciona «la actividad administrativa de Derecho privado»¹²⁸, y más adelante, al referirse a la etapa en la cual se encontraba en ese momento de escribir el artículo, decía: «La segunda etapa –en la cual nos encontramos– se caracteriza, en nuestra opinión, por una vuelta al Derecho privado»¹²⁹.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en la primera edición de su curso de Derecho administrativo, del año 1974 (p. 243), «existe un supuesto específico en el cual la huida del Derecho administrativo general puede justificarse parcialmente: el caso de las empresas públicas que actúan en el tráfico sometidas a un régimen mercantil al nivel de las empresas comerciales privadas»¹³⁰.

JOSÉ BERMEJO VERA, en el año 1975, en un estudio específico que hace sobre el régimen del ferrocarril en España (caso específico RENFE), se opone a que dicha empresa no se someta a la contratación pública, a pesar de ser una entidad pública¹³¹.

En 1977, MARTÍN BASSOLS COMA, hace una primera aproximación a los posibles efectos en España de la Ley General Presupuestaria del 4 de enero de 1997, en

125. MIR PUIGPELAT, Op. cit., p. 158, nota No. 247.

126. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La renuncia de la administración pública al derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No.136, enero-abril de 1995, p. 205, nota núm. 10.

127. FLEINER, Fritz. Institutionen des Verwaltungsrechts, 8 edición, 1928, p. 326, según citas de LAGUNA PAZ y MIR PUIGPELAT.

128. GARRIDO FALLA, Op. cit., p. 34.

129. *Ibid.*, p. 35.

130. Cita tomada de RIVERO YSERN, Enrique. Derecho público y Derecho privado en las organizaciones y actividad de las Empresas públicas. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 86, mayo-agosto de 1978, p. 32.

131. Citado por DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 133, enero-abril 1994. Págs. 65-66.

la cual se contemplan las llamadas sociedades estatales, y su sometimiento a las normas del Derecho mercantil, civil o laboral¹³².

Un año después, en 1978, se publica un interesante y agudo texto¹³³ del catedrático de la Universidad de Salamanca, el profesor ENRIQUE RIVERO YSERN, quien aborda el análisis de las empresas públicas (llamadas en España nacionales para ese momento)

(...) es decir aquella figura que se utiliza cuando el Estado decide incursionar en actividades de carácter económico, industrial y empresarial, lo cual para aquella época en España se presentaba siempre y cuando, se dieran tres (3) requisitos: insuficiencia de la iniciativa privada, necesidad de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia y la necesidad de promover o garantizar un interés público nacional; las cuales en alguna medida quedaban sometidas a régimen de derecho privado-mercantil, aunque no de manera tajante y exclusiva¹³⁴.

RIVERO YSERN, sostiene que una empresa pública, no puede asimilarse, ni compararse en su régimen jurídico aplicable con las formas societarias anónimas privadas, señalando metafóricamente que:

En suma, la sociedad anónima sirve a la empresa pública totalitaria de máscara, pero no de estructura¹³⁵. Y agrega: «Lo que acontece, en lo que estamos en presencia, es en una utilización táctica del Derecho privado, de sus esquemas, que se adaptan posteriormente a las exigencias organizativas de la Administración, configurándose de esta forma nuevos esquemas organizativos desconocidos por la organización administrativa de cuño clásico (24)¹³⁶.

Después de citar varios doctrinantes españoles, sobre su posición frente al régimen jurídico que debe aplicarse a las empresas (entiéndase sociedades) públicas,

132. BASSOLS COMA, Martín. Servicio Público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No.84, 1977. Págs. 27-59.

133. RIVERO YSERN, Op. cit., págs. 11-52.

134. Ibid., págs. 14-22.

135. Ibid., p. 27.

136. Ibid., p. 28. En la nota (24) explica RIVERO YSERN: «GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que las sociedades con capital exclusivo del Estado son pertenencias de la Administración. Sus relaciones ad intra son de Derecho público; ad extra, de Derecho privado, pero siempre está presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad. Curso de Derecho Administrativo, t I, Civitas, Madrid: 1974, p. 256 y 257».

RIVERO YSERN expresa su percepción, la cual compartimos por su vigencia y actualidad sobre el uso del Derecho privado por parte de empresas públicas:

(...) Sin embargo, ello no ha sido así. La actuación del Estado como empresario, sometido a los esquemas jurídico-privados, desprovisto de la *puissance*, ha sido lesiva para la comunidad, en una valoración de conjunto, y beneficiosa para el capitalismo español. Al entrar la empresa pública en el juego de este capitalismo, incrustado, gobernando el propio Estado, ha caído presa en sus redes. El Derecho privado, el Derecho mercantil, es fundamentalmente, aunque ello no debiera ser así, un Derecho al servicio, pensado por y para un determinado sistema socioeconómico.

Abandonando el principio de legalidad y juridicidad, sometiéndose a la disciplina jurídico-privada, el control de la actividad de las empresas públicas ha escapado a la sociedad, a la Administración y a los propios tribunales. Una vez más, los intereses sectoriales, de grupo, han prevalecido sobre los colectivos. La realización de los enfáticos postulados del Estado social de Derecho se ven paralizados por la estructura socioeconómica, en abierta contradicción con aquellos postulados¹³⁷.

Del texto, de las referencias bibliográficas y de las notas de pie de página, de RIVERO YSERN, podría deducirse que sobre este tema de **la huida del Derecho administrativo**, así no hubieran acuñado el término como tal, se ocuparon muchos otros autores en las más diversas épocas, así por ejemplo, podría mencionarse a RANELLETTI (en 1912), SANTI ROMANO (en 1937), ALESSI (en 1933), GIANNINI (en 1960), SOSA WAGNER (en 1971), BAENA DEL ALCÁZAR (en 1976) y BALLBE (en 1933)¹³⁸.

2.1.1 Causas, manifestaciones y reacciones frente a la huida en la doctrina española

El concepto de la huida del Derecho administrativo, entendido como la tendencia de someter la Administración pública, o algunas de sus actividades al régimen del Derecho privado, o el acudir cada vez más a formas privadas (entes instrumentales, como lo serían por ejemplo, las sociedades) buscando con ello supuestamente

137. *Ibid.*, p. 38.

138. *Ibid.*, págs. 48-51.

mayor agilidad, eficacia y eficiencia en la gestión¹³⁹, vuelve a tomar fuerza, particularmente en España en la década de los noventa, con un antecedente en la década de los ochenta, cuando algunos trataron de señalar cuáles eran las causas y manifestaciones de dicha tendencia, además de hacer públicas sus reacciones frente a la misma.

Efectivamente, es GASPAR ARIÑO quien en el año de 1981 se ocupa del tema al estudiar la Ley General Presupuestaria (LGP) en España, y en especial lo relacionado con su crítica al régimen de Derecho privado aplicable de manera indiscriminada a ciertos entes públicos y organismos autónomos. Para ARIÑO la causa del tratamiento que le da el legislador a ciertas entidades, estriba en el objeto de las mismas¹⁴⁰.

Será después, en el año de 1991 cuando JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ¹⁴¹, tratará de hallar las causas y motivos que generan la huida de lo público a lo privado, para expresar lo siguiente:

Se trata de escapar de todo un Ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de Contratos del Estado, del Ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, enajenación de bienes, creación de sociedades filiales o cambio de participaciones con empresas en competencia y, en general, a la evolución con plenitud de flexibilidad en un mercado competitivo cada vez mayor¹⁴².

139. Si bien esas son las razones que se aducen explícitamente, creemos que en el fondo las verdaderas razones pueden ser de otra índole: evadir, eludir principios, derechos, garantías, trámites, procedimientos, controles y responsabilidades.

140. ARIÑO, Gaspar. La empresa pública. En: El modelo económico en la Constitución Española. Madrid, 1981, vol. II, pág. 130. Citado en: SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 75, julio-septiembre de 1992, p. 400.

141. Debe advertirse, que el mismo VILLAR PALASÍ, en 1950, había publicado el texto: La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP), No. 3, págs. 54 a 130, según lo comenta DEL SAZ CORDERO, La Huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas, Op. cit., p. 60. Debe precisarse, que el estudio de VILLAR PALASÍ se refiere a actividades industriales, comerciales, mercantiles, que casi nadie duda hoy deben estar sometidas a Derecho privado, pero que de alguna manera fue la primera manifestación de la llamada huida de lo público hacia lo privado. Hoy día, la expresión Huida se refiere en sentido estricto, a cuando se usa el Derecho privado para actuaciones o funciones públicas-administrativas.

142. VILLAR PALASÍ, José Luis. Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas (ponencia presentada en el Congreso-Homenaje al Profesor CLAVERO ARÉVALO), Sevilla, 1991. Citado en: SALA ARQUER, Op. cit., págs. 399-413.

En el año 1991, es JOSÉ MANUEL SALA ARQUER, quien de manera extrema señala que la huida del Derecho administrativo no es una supuesta huida al Derecho privado, sino una huida del Derecho¹⁴³.

SALA ARQUER, luego de dar múltiples ejemplos sobre la huida de entes y organizaciones públicas hacia lo que él llama «la cláusula mercantil», es decir, hacia el derecho privado, destaca que lo que allí se da básicamente son consecuencias desfavorables para los particulares, pues sin el Derecho administrativo presente, sus garantías se disminuyen; y plantea dos alternativas para dar claridad a la situación: i) cambiar el concepto material de Administración y Derecho administrativo, de modo que este último amplíe su campo de acción y pueda cubrir las situaciones y actividades que materialmente son administrativas, pero que están revestidas bajo formas privadas; o ii) mantener el concepto tradicional de Administración y Derecho administrativo, admitiendo la realidad de las formas privadas, previa la definición de criterios para saber cuándo es una u otra, pero evitando llamar Administración a lo que no está regido y regulado por Derecho administrativo¹⁴⁴.

Sostiene SALA ARQUER que, en sentido estricto, no es debido que el Estado o la Administración para el ejercicio de funciones públicas-administrativas usen la forma societaria-mercantil, indicando que en últimas no existen sociedades públicas, salvo que se acepte que es una desfiguración, una desnaturalización de dicha categoría jurídica. Por ello, toma partido cuando prefiere correr el riesgo de que se termine abusando de la figura societaria-mercantil, y se huya así de la Administración y del Derecho administrativo, que denominar a sociedades mercantiles como Administración pública¹⁴⁵; posición que nos parece cuestionable, inaceptable, porque es darle prevalencia, mayor importancia al rigorismo conceptual, que a los efectos reales que conlleva aceptar el abuso de las formas jurídicas, que no son otros, la mayoría de las veces, que el de eludir y evadir derechos, principios, procedimientos, trámites, controles y responsabilidades.

SALA AQUER concluye su estudio del tema, proponiendo que las empresas públicas (sociedades-mercantiles sujetas a derecho privado) que estén en escenarios de concurrencia y de competencia en el mercado, deben quedar

143. *Ibid.*, p. 402.

144. *Ibid.*, págs. 406-407.

145. *Ibid.*, págs. 407-408.

definitivamente por fuera del concepto y de la categoría de Administración pública; pero eso sí, para evitar el abuso al momento de la libre elección de la forma jurídica, es necesario que el legislador diseñe unos criterios claros que permitan determinar cuándo se debe optar por una forma pública o por una forma privada¹⁴⁶.

En el año 1992, aparece en España un texto¹⁴⁷ de la profesora SILVIA DEL SAZ, que ya es considerado clásico en la doctrina, en él se aborda con gran lucidez el tema de la huida del Derecho administrativo, se señalan las posibles causas y razones de la misma, y se plantea un posible límite y control a ese fenómeno.

Por su claridad, precisión y pertinencia, citaremos los apartes más representativos, los cuales hablan por sí mismos, sin requerir explicación adicional alguna. Veamos las afirmaciones de DEL SAZ:

Básicamente, la fuga del Derecho Público puede concretarse por una parte en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados; y en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y de funcionarios, de otra. Se trata, pues, de contratar sin los controles y los procedimientos tradicionales; incluso se renuncia gustosamente a los privilegios o exorbitancias ad extra que la calificación de <público> de los contratos de la Administración supone, con tal de no pasar por los controles administrativos y jurisdiccionales que conllevan los procedimientos de intervención y selección de contratistas¹⁴⁸.

Así, la actividad mercantil e industrial de la Administración sujeta a fórmulas privadas, básicamente la de la Sociedad Anónima, fue muy tempranamente admitida y reconocida en el Derecho francés, en plano liberalismo, cuando el arret Bac d'Eloka (1921) afirmó la competencia de la jurisdicción ordinaria y la sumisión al Derecho Privado de los conflictos sobre los servicios públicos que proporcionaban a los particulares una prestación material mediante remuneración, por entender que la Administración en estos servicios actuaba en las mismas condiciones que un industrial ordinario¹⁴⁹.

146. *Ibid.*, págs. 410-413.

147. DEL SAZ, Silvia. Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional, *Op. cit.*, págs. 99-141.

148. *Ibid.*, p. 102.

149. *Ibid.*, p. 140.

Pero la evasión de los procedimientos de contratación administrativa no se reduce sólo a la creación de entes públicos sujetos a Derecho Privado. Recientemente se han arbitrado con esta misma finalidad otras dos nuevas técnicas. Por una parte, la creación de sociedades públicas interpuestas, verdaderos Holdings de empresas públicas, a las que se atribuye la gestión de las inversiones en obras públicas e infraestructura¹⁵⁰. (...). En otros casos se utiliza la técnica de la delegación en un ente público sujeto a Derecho privado de las facultades de contratación^{151 152}.

Paralelamente al fenómeno aquí expuesto, la crisis del Derecho administrativo se manifiesta en la huida del régimen administrativo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, es decir, la generalización de los contratos laborales y la supresión de los contratos administrativos¹⁵³.

En conclusión, la huida del Derecho Administrativo se manifiesta en la organización privada de los entes públicos, en los procedimientos de control del gasto, en la selección de contratistas, de personal y en la gestión indirecta de las subvenciones. Pero ello, aunque pueda resultar paradójico, no ha significado una reducción en términos globales del intervencionismo administrativo, puesto que la actividad de la Administración crece cada día más en su vertiente de policía en el sentido más tradicional del término, es decir, la actividad de limitación y la actividad sancionadora¹⁵⁴.

150. *Ibid.*, p. 148.

151. *Ibid.*, p. 149.

152. En Colombia no es tan extraño acudir a este tipo de estrategias sospechosas. Recientemente, por ejemplo, el Gobierno Nacional contrató de manera directa y sin ningún procedimiento previo de selección objetiva, la construcción de un gran paquete de infraestructura vial (conocido como autopistas de la montaña) con ISA, que es una empresa transportadora de energía que por ser empresa de servicios públicos domiciliarios en principio su contratación se rige por Derecho privado. Allí quedan grandes interrogantes: 1. Estando ISA excluida de la Ley 80 de 1993 –Estatuto de Contratación Estatal–, ¿sí podía celebrar con la Nación de manera directa un convenio interadministrativo? 2. ¿No son dichos convenios sólo posibles entre entidades sometidas ambas a la ley 80? 3. ¿Si es un verdadero convenio interadministrativo, cuando más que la realización conjunta de un proyecto por dos entidades, se está frente a una relación contractual dónde habrá contraprestación económica de una parte a la otra por la ejecución de unas obras que también perfectamente hubiera podido contratarse con el sector privado? 4. ¿Por la importancia del proyecto, y por su cuantía de miles de miles de millones, no debió hacerse un proceso abierto garantizando la concurrencia de oferentes, igualdad, publicidad, y que allí ISA participara como un proponente más? 5. Cuando ISA vaya a ejecutar el proyecto, y salga a subcontratar, dado que ella no tiene la capacidad para ejecutar las obras directamente, ¿si podrá hacerlo bajo régimen de derecho privado argumentando su calidad de empresa de servicios públicos domiciliarios, o por el contrario, deberá contratar bajo Ley 80 de 1993, dado que está ejecutando recursos públicos de la Nación, y no se trata de contratos relacionados con la prestación del servicio público de energía? Similares interrogantes podrían formularse frente a ciertos contratos que se celebran entre el Municipio de Medellín y la EDU, y entre la Gobernación de Antioquia y la Fundación para el Buen Gobierno.

153. *Ibid.*, p. 151.

154. *Ibid.*, p. 154.

(...) Son tres las causas o, más bien, justificaciones con las que se pretende amparar el proceso relatado de huida del Derecho Público y de su jurisdicción: la inadecuación o rigidez de los procedimientos administrativos, el alcance desorbitado del control judicial y, por último, los resultados negativos de dicho control¹⁵⁵.

Termina DEL SAZ su interesante estudio, proponiendo como fórmula para detener, limitar, controlar la huida indiscriminada, lo que ella denomina la reserva constitucional del Derecho administrativo, es decir, sostener que de la misma Constitución, es posible derivar que ciertas entidades, actividades, asuntos, materias, están reservadas por Constitución al Derecho administrativo, y que por tanto, el legislador al momento de definir el régimen jurídico no goza de absoluta libertad para ello¹⁵⁶.

Contrario a las tesis de SALA AQUER y de DEL SAZ, aparece en el año de 1993, un artículo¹⁵⁷ publicado por IGNACIO BORRAJO INIESTA, quien si bien comparte que en la Constitución hay una serie de principios y de derechos fundamentales que obligan y vinculan al legislador al momento de configurar el régimen jurídico de los entes públicos, ello no necesariamente significa que exista una reserva constitucional para el Derecho administrativo¹⁵⁸. Igualmente, opina, que la huida del Derecho administrativo no es tan grave, ni tan dramática, ni significa de modo alguno el escape de todo Derecho.

BORRAJO INIESTA resume su tesis en tres (3) puntos así: i) someter a la Administración Pública al Derecho privado no significa que la misma escape a todo Derecho y a todo control, además el Derecho privado aplicable a los entes públicos no es el mismo que parte de la libertad de los particulares, sino que parte de considerar que son administradores de intereses ajenos; ii) la Administración pública no deja de ser tal, por mucho que adopte o se disfrace con otros ropajes o formas jurídicas, además cuando se manejan recursos públicos, poco importa cuál sea el estatus o calidad del sujeto, y iii) el control para ser eficiente, no necesariamente tiene que estar en manos del juez de lo contencioso-administrativo. Otros jueces también pueden hacer bien dicha labor, incluyendo el importante rol de los jueces penales¹⁵⁹.

155. *Ibid.*, p. 167.

156. *Ibid.*, págs. 172-195.

157. BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. En: *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*. Editorial Civitas. No. 78, abril-junio. 1993, págs. 233-249.

158. *Ibid.*, p. 235.

159. *Ibid.*, p. 236.

En 1994, reaparece SILVIA DEL SAZ con un estudio donde presenta nuevamente lo que ha sido el intento de huida del Derecho administrativo, para ello hace un recorrido por varios autores, señalando que de alguna manera a favor de la aplicación del Derecho privado a entes públicos estarían BORRAJO Y MALARET GARCÍA; y en contra, autores como S. MARTÍN-RETORTILLO, VILLAR PALASÍ, JIMÉNEZ DE CISNEROS, SORIANO GARCÍA, GARCÍA DE ENTERRÍA, SALA ARQUER y GARRIDO FALLA.¹⁶⁰

Diríamos que en apoyo de DEL SAZ, se conoce en 1995 un extraordinario artículo¹⁶¹ del profesor de la Universidad de Valladolid, JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, quien hace un duro cuestionamiento al uso y abuso de formas y normas privadas para regular entes públicos o actividades administrativas, y señala como superficial el pretexto de que el Derecho administrativo afecta la cultura de la eficacia, por ser supuestamente lento, rígido y burocrático¹⁶².

Para LAGUNA DE PAZ, las formas y normas privadas no garantizan el respeto de los principios públicos, ni los intereses generales. Según él, la Administración pública ve un refugio en el Derecho privado, para escapar de sus vinculaciones al Derecho administrativo¹⁶³. Finaliza, proponiendo limitar al máximo la libertad de la Administración en la elección entre formas jurídicas públicas y privadas, señalando que el régimen privado en lo público debe ser excepcional, suficientemente justificado y motivado en cada caso particular, y sometido a un fuerte sistema de controles y responsabilidades¹⁶⁴.

Otro autor que podría aparecer en la misma línea de ataque contra la supuesta huida del Derecho administrativo, es SEBASTIAN MARTÍN RETORTILLO, quien en 1996, precisa que la supuesta huida debe referirse de manera exclusiva a funciones públicas-administrativas, es decir, cuando se está en presencia de actividades industriales-comerciales no es preciso usar tal concepto. Cuestiona igualmente, la supuesta eficacia y flexibilidad como razones que se exponen para defender lo privado frente a lo público, y respalda parcialmente la tesis de DEL SAZ y de

160. DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. Op. cit., págs. 57-98.

161. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 136, enero-abril de 1995, págs. 201-229.

162. *Ibid.*, p. 202.

163. *Ibid.*, p. 205.

164. *Ibid.*, págs. 216-220.

PARADA VÁSQUEZ acerca del valor vinculante que tienen ciertas normas constitucionales sobre el régimen administrativo, pero sin llegar a admitir expresamente la llamada reserva constitucional que sí defienden dichos autores¹⁶⁵.

RETORTILLO destaca las disposiciones del Derecho comunitario que obligan a los entes públicos a cumplir, en materia de contratación, con los principios de igualdad, concurrencia y publicidad, y cuestiona los efectos de la huida en materia laboral, dado que muchas funciones públicas se asignan a sociedades mercantiles cuyo personal no tiene el estatus de funcionario público, o la otra vía que se viene utilizando y abusando es la laboralización del personal de los entes públicos, es decir, que cada vez más se vincula el personal por contrato de trabajo¹⁶⁶.

Finalmente, RETORTILLO hace una radical oposición a que entidades públicas que ejerzan funciones públicas, se sometan a formas o normas de Derecho privado, y en segundo lugar, llama la atención para que sea la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la competente para asumir el control de tales actuaciones administrativas, así las mismas sean asumidas por formas privadas, y de ser necesario, debe acudir a figuras, tales como actos separables y levantamiento del velo¹⁶⁷.

En el año de 1997 aparece un libro del español ANTONIO TRONCOSO REIGADA¹⁶⁸, que conjuntamente con los de GASPAR ARIÑO¹⁶⁹, RICARDO RIVERO ORTEGA¹⁷⁰ y ENCARNACIÓN MONTOYA MARÍN¹⁷¹, son los cuatro textos más completos, sistemáticos e ilustradores, sobre el tema de la crisis de lo público y las privatizaciones, pero en especial sobre el uso del Derecho privado por parte de la Administración pública, o para algunas de sus funciones y actividades. Para TRONCOSO la reserva constitucional de Administración pública sólo es predicable de tres actividades: la dirección política, la actividad de policía, y la de fomento; en las demás, considera él, el legislador puede decidir si se someten a formas y

165. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 140, mayo-agosto 1996, págs. 25-67.

166. *Ibid.*, págs. 42-48.

167. *Ibid.*, págs. 50-56.

168. TRONCOSO REIGADA, Antonio. Privatización, empresa pública y Constitución. Madrid: Marcial Pons, 1997. 503 p.

169. ARIÑO, Op. cit.

170. RIVERO ORTEGA, Ricardo. Administraciones Públicas y Derecho Privado. Madrid: Marcial Pons, 1998. 336 p.

171. MONTOYA MARÍN, Op. cit., 661 p.

regímenes públicos o privados. De ahí sostiene que la actividad de servicio público no está dentro de tal reserva, y por tanto, puede figurar indistintamente bajo formas o regímenes públicos o privados. Admite TRONCOSO, no obstante, que el Derecho privado tradicional no garantiza el respeto y cumplimiento de los principios y derechos fundamentales constitucionales, y por eso reclama que cuando las administraciones públicas acuden al Derecho privado, debe entenderse que no es el Derecho privado general, sino un Derecho privado constitucionalizado, es decir, que respete y garantice los principios y derechos fundamentales constitucionales¹⁷².

Toda esta riqueza doctrinaria, de las décadas de los ochenta y noventa, ya de por sí resultado y hallazgo positivo de la investigación, se complementa con tres valiosos textos, de sendos importantes autores, publicados en los primeros años de la presente década, a saber:

FELIO J. BAUZÁ MARTORELL, en el año 2001, publica un interesante libro¹⁷³, en el que al referirse a la huida del Derecho administrativo manifiesta: «En resumen, la huida del Derecho administrativo consiste en eso, en el traslado del ejercicio de funciones públicas a personas no públicas y en el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho privado.

Todo ello con el pretexto de la eficacia y con el instrumento de la descentralización y el correspondiente otorgamiento de personalidad jurídica»¹⁷⁴. Al analizar el tema de la posible reserva constitucional del Derecho administrativo, concluye que no puede hablarse estrictamente de su existencia, pero sí acepta que cuando el uso del Derecho privado no garantice los principios y derechos constitucionales, en tal caso, la huida debe considerarse inconstitucional¹⁷⁵.

Para el profesor GASPAR ARIÑO, en publicaciones del 2003, son tres las maneras de manifestarse la huida del Derecho administrativo: creación de empresas públicas (léase sociedades), la utilización de formas y régimen jurídico privado para actividades administrativas; y finalmente, la privatización del Derecho administrativo.

172. TRONCOSO REIGADA, Op. cit., 457-462.

173. BAUZÁ MARTORELL, Felio J. La desadministración pública. Madrid: Marcial Pons, 2001. 281 p.

174. Ibid., p. 59

175. Ibid., págs. 60-62.

Para él, la razón más frecuente para explicar el fenómeno de la huida es la pretendida flexibilidad que otorga lo privado frente a lo público y que permite la tan anhelada eficacia. Pero advierte que la verdadera razón es otra: obtener una vía libre de todo control. En últimas, comparte la tesis de DEL SAZ y de PARADA VÁSQUEZ, sobre la reserva constitucional del Derecho administrativo¹⁷⁶.

Finalmente, encontramos la obra de ORIOL MIR PUIGPELAT¹⁷⁷ de quien resaltamos en este tema dos aspectos: su opinión sobre los fines que realmente busca la huida, y el señalamiento de uno de los límites más importantes a la misma. En cuanto a los reales fines de la huida señala que son: evadir procedimientos de contratación, de manejo patrimonial, de control del gasto, de selección de personal, facilitar el despido del mismo buscando con todo ello, supuestamente mayor eficacia y eficiencia. En cuanto al límite principal a la huida, señala que lo constituye el Derecho comunitario y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en materia de contratación, donde se hace la exigencia para que las Administraciones públicas sin importar su ropaje o régimen jurídico, al momento de contratar respeten los principios de la publicidad, la igualdad y la concurrencia¹⁷⁸.

2.1.2 Las manifestaciones de la huida del Derecho administrativo en Colombia

Al analizar el tema de la huida del Derecho administrativo en Colombia, encontramos lo siguiente:

2.1.2.1 Causas, formas y ejemplos

En cuanto a las causas que generalmente se esgrimen para plantear una supuesta huida del Derecho administrativo, se tendrían unas que llamaríamos internas-institucionales, y otras que son de carácter externo. En las primeras estarían: la ineficiencia-lentitud-demora de los entes públicos, la corrupción, el clientelismo, el déficit fiscal y la consiguiente necesidad de austeridad que se ve reflejada casi siempre en las reformas, suprimiendo y liquidando entidades estatales. En las

176. ARIÑO ORTIZ, Op. cit., págs. 89-115.

177. MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2004. 285 p.

178. *Ibid.*, págs. 160-184.

segundas, de carácter externo se ubican fenómenos, tendencias ideológicas y ciclos económicos de carácter mundial, que son impuestos por los países desarrollados o por entes y organismos transnacionales, tales como, la globalización, el neoliberalismo, la eliminación de monopolios, la libre competencia, las privatizaciones, las reformas y ajustes institucionales, la reducción del aparato estatal.

No obstante, consideramos, que detrás de esas razones explícitas, se esconden otras implícitas, aquellas que buscan a través del pretexto de la agilidad, la eficiencia, la eficacia, la celeridad, la economía, y la rentabilidad, –que supuestamente brindan las formas y las normas privadas–, obtener ciertos privilegios, inmunidades, que no se tendrían con formas y normas de Derecho público. Cuando en últimas, lo que se obtiene es un deterioro en las garantías ciudadanas frente a esas entidades o funciones que abandonan lo público. Recurrir de manera abusiva a lo privado, implica muchas veces evadir, eludir y en vez de desconocer derechos, principios, procedimientos, controles, responsabilidades, mecanismos de participación ciudadana; sacrificar la defensa y la protección de los usuarios, y descuidar la defensa y protección del interés general y del patrimonio público. En todo caso, no puede descartarse tampoco, que el fenómeno de la huida hace parte de exigencias internacionales (como un vehículo apropiado para facilitar la inversión extranjera en Colombia).

Las formas en que se ha manifestado la huida de lo público a lo privado, en Colombia, son múltiples:

- Entidades públicas que se someten a régimen de Derecho privado.
- Actividades comerciales e industriales: prestadas por entidades estatales, que se someten a normas de Derecho privado, acudiéndose para el efecto, al uso de formas societarias, o a la figura de la empresa industrial y comercial del Estado.
- Funciones públicas-administrativas: servicios públicos, que se someten al Derecho privado.
- Funciones, actividades, servicios que eran cumplidos o prestados por entidades estatales, son asignados o compartidos con particulares. Se advierte que, en este caso, es muy posible que el régimen siga siendo de Derecho público, –

cuando se trate de típicas funciones públicas-administrativas-; y en particular de un caso de huida en cuanto a los sujetos, mas no en cuanto al régimen.

- Entidades de propiedad exclusiva del Estado pasan total o parcialmente a ser propiedad de particulares, bien a través de enajenaciones y ventas (caso ISA), o de capitalizaciones (caso TELECOM).
- Entidades privadas que administran, recaudan o custodian recursos públicos.
- Controversias, litigios, que pasan a ser de competencia del Juez ordinario-privado.

La información analizada durante la investigación, arrojó veinte ejemplos específicos, y concretos en los que podría hablarse, de cierta manera, de una posible manifestación (algunas más acentuadas, otras más atenuadas) de la huida de lo público a lo privado en Colombia, así:

Federación Nacional de Cafeteros (manejo de recursos públicos); Cámaras de Comercio (cumplen función pública y manejan recursos públicos); Notarías (cumplen función pública, para otros son de servicio público); Curadores Urbanos (cumplen función pública); Empresas Industriales y Comerciales del Estado (se someten a régimen de Derecho privado parcialmente); Sociedades de Economía Mixta (se someten a régimen de Derecho privado parcialmente); Institutos de Ciencia y Tecnología (asumen forma y régimen privado); Empresas Sociales del Estado (se someten a régimen contractual privado parcialmente); entes Universitarios Autónomos (régimen contractual privado parcialmente); Asociaciones entre entidades públicas (régimen privado parcialmente); Filiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado (régimen privado parcialmente); Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones Mixtas (régimen privado parcialmente); Entidades sin ánimo de lucro (cumplen en ocasiones funciones públicas); Contratistas de concesión, prestación de servicios, fiducia, encargo fiduciario (todos estos en algunos casos podrían estar cumpliendo funciones públicas o administrando recursos públicos); Interventores (cumplen funciones públicas); Fondos administradores de pensiones (administran recursos parafiscales, es decir, públicos); Consejos, Colegios y Asociaciones de profesionales (en ocasiones cumplen funciones públicas); Tribunales médicos (cumplen funciones públicas, parcialmente); Federaciones y Ligas deportivas (cumplen funciones públicas, parcialmente); y obviamente, el caso que nos interesa en el presente trabajo, las

Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (régimen privado parcialmente, también cumplen funciones públicas, parcialmente).

2.1.2.2 Reseña constitucional y legal del tema

Revisada la Constitución, encontramos veinticuatro normas constitucionales que posibilitan la participación en Colombia de lo privado en lo público, o la asignación de funciones, actividades y servicios públicos a los particulares:

Art. 2 (Deberes Sociales de los particulares), Art.15 (Habeas data. Archivos de las entidades privadas), Art. 23 (Derecho de petición ante organismos privados), Art. 26 (Funciones Públicas a colegios de profesionales), Art. 48 (Seguridad Social Servicio Público con participación de particulares), Art. 49 (Prestación de servicios de salud por entidades privadas), Art. 58 (Función social y ecológica de la propiedad), Art. 68 (Particulares podrán fundar establecimientos educativos), Art. 86 (Acción de tutela contra particulares), Art. 95 (Obligaciones y deberes de particulares), Art. 116 (Particulares cuya función es administrar justicia), Art.123 (Particulares que desempeñan funciones públicas), Art. 131 (Servicio Público de notariado y registro por particulares), Art. 210 (Particulares que pueden cumplir funciones administrativas), Art. 246 (Autoridades indígenas: funciones Jurisdiccionales), Art. 247 (Jueces de paz), Art. 267 (Control Fiscal sobre particulares que manejen fondos o bienes de la Nación), Art. 267. Inc. 2. (Vigilancia fiscal por empresas privadas), Art. 269 (Servicio de control interno por empresas privadas), Art. 270 (Vigilancia a la gestión pública por particulares), Art. 342 (Participación de particulares en Consejos de Planeación), Art. 355 (Entidades sin ánimo de lucro: Programas y actividades de interés públicos), Art. 365 (Servicios Públicos prestados por particulares), Art. 369 (Participación de usuarios en la gestión y fiscalización de empresas estatales de servicios públicos domiciliarios).

En el campo legislativo encontramos, sólo a título de ejemplo (entre numerosas normas), las siguientes normas que contemplan, de alguna manera, una manifestación de la huida a lo privado:

Ley 6 de 1945, Decreto-Ley 3130 de 1968, Código de Comercio, Decreto-Ley 130 de 1976, Decreto-Ley 222 de 1983, Decreto-Ley 01 de 1984, Decreto-ley 1222 y 1333 de 1986, Ley 30 de 1992, Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1994, Ley 136 de 1994, Ley 142 y 143 de 1994, Decreto-Ley 111 de 1996, Ley 388 de 1998, Ley 489 de 1998, Ley 1118 de 2006, Ley 1150 de 2007.

Y también, a título de ejemplo (se encontraron muchas más, pero no es el tema central del trabajo), la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el caso de particulares que cumplen funciones públicas-administrativas o administran recursos públicos:

C-308 de 1994 (Banco Cafetero, Federación Nacional de cafeteros), C-166 de 1995 (Ley 80 de 1993: Cámaras de Comercio), C-316 de 1995 (Decreto 393 de 1991: actividad de fomento y tecnología), C-543 de 2001 (Federación Nacional de Cafeteros), C-233 de 2002 (Ley 678 de 2001: acción de repetición), C-506 de 1994 (Decreto 393 de 1991: Ciencia y tecnología), C-372 de 1994 (Art. 6 130 de 1976: Corporación fundación mixtas), C-230 de 1995 (Fundación Corporaciones mixtas: Art. 2 Ley 80: Servidores públicos), C-189 de 1998 (Control fiscal), C-741 de 1998 y C-1508 de 2000 (notarios cumplen función pública), C-866 de 1999 (Art. 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, funciones administrativas por particulares), C-671 de 1999 (Ley 489 de 1998, Art. 95 y 96 asociaciones entre entidades públicas, y asociaciones con particulares) C-037 de 2003 (Ley 734 de 2002, régimen disciplinario para particulares que cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos), C-691 de 2007 (Art. 94 Ley 489 de 1998, régimen privado para filiales de empresas industriales y comerciales del estado con socios particulares), C-722 de 2007 (régimen de derecho privado para ECOPEPETROL, y su personal que son particulares), Art. 6 y 7 ley 1118 de 2006, C-736 de 2007 (naturaleza jurídica de las ESP mixtas), entre otras.

2.1.2.3 Reseña de la huida en cuatro autores colombianos

El tema de la huida del Derecho administrativo no ha sido abordado de manera directa, explícita y significativa en Colombia, como sí ha sucedido por ejemplo en España, como lo relacionamos en anterior apartado. No obstante, dentro de los resultados que arrojó la investigación, se encontraron cuatro autores que abordan el tema, CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS, ALVARO TAFUR GALVIS, LINA MARCELA ESCOBAR y FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS, tal como pasaremos a exponer.

El primer texto¹⁷⁹ del año 1995, es el del profesor y tratadista ATEHORTÚA RÍOS, cuyo tercer capítulo, denominado «*La privatización del Derecho administrativo*»,

179. ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. ¿Tiene vigencia el Derecho administrativo en Colombia? Medellín, 1995. 47 p. Ponencia presentada en Seminario Internacional de Derecho Administrativo, convocado entre otras entidades por la Universidad de Antioquia, al que asistieron, en particular, los profesores españoles FERNANDO GARRIDO FALLA y MARIANO BAENA.

sumado al título de la ponencia, muestra lo preocupante y alarmante de la situación. Afirma el profesor ATEHORTÚA RÍOS:

El hecho de que la Administración tenga que abandonar los que han sido reconocidos como procedimientos propios del Derecho Administrativo, para recurrir al Derecho Común, y el que las disposiciones legales le arrebaten en muchos casos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de los conflictos que se originan en los contratos, para radicar esa competencia en la Jurisdicción Ordinaria, devolviéndonos al régimen jurídico vigente con anterioridad al Decreto 528 de 1964, nos obliga a una reflexión de fondo sobre la autonomía de nuestro Derecho Administrativo y lo que aún es más preocupante: el hecho de que uno de los argumentos centrales para abandonar el Derecho Administrativo y la Administración Pública y refugiarse en el Derecho Común y en la Administración Privada sea que los primeros se han constituido en factores de ineficiencia en la Gestión Pública resulta por lo menos alarmante¹⁸⁰.

Pero a pesar de la alarma que enciende el profesor ATEHORTÚA en cuanto a la necesidad de cambio del concepto de administración pública y de Derecho administrativo, que además lo hace a partir de las novedades introducidas por la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal, y la Ley 142 de 1994 relacionada con los servicios públicos domiciliarios, también reconoce que el Derecho administrativo –a lo mejor con dichas leyes–, haya perdido cierto campo de acción, pero ello no significa que haya desaparecido o esté en una crisis total. Al respecto señala:

(...) Pero de todos modos, el Derecho administrativo no se agota en el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos, y menos en el régimen contractual que le es aplicable a la administración, por el contrario, tiene vastos horizontes que hoy deben desarrollarse, para lo cual, en muchos casos debemos volver a los orígenes de esta especificidad del Derecho.

En buena parte, el Derecho administrativo francés tradicional ha hecho crisis entre nosotros, pero ello no significa su crisis total y mucho menos, que deba desaparecer el Derecho administrativo en Colombia, lo que significa es bien diferente y es que hoy se impone una reevaluación de sus principios orientadores, como también los de la Administración Pública.

180. *Ibid.*, p. 5.

Administración pública y Derecho administrativo, deben subsistir durante muchos años en Colombia si se toma en cuenta que su existencia no es sólo conveniente desde el punto de vista académico o técnico Administrativo, sino que su necesaria conveniencia tienen un origen fundamentalmente político como lo ha sido el origen del Derecho público en general¹⁸¹.

Para ATEHORTÚA, el Derecho administrativo y la administración, atraviesan por **una mutación** en su concepto, su alcance, su objeto de estudio, y sus temas de interés; por ello recalca:

A pesar de lo afirmado no somos del criterio de que el Derecho y la Jurisdicción Administrativa tiendan a desaparecer, todo lo contrario es el momento de revisar sus bases y reafirmar su existencia, pero no soportada en las doctrinas tradicionales en buena parte distorsionadas por las prácticas político-administrativa entre nosotros, sino edificada en nuevos principios de orientación constitucional y legislativa que cobran singular dimensión en el proceso de Modernización del Estado.

Existen, sin duda alguna, aspectos de la vida ciudadana no privatizados ni privatizables en la Colombia de hoy, ellos son los que justifican la existencia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo y que hacen relación a la tarea de proteger a los administrados de los abusos de poder, garantizar que a los servicios públicos se les dé el carácter de esenciales y se les presten, en especial a los sectores más pobres de la población, la promoción y protección de los derechos humanos y la eliminación de los factores de corrupción en el manejo de los asuntos estatales que nos incumben a todos¹⁸².

El segundo texto rescatado por la investigación, es el del ex magistrado de la Corte Constitucional ÁLVARO TAFUR GALVIS, del año 1997 cuyo título¹⁸³ corresponde exactamente, al tema que nos ocupa. El profesor TAFUR analiza el fenómeno a partir de tres casos: el régimen de contratación estatal (Ley 80 de 1993), el régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y el régimen de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Ley 161 de 1994). Desde el comienzo del artículo, TAFUR GALVIS,

181. *Ibíd.*, p. 39.

182. *Ibíd.*, p. 40

183. TAFUR GALVIS, Álvaro. La huida de la administración hacia el derecho privado. En: Estudios de derecho público. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, págs. 93-129.

anticipa una conclusión absolutamente defensora del Derecho administrativo y de calificación de insuficiencia para el Derecho privado, cuando expresa que:

El escrutinio hecho sobre la regulación de los contratos de las entidades estatales, permite poner en evidencia que sin perjuicio de los enunciados favorecedores de la aplicación de principios y reglas del derecho privado, en realidad se reafirma la aplicación de principios y normas especiales de estirpe jus publicista a todas las entidades estatales, abstracción hecha de las particularidades de su naturaleza jurídica. Igualmente el estudio de las disposiciones pertinentes a las empresas de servicios públicos domiciliarios conduce a la apreciación de que sin perjuicio de la forma jurídica de derecho privado de estas empresas, por razón de las características de la actividad constitutiva del objeto social se rigen por normas de derecho público, e inclusive, actos de prestación de los servicios públicos a cargo, se sujetan a la jurisdicción administrativa, así se trate de empresas cuyos socios no tengan la calidad de entidades públicas. **En fin, del estudio aparece la insuficiencia del régimen de derecho privado para asegurar finalidades esenciales del Estado, y preservar el interés público, cuya consecución parece indefectiblemente vinculada a la utilización de instrumentos propios del derecho público, administrativo en especial**¹⁸⁴. (Resaltado fuera de texto)

En tercer lugar, referenciamos el artículo¹⁸⁵ de la profesora de la Universidad Javeriana, LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, del año 2005, quien hace alusión a la llamada «rematerialización» del Derecho administrativo, al señalar, que el origen y evolución del mismo, no es algo lineal sino que ha obedecido a razones históricas, políticas, ideológicas, y que además con la aparición del Estado social y democrático de derecho, la Administración y el Derecho administrativo, dejan de lado el criterio orgánico, para apuntar más a los fines del desarrollo y la transformación de la sociedad¹⁸⁶, explica ESCOBAR MARTÍNEZ, coincidiendo así con casi todos los autores que se han ocupado del tema:

(...) la razón más invocada para la huida es la supuesta mayor eficacia y agilidad que reportan las formas y normas privadas sobre las públicas. (...).

184. *Ibid.*, p. 94.

185. ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La huida del Derecho administrativo. En: *Revista Holística Jurídica*. Medellín: Universidad San Buenaventura. 2005, págs. 127-163.

186. *Ibid.*, págs. 130-135.

En nuestro modelo jurídico el principio de la eficacia tiene que ir necesariamente de la mano del principio de la legalidad. Eficacia sin legalidad, no sería verdadera eficacia¹⁸⁷.

Advierte igualmente, que el hecho de que se acuda a formas y regímenes privados para atender ciertas funciones, servicios y actividades, no significa necesariamente la huida de todo el Derecho administrativo, porque éste seguirá presente allí donde haya necesidad de velar por el interés general, y por los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. ESCOBAR MARTÍNEZ no admite que en Colombia se pueda hablar de Derecho administrativo privado, ni acepta que exista reserva constitucional¹⁸⁸ del Derecho y del juez administrativo.

Finalmente, se relaciona el texto¹⁸⁹ de FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS, quien plantea el surgimiento de la administración alterna, o administración paralela¹⁹⁰, es decir, aquella que surge cuando actividades o servicios tradicionalmente prestados o gestionados por el Estado, pasan a manos de particulares, apareciendo así la llamada privatización de lo público; sin embargo, retoma a BOBBIO para destacar cómo también existe el fenómeno inverso, es decir, la publicitación de lo privado. Pero indica MARÍN que la única expresión de la administración alterna o paralela, no es la privatización, sino que además puede darse que ciertas actividades se asuman a través de la comunidad en desarrollo del principio de la participación ciudadana, como el control social y las veedurías¹⁹¹. Hace también una importante precisión, en el sentido de que el concepto de lo público no se determina a partir de la naturaleza del prestador o proveedor, sino a partir del tipo de actividad y del destinatario de la misma, es decir, la comunidad¹⁹². MARÍN señala cómo la gestión pública a cargo de particulares, se desarrolla fundamentalmente a través de tres figuras: la privatización, la concesión y la liberalización de sectores regulados; y hace un llamado de atención sobre el uso y abuso en la aplicación del derecho privado a la gestión pública, poniendo de manifiesto que por tal camino, se pone

187. *Ibíd.*, págs. 141-146.

188. Los conceptos de Derecho administrativo privado y de reserva constitucional del derecho y del juez administrativo, los abordaremos en el capítulo 3, como posibles formas y técnicas de limitar la huida, y como manifestaciones de lo que llamaremos tendencias y transformaciones del Derecho administrativo.

189. MARÍN CORTÉS, *Op. cit.*, 261 p.

190. La administración paralela es el nombre de un libro publicado por GORDILLO A., Agustín. Madrid: Civitas, 1982. 155 p.

191. MARÍN CORTÉS, *Op. cit.*, págs. 193-197.

192. *Ibíd.*, p. 199.

en riesgo la protección y garantía de los derechos humanos, de la prevalencia del interés general y del mismo Estado de Derecho¹⁹³.

2.1.2.4 La opinión de expertos entrevistados sobre la huida del Derecho administrativo

Sobre el concepto de la huida, el grupo de expertos entrevistados¹⁹⁴, manifestó tres tipos de respuestas –como casi siempre ocurre en el Derecho–: i) un subgrupo mayoritario aceptó la existencia del fenómeno, ii) un subgrupo minoritario que no lo reconoce exactamente como tal, y iii) uno de los entrevistados lo negó tajantemente.

Quienes aceptaron el concepto como tal, casi coincidieron en que el tema se tornó palpable y más intenso a partir de la Constitución de 1991, entre ellos figuran:

- RICARDO HOYOS (ex Consejero de Estado), quien indicó que el fenómeno no es reciente, sino que tiene épocas en que se intensifica más.
- GUSTAVO QUINTERO (Profesor U. de los Andes), manifestó que la huida se da en los dos sentidos: de lo público a lo privado, pero también de lo privado a lo público.
- JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ (Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia), aceptó la huida y señaló que la misma se da con una intensidad bastante fuerte.
- JOSÉ IGNACIO MADRIGAL (Juez Administrativo de Medellín), dijo que sí existía tal concepto, sobre todo en materia de contratación y de servicios públicos domiciliarios.
- GABRIEL JAIME VELÁSQUEZ (Asesor Jurídico EPM y docente EAFIT), sí acepta el concepto, aunque prefiere hablar más bien del llamado Derecho Administrativo Privado.
- PILAR ESTRADA (Jueza Administrativa de Medellín y docente de EAFIT), admite el fenómeno, en especial en la Constitución de 1991, y en materia de servicios públicos domiciliarios.

193. *Ibid.*, págs. 220-225.

194. Entrevistas realizadas en Bogotá y Medellín durante el año 2008.

- FELIPE VIVERO (Profesor U. de los Andes), sí puede hablarse de ello en especial a partir de la Constitución de 1991 y de la Ley 142 de 1994, pero en el ámbito jurisprudencial se ha evitado que se materialice en la realidad como debería ser.

Dentro del grupo minoritario, que no aceptan el concepto de la huida, estrictamente como tal, sino que lo matizan, relativizan, o le dan otro tratamiento, se encuentran:

- MARCO VELILLA (Consejero de Estado, Sección Primera), prefiere hablar del Derecho Económico, como una zona pendular, de frontera, en el que hay que combinar derecho, política y economía.
- MARTA CEDIEL (Profesora U. de los Andes y asesora), no lo acepta, se hace necesario adoptar otro enfoque del Derecho administrativo a partir de la Constitución, y aceptar que hay otros modelos distintos al francés.
- JAIME ORLANDO SANTOFIMIO (Profesor U. Externado de Colombia y tratadista), en sentido estricto no se ha consolidado en Colombia, lo que sí ha existido desde tiempo atrás es una disputa económico-ideológica entre la iniciativa privada, autonomía de la voluntad vs. intervencionismo y regulación estatal.

Finalmente, uno de los entrevistados negó la figura de manera categórica:

- ALBERTO MONTAÑA (Profesor U. Externado de Colombia y Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado), quien dijo que el concepto de la huida debe negarse, es una invención de los españoles, no del resto de Europa. Expresó que el Derecho es uno, y es el legislador en cada momento quien determina qué régimen jurídico debe aplicarse a determinados servicios o actividades.

2.1.2.5 Resultado y aporte de la investigación

Se concluye del estudio y análisis de los cuatro autores citados, y de algunos de los expertos consultados (pues no todos admitieron el concepto de la huida), que hay un reconocimiento de la figura de la huida de lo público a lo privado, entendida como un desplazamiento de ciertas actividades y servicios del sector público al privado, o del régimen jurídico administrativo al privado, pero este grupo, autores y expertos, en su gran mayoría destacó que ello no significa en ninguna medida que se pueda hablar de crisis o desaparición de lo público o del Derecho

administrativo, sino más bien de una mutación, de un reacomodamiento, de una rematerialización de los conceptos; y hay una tendencia mayoritaria a considerar que el Derecho privado es menos garantista, y menos protector de principios por los que debe velarse como el interés general, la publicidad y la concurrencia.

Debe advertirse que todos esos casos en los que se reseña una posible manifestación de huida de lo público a lo privado, sirven como contra-ejemplo para sostener la vigencia del Derecho administrativo en Colombia, pues allí se combina la supuesta privatización de lo público, con otro fenómeno que es la publicitación, o administrativización de lo privado, dado que si bien se entregan algunas funciones, actividades y servicios a los particulares, estos de todas maneras siguen sometidos a normas de Derecho público-administrativo, como mínimo, en materia de regulación, vigilancia, inspección, principios, procedimientos, controles y responsabilidades.

Pero si quedara alguna duda sobre la vigencia del Derecho administrativo, bastaría con enumerar algunos temas que por sí solos justifican y validan la existencia y plenitud del Derecho administrativo en Colombia, tales como: el control al ejercicio del poder (uso de prerrogativas, potestades, cláusulas excepcionales, actos administrativos), la regulación, la policía administrativa (inspección, control y vigilancia), defensa de derechos ciudadanos, la lucha contra la corrupción, la participación ciudadana, la protección del medio ambiente, el sistema electoral, las autonomías (en especial la local-territorial), la defensa de los usuarios, la defensa del interés general y del patrimonio público, la regulación y control de los usos del suelo, el urbanismo, entre otros.

2.2 EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: HUIDA O VIGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este apartado se abordará el análisis de los servicios públicos domiciliarios, para verificar si en los temas más sensibles del sector, se puede hablar o no de la huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, o si por el contrario, la conclusión, es que aquél continúa vigente.

Para ello se hará un recorrido conceptual sobre la ***noción clásica de servicio público*** (al que GASPARETTO denomina el viejo servicio público¹⁹⁵), una

195. ARIÑO ORTIZ, Op.cit., págs. 517-582.

enunciación genérica de las causas de su crisis, para luego entrar al llamado nuevo modelo de servicios públicos domiciliarios (a lo que GASPAR ARIÑO llama el nuevo servicio público¹⁹⁶), a partir de la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994. En el nuevo modelo se hará una revisión desde lo normativo, doctrinario y jurisprudencial de los siguientes temas específicos: la naturaleza de las empresas (en particular la discusión que se ha presentado frente a las empresas donde existe participación estatal), su régimen de actos, contratos, personal, juez competente, y la gran discusión sobre si prestar servicios públicos domiciliarios implica o no el ejercicio de funciones públicas-administrativas.

2.2.1 Noción clásica del servicio público, crisis y evolución normativa en Colombia

Antes de abordar el **nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios** en Colombia, y en especial su régimen jurídico y el juez competente, es necesario revisar de manera breve y general, la noción y el concepto clásico de servicio público, siguiendo para ello a los doctrinantes y tratadistas que se han ocupado del tema¹⁹⁷, y luego enunciar cuáles fueron las causas, razones, motivos (reales o ficticios) que generaron su crisis, dando paso al surgimiento de un nuevo concepto, de un nuevo modelo, y finalmente la evolución normativa del tema en Colombia.

Sin lugar a dudas, la noción de servicio público se disputa con la noción de función pública-administrativa, con la noción de prerrogativas o potestades (*puissance publique*), con el principio del interés general, y con el concepto de administración pública; el objeto de estudio, el núcleo básico, el eje identificador, a partir del cual se ha construido y elaborado la teoría del Derecho administrativo.

Hablar de servicio público implica, necesariamente, recordar y hacer un homenaje a los nombres de LEÓN DUGUIT, GASTÓN JÉZE, ROLLAND y BONNARD, quienes pasaron a la historia como los grandes pensadores de la teoría del servicio público,

196. *Ibid.*, págs. 583-638.

197. Sobre el concepto clásico de servicio público, puede consultarse a SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 63-87; DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 2000, págs. 27-49; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 519-582; y el excelente texto de MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 115-178.

recordados como los integrantes de la llamada escuela del servicio público, la Escuela de Burdeos, además es necesario mencionar al otro gran maestro del Derecho público, MAURICE HAURIOU.

Al respecto, GASPAR ARIÑO nos recuerda cómo antes de la teoría francesa del servicio público, ya J.J. ROUSSEAU había abordado el término desde una concepción política, al manifestar que la «expresión **service public** aparece como referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos»¹⁹⁸.

MONTAÑA PLATA resalta cómo la noción de servicio público está ligada, en sus orígenes y teorización en Francia a dos circunstancias históricas: de un lado a los pronunciamientos de la jurisprudencia, y de otro lado, al surgimiento de la llamada escuela del servicio público o Escuela de Burdeos. Dentro de los pronunciamientos jurisprudenciales destaca el fallo Blanco de 1873, el fallo Terrier de 1903, el fallo Feutry y el fallo Bac de Éloka (22 de enero de 1921, donde se hace la diferencia entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales)¹⁹⁹. El profesor SANTOFIMIO GAMBOA, también destaca la importancia que para el servicio público tuvieron los fallos Rosthschild C. del 6 de diciembre de 1855, el Carcassonne del 20 de febrero de 1858 y el Bandry C. del 1 de junio de 1861²⁰⁰.

Por su parte, agrega MONTAÑA, el surgimiento de la llamada escuela del servicio público, a la cabeza de DUGUIT y JEZE, significó un distanciamiento, y una separación del criterio de la *puissance publique*, que lideraba ese otro gran teórico francés HAURIOU. Es decir, del concepto de poder, autoridad, potestad, pasa a un criterio basado en la solidaridad²⁰¹. Así las cosas, podría afirmarse que la razón de ser del Estado ya no estaba concentrada en el ejercicio del poder, sino en la satisfacción de necesidades sociales y colectivas.

A partir de esa nueva interpretación, se elaboraron las características y los elementos constitutivos de la noción de servicio público, así: ROLLAND introduce los elementos de continuidad, adaptabilidad e igualdad, DE LAUBADÉRE el de neutralidad,

198. ARIÑO ORTIZ, Op. cit., p. 520.

199. MONTAÑA PLATA, Op. cit., págs. 124-132.

200. SANTOFIMIO GAMBOA, Op. cit., págs. 70-72.

201. MONTAÑA. PLATA, Op. cit., págs. 133-135.

LATOURNERIE el de la adecuación y proporcionalidad de los medios a los fines, y HAURIUOU los de la moralidad y gratuidad²⁰².

A título ilustrativo, veamos algunas definiciones²⁰³ que sobre servicio público han dado diferentes autores:

Para DUGUIT el servicio público se entiende como: «toda actividad cuya realización deben asegurar, regular, y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y ella es de tal naturaleza que no puede realizársela completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa»²⁰⁴.

El administrativista GASTÓN JÉZE, al referirse a los servicios públicos, señala:

Decir que en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. De allí que, toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general²⁰⁵.

(...) Los servicios públicos son la piedra angular del Derecho Administrativo francés²⁰⁶.

202. *Ibid.*, págs. 146-147

203. Un completo inventario de definiciones sobre servicio público puede verse en: GIL ALZATE, Willington y ZAPATA MACÍAS, Diana Cecilia. *El Usuario de los Servicios Públicos Domiciliarios*. Medellín, 2009. 220 p. Trabajo de Grado (Abogado). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. y en: GIL ARBELÁEZ, Gloria Patricia. *Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la participación de los usuarios bajo el nuevo modelo constitucional de estado social de derecho*. Medellín, 2006. 154 p. Trabajo de Grado (Abogada). Universidad EAFIT. Agradezco igualmente al estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A., Gabriel Rincón, por su colaboración en la búsqueda y reseña de definiciones de servicio público.

204. DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. París: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.

205. JÉZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Libro II: La Noción de Servicio Público. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 4.

206. *Ibid.*, p. 4.

Por su parte, ROLLAND, lo define así: «el servicio público es la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de las necesidades colectivas del público»²⁰⁷.

El profesor francés ANDRÉ DE LAUBADÉRE, considera que: «servicio público es la actividad de una colectividad pública que tiene por objeto satisfacer una necesidad de interés general como son la defensa nacional, los ferrocarriles, el registro civil, la justicia y los servicios públicos. Dichas colectividades son el Estado Central, Departamental y Municipal, y por concesión el particular podrá garantizar la prestación de dichos servicios públicos»²⁰⁸.

Para GASPAR ARIÑO, servicio público es: «aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social»²⁰⁹.

El gran maestro del Derecho público alemán, OTTO MAYER, lo define así: «El servicio público es todo aquel que busca satisfacer necesidades de carácter colectivo, donde el Estado tiene un poder de dirección sobre dicha actividad, ya sea prestándolos él mismo u otorgándolos en concesión a los particulares para que sean prestados por ellos pero bajo las mismas garantías que ofrece el Estado cuando es él quien asume la prestación»²¹⁰.

Como puede verse, son tantas las definiciones que se pueden encontrar del concepto servicio público, que termina siendo válida la definición dada por J.L. VALLINA, cuando manifiesta que servicio público es «un cajón de sastre en el que cabe lo que en cada momento quiere el *Conseil d'Etat*»²¹¹.

Podríamos, no obstante, como un aporte y resultado de la investigación, intentar una definición en los siguientes términos: servicio público es toda actividad general,

207. ROLLAND, L. Précis de droit administratif. 5° ed., París, 1934.

208. DE LAUBADÉRE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Ed. Temis, 1984, págs. 13 y 14. Citado por GIL ALZATE, Wellington y ZAPATA MACÍAS, Op. cit.

209. ARIÑO ORTIZ, Op. cit., p. 534.

210. MAYER Op. cit., págs. 3-43.

211. Citado por ARIÑO ORTIZ, Op. cit., p. 524.

continua, y regular a cargo del Estado en gestión directa, o indirecta a través de particulares, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades colectivas, y que se encuentra sometida a un régimen jurídico especial.

Pero esa noción clásica de servicio público –que hemos intentado conceptualizar–, entró en crisis, y son muchas las razones que podrían darse para ello; algunas de ellas las podríamos considerar como razones internas-institucionales; y otras como razones externas. Dentro de las primeras, se incluirían: la ineficiencia del Estado, el déficit presupuestal, la indebida administración de las empresas prestadoras de servicios públicos, la burocratización, el clientelismo y la corrupción en las mismas y la baja calidad de los servicios; mientras que de las razones externas se citan: las nuevas tendencias económicas, la globalización, el neoliberalismo, las privatizaciones, la configuración de la comunidad económica europea y las exigencias internacionales de la banca multilateral²¹².

De otro lado, los gobiernos de Margaret Thatcher (1979-1990) en el Reino Unido y de Ronald Reagan (1981-1989) en EEUU, así como las teorías económicas de F.V. HAYEK, MISSES, FRIEDMAN, NOZICK, entre otros, incidieron bastante en esas nuevas políticas económicas internacionales.

Son bien conocidas las políticas contenidas en los Planes o Programas de Ajuste Estructural (PAES) y las directrices del llamado Consenso de Washington (1989), en donde se destacan: la necesidad de reformas al Estado (achicamiento o Estado mínimo), privatización de empresas, desregulación, liberalización, flexibilización de leyes laborales, integración económica a través de la firma de Convenios o Tratados de Libre Comercio, reducción del gasto público, apertura a la inversión extranjera, entre otras.

No es por ello casual que el Banco Mundial, aconseje que

«en muchos países sería útil privatizar muchas de las empresas de propiedad estatal (...) La reforma del sector público tiene carácter prioritario en muchos

212. Sobre estos últimos fenómenos puede verse: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. 296 p.; CRUZ ALLI ARANGUREN, Juan, *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas Ediciones, SL. 2004. 393 p.; FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid: Editorial Trotta, 2001. 283 p.; MIR PUIGPELAT, Op. cit., 285 p.

países y debe comprender la reforma de la administración pública, racionalización de los gastos públicos, la reforma de las empresas de propiedad estatal y la privatización»²¹³.

MIR PUIGPELAT incluye algunos factores determinantes en el proceso de globalización y nuevas tendencias mundiales, tales como:

(...) la crisis del patrón monetario mundial (paridad dólar-oro 1971), la crisis del petróleo (1973-1974), reducción de barreras jurídicas, caída del Muro de Berlín, el cambio en la Unión Soviética, ingreso de China a la economía de mercado, el desarrollo de las tecnologías de información, Internet²¹⁴.

En materia de privatizaciones, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, afirma que entre las razones más frecuentes para justificarlas se aducen: el desbocado gasto público y la rigidez e ineficiencia de la gestión estatal²¹⁵.

El profesor español DE LA CUÉTARA, da cuenta de las diferentes maneras como se reaccionó en el mundo ante la noción clásica de servicio público, destacando: la privatización a la inglesa, la desregulación a la americana, la defensa a la francesa, la privatización del régimen jurídico de gestión a la española, la reconstrucción del concepto servicio público centrado en el usuario y por último la rígida economización de los japoneses²¹⁶.

Entre las razones de la crisis de la noción clásica de servicio público, MONTAÑA PLATA incluye el nacimiento de actividades de carácter comercial y económico más asimilables al sector privado, el sometimiento de ciertas actividades al derecho privado, la aparición de particulares como prestadores de servicios públicos, la aparición de otros medios de gestión de lo público, la concesión²¹⁷.

213. Informe sobre el desarrollo mundial 1991, Revista El Mercado de Valores, No. 15, año 1, Nacional Financiera, 1991, p. 18. Tomado de Tendencias actuales del Derecho Administrativo. Alfonso Nava Negrete, págs. 247-248. En: Tendencias actuales del Derecho administrativo. José Luis Soberanes (compilador). México. Universidad Nacional Autónoma de México: Fondo de Cultura Económica, 1994. 395 p.

214. MIR PUIGPELAT, Op. cit., págs. 26-33.

215. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. En: Revista Andaluza de Administración Pública (RAnAP). No. 39, julio-sep 2000, págs. 16-18.

216. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos. Madrid: La laguna, 1996, p. 15.

217. MONTAÑA PLATA, Op. cit., págs. 152-154.

Las causas de la crisis para ARIÑO ORTIZ son, entre otras, el tamaño y costo del Estado, la ineficiencia de lo público, la mala calidad de los servicios, el triunfo del neoliberalismo, la integración de la Unión Europea.

ARIÑO sepulta el concepto clásico del servicio público, afirmando que «su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice VILLAR PALASÍ– hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo»²¹⁸.

El *sepulturero* de la noción clásica de servicio público en Colombia ha sido PALACIOS MEJÍA, quien afirma que el derecho ha generado demasiadas incertidumbres y ambigüedades frente a la noción de servicio público, y que la teoría económica es capaz de ofrecer respuestas más precisas –que las que en su momento dieron DUGUIT y JEZZE–, a las preguntas de cuándo, por qué y cómo debe actuar el Estado. En su arremetida contra lo jurídico y los abogados, PALACIOS afirma que: «el Consejo de Estado francés llegó a decir la siguiente tontería: en toda constitución de servicio público, son las necesidades del servicio público las que deben prevalecer sobre toda consideración de interés financiero. Y termina cuestionando nuevamente a DUGUIT y JEZZE, por su énfasis en una expresión tan confusa como «satisfacer necesidades de interés general»²¹⁹.

A diferencia de PALACIOS MEJÍA, creemos firmemente en la importancia y validez de la noción de servicio público. Lo clásico no puede desconocerse o inutilizarse por el simple hecho de ser clásico. Que un concepto jurídico sea incierto, indeterminado o confuso, no lo hace inútil, ni se resuelve el problema renunciando a su entendimiento. ¿O es que acaso, términos como autonomía de la voluntad, negocio jurídico, acto mercantil, acto de comercio, hecho punible, deber, derecho, delito político, acto terrorista, sí son claros, pacíficos, unívocos, verdaderos y absolutos en la doctrina y la jurisprudencia?

A PALACIOS MEJÍA, se le puede controvertir de la mano de otros autores, por ejemplo con MALARET GARCÍA, cuando afirma: «En este orden de consideraciones, y dado que la noción de servicio público es precisamente un

218. ARIÑO ORTIZ, Op. cit., págs. 585-587.

219. PALACIOS MEJÍA, Hugo. El inútil concepto de servicio público. Notas para una crítica desde la perspectiva de «law and economics». En: Revista Colección de Derecho Económico, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Noviembre 2001, págs. 93-104.

ejemplo claro de la situación referida, se va a intentar demostrar cómo más que a una crisis del servicio público estamos asistiendo a una nueva mutación de un concepto precisamente caracterizado por su plasticidad. Tal y como HAURIOU señaló ya en su momento, «*le service public est un perpétuel devenir*»²²⁰. Y más adelante afirma MALARET: «el servicio público es igualmente un mito legitimador de la acción del Estado (según J. CHEVALLIER, *El servicio público*, París, 1991 (2ª ed.) de un Estado que no se encuentra ya limitado a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, sino que, contrariamente, es un sujeto conformador del orden social y asume una posición activa en la prestación de servicios»²²¹.

También a HUGO PALACIOS, lo refutaríamos con BOBBIO y con MIR PUIGPELAT, así:

NORBERTO BOBBIO²²² a propósito de la discusión entre formalismo y antiformalismo, afirma:

La historia no es nueva: formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas y siempre recurrentes entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como clasicismo y romanticismo en estética, conservadurismo y radicalismo en política. Aquellos que por razón de su edad cabalgan sobre dos generaciones y que han vivido, por ello, los días fastos y nefastos del tecnicismo, no se maravillan (...) más bien han aprendido a cuidarse de los ardores demasiado iconoclastas, de las impacencias demasiado vehementes, de las esperanzas demasiado confiadas. Su tarea en la actualidad puede consistir en procurar que en la reacción contra el pasado no se pierda aquello que era válido, digno de ser conservado; evitar que por odio a cualquier exceso se quiera recomenzar todo desde el principio, y por amor a lo nuevo, se presente como descubrimiento lo que es simplemente exhumación.

Por su parte ORIOL MIR PUIGPELAT nos recuerda: «Por todo ello, sólo cabe concluir que el tantas veces reclamado retorno a DUGUIT y a su idea de solidaridad social como fundamento del Estado y del Derecho público está hoy en día más

220. MALARET I GARCÍA, Elisenda. Servicios Públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 145, enero-abril de 1998, p. 53

221. *Ibid.*, p. 50.

222. Tomado de su texto *El Positivismo Jurídico*. p. 12. Referencia incompleta.

justificado que nunca. El Estado y el Derecho (administrativo) será social o, simplemente, no será»²²³.

Vista ya la conceptualización y crisis de la noción clásica de servicio público, veamos, ahora a título enunciativo, algunos de los hitos normativos más importantes relacionados con los servicios públicos en Colombia²²⁴, hasta llegar a la noción actual de servicios públicos domiciliarios, y poder entrar a analizar su régimen jurídico vigente:

- En la Constitución de 1886, en el artículo 18 se prohibía la huelga en los servicios públicos. En el artículo 32 se consagraba que el Estado intervendría en la economía, entre otros, en los servicios públicos. Y en el artículo 39 prescribía que la ley podría ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y los reglamentos de servicios públicos.
- En 1947 se crea TELECOM. En el Acto Legislativo 5 de 1954, se determina que el legislador podrá autorizar la creación de establecimientos públicos para la prestación de servicios. En 1955 se crea Empresas Públicas de Medellín.
- El Artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por Decreto 753 de 1956) señaló que 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. Constituyen por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;

223. MIR PUIGPELAT, Op cit., p. 230.

224. Sobre la historia y evolución de los servicios públicos en Colombia, puede verse los completos y detallados textos: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Servicios Públicos Domiciliarios: Calidad de vida y construcción del Estado Social de Derecho. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1997. 395 p.; URIBE, María Teresa y VALENCIA, Germán. Tensiones y dilemas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: entre lo público, lo privado y lo estatal. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 10, No. 1. 2005, págs. 31-76; OMAÑA GÓMEZ, Marcela y otros. La evolución del concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano, desde 1955 hasta nuestros días. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.10, No. 2. 2005, págs. 9-54.

- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;
 - c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
 - d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;
 - e) Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados;
 - f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;
 - g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;
 - h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país a juicio del gobierno.
- Mediante Decretos 2427 de 1956, 2342 de 1957 y 1504 de 1960, se reguló la intervención en materia de tarifas de teléfonos. Por Decretos 1653 y 2518 de 1960 se crea y asignan funciones a la Superintendencia de Regulación Económica, como autoridad en tarifas. En el Decreto-ley 3069 de 1968 se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos.
 - En la Constitución de 1991, artículo 56 se prohíbe la huelga en servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Y se regulan los servicios públicos, incluidos los domiciliarios en los artículos 365 a 370.
 - La Ley 80 de 1993 en su artículo 2° y para los efectos de la contratación estatal definió los servicios públicos como «los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines».
 - Como se ve, muy seguramente para disgusto de muchos (como PALACIOS MEJÍA), la Ley 80 de 1993 consagra un concepto y una noción de servicio público totalmente clásica, a pesar de que se estaba (1993) bajo la nueva Constitución y en plena época de neoliberalismo y privatizaciones en el mundo.

- En desarrollo de los artículos 365-370 de la Constitución Política, se expide el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, Ley 142 de 1994, y en su artículo 1° señala: «Ámbito de aplicación de la ley. Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural²²⁵; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley».
- A su vez, define los servicios públicos en el artículo 14.20, modificado por el artículo 2° de la Ley 689 de 2001, señalando que «son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley». Y los servicios públicos domiciliarios los define (más que definirlos, los enumera) así: «14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo».
- La Corte Constitucional mediante sentencia T-540 de septiembre 4 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, da una definición bastante clásica de servicio público:

225. Cuando ya se había terminado este trabajo (en julio de 2009), se conoció la Ley 1341 de 2009, conocida como la ley de las tecnologías de la información y las comunicaciones (las TIC), de la cual destacamos los siguientes aspectos: la telefonía deja de considerarse como servicio público domiciliario, pero se mantiene como servicio público de carácter esencial bajo la titularidad del Estado; se le cambia el nombre al Ministerio de Comunicaciones por el de Ministerio de las TIC; se le cambia el nombre a la CRT, por el de CRC; ya no se habla de empresas, sino de proveedores de redes y servicios; se crea la agencia nacional del espectro; se eliminan las contribuciones a los estratos 5, 6, sector industrial y comercial; los subsidios para los estratos 1 y 2 se mantendrán por 5 años, y serán cubiertos con las contraprestaciones que paguen los proveedores de redes y servicios al Fondo de las TIC; ya no existirán tarifas reguladas, sino libertad de precios (la CRC podrá intervenir en tres situaciones: cuando no exista competencia, cuando no exista calidad en el servicio, cuando existan imperfecciones en el mercado); el régimen jurídico de actos, contratos y laboral de los proveedores de redes y servicios será el del derecho privado; los usuarios tendrán vía gubernativa frente a los proveedores en primera instancia y ante la Superintendencia de Industria y Comercio en segunda instancia; sigue existiendo el derecho de petición, de quejas, recursos, el silencio administrativo positivo, por solicitudes que se le hagan a los proveedores; la negación del servicio, la suspensión, el corte, la terminación y las respuestas a reclamos en facturación, son típicos actos administrativos; los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que sean entidades estatales en materia de contratación deberán someterse a los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), a los principios de la gestión fiscal (art. 267 C.P.) y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993.

La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos.

Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP Art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros

- La Corte Constitucional en Sentencia T-578 de 1992²²⁶, señaló que: «**los servicios públicos domiciliarios como categoría especial de los servicios públicos, son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas**» (Reslatado fuera de texto), definición que se ha mantenido vigente en la Corte durante todos estos años.

2.2.2 El nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios y su régimen jurídico

El llamado *nuevo modelo*²²⁷ de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, se da a partir de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 142 de 1994. En efecto, en el Título XII de la Constitución, Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, su Capítulo V, se denomina, De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, que comprende los artículos 365 a 370. Mucho se ha escrito²²⁸

226. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

227. Expresión muy usada en las conferencias del profesor español GASPAR ARIÑO.

228. Sobre el tema de servicios públicos domiciliarios en Colombia, puede verse, entre otros, a: ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 400 p.; ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1996. 204 p.; ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios, Legislación y Jurisprudencia. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2003. 915 p.; ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios –En el contexto de la doctrina constitucional–. Primera edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike & Andesco, 2008. 351 p.; PALACIOS MEJIA, Hugo. El Derecho de los servicios públicos. Bogotá: Editorial Temis, 1999. 245 p.; MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 230 p.; MORENO, Luis Ferney. Servicios públicos domiciliarios: perspectivas de derecho

al respecto, y por ello aquí simplemente haremos una breve síntesis de los aspectos sobresalientes de dicho modelo en el ámbito constitucional, para entrar luego a establecer si de acuerdo con la Ley 142 de 1994, el régimen jurídico predominante en el sector de los servicios públicos domiciliarios (en cuanto a naturaleza jurídica de las empresas, actos, contratos, personal y juez competente, que han sido los temas que han generado polémica en su interpretación), corresponde a Derecho privado, o en su defecto a Derecho público-administrativo, y poder así determinar si efectivamente estamos en presencia o no de la llamada Huida del Derecho administrativo, o si por el contrario, el mismo continúa vigente en tan importante sector.

2.2.2.1 Régimen constitucional de los servicios públicos domiciliarios

Como se ha mencionado en capítulos anteriores, la noción clásica de servicio público, respondía básicamente a dos criterios especiales: su estrecha relación con el Estado, dado que era una actividad que se prestaba en monopolio²²⁹, y su finalidad de satisfacer necesidades colectivas.

Uno de los cambios importantes que introduce la Constitución de 1991 elimina, como regla general, el monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos,

económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 345 p.; MOLINA TORRES, José Antonio. Régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Gustavo Ibañez, 1998. 310 p.; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Servicios Públicos Domiciliarios: Calidad de vida y construcción del Estado Social de Derecho. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1997. 395 p.; CÁRDENAS URIBE, Julio César. Contratos en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 170 p.; LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. Los servicios públicos en Colombia: entre la libertad de mercado y la intervención estatal. En: Manual de Derecho administrativo. Bogotá: Ediciones Uniandes-Temis, 2009, págs. 171-228.; MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La jurisprudencia constitucional de los servicios públicos domiciliarios. En: El Derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, págs. 206-239.; ARAÚJO OÑATE, Rocío Mercedes. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: El Derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, págs. 148-205.; OMAÑA GÓMEZ, Marcela y otros. La evolución del concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano, desde 1955 hasta nuestros días. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.10, No. 2. 2005, págs. 9-54.; BERNAL PULIDO, Carlos. El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 10, No. 1. 2005. Págs. 105-141.; URIBE, María Teresa y VALENCIA, Germán. Tensiones y dilemas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: entre lo público, lo privado y lo estatal. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 10, No. 1. 2005, págs. 31-76.

229. Cuando hablamos de monopolio, queremos indicar que era una actividad en principio reservada (*publicatio*) y a cargo del Estado, y por ello, para que un particular pudiera ser prestador requería de un título habilitante, por lo general bajo la figura de una concesión, licencia, autorización o permiso.

incluidos los domiciliarios, y en su lugar, consagra la libre competencia; sin que por ello se pueda afirmar la retirada absoluta del Estado. Se pasa entonces de un modelo de estatización monopólico, a un modelo de liberalización, según el cual, tanto prestadores estatales como particulares podrán competir en el mercado. De ahí que se señale expresamente que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado –directa o indirectamente– por particulares, y por comunidades organizadas. La Constitución de 1991 no hace *per se* un llamado a la privatización, no se da un mandato constitucional en el sentido de que las empresas estatales de servicios públicos deban venderse o privatizarse; ni hay un mandato constitucional para que los servicios públicos sean una actividad que deban prestar de manera exclusiva o preferente los particulares o el sector privado. Lo que se consagra, se insiste, es la libre competencia, la libertad de concurrencia entre el sector privado y el público, no la prevalencia del uno sobre el otro.

Se da sí un cambio en el rol principal del Estado, por cuanto, si bien en el nuevo modelo puede seguir siendo prestador, y de hecho lo sigue siendo en la mayor parte del país, su misión es ante todo la de asegurar y garantizar una prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, el Estado más que un prestador, debe ser un garantizador, sin que ello implique necesariamente su renuncia a ser un competidor más en el mercado.

El Estado, además de su rol de garantizador y prestador –no necesariamente único y exclusivo– conserva las competencias de marcado intervencionismo en materia de regulación, inspección, control y vigilancia, las cuales ejerce a través de las Comisiones de Regulación (CRT²³⁰, CREG, CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, respectivamente.

Se observa entonces que, constitucionalmente, el Estado sigue siendo en Colombia un protagonista de primer orden en el sector de los servicios públicos domiciliarios, dada su activa participación como garantizador, prestador, regulador y controlador.

Pero, si algo de duda queda sobre el activismo estatal en este sector, la Constitución Política es categórica al prescribir en el artículo 365 que «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado»²³¹, lo cual guarda perfecta armonía con la declaración de Estado Social de Derecho que hace el artículo 1º, con los

230. Con la Ley 1341 de 2009, la CRT ya se denomina CRC.

231. Sobre este punto puede verse Sentencia T-406 de 1992, artículo de BERNAL, Op. cit., y el texto de MONTAÑA PLATA, Op.cit.

fines esenciales del Estado del artículo 2º, y con las prioridades del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida del artículo 366.

Otro aspecto relevante que se desprende de la normatividad constitucional es la reserva de algunos temas a la ley (y como tal función también estatal-intervencionista), como lo son el régimen jurídico, las competencias, responsabilidades, la cobertura, calidad, financiación, los derechos y deberes de los usuarios, su defensa y protección, su participación en la gestión y fiscalización²³² de las empresas estatales que presten el servicio, el régimen tarifario y la determinación de las entidades competentes para fijar las tarifas; advirtiendo que se deberá tener en cuenta criterios de costos, de solidaridad y redistribución de ingresos (lo cual dio lugar legislativamente al Sistema de Subsidios y Contribuciones).

Finalmente, la Constitución en el artículo 370, le asignó al Presidente de la República el señalamiento de las políticas generales²³³ de administración y control de los servicios públicos, y el ejercicio del control, inspección y vigilancia a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En conclusión, desde el marco constitucional se puede ver claramente que no se percibe ni una huida del Estado²³⁴, ni una huida de lo público, ni una huida del Derecho Administrativo, los cuales, por el contrario, siguen vigentes y presentes en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Se mantiene entonces un alto nivel de intervencionismo estatal, y se conserva la esencia que siempre ha acompañado a los servicios públicos: la solidaridad, la satisfacción de necesidades colectivas, el interés general. Cambia sí, la libertad en la calidad de los prestadores, los que podrán ser tanto públicos, como privados.

232. Además del derecho a participar en la gestión y fiscalización, el cual la ley trató de desarrollar tímidamente a través de la creación de los Comités de Desarrollo y Control Social, la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda, agregó el derecho que tienen los usuarios a participar en la regulación.

233. Equivocadamente, y de una inapropiada lectura de este artículo, la Corte Constitucional (Sentencias C-272 y C-444 de 1998, C-1162 de 2000 y C-150 de 2003), ha concluido que aquí está el fundamento constitucional de la competencia presidencial para el tema de la regulación, confundiendo ésta con la fijación de políticas generales, siendo temas distintos y no equiparables. Sobre este tema puede verse el excelente artículo de BEDOYA GIRALDO, Hubed. Existencia Jurídica de la Regulación. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Volumen 6, No. 1. 2001. págs. 31-45.

234. Sobre este punto es brillante la tesis del profesor de la Universidad de los Andes, EVERALDO LAMPREA, según la cual, en el modelo colombiano de servicios públicos domiciliarios es equivocado hablar de una supuesta retirada del Estado, y señala como error el tratar de considerar el nuevo modelo colombiano como una copia del concepto de *public utilities* norteamericano. Véase al respecto, LAMPREA, Everaldo, Op. cit.

2.2.2.2 Naturaleza jurídica de las empresas mixtas y de las privadas con participación de capital estatal

Uno de los temas más polémicos de los últimos años (en especial entre los años 2005-2008) en materia de servicios públicos domiciliarios, ha sido el de establecer cuáles de las empresas de servicios públicos domiciliarios²³⁵ se deben considerar como entidades estatales, públicas, descentralizadas y pertenecientes, por tanto, a la Rama Ejecutiva del Poder Público y al concepto genérico de Administración Pública. Para tales efectos, nos vamos a centrar en las cuatro modalidades más importantes de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (en adelante ESP), a saber: las empresas oficiales, las mixtas, las privadas, y las industriales y comerciales del Estado²³⁶.

La discusión más importante se refiere a las ESP mixtas²³⁷ y a las ESP privadas con participación de capital estatal. La polémica surge a partir de las siguientes dos preguntas: ¿Cuando una ley utiliza la expresión entidad estatal, o entidad pública, o entidad descentralizada, o entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, deberá entenderse que en dicha expresión quedan incluidas las ESP Mixtas y ESP privadas con participación de capital estatal?, y la otra ¿Son las ESP Mixtas y las ESP privadas con capital estatal, Sociedades de Economía Mixta?

Antes de reseñar las diferentes respuestas que se han dado al respecto, es necesario tener en cuenta el referente normativo aplicable al tema, y son básicamente

235. En virtud de la Ley 1341 de 2009 (TIC), las empresas de servicios de telecomunicaciones ya se denominan proveedores de redes y servicios, y dichos servicios perdieron la connotación de domiciliarios, pero mantienen su carácter de servicios públicos esenciales bajo la titularidad del Estado.

236. Es decir, vamos a dejar por fuera, a otros prestadores como lo son los Municipios, los llamados operadores marginales o autogeneradores y las llamadas comunidades organizadas u organizaciones autorizadas, no porque no sean importantes, sino porque escapan al objetivo y alcance del presente trabajo.

237. Sobre este tema puede verse: RAMÍREZ GRISALES, Richard. Naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 13, No. 2. 2008, págs. 83-100.; ISA, Varios Autores. Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. Medellín: Interconexión Eléctrica S.A., 2006. 137 p.; Varios Autores. Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 230 p.; Revista Series de energía y servicios públicos. Varios Autores. Deloitte. No. 3, junio 2008. 102 p.; SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 13, No. 2. 2008, págs. 101-130. Artículo que fue presentado en el año 2008 como un avance de la presente investigación; SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. Artículo ¿las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales? (A propósito de la sentencia C 736 de 2007). Bogotá. Texto entregado en la Especialización en Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. 2009.

los artículos 14²³⁸ (parcial), 15²³⁹ y 17²⁴⁰ de la Ley 142 de 1994, y los artículos 38²⁴¹ y 68²⁴² de la Ley 489 de 1998.

- 238 ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. (...)
- «14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes».
- «14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%».
- «14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares».
239. «ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:
- 15.1. Las empresas de servicios públicos.
- 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.
- 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.
- 15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.
- 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.
- 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17».
240. «ARTÍCULO 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.
- Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. (...)».
241. ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:
1. Del Sector Central:
- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
2. Del Sector descentralizado por servicios:
- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y **las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**; (resaltado por fuera de texto)
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
242. ARTÍCULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas...(subrayado por fuera de texto)

De las normas citadas es importante resaltar de manera resumida los siguientes aspectos:

La Ley 142 definió como ESP mixtas aquellas en cuyo capital hay participación estatal del 50% o más de los aportes, y como ESP privadas aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares. Es decir, que una empresa privada a la luz de la Ley 142 de 1994, puede perfectamente tener aportes estatales siempre y cuando los mismos sean inferiores al 50%.

Por su parte, los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, al determinar las entidades que se consideran parte integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en especial del sector descentralizado, mencionaron solamente a las Empresas Oficiales de servicios públicos domiciliarios, es decir aquellas en cuyo capital el 100% de los aportes son estatales. Y se ha aceptado igualmente, que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, al ser 100% propiedad estatal, también están incluidas en los artículos 38, 39 y 68 de la Ley 489 de 1998.

Pero de lo dicho parecería desprenderse que las ESP mixtas y las privadas con participación estatal (se insiste en que debe ser inferior al 50%), no harían parte ni de la rama ejecutiva, ni del sector descentralizado, y por tanto no estarían tampoco dentro del concepto de administración pública del artículo 39 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, tal apreciación no ha sido unánime ni compartida por los diferentes intérpretes de las normas.

En efecto, se han dado diversas interpretaciones y respuestas²⁴³, e incluso contradictorias en un mismo organismo, a saber:

- En primer lugar, podemos mencionar las respuestas dadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en dos conceptos²⁴⁴ consideró que las ESP mixtas son, en primer lugar, categorías jurídicas especiales que están por fuera de la rama ejecutiva del poder público; pero en

243. Un recuento completo y detallado de las mismas puede verse en SUÁREZ TAMAYO, Op. cit. a propósito de la Sentencia C-736 de 2007, ante demanda presentada por el mismo conjuntamente con varios estudiantes de la Escuela de Derecho de EAFIT.

244. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Concepto 1.141 de 1998. C.P. Augusto Trejos Jaramillo y Concepto 1.171 de 1999. M.P. Javier Henao Hidrón.

otros dos conceptos²⁴⁵ manifestó que las ESP mixtas sí eran entidades descentralizadas pertenecientes a la rama ejecutiva; posición esta última que también podría desprenderse aunque ya no tan expresamente de los conceptos 1.706 y 1.727 de 2006.

- En segundo lugar, una decisión de la Corte Constitucional, en sede de tutela²⁴⁶, en la cual sostuvo que una ESP mixta, es una empresa de derecho privado, y que por lo tanto no hace parte de la rama ejecutiva ni del sector descentralizado.
- En tercer lugar, aportamos el pronunciamiento²⁴⁷ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, donde se determinó que las ESP mixtas en las que el capital estatal sea mayoritario (es decir dejó por fuera las ESP mixtas donde el capital sea 50% público y 50% privado), deben considerarse entidades públicas, estatales y descentralizadas, y para ello se apoyó en la definición que de entidad estatal consagra el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal.
- En cuarto lugar, aparecen las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado de los años 2001²⁴⁸ y 2002²⁴⁹, donde afirmó que las ESP mixtas eran entidades estatales, dentro de los famosos litigios entre TERMORÍO y ELECTRANTA.
- En quinto lugar, citamos la decisión²⁵⁰ igualmente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y que mayor controversia generó hasta ese momento, en la que se definió lo siguiente: i) que toda ESP que tuviera capital estatal sin importar su porcentaje debía considerarse ESP mixta; ii) que toda ESP mixta hace parte del género de las Sociedades de economía mixta; iii) que por tanto todas las ESP mixtas (es decir, en opinión de la Sección Tercera, en las que exista capital estatal) son entidades descentralizadas, de la rama ejecutiva y iv)

245. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Concepto 1.066 de 1997. C.P. César Hoyos Salazar y Concepto 1.662 de 2005.

246. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1212 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

247. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de la Sección Quinta. 2005. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Caso de nulidad de elección de concejal del Municipio de Duitama.

248. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Auto del 8 de febrero de 2001. Expediente 16.661. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

249. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Expediente 21.041. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

250. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Auto del 2 de marzo de 2006. Expediente 29.703. C.P. Alier Hernández. Caso Corelca-Termobarranquilla.

que las definiciones de ESP mixta y de ESP privada dadas por la Ley 142 de 1994 debían inaplicarse por ser inconstitucionales. Para ello, se soportó en gran medida en la Sentencia C-953 de 1999, en la que la Corte Constitucional había declarado inexecutable parcialmente el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, dado que allí se decía que una sociedad para ser de economía mixta debía tener una participación estatal igual o superior al 50%, y la Corte consideró que una sociedad para ser de economía mixta bastaba con que tuviera participación de capital público y privado, sin importar los porcentajes.

- Esa decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fue reiterada en otros dos pronunciamientos²⁵¹ del año 2006.
- En sexto lugar, figuran dos autos²⁵² de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los que afirmó que las ESP mixtas son entidades descentralizadas y están dentro del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 (rama ejecutiva).
- En séptimo lugar, se tiene la decisión²⁵³ de la Corte Constitucional del año 2007, ante demanda²⁵⁴ presentada en contra de los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, y contra las definiciones de ESP mixta y ESP privada del artículo 14 de la Ley 142 de 1994. El resumen de dicha providencia (Sentencia C-736 de 2007) es el siguiente:
 - Las Sociedades en las que concurren capital estatal y capital privado, son para todos los efectos Sociedades de Economía Mixta, sin importar los porcentajes de participación de dichos capitales.
 - Las Sociedades Mixtas, sin importar el porcentaje de capital público y de capital privado, forman parte de la rama ejecutiva del poder público (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), son administración pública (artículo 39 Ley 489 de 1998), son entidades descentralizadas (artículo 68 de la Ley 489 de 1998).

251. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 27 de abril de 2006. Expediente 30.096. C.P. Ramiro Saavedra Becerra y Sentencia del 2 de agosto de 2006. C.P. Alíer Eduardo Hernández.

252. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 113 de 2006 y Auto 031 de 2007, en ambos M.P. Clara Inés Vargas.

253. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

254. Demanda que presentamos dentro del desarrollo de la presente investigación, en compañía de varios estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Al igual que las demandas que generaron otras dos sentencias: la C-691 y la C-722 de 2007.

- Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios están sometidas a un régimen especial y propio consagrado en la Ley 142 de 1994.
- Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios donde exista capital público y privado, sin importar los porcentajes, deben considerarse Mixtas.
- Las ESP Mixtas son una categoría jurídica especial, y por lo tanto no pertenecen al género de las Sociedades de Economía Mixta.
- Las ESP Mixtas, si bien no son una especie del género Sociedad de Economía Mixta, de todas maneras sí forman parte de la rama ejecutiva del poder público (artículo 38 Ley 489 de 1998), hacen parte de la administración pública (artículo 39 de la Ley 489 de 1998), y son entidades descentralizadas (artículo 68 de la Ley 489 de 1998).
- Las ESP Mixtas al no estar excluidas de los artículos 38, 39 y 68 de la Ley 142 de 1994, no hacen que dichos artículos sean inconstitucionales.
- Las definiciones que traen los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, de las ESP Mixtas y Privadas, son exequibles bajo el sentido, y con el propósito exclusivo de que están sometidas por regla general al derecho privado, pero eso no cambia en nada su naturaleza jurídica y su pertenencia a la rama ejecutiva, cuando en ellas exista capital estatal.
- Las personas que trabajan en ESP Mixtas y Privadas (en las que exista capital estatal) se consideran particulares, con el propósito, y bajo el sentido, de que sus relaciones laborales serán reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, pero por ser entidades descentralizadas, a la luz del artículo 123 de la Constitución Política, dichas personas son servidores públicos²⁵⁵.

Lo interesante del tema, es que cuando se creía que con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, todo quedaría suficientemente claro, tal situación no sucedió²⁵⁶, por varias razones que pasan a analizarse:

- De una parte, se conoció el salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo, que puso en evidencia algo sumamente grave: en el proyecto original presentado

255. Resumen tomado de SUÁREZ TAMAYO, Op. cit.

256. Un interesante y original análisis sobre las diferentes interpretaciones frente a la Sentencia C-736 de 2007, puede verse en RAMÍREZ GRISALES, Naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Op. cit.

por el magistrado sustanciador, se declaraban inexequibles las expresiones demandadas.

- De otro lado, y seguro es consecuencia de lo anterior, existe una gran incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, por cuanto, si para la Corte toda ESP en la que exista capital estatal debe considerarse mixta, no se entiende cómo en la parte resolutive decidió declarar exequibles las definiciones dadas en la Ley 142 de 1994, de ESP mixtas y privadas con capital estatal, cuando al menos debió ser una exequibilidad condicionada.

Finalmente, con posterioridad a la sentencia C-736 de 2007, se han generado otra serie de pronunciamientos que hoy mantienen viva la discusión, y de los cuales resaltamos los siguientes:

- Sentencia C-910 de 2007 –M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra–, que declaró exequible el literal f del artículo 38, según el cual las Sociedades de Economía Mixta son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva²⁵⁷.
- Aclaración de voto del Consejero de Estado de la Sección Tercera Mauricio Fajardo (primer semestre de 2008, fecha sin precisar), que desestima y propone no invocar motivaciones de la sentencia C-736 de 2007, por considerarlas simple *obiter dicta*.
- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 23 de septiembre de 2008 M.P. Gustavo Aponte Santos, en el que se manifestó que las ESP mixtas con capital público superior al 51 % integran la rama ejecutiva y son entidades estatales.
- Sentencia del 6 de marzo de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, en la que se afirma que las ESP mixtas sí son una especie de la categoría de las sociedades de economía mixta.

257. Sentencia de gran relevancia, por cuanto la Corte había tenido sobre este tema pronunciamientos contradictorios. En la sentencia C-623 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, se había sostenido que las sociedades de economía mixta no formaban parte de la rama ejecutiva. Pero en las sentencias C-316 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño-, C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-529 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño- había sostenido todo lo contrario.

- Decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 3 de Diciembre de 2008 –M.P.: Mauricio Fajardo–, en la que se desestima por completo la parte motiva de la C-736 de 2007 al calificarla como simple obiter dicta, que no obliga, ni vincula, y afirmando que las ESP en las que el capital estatal sea igual o inferior al 50%, no se consideran entidades estatales.
- Decisión del 15 de enero de 2009 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que califica a una ESP mixta (con más del 50% de capital público) como una empresa de economía mixta, y como entidad pública.

Somos del criterio, contrario a lo que viene aduciendo el sector mayoritario de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de que en la Sentencia C-736 de 2007, si hay en la parte motiva *ratio decidendi*, y que siguiendo los lineamientos trazados allí por la Corte, las ESP en las que exista capital público, sin importar su porcentaje, son entidades descentralizadas, de la rama ejecutiva, y por tanto, entidades públicas y entidades estatales en cuanto a su naturaleza, sin que por ello se afecte el régimen jurídico señalado para ellas en la Ley 142 de 1994.

Finalmente, se observa que en este punto no se puede hablar de una huida de lo público, si se considera que al menos las ESP oficiales, las ESP mixtas (como mínimo, las de más del 50% de capital público) y las empresas industriales y comerciales del estado, continúan considerándose entidades descentralizadas, de la rama ejecutiva, y por tanto, públicas y estatales. Y además, si se le diera el verdadero alcance y sentido a la sentencia C-736 de 2007, también lo serían las privadas con participación de capital estatal, sin importar su porcentaje.

2.2.2.3 Régimen de actos

En materia de actos prescribe el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, lo siguiente:

Art. 32. – Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ella y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

Si bien la norma, en principio, daría a entender que estamos ante una clara manifestación de huida del Derecho administrativo, ello no es cierto, o sólo parcialmente, por cuanto la misma Ley 142 de 1994, y así ha sido aceptado por la jurisprudencia (que se cita más adelante), trae varios casos específicos en los que se exceptúa tal disposición y se consagra que las ESP deben someterse a procedimientos administrativos, además de expedir actos administrativos. Tal es el caso de los artículos 33 (prerrogativas en materia de: uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, constitución de servidumbres, enajenación forzosa de bienes), 56 (declaratoria de utilidad pública e interés social), 57 (servidumbres, ocupaciones temporales y remoción de obstáculos), 116 a 118 (expropiación, servidumbres), 152 a 159 (derecho de petición, notificaciones, recursos, silencio administrativo positivo).

Adicionalmente, el capítulo II, del Título VII, de la Ley 142, se denomina: «De los procedimientos administrativos para actos unilaterales», y en los artículos 106 a 115, se fijan los procedimientos que se deben seguir por las autoridades del sector de los servicios públicos domiciliarios, cuando vayan a expedir actos administrativos.

En sentencia del 23 de septiembre de 1997 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado²⁵⁸, se definió, por ejemplo, cuáles actos administrativos y contratos de las empresas de servicios públicos son susceptibles de ser controlados ante esta jurisdicción. Allí se dijo:

258. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Expediente S-701. Actor: Diego Giraldo Londoño, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

(...) b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse 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 (Art. 154 Inc. 1º). (...) d) El ejercicio de las facultades previstas en los Art 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa.

Por su parte la Corte Constitucional, en la sentencia C-558 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, defendió la regla de que las empresas de servicios públicos domiciliarios en sus relaciones con los usuarios, se rigen por el derecho público:

Frente a la regla general establecida el prenotado artículo 32 deja a salvo las normas de la Constitución y de la misma ley que estipulen expresamente lo contrario, vale decir, que privilegien la aplicación del derecho público en el manejo y resolución de determinados asuntos, tal como ocurre en la hipótesis de la defensa de los usuarios en sede de la empresa. En efecto, obsérvese cómo a pesar de que el inciso segundo del artículo 152 de la ley de servicios destaca una hermenéutica protectora de la costumbre comercial frente a las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos; por mandato de los artículos 154 a 159 *ibidem* el procedimiento para conocer y decidir en cuanto a las peticiones, quejas, reclamos y recursos es de linaje público. Lo que a todas luces es indicativo de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es, en cuanto conocen y deciden sobre las peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios²⁵⁹.

Complementariamente a los casos de la Ley 142 de 1994 y aceptados por la jurisprudencia, también se estará en presencia de actos administrativos en los siguientes eventos encontrados como resultado de la investigación: los actos de nombramiento y declaratoria de insubsistencia de empleados públicos de libre nombramiento y remoción en ESP oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado; los actos mediante los cuales se haga uso de las cláusulas excepcionales en aquellos contratos que las tengan por orden o autorización de

259. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-558 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

las comisiones de regulación; los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta en procesos contractuales que deban surtirse a través de licitación pública; las sanciones disciplinarias impuestas por las empresas en las que existan servidores públicos²⁶⁰.

2.2.2.4 Régimen de contratos²⁶¹

En materia de contratos el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Al igual que en el tema de los actos, ya visto, se fija una regla general según la cual el régimen de contratos no está sometido a la Ley 80 de 1993, de lo que se ha desprendido entonces que se sujetan al derecho privado. Pero tal regla no es absoluta, por cuanto la misma Ley 142 de 1994, trae una serie importante de excepciones al Derecho privado²⁶², que se pasan a enumerar, y con las que se reafirma la vigencia del Derecho administrativo en el tema contractual:

- Inclusión en los contratos de cláusulas exorbitantes de Ley 80 de 1993, por orden o autorización de las comisiones de regulación (artículo 31 Ley 142)²⁶³.

260. Sobre el tema de actos, también se ha ocupado la Corte en las sentencias C-263 de 1996, T-270 de 2004, T-720 de 2005.

261. Sobre este tema puede verse el artículo de MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. La contratación de las empresas de SPD. Evaluación del tema y perspectivas legislativas. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 11, No. 1. 2006. Págs. 63-98, y ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Ops. Cits.

262. Debe advertirse que por Ley 1341 de 2009 (TICs), el sector de las telecomunicaciones se somete en materia de actos, contratos y régimen laboral, al derecho privado. En virtud de dicha ley la telefonía dejó de ser un servicio público domiciliario, pero se mantiene como servicio público esencial.

263. La CRT en las Resoluciones 087 de 997 y 575 de 2002, las hace imperativas en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo. La CRA en Resoluciones 151 del 2001 y 293 de 2004 las obliga en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley.

- Los contratos que celebren entidades territoriales con empresas de servicios para que asuman la prestación del servicio deben hacerse a través de licitación pública de Ley 80 de 1993 (artículo 31 Ley 142).
- Los contratos que se celebran para que sustituyan a la empresa que entra en causal de disolución o liquidación, deben hacerse mediante licitación pública de Ley 80 de 1993 (artículo 31 Ley 142).
- Las Comisiones de Regulación pueden ordenar que en ciertos contratos la selección del contratista se haga a través de licitación pública o por otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes (artículo 35).
- Los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, se rigen por normas especiales de carácter público (artículo 39).
- Los contratos de concesión de aguas, se regulan por normas especiales de carácter público (artículo 39).
- Los contratos de concesión para el acceso al espectro electromagnético, se sujetan a normas especiales de carácter público (artículo 39).
- Los proyectos de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, requieren de invitación pública a las ESP para adjudicar la concesión respectiva (artículo 39).
- Las áreas de servicio exclusivo se podrán establecer mediante invitación pública, licitación pública (artículo 40).
- En contratos de entidades estatales que presten servicios públicos se aplican inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993 (artículo 44.4 de la Ley 142, ratificado por artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).
- Los contratos para operaciones de crédito de ESP oficiales y mixtas, se someten a Decreto 2681 1993, reglamentario de Ley 80 (artículo 11 de la Ley 533 y artículo 6 de la Ley 781 2002)
- El contrato de condiciones uniformes de servicios públicos domiciliarios²⁶⁴ está sometido a un régimen mixto de derecho privado y derecho público, según Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del año 1997.

264. Sobre este tema ver: MOLINA BEDOYA, Andrea. El contrato de condiciones uniformes en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Medellín, 2009, 200 p. Trabajo de grado (Abogada). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Complementariamente, la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal, estableció en su artículo 13, que las entidades estatales no sometidas a Ley 80 de 1993²⁶⁵, en todo caso deben sujetarse a los principios de la función administrativa y a los principios de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Ello quiere decir que las ESP oficiales, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las ESP mixtas en las que exista participación estatal mayoritaria, deben respetar los principios del Derecho administrativo –como mínimo–. En nuestra opinión, la cual no es compartida por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, también deberían considerarse entidad estatal para estos efectos las ESP privadas con participación estatal (es decir, aquellas con participación estatal inferior al 50%), dado que según la Sentencia C-736 de 2007, al ser entidades descentralizadas, pertenecientes a la rama ejecutiva, no hay duda de que deben considerarse entidades estatales públicas.

2.2.2.5 Régimen del personal

En materia de personal, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, determina lo siguiente:

ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.
<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17²⁶⁶ se regirán por las normas establecidas en el ~~inciso primero del~~²⁶⁷ artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968²⁶⁸.

265. Por ello los proveedores de redes y servicios como se denominan ahora las empresas de telecomunicaciones en virtud de la Ley 1341 de 2009, que tengan el carácter de entidades estatales, así la Ley 1341 exprese que se someten a derecho privado, deben respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución, además el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

266. Se refiere a las empresas industriales y comerciales del Estado.

267. Se debe leer el inciso segundo del artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, por decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 1996.

268. Sobre este artículo la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA se ha pronunciado en las Sentencias C-253 1996, C-318 1996 y C-483 1999

De conformidad con lo anterior las personas que trabajan en ESP privadas o mixtas: son trabajadores particulares sometidos al Código Sustantivo del Trabajo; y las personas que trabajan en empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicará el inciso 2 del artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, es decir, por regla general tendrían calidad de trabajadores oficiales, salvo los que por estatutos se consideren de dirección y confianza –que serán empleados públicos–.

La norma guardó silencio frente a las personas que trabajan en una ESP Oficial, frente a lo cual la salida sería aplicar los artículos 84 y 38 de la Ley 489 de 1998, en virtud de los cuales a las sociedades entre entidades públicas (una ESP oficial lo es) se les aplica el mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, el expuesto anteriormente.

En la investigación se encontró que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, al calificar como particulares a las personas que trabajan en ESP mixtas y en ESP privadas con participación estatal (las de menos de 50% de capital estatal), vulnera lo preceptuado por el artículo 123 de la Constitución Política, según el cual las personas que trabajan con el Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, son servidores públicos. En la parte final de este capítulo se demostrará cómo la prestación de servicios públicos domiciliarios es una manifestación de la descentralización, y ya sabemos que la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007 calificó como entidades descentralizadas a las ESP en las cuales hubiera participación de capital estatal sin importar su porcentajes, es decir, calificó como descentralizadas tanto a las ESP mixtas como a las privadas con participación estatal.

Se desprende entonces que si las ESP mixtas y privadas con participación de capital estatal, son entidades descentralizadas al tenor del artículo 123 de la Constitución Política, las personas que allí laboran son servidores públicos, y por ello el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 –al haberlos calificado como particulares–, es abiertamente inconstitucional. Con este fundamento procedimos a presentar una demanda de inconstitucionalidad contra dicho artículo, pero desafortunadamente, el magistrado sustanciador²⁶⁹, y posteriormente, la Sala Plena de la Corte al resolver el recurso de súplica, rechazaron la demanda por supuesta cosa juzgada, dado que sobre el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, la Corte se había pronunciado tres veces

269. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto del 20 de Febrero de 2007. Expediente 6679. M.P. Manuel José Cepeda.

en el año de 1996, pero desconociendo que el argumento ahora señalado no fue motivo de demanda ni de pronunciamiento en las sentencias del año 1996.

Llama en todo caso la atención que en la sentencia C-736 de 2007, ya tantas veces citada, la Corte en la parte considerativa admite que las personas que trabajan en ESP mixtas y privadas con participación de capital estatal, por ser estas entidades descentralizadas, son servidores públicos a la luz del artículo 123 de la Constitución Política, y de similar manera en la sentencia C-722 de 2007, al definir la naturaleza de las personas que trabajan en ECOPETROL declaró exequible el que fueran particulares para efectos del régimen laboral aplicable, pero a la vez señaló que no se violaba el artículo 123 de la Carta Política, por cuanto debía considerarse que las personas que laboran en ECOPETROL son servidores públicos. Es decir, según la Corte entonces, hay una nueva categoría de servidores públicos en el artículo 123 de la Constitución: los particulares que trabajan en las ESP mixtas y privadas con capital estatal, y los particulares que trabajan en ECOPETROL. Quedan, como colofón, las siguientes interrogantes: ¿Son particulares para efectos de su régimen laboral? ¿Para qué otros efectos oficiarán como servidores públicos?, frente a lo cual nos atrevemos a afirmar que son servidores públicos para efectos disciplinarios, penales, inhabilidades e incompatibilidades.

2.2.2.6 Juez competente²⁷⁰

En materia de juez competente, la Ley 142 de 1994, contiene tres disposiciones al respecto:

Artículo 31, inciso 2: Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la **jurisdicción contencioso**

270. Sobre este tema puede verse el completo y juicioso texto de MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El juez de los operadores de los servicios públicos domiciliarios. Medellín. Grupo de estudio sobre temas de Derecho Público de la Universidad de Antioquia. 2008. Sin publicar. 73 p., el cual hará parte de un libro que sobre servicios públicos está próximo a publicarse por dicho autor.

administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Artículo 33: Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la **jurisdicción en lo contencioso administrativo** sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

Artículo 130: Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los **jueces competentes** o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del derecho civil y comercial. (Negritas fuera de texto)

El artículo 130 fue modificado por la Ley 689 de 2001, y quedó así:

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la **jurisdicción ordinaria** o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los 'deberes especiales de los usuarios del sector oficial. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998 señala:

Art. 132.5 del C.C.A. –modificado por la Ley 446 de 1998– dispuso que:

Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.»

En el mismo sentido, el artículo 134.B.5, pero en relación con los jueces administrativos, dispuso que:

Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Y finalmente, la Ley 1107 de 2006 determinó:

Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado**. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

Artículo 2°. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001. (Negrillas fuera de texto)

Una vez delimitado el marco normativo, analizaremos la evolución que ha tenido el tema en el ámbito jurisdiccional²⁷¹ en el Consejo de Estado, advirtiendo de antemano, que la misma ha sido caótica, variable y contradictoria, lo que ha generado múltiples conflictos y serias dificultades para su entendimiento.

Como **aporte y resultado de la investigación** y de la lectura y análisis de más de veinte (20) providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre el tema del juez competente en conflictos de empresas de servicios públicos domiciliarios, logramos identificar y sistematizar unos siete enfoques diferentes durante los quince años de vigencia de la Ley 142 de 1994, a saber:

Un primer enfoque a partir de la sentencia del 23 de septiembre de 1997, de la Sala Plena del Consejo de Estado, donde se dijo:

(...) b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse 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 (Art. 154 Inc. 1°), c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts. 128 y ss. y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de jurisdicción administrativa (Art. 31 Inc. 2°), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas, (...). d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts. 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la

271. Agradezco a mi ex estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Cristian Díaz, por su colaboración en la búsqueda y reseña de algunas de las providencias que se citarán en este apartado.

Ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el Art. 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el Art. 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa²⁷².

A partir de dicha providencia se estableció que la jurisdicción administrativa conocía de las siguientes controversias: de las que surgieran por el uso de las cláusulas exorbitantes, de las controversias entre empresas y usuarios (por negación del servicio, suspensión, corte, terminación, facturación), y de las que surgieran por la expedición de actos en materia de uso del espacio público, servidumbres, enajenación forzosa y ocupación temporal de inmuebles.

Dentro de esta primera etapa se hizo una precisión: cuando en un contrato se establecieran cláusulas exorbitantes, el juez administrativo conocería de todo tipo de controversias que surgieran sobre el mismo, y no solamente de las que surgieran por el uso de dichas cláusulas. Se dijo:

A pesar de que tanto el Art. 31 de la Ley 142 de 1994 como el Art. 8 de la Ley 143 del mismo año parecieran limitar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes derivados de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la contienda de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias²⁷³.

Y en el mismo sentido de la anterior:

De los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se desprende que los contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, sea ésta empresa de servicios públicos oficial, mixta o privada (arts. 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994) **se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, salvo cuando en ellos se incluyan las cláusulas exorbitantes.** La parte

272. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala Plena. Expediente S-701. Actor: Diego Giraldo Londoño, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

273. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. 26 de marzo de 1998. Radicación número: 14.000.

actora aportó, con la demanda, copia del contrato de interventoría al proyecto de saneamiento básico de vivienda en La Paz – San Marta No. 00069, en el que consta que se pactaron las cláusulas excepcionales al derecho común de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilaterales. Pese a que la controversia que plantea la demanda no se refiere al control de legalidad de ninguna de las anteriores cláusulas exorbitantes, sino a que la empresa de servicios públicos domiciliarios incumplió el contrato que celebró con la parte actora, esta Sala precisó en la providencia del 26 de marzo de 1997, expediente 14.000 lo siguiente: 'A pesar de que tanto el Art. 31 de la Ley 142 de 1994 como el Art. 8º de la Ley 143 del mismo año parecieran limitar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes derivados de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la contienda de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias.' Con fundamento en las anteriores consideraciones, debe concluirse que como en el contrato que celebraron las partes en este proceso se incluyeron cláusulas exorbitantes, corresponde a esta jurisdicción conocer de todas las controversias que se susciten en razón del mismo»²⁷⁴. (Negrillas fuera de texto).

Veamos cómo el mismo Consejo de Estado, en el año de 1999, trata de resumir sus competencias, así²⁷⁵: Actos administrativos susceptibles de recursos y de acciones contenciosas administrativas, entre los cuales pueden citarse 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; los actos expedidos en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142 de 1994; las controversias que surjan entre empresa y usuario en la ejecución del contrato de servicios públicos definido por el artículo 128 de la Ley 142 de 1994; los contratos de concesión a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, los contratos en los que se incluyan, por imposición o autorización de las comisiones de regulación, cláusulas exorbitantes; los actos de adjudicación de contratos que hayan sido resultado de un licitación pública;

274. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. 31 de agosto de 2000. Radicación número: 17234.

275. Sobre este tema puede verse la sentencia del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con fecha de 12 de agosto de 1999. Expediente No. 16.446. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

responsabilidad extracontractual, según decisión del Consejo Superior de la Judicatura²⁷⁶.

Un segundo y tercer enfoque, apunta al conflicto existente entre el llamado criterio orgánico y el material, es decir en ocasiones el Consejo de Estado ha definido su competencia ante la presencia de una entidad estatal, pero en ocasiones acude al criterio material, es decir, si hay de por medio el ejercicio de una función administrativa. Veamos un ejemplo de la aplicación del criterio orgánico:

La norma relacionada con competencia, es una norma de aplicación inmediata a su entrada en vigencia, sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983. Esta conclusión se desprende de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. La competencia para conocer de las controversias derivadas de ese contrato, cuando ellas son planteadas ante la jurisdicción después de haber entrado en vigencia el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, sin importar la clasificación que se le dé al contrato. La Ley 80 de 1993 unificó en una sola categoría que denominó «contrato estatal», a todos los contratos celebrados por una entidad estatal, eliminó todas las distinciones que le fueron propias al Decreto 222 de 1983 en el cual la competencia para dirimir los conflictos derivados de un contrato celebrado por una entidad de derecho público, estaba marcada por la naturaleza del contrato. Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por la entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75²⁷⁷.

Ahora veamos un ejemplo en el que se decidió bajo el criterio material:

El cuestionamiento que hace el recurrente, conduce al estudio del terreno legal de la competencia de esta Jurisdicción. Genéricamente, la competencia

276. Sentencias del 28 de enero de 2004, 11 de marzo de 2004, 17 de marzo de 2004 con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto, y sentencia del 6 de diciembre de 2004 con la ponencia del Magistrado Temístocles Ortega Narváez de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

277. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Daniel Suárez Hernández. 23 de noviembre de 1995. Radicación número: 11310.

judicial proviene o de la Constitución Política y/o de la ley, según su caso. Y particularmente, la competencia en la Justicia de lo Contencioso Administrativo está instituida, según el C. C. A., para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (Art. 82 Inc. 1); sin embargo las expresiones «de las entidades públicas» que por ellas solas expresarían cualquier persona jurídica estatal están precisadas en el contenido de su actividad en el siguiente artículo, 83, que en materia de «extensión del control» señala que esta jurisdicción «juzga los actos administrativos, los hechos, omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto». Por consiguiente ese ordenamiento jurídico es indicador claro de que las conductas que son de conocimiento de esta justicia deben estar vinculadas a la función administrativa (criterio material), salvo excepción legal, indistintamente que corresponda al Estado o a los particulares, pero con ejercicio de dicha función. Lo anterior sirve para concluir que generalmente las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios son de conocimiento de la justicia ordinaria y no son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o porque no son entidades oficiales o además porque siéndolo sus conductas, en su mayoría, no se producen en función administrativa ni con su ocasión. Por lo tanto, sólo las conductas que se producen como resultado de la función administrativa o con su ocasión serán de conocimiento de la justicia de lo Contencioso Administrativa²⁷⁸.

Similar idea se resalta en la providencia del 2 de agosto de 2006 (criterio material):

La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto juzgar las controversias originadas en las actividades de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los órganos del Estado (Art. 82 C. C. A.). Es así como tiene competencia para conocer de los asuntos que tienen causa en actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y en los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas (Art. 83 ibídem). Partiendo de la competencia

278. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. María Elena Giraldo Gómez. 1 de de abril de 2004. Radicación número: 26145.

asignada por ley a la jurisdicción contenciosa administrativa, la Sala observa que el asunto, que versa sobre un hecho de una Empresa de Servicios Públicos que produjo daño, no es de conocimiento de esta jurisdicción, sino de la ordinaria. En efecto, EBSA es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta que opera bajo la modalidad de sociedad anónima, sometida al régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos, la cual fue constituida mediante escritura pública 0000268 el 9 de febrero de 1955 de la Notaría 5ª de Bogotá, y posteriormente registrada en la Cámara de Comercio de Tunja el 23 de febrero siguiente. La Ley 489 de 1998 señala cuáles son las entidades descentralizadas del orden nacional, dentro de las cuales se encuentran las sociedades de economía mixta que están sometidas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando el 90% o más de su capital sea del Estado (Art. 68), empresas sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 (Art. 84). Asimismo, la Ley 489 define las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos creados o autorizados por la ley para desarrollar actividades industriales y comerciales conforme a las reglas del derecho privado, a excepción de las restricciones expresas de la ley (Art. 85). En cuanto al régimen aplicable frente a los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 93 *ibidem* señala que será el de derecho privado, excepto cuando se trate de contratos celebrados para el cumplimiento de su objeto que están sometidos a la Ley 80 de 1993. Ahora, frente al tema específico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de esa ley las define como aquellos organismos autorizados por ley y constituidos bajo la modalidad de sociedades comerciales con aportes estatales y capital privado, dedicados al desarrollo de actividades de naturaleza industrial y comercial, según las reglas del derecho privado, salvo las excepciones de ley; además esa norma reafirma en su parágrafo que el régimen de las sociedades de economía mixta en que la Nación posea el 90% de capital será el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Por su parte, la Ley 142 de 1994 establece en el artículo 32 el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general. Partiendo del análisis de esas normas, la Sala ha concluido en reiteradas ocasiones que cuando la conducta impugnada es un hecho de una empresa oficial, relacionada con algún bien de su propiedad para la prestación del servicio público, en otras palabras, cuando se trate de la declaratoria de responsabilidad extracontractual de dichas empresas cuando el daño es producido con una cosa de su propiedad, la jurisdicción competente para conocer del asunto es la ordinaria²⁷⁹.

279. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. 2 de agosto de 2006. Radicación número: 30731.

También la providencia del 30 de marzo de 2006 (criterio material), en la cual se plantea lo siguiente:

Como se observa que la acción de reparación directa se promovió contra una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, esto es, contra las Empresas Públicas de Medellín. E. S. P., se declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda y, en consecuencia, se ordenará su remisión a la justicia ordinaria para que avoque el conocimiento del proceso. Así las cosas, como quiera que en el caso sub-examine también se discute la responsabilidad extracontractual de una empresa prestadora de servicios públicos, cuyo daño no tiene relación con las funciones administrativas de ésta, la jurisdicción ordinaria debe ser la encargada de examinar la conducta que le imputan a la Administración²⁸⁰.

Y el 25 de octubre de 2006 el Consejo de Estado señaló (criterio material):

Se tiene que cuando se demanda por la responsabilidad extracontractual de una empresa de servicios públicos o de una empresa industrial y comercial del estado que preste servicios públicos, por el ejercicio de las actividades propias de la generación, comercialización y distribución del servicio, en cuanto estas no son funciones que puedan catalogarse como administrativas o públicas, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria²⁸¹.

Un cuarto enfoque se pudo encontrar en la manera como el Consejo de Estado resolvió y algunos casos de gran trascendencia nacional, entre ellos algunos recursos de anulación frente a laudos arbitrales, como lo fueron en su momento los casos de TERMORIO-ELECTRANTA Y NORTEL-TELECOM, en los que se pudo apreciar una cierta combinación del criterio orgánico, con la aplicación de la reforma introducida en la Ley 446 de 1998 a los artículos 132.5 y 134B.5 del Código Administrativo, y hasta con consideraciones como la del interés general y público cuando está de por medio la Administración pública.

Veamos una de las decisiones sobre TERMORÍO-ELECTRANTA:

280. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. María Elena Giraldo Gómez. 30 de marzo de 2006. Radicación número: 26930.

281. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 25 de octubre de 2006. Radicación número: 29885.

En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial, a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (Art. 82 C.C.A), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden²⁸².

Y otra decisión del mismo caso TERMORÍO-ELECTRANTA:

No sobra recordar, el régimen jurídico del contrato. Éste fue suscrito por dos empresas de servicios públicos con el objeto precisamente de que Termorío suministrara a Electranta energía eléctrica por un término superior a veinte (20) años, para ser distribuida por esta última a sus usuarios, es inequívoco que se trata de un contrato directamente vinculado a la prestación del servicio público de energía eléctrica. Por consiguiente, en cuanto tiene que ver con el régimen jurídico aplicable a dicho negocio jurídico, en razón de las naturaleza jurídica de las partes contratantes y el objeto mismo del contrato, a términos de lo reglado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en el párrafo del artículo 8 y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, se tiene que dicho régimen es el del derecho privado. El contrato AL-019/97 es un contrato estatal especial, en cuanto que no le es aplicable el régimen contenido en la Ley 80 de 1993, sino el del derecho privado, aunque, dada la condición de contrato estatal, la jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de ese tipo de contratos, y concretamente del antes citado, es la contencioso administrativa y no la ordinaria, ya que no es el tipo de régimen legal al cual se encuentre sujeto el contrato, lo que determina el juez que lo deba controlar. Para el caso, a la luz de lo dispuesto en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, 5 y 76 de la Ley 143 de 1994, es indiferente que el contrato sea celebrado por una empresa de servicios públicos oficial o por una empresa de servicios públicos mixta, dado que una y otra, igualmente, son entidades estatales. En consecuencia, como se trata de un contrato estatal, no hay ninguna duda de que el conocimiento de las controversias surgidas de dicho contrato corresponde a esta jurisdicción, incluido el trámite del presente recurso de anulación del laudo arbitral, esto último, en aplicación de lo normado en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto en los artículos 92 y siguientes de la Ley 23 de

282. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Auto del 8 de febrero de 2001. Expediente 16.661. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

1991 y 72 de la Ley 80 de 1993, máxime si se tiene en cuenta, como se explica más adelante, que el arbitraje acordado por las partes y que diera origen al laudo del 21 de diciembre de 2000 objeto del recurso, no es de carácter internacional sino nacional²⁸³.

Y en el famoso caso NORTEL –TELECOM se dijo:

Son contratos estatales «todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales», y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.

Lo anterior no es un capricho del juez administrativo. La doctrina igualmente encuentra plausible que se mantenga la unidad de jurisdicción cuando se trate de litigios en los que sea parte la administración pública, así actúe sujeta a normas de distinta naturaleza. «La especialización de los jueces constituye el fundamento del orden jurisdiccional administrativo. Pero la presencia de un ente público como parte de la relación, dota a la misma de unas especialidades muy acusadas que hasta se rigen por una normativa que, aunque siga siendo civil, es distinta a la que se aplica a las relaciones entre particulares. (...) Estas especialidades pueden justificar esa unidad de jurisdicción(...) Pues, quizás, lo que caracteriza los litigios administrativos, lo que les diferencia de los demás tipos de litigios, es más que la normativa que pueda serles aplicable, la presencia de un ente público, aunque parezca despojado –al menos aparentemente– de sus prerrogativas. Por lo que, incluso en estos supuestos, resulta más idóneo el juez administrativo que el civil para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.»²⁸⁴

Un buen resumen, de las etapas que se dieron en la Sección Tercera del Consejo de Estado, al menos hasta el año 2004, se encuentra en los apartes de la siguiente providencia:

283. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. 1 de agosto de 2002. Radicación número: 21041.

284. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. 6 de junio de 2002. Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0034-01(20634). Caso Nortel-Telecom.

El régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la jurisdicción que conoce de sus controversias, de acuerdo con las variaciones que al respecto ha introducido la ley, ha tenido la siguiente evolución legislativa y jurisprudencial:

1. La Ley 142 de 1994, en el Art. 31, al referirse a «los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos» a los que se refiere dicha ley, remitió al parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, remisión que, paradójicamente, significó que tales contratos no estarían sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, en el inciso segundo, dicho artículo establecía: «Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa». Esta forma tan ambigua de regular el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en la práctica se traducía en mantener el criterio de las cláusulas exorbitantes para definir no sólo la normatividad aplicable al fondo de la controversia sino el juez del contrato, que había establecido el Decreto Ley 222 de 1983 y que quiso eliminar la Ley 80 de 1993 con la categoría única de contrato estatal = juez administrativo (arts. 2, 32 y 75). La Sala Plena de esta Corporación, precisó que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidos, por regla general, al derecho privado, sus conflictos deben dirimirse ante la jurisdicción ordinaria y sólo se aplica el derecho público como régimen excepcional. Allí se concluyó que sólo los contratos de prestación de servicios regulados en el Art. 128 de la Ley 142 de 1994, los que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación (Art. 31) y los contratos especiales enunciados en el artículo 39.1, estarían sometidos al derecho público y a la jurisdicción administrativa.
2. La Ley 446 de 1998 le asignó competencia a la jurisdicción administrativa para conocer de los «contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio» (Art. 40). La Sección Tercera de esta Corporación,

reiteró que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios controlables por esta jurisdicción eran los ya definidos por la Sala Plena, por cuanto la Ley 489 de 1998 no varió la situación de dichas empresas, toda vez que en el Art. 84 remitía al régimen jurídico dispuesto para las mismas por la Ley 142 de 1994.

3. La Ley 489 de 1998 integró a la administración pública y al sector descentralizado por servicios a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (arts. 38, 39 y 68). La Sección Tercera, con fundamento en la norma anterior, señaló que esta jurisdicción controla «otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos» que tuvieran una finalidad vinculada directamente a la prestación del servicio, «no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes como las calificó el Art. 31 de la Ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa-usuario (Art. 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (Art. 39.1)», así tales contratos se rigieran por el derecho privado, por cuanto no es «el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato». Se reiteró la tesis de los contratos estatales especiales para referirse a aquellos que celebran las entidades públicas que no obstante estar sometidos al derecho privado o a un régimen especial, diferente al previsto por la Ley 80 de 1993, son controlados por el juez administrativo. Allí se encuentran las universidades públicas, cuyo régimen de contratación es el previsto en la ley 30 de 1992, las empresas oficiales del sector de los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 y 143 de 1994) y las empresas sociales del Estado (Ley 100 de 1993). El anterior planteamiento permitió también que la Sección Tercera conociera del recurso de anulación de laudos arbitrales que dirimieron controversias contractuales en las que estaban involucradas entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuyos contratos no se habían pactado cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común.
4. La Ley 689 de 2001 modificó el Art. 31 de la Ley 142 de 1994 y aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del Art. 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto aquí ya expresamente señala que los contratos que celebran las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, se corrigió la imprecisión en que incurrió el Art. 31 de la Ley 142, que había sido puesto de presente por la Sección Tercera al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes «todo lo relativo a tales cláusulas» se regía, en cuanto fuera

pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y «los actos» en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la Ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la Ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector, razón por la cual los demás deben ser controlados por la jurisdicción ordinaria.

(...)

En materia de contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la ley reitera el criterio tradicional de las cláusulas exorbitantes para su calificación como contrato estatal. Y esta misma regla es la que se debe seguir hoy cuando se trata de definir la competencia para conocer del recurso de anulación de un laudo arbitral que dirime controversias en el que esté involucrada una empresa de servicios públicos domiciliarios, toda vez que si el contrato que se somete a la decisión de los árbitros no contiene cláusulas exorbitantes, de no haber existido el pacto arbitral debía controlarlo el juez ordinario y por consiguiente, es éste el que debe conocer del recurso de anulación²⁸⁵.

Un quinto enfoque es el relacionado con el alcance de la parte final del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, en materia de responsabilidad extracontractual, en los cuatro eventos allí señalados:

Ha definido la Sala que entrándose de demandas indemnizatorias por los daños causados por las Empresa Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios estatales, la competencia está radicada en la justicia ordinaria, bajo el entendimiento de que la prestación del servicio público no está inmerso en el concepto de función pública y mucho menos en el de función administrativa, Esta regla encuentra su excepción con los conflictos derivados del uso de las prerrogativas de autoridad pública propias del derecho público que otorga la Ley 142 de 1.994 a las empresas prestadoras de servicios Públicos Domiciliarios en los artículos 56, 57, 116, 117 y 118, en relación con las cuales

285. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Nora Cecilia Gómez Molina. 23 de julio de 2004. radicación número: 26725. Referencia: recurso de anulación laudo arbitral.

se ha reconocido que la competencia para su conocimiento es de esta Jurisdicción. El tema discutido en este caso tiene su fuente precisamente en la facultad conferida por el artículo 57 de la Ley 142 de 1.994 a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos cuando sea necesario para prestar los servicios públicos. En efecto la demandada va enderezada a lograr que se le indemnicen al accionante los perjuicios que dice haber sufrido con ocasión de la imposición de una servidumbre pública de conducción de energía sobre predios de su propiedad²⁸⁶.

Sobre el mismo tema debe destacarse la posición asumida por el Consejo Superior de la Judicatura, al resolver conflictos de competencia sobre la materia (artículo 33 Ley 142 de 1994). La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, basándose en lo establecido en la última parte del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, esto es, «... pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos», ha considerado que la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual, es la Contenciosa Administrativa. En sentencia del 28 de enero de 2000, expresó:

El artículo 82 estipula que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en las actividades de las entidades públicas y de personas privadas que desempeñen funciones propias los distintos órganos del Estado, se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

Norma que sin duda alguna tiene aplicación en el presente caso, en donde se debate la presunta responsabilidad extracontractual del Municipio de Santiago de Cali, entidad pública que arrastra por el fuero de atracción a las empresas municipales de Santiago de Cali.

Los artículos 83 y 86 del C.C.A por su parte, consagran 'que la persona interesada podrá demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, directamente la reparación del daño cuando la causa sea un

286. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. 27 de septiembre de 2006. Radicación número: 31809.

hecho, o una omisión', normas legales que encuentran su fundamento constitucional en los artículos 2 y 90, los cuales consagran la teoría general de la responsabilidad estatal.

El artículo 33 de la Ley 142 de 1994, el cual consagra que 'quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores confieren (...) pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

Lo anterior nos indica claramente que cuando se debate la presunta responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali ESP., por acción o por omisión, como consecuencia de su actuar(...) es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, por tratarse de una disposición especial (artículo 33 de la Ley 142 de 1994), debe dársele aplicación (...) ²⁸⁷.

La misma corporación en sentencia del 11 de marzo de 2004 reitera lo dicho, al señalar que el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 está indicando que cuando se debate la presunta responsabilidad patrimonial de una empresa de servicios públicos domiciliarios, por acción u omisión, como consecuencia de su actuar, es de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa²⁸⁸. Lo anterior, está reiterado en las sentencias del 17 de marzo de 2004²⁸⁹ y del 6 de diciembre de 2004²⁹⁰.

Un sexto enfoque se encontró a partir de la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la cual se ha sostenido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se pasó de un criterio material a un criterio orgánico; apreciación que no compartimos, por cuanto la norma mantiene todavía algo del criterio material cuando afirma que el juez administrativo también

287. Sentencia del 28 de enero de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

288. Sentencia del 11 de marzo de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

289. Sentencia del 17 de marzo de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, con ponencia del Magistrado Eduardo Campo Soto.

290. Sentencia del 6 de diciembre de 2004 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, con ponencia del Magistrado Temístocles Ortega Narváez.

conoce de controversias de particulares que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del estado.

Con motivo de la entrada en vigencia de dicha reforma de la Ley 1107 de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de ENRIQUE GIL BOTERO, produjo un pronunciamiento en Febrero 8 de 2007, que por su importancia y efectos, transcribimos en extenso sus principales razonamientos:

Recientemente el legislador expidió la Ley 1107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Las modificaciones, introducidas en el artículo primero, tienen que ver con los siguientes aspectos: De un lado, se definió que el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo consiste en «... juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas...», en lugar de «... juzgar las controversias y litigios administrativos...», como disponía el artículo modificado. De otro lado, incluyó, en forma expresa, a las sociedades de economía mixta, siempre que el capital estatal sea superior al 50%. La primera modificación da respuesta a una realidad, cada vez más aguda: que la prestación de los servicios públicos, en sentir de la Sala, no constituía cumplimiento de función administrativa, de manera que, por este aspecto, las entidades públicas que desempeñan estas actividades quedaban por fuera del control de esta jurisdicción. La razón por la cual estas entidades no harían parte del objeto de esta jurisdicción, radica en que ella controla, al decir del Art. 82 original del CCA., las «controversias y litigios administrativos», no los que surjan por el cumplimiento de otro tipo de actividades. No obstante, el anterior criterio ha tenido no pocos contradictores, pues, de conformidad con él, la educación, por ejemplo, no es función administrativa, mientras que para otros sí, lo mismo puede decirse de los servicios públicos domiciliarios, entre otros servicios públicos.

De manera que la discusión, acerca del objeto de esta jurisdicción, se tornó bastante problemática e inestable, lo que ameritaba una respuesta legislativa clara. Por esta razón, la Ley 1107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las «entidades públicas». Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el «orgánico», no el «material», es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no. De esta manera, se simplificarán, en buena medida, los conflictos

de jurisdicción, recurrentes entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa, que se reflejará en mayor seguridad jurídica para las partes procesales, así como para la propia administración de justicia. La otra modificación, introducida por la Ley 1107, tiene que ver con la determinación, de manera expresa, que las sociedades de economía mixta, con capital público superior al 50%, también son sujetos de esta jurisdicción. Esto significa, por lo menos, lo siguiente: Que las sociedades mixtas, con capital igual o inferior al 50%, tendrán, como juez natural, al ordinario, sin importar el tipo de acción, acto, hecho o situación que dé lugar al proceso donde sean parte. Lo anterior debe tener como excepción, aunque no la prevea la ley, que si el conflicto versa sobre actos administrativos, la jurisdicción competente es la de lo contencioso administrativo, pues, en tal caso, el único juez que puede controlarlos es éste, en virtud de la reserva jurisdiccional que el artículo 238 de la CP. consagra en su favor. Esta posición la ha sostenido esta Corporación, y también la Corte Constitucional.

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la Ley 1107 establece algunas excepciones. Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la Ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas. No obstante lo previsto en la nueva norma, resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la Ley 142 –modificado por el art. 18 de la Ley 689 de 2001–. En esta medida, según el texto del proyecto de ley, esta jurisdicción conocería de todas las controversias relacionadas con los operadores de los SPD –procesos contractuales, de responsabilidad extracontractual, de nulidad, entre otros–, pero los juicios ejecutivos, exclusivamente de facturas del servicio, se mantendrían en la justicia ordinaria. Ante este panorama controversial, el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las «entidades públicas», sin importar la función que desempeñe

cada una de ellas, pues se pasó de considerar el «criterio material o funcional», como factor de distribución de competencias, al «criterio orgánico», donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado. Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no se incluyen las relacionadas con los ejecutivos de facturas del servicio, las cuales se continuarán tramitando ante la justicia ordinaria, en los términos previstos en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994.

A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera: i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo. En consecuencia, en cuanto tiene que ver con las entidades y empresas prestadoras de SPD, quedaron derogados, parcialmente, los arts. 132.5 y 134B.5 del CCA. –reformados por la Ley 446 de 1998–. ii) Debe conocer de las controversias y litigios de responsabilidad extracontractual, en los que sea parte una entidad pública, sin importar el tipo de órgano, ni la función que ejerza, basta con que se trate de una entidad pública, con la excepción del numeral siguiente. iii) Las materias a que se refieren los numerales anteriores, las juzga esta jurisdicción, inclusive, tratándose de sociedades donde el Estado posea un capital superior al 50%. Si el capital público es igual o inferior a este porcentaje, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria. iv) En materia laboral, esta jurisdicción sigue conociendo de los asuntos que tenía asignados, excepto los previstos en la Ley 712 de 2001, la cual continúa vigente, en los términos del párrafo del art. 2 de la Ley 1107 de 2006. v) También debe conocer de las controversias y litigios de las personas privadas «... que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado» –art. 1, ley 1.107 de 2006–, incluidas las contrataciones de las empresas privadas de SPD, donde se pacten y/o ejerciten los poderes exorbitantes –art. 31 Ley 142, modificado por la ley 689 de 2001–, y las materias a que se refiere el art. 33 de la misma ley. vi) Esta jurisdicción no conoce, sin embargo, de los procesos de ejecución que reúnan las características descritas, salvo los que están asignados por normas especiales –ejecutivos contractuales (art. 75, Ley 80) y de sentencias dictadas por esta jurisdicción (art. 132.7 del CCA)–, que prevalecen sobre las disposiciones generales. Este tipo de procedimiento no es de conocimiento de esta jurisdicción, porque la Ley 1107 dispone que ésta juzga «... las controversias y

litigios...» de las entidades públicas y, técnicamente hablando, los procesos ejecutivos no constituyen controversia ni litigio, luego no hacen parte de esta jurisdicción. Se repite, excepto en los dos temas a que se refiere el párrafo anterior²⁹¹

Un séptimo enfoque surge como consecuencia de la sentencia C-736 de 2007, ya varias veces reseñada, y en particular frente al caso de las ESP mixtas con capital estatal inferior al 50%, cuando la Sección Tercera, con ponencia de MAURICIO FAJARDO, decide en diciembre del año 2008 que las mismas no se pueden considerar como entidades estatales y que por tener menos del 50% del capital estatal, la competencia corresponde a los jueces civiles:

(...) En consecuencia, en cuanto todas las reflexiones y anotaciones que la Corte Constitucional consignó en su fallo C-736-07 acerca de la naturaleza especial que correspondería a la totalidad de las empresas de servicios públicos –incluidas las que prestan servicios públicos domiciliarios, ESP, y de entre estas las oficiales, las mixtas y las privadas– apenas sí constituyen un *obiter dictum* y al revisar la materia a la luz de las disposiciones legales vigentes, cuestión a la que obligatoriamente debe atenderse el Consejo de Estado en atención a los precisos e imperativos dictados del artículo 230 de la Carta Política, según los cuales «[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley», la Sala estima necesario revisar de nuevo el asunto relacionado con la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuyo capital social la participación de aportes estatales no supera el 50% –tal como ocurre en el caso concreto que aquí debe estudiarse y resolverse–, para definir si al Consejo de Estado le asiste competencia para conocer del recurso de anulación citado en la referencia que actualmente se encuentra en trámite.

(...)

Pues bien, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado, que son las que interesan para el caso que aquí se estudia dado que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., participa de esa naturaleza, de conformidad con la definición consagrada expresamente por la Ley 142 de 1994 en su artículo 14, apartado 14.7, ha de concluirse que las mismas no

291. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. 8 de febrero de 2007. Radicación número: 30903.

Similares ideas fueron expuestas en CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. 26 de marzo de 2007. Radicación número: 25619.

forman parte del género de las entidades estatales y, por tanto, en relación con los contratos que las mismas celebren, además de regularse por el derecho común, deberá predicarse una naturaleza jurídica privada puesto que en modo alguno podrán tenerse como contratos estatales.

(...)

De acuerdo con lo anterior y en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puede concluir que esta jurisdicción es competente para conocer de aquellos que hubieren sido celebrados por las empresas oficiales y por empresas mixtas en las cuales el capital social sea mayoritariamente público; por el contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de todos los contratos celebrados por las empresas con participación pública inferior al 50% o por las empresas privadas, salvo que se trate de contratos que incluyan cláusulas excepcionales²⁹².

El pronunciamiento anterior, obviamente no lo compartimos, por cuanto hace una interpretación amañada sobre los alcances y efectos de la sentencia C-736 de 2007, en la cual claramente la Corte señaló que las ESP en las que exista capital estatal, sin importar su participación, se consideraban ESP mixtas, y como tales, entidades descentralizadas pertenecientes a la rama ejecutiva, y por tanto son administración pública a la luz del artículo 39 de la Ley 489 de 1998, es decir, son entidades públicas, estatales, y por lo tanto sí están dentro del supuesto de la Ley 1107 de 2006.

Finalmente, a raíz de la Ley 1107, se presentaron ciertos conflictos de jurisdicción relacionados con algunos procesos civiles especiales, particularmente un caso de expropiación²⁹³, el cual fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en junio de 2008, otorgándole la competencia a la jurisdicción ordinaria, así:

De lo anterior concluye la Corporación que dicha norma no refirió la demanda objeto de este conflicto, pues se trata de una EXPROPIACIÓN JUDICIAL, cuyo procedimiento se encuentra establecido en normas especiales, como son los

292. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente 34.745. C.P. Mauricio Fajardo.

293. Al parecer suerte similar van a correr procesos relacionados con servidumbres, posesorios, reivindicatorios, deslinde y amojonamiento, etc.

artículos 12 y 16 del Código de Procedimiento Civil modificado por la Ley 794 de 2003, donde se dispuso específicamente que el competente para conocer de los procesos de expropiación es el Juez de Circuito en primera instancia; así mismo, el Código de Procedimiento Civil en los artículos 451 y siguientes refiere lo correspondiente al proceso de expropiación, cuya naturaleza es de vocación típicamente civil.

Amén de lo anterior dicha normatividad se encuentra complementada por la Ley 9 de 1989 y la Ley 399 de 1997, en cuanto refiere los planes de desarrollo municipal para la compra y expropiación de bienes específicamente en el artículo 23.

Pero además siendo la acción interpuesta de rango civil, y por ende su naturaleza es del derecho privado, como igualmente las pretensiones de la demanda se encuentran circunscritas a obtener la EXPROPIACIÓN JUDICIAL, dando pues, un contenido netamente particular a la pretensión propuesta en el referido litigio.

En conclusión, como toda la normatividad aludida en estas consideraciones, establece que el régimen aplicable para la EXPROPIACIÓN JUDICIAL, a los particulares y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el del derecho privado y las pretensiones de la demanda se circunscriben a la jurisdicción civil, el competente para conocer del presente litigio es el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, a quien se le asignará y remitirá la actuación²⁹⁴.

El anterior pronunciamiento tampoco lo compartimos, por cuanto la Ley 1107 de 2006, es posterior a las leyes citadas, es norma procesal, de orden público, de carácter obligatoria y vinculante de manera inmediata. Además la misma Ley 1107 dijo de manera expresa, cuáles otras normas en materia de competencia seguían vigentes, por lo que ha de entenderse que las no mencionadas perdieron vigencia. Además, si hay una figura propia, característica del Derecho administrativo es la expropiación, fiel ejemplo de lo que son una prerrogativa, una potestad, y como tal debe ser un tema por su esencia de conocimiento del juez administrativo.

Con el propósito de arrojar luz y propiciar algún grado de certeza, sobre el estado del arte hoy, en cuanto a la jurisdicción competente en materia de servicios públicos

294. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA. Sala Disciplinaria 25 de junio de 2008, exp. 211-33. M.P. Julia Emma Garzón

domiciliarios, dejamos como **resultado y aporte de la investigación** el siguiente inventario:

- En materia de actos administrativos, contratos con cláusulas exorbitantes, controversias empresa-usuarios, responsabilidad extracontractual en los cuatro casos del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, sin importar el tipo de empresa, el competente es el juez administrativo.
- En contratos sin cláusulas exorbitantes, si la empresa es ESP oficial, empresa industrial y comercial del estado, ESP mixta con capital público superior al 50%, el competente será el juez administrativo. Si la empresa es ESP mixta (de capital 50 % público y 50% privado), o ESP privada (así tenga capital oficial, siempre y cuando sea inferior al 50%), será el juez ordinario.
- En responsabilidad extracontractual diferente a los cuatro casos del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, si la empresa es ESP oficial, empresa industrial y comercial del Estado, ESP mixta con capital público superior al 50%, el competente será el juez administrativo. Si la empresa es ESP mixta (de capital 50% público y 50% privado), o ESP privada (así tenga capital oficial, siempre y cuando sea inferior al 50%), la competencia será del juez ordinario.
- En recursos extraordinarios de anulación contra laudos arbitrales, si la empresa es ESP oficial, empresa industrial y comercial del estado, ESP mixta con capital público superior al 50%, el competente será el juez administrativo. Si la empresa es ESP mixta (de capital 50% público y 50% privado), o ESP privada (así tenga capital oficial, siempre y cuando sea inferior al 50%), será el juez ordinario.
- En procesos ejecutivos relacionados con facturación, las empresas industriales y comerciales del Estado tienen jurisdicción coactiva, en las demás empresas será competencia del juez ordinario.
- En acciones populares y de grupo, todas las empresas, será juez administrativo, por cuanto el criterio de la Ley 472 de 1998, es que el juez administrativo conoce frente a entidades públicas y particulares que ejerzan función administrativa, y como veremos al final de este capítulo, prestar servicios públicos es ejercicio de función administrativa. Igual razonamiento cabe para las acciones de cumplimiento, pues la Ley 393 de 1997 dice que procede contra particulares que ejerzan funciones públicas. Quienes no admitan que

prestar servicios públicos sea función pública-administrativa, entonces en el caso de ESP privadas (100%) o con menos del 50% de capital Estatal, el juez sería el civil.

- En temas laborales, cuando se trate de ESP privadas y mixtas, por ser particulares sus trabajadores, será el juez laboral; en ESP oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado, será el juez laboral tratándose de trabajadores oficiales y de empleados públicos cuando la discusión sea sobre fuero sindical; será el juez administrativo cuando se trate de empleados públicos y la discusión sea distinta al fuero sindical.
- En temas de seguridad social, si se trata de casos anteriores a la Ley 100 ó regímenes especiales es el juez administrativo; si son casos de Ley 100, el juez laboral será competente.
- En procesos civiles especiales, al menos por ahora los de expropiación, es el juez civil. Al parecer igual suerte correrán los relacionados con servidumbres, deslinde y amojonamiento, reivindicatorios, etc.

Como resultado y aporte de la investigación, se plasman dos de las propuestas que presentamos²⁹⁵, para la reforma del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a los temas que debe conocer la jurisdicción administrativa:

Primera propuesta: conocería el Juez administrativo:

- Cuando se trate de la nulidad de actos administrativos.
- Cuando se trate de contratos pero sólo aquellos con cláusulas exorbitantes y el acto de adjudicación cuando el proceso de selección haya sido a través de licitación pública o concurso de méritos.
- Cuando se trate de controversias entre empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios.

295. Ver SUÁREZ TAMAYO, David. Reflexiones sobre una posible reforma del Código Contencioso Administrativo. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.13, No. 1. 2008, págs. 111-128. Artículo que se presentó en el año 2008 como avance de la presente investigación.

- Cuando se trate de decisiones sancionatorias.
- Cuando se trate de responsabilidad por situaciones relacionadas con derechos humanos, desapariciones, torturas, terrorismo o desplazamientos.
- Temas petroleros, mineros, tributarios y agrarios.
- Temas electorales.

Lo novedoso en esta propuesta es que todos los temas laborales-administrativos, los contractuales que no tengan cláusulas exorbitantes, y los de responsabilidad extracontractual que no tengan que ver con casos de derechos humanos y similares, pasarían al juez ordinario.

Segunda propuesta: que el juez administrativo conozca, con base en los artículos 209 (función administrativa), 267 (recursos públicos) y 365 (servicios públicos) de la Constitución:

- Cuando se ejerza función administrativa, sea por públicos o privados.
- Cuando se trate de una entidad que pertenezca a la administración pública (artículos 38, 39 y 68 de la Ley 489 de 1998)²⁹⁶.
- Cuando se trate de prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos (artículos 2 y 3 Ley 489 de 1998).
- Cuando haya presencia de recursos públicos.
- Cuando expresamente lo señale la ley (ejemplo artículo 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007, aplicación de principios en el tema de la contratación).

Para no hacer demasiado rígida y radical esta propuesta podrían exceptuarse expresamente los temas laborales, los de seguridad social, y los especiales,

296. Para todos los efectos del C.C.A., se debe tener presente, que toda entidad, empresa o sociedad donde exista participación pública, estatal, independientemente del porcentaje del capital público, debe considerarse como entidad pública, perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, y por ende a la Administración Pública, de conformidad con los artículos 2, 3, 38, 39 y 68 de la ley 489 de 1998, y las Sentencias de la Corte Constitucional C-736 y C-910 de 2007.

tales como expropiación, servidumbres, divisorios, deslinde y amojonamiento, reposición, cancelación y reivindicación de títulos valores, ejecutivos, reivindicatorios; que pasarían a conocimiento del juez ordinario.

Para terminar este tema del juez, viene bien la reflexión del profesor español RIVERO YSERN, cuando afirma: «Finalmente, estimamos que el control de esta actividad de las empresas públicas sometidas al Derecho privado, debería residir en los Tribunales contencioso-administrativos. Si ello no se estructura así, sería necesario admitir la técnica del acto separable, tal y como se manifiesta, por ejemplo, SOSA WAGNER, en el caso de las empresas públicas crediticias (87)»²⁹⁷.

2.2.2.7 Temas que reafirman la vigencia del Derecho administrativo en los servicios públicos domiciliarios

Del análisis hecho en los numerales anteriores y como **resultado de la presente investigación**, queda claro que el Estado, la administración pública y el Derecho administrativo, permanecen vigentes y activos en el sector de los servicios públicos domiciliarios, por cuanto:

- Siguen existiendo entidades públicas, estatales, prestadoras de servicios públicos domiciliarios.
- Las ESP, sin importar su naturaleza de públicas o privadas, dictan actos administrativos, adelantan procedimientos administrativos, agotan vía gubernativa, como mínimo, en sus relaciones con los usuarios.
- Las ESP, tanto públicas, mixtas y privadas celebran algunos contratos con cláusulas exorbitantes de Ley 80 de 1993 (contratación estatal).
- En el sector de los servicios públicos domiciliarios, hay casos en que se deben adelantar procesos de selección de contratistas a través de licitaciones públicas (Ley 80 de 1993, contratación estatal).
- Las ESP oficiales y las mixtas deben contratar sus operaciones de crédito bajo normas reglamentarias de la Ley 80 de 1993 (contratación estatal).

297. RIVERO YSERN, Op. cit., p. 52.

- Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%) están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 (contratación estatal).
- Los contratos de condiciones uniformes que regulan la relación entre todas las empresas y los usuarios, tienen una naturaleza mixta, es decir, participan de normas de Derecho privado, pero también de normas de Derecho público.
- En algunos sectores de los servicios públicos domiciliarios siguen existiendo típicos contratos de concesión, que son propios del Derecho público-administrativo.
- Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%) están sujetas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.
- En las ESP oficiales y en las empresas industriales y comerciales del estado que prestan servicios públicos domiciliarios, el personal está clasificado en la categoría de servidor público (empleados públicos y trabajadores oficiales); si se hiciera una interpretación constitucional, las personas que laboran en las ESP Mixtas, también lo serían.
- Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%), dirimen sus controversias y litigios por regla general ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Adicional a todo lo anterior, que son los temas polémicos en cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas como tales, y que por ello, fueron los seleccionados para analizar en el presente trabajo, quedan una serie de asuntos, generales al sector de los servicios públicos domiciliarios, que pertenecen a la órbita exclusiva del Derecho público-administrativo. En efecto, la fijación de políticas sectoriales, regulación, régimen, metodologías y fórmulas tarifarias, inspección, control y vigilancia, manejo de subsidios y contribuciones, transferencias del Sistema General de Participaciones, el tema tributario, las relaciones empresa-usuario, la defensa y protección de los usuarios, son materias propias y sujetas al Derecho público-administrativo.

El balance entonces, parece inclinarse a favor del Derecho público-administrativo.

Algunos estudiosos del tema como CARLOS ATEHORTÚA, ALEJANDRO ORDOÑEZ y LUIS FERNEY MORENO, consideran que asistimos a un esquema de régimen jurídico mixto:

El actual régimen de servicios públicos domiciliarios define una especie de esquema mixto en el que la preeminencia del Derecho Privado no es tan ostensible como pareciera en un primer análisis; recomienda a los prestadores públicos y a los privados adecuar sus modelos mentales para aprehender una nueva concepción sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas entre empresas y usuarios y entre empresas y terceros, que difieren tanto de la venta de cualquier otro servicio como de tipos de función pública»²⁹⁸.

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 social 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 de connotación de derecho público²⁹⁹.

La actividad de tales empresas estará regulada tanto por el derecho privado como por el derecho público (...). Dicho régimen bicéfalo, en parte público y en parte privado, adquiere características *sui-generis*³⁰⁰.

Hoy se defiende que el derecho público convive con el derecho privado en la regulación de los servicios públicos domiciliarios³⁰¹.

298. El impacto de la ley de servicios públicos domiciliarios: logros y dificultades». Coloquio en Bogotá, noviembre de 1997. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS. 1998.

299. ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1998, p. 19.

300. ORDOÑEZ, Alejandro. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos ¿Servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas? En: Revista Series. Deloitte. Junio 2008, págs. 39-40.

301. MORENO, Op.cit. p. 74.

Si tomamos una línea de 45 grados que atraviese la relación que existe entre el derecho privado y el derecho público dentro de ella se ubicarán los servicios públicos domiciliarios³⁰².

Pero podría pensarse, que estamos frente a un predominio del Derecho público-administrativo sobre el privado. Para HUGO PALACIOS, por ejemplo, prevalecería el Derecho público:

A la luz del análisis anterior, no es difícil afirmar, entonces, que la Ley 142 de 1994 somete, ante todo, a reglas de derecho público el sector de los servicios públicos, cuando la expresión 'derecho público' se entiende dentro de las acepciones tradicionales.

La regulación del sector de servicios públicos hecha por la Ley 142 de 1994, se caracteriza por la prevalencia de aquellas normas que, según la costumbre, se califican como de derecho público³⁰³.

2.2.3 ¿Prestar servicios públicos domiciliarios constituye ejercicio de función pública-administrativa?³⁰⁴

Sobre la discusión si prestar servicios públicos domiciliarios constituye o no ejercicio de función pública-administrativa, se ha pronunciado ampliamente en Colombia la

302. *Ibid.*, p. 76.

303. PALACIOS MEJÍA, Hugo. Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos. En: *Revista Supervisión*. Bogotá: Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. No. 2, noviembre 1996, págs. 8-17.

304. Debe advertirse que detrás de las respuestas a este interrogante, necesariamente se asumen posiciones que más allá de las interpretaciones estrictamente jurídicas y normativas (que como se verá existen para ambas), corresponden a actitudes ideológicas, políticas y de concepción misma frente a la vida. De un lado estarán, quienes quieren ser defensores de un modelo de servicios públicos domiciliarios abandonado a la libre competencia, al salvajismo del mercado y a los intereses del capital; y de otro, estarán (estaremos), quienes queremos defender un modelo de servicios públicos domiciliarios acorde con nuestra forma de estado social y democrático de Derecho, y un modelo, donde más allá de quién sea su prestador, el Estado o los particulares, lo que interesa y prevalece, es la finalidad perseguida: el interés general, el interés público, el patrimonio público, la satisfacción de necesidades esenciales colectivas, la defensa y protección de los usuarios, y el respeto de los principios de la función administrativa, en especial, los de publicidad, moralidad, imparcialidad, transparencia; tantas veces burlados y desconocidos en nuestro medio, bajo el prurito de que son empresas mercantiles sometidas a normas de derecho privado. Una vez más debe quedar claro: hasta el mercado y la libre competencia deben sujetarse a la legalidad y al derecho.

doctrina: CARLOS ATEHORTÚA³⁰⁵, HUGO PALACIOS³⁰⁶, HERNANDO CASTRO³⁰⁷, LUIS FERNEY MORENO³⁰⁸, GUILLERMO SÁNCHEZ³⁰⁹, MONTAÑA PLATA³¹⁰, HERNÁN VERGARA³¹¹; y también la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, la cual citaremos más adelante.

2.2.3.1 Precisión previa

Una vez analizado el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios, es importante, relacionar dicho concepto con otras de las nociones básicas del Derecho administrativo, es decir con las nociones de función pública y función administrativa. De un lado, porque se trata de categorías nucleares, centrales en la teoría del Derecho Administrativo; pero de otro, por dos razones complementarias: la primera porque cuando se habla de la huida del derecho administrativo, en sentido estricto, se refiere a la situación según la cual el ejercicio de una función típicamente pública-administrativa deja de someterse al derecho público y pasa ser regulada por el derecho privado, de ahí la necesidad de saber si prestar servicios públicos domiciliarios constituye ejercicio de función pública-administrativa, al momento de determinar si en dicho sector sí se puede hablar o no de huida; la segunda, porque definir si prestar servicios públicos domiciliarios constituye o no ejercicio de función pública-administrativa, lleva a consecuencias importantes en el campo disciplinario, penal, y al momento de definir la jurisdicción competente en materia de acciones populares.

Para lo anterior, es importante hacer previamente una precisión terminológica referida a los conceptos de función pública y función administrativa. Debe señalarse que con frecuencia la doctrina, legislación y jurisprudencia los utiliza indistintamente.

305. ATEHORTUA RÍOS, Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Op. cit.

306. PALACIOS MEJIA, Hugo. El Derecho de los servicios públicos. Op. cit.

307. CASTRO, Hernando. Servicios públicos domiciliarios, función pública y derechos fundamentales. En: Revista Letras jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín, Vol. 7, No. 2. 2002, págs. 41-61

308. MORENO, Luis Ferney. Servicios Públicos Domiciliarios. Op. cit.

309. SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. Artículo ¿Las EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS SON ENTIDADES ESTATALES? (A propósito de la sentencia C 736 de 2007). Bogotá. Texto de la Especialización en Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. 2009.

310. MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Op. cit.

311. VERGARA, Hernán Darío. Transformaciones del concepto de función administrativa en la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA en el período 1998-2004, en fallos de acciones populares. Medellín, 2008. 166 p. Investigación para optar al título de Magíster. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

De entrada consideramos que son conceptos que tienen una relación entre sí de género a especie; es decir, la función administrativa es una especie³¹² dentro del género de función pública, pero insistimos: es frecuente que ambos términos se usen coloquialmente como sinónimos.

La Constitución Política de Colombia denomina «De la función pública» al capítulo 2 del título V «De la organización del Estado», el cual está compuesto de diez artículos (artículos 122 – 131) que se ocupan, a grandes rasgos, de lo que se conoce como derecho laboral administrativo. La función pública se refiere entonces, a la luz de la Constitución, a la relación contractual, legal o reglamentaria que vincula a un individuo con el Estado para efectos laborales.

Debe anotarse que un particular puede desempeñar funciones públicas en aquellos casos taxativamente señalados por la Constitución y la ley, sin que por virtud del ejercicio de las funciones encomendadas ese particular deje de serlo.

Por su parte, la función administrativa aparece en el capítulo 5 del título VII de la Constitución denominado «De la rama ejecutiva». Dicho capítulo, más breve, se ocupa específicamente de la función que adelanta en general la administración pública, término que a su vez es más amplio que el concepto de rama ejecutiva, dándose entre ellos también una relación de género-especie, es decir, la rama ejecutiva es una especie dentro del género administración pública³¹³.

Pero debe quedar claro, que la función administrativa, no es exclusiva de la rama ejecutiva, por cuanto el legislador y el juez, también ejercen funciones administrativas, por ejemplo, cuando celebran contratos a la luz de la Ley 80 de 1993 y adelantan para ello un proceso de licitación pública, o cuando aplican normas del estatuto orgánico del presupuesto, o cuando mediante acto administrativo deciden sobre una situación de sus empleados: permiso, licencia, comisión, entre otras.

La doctrina y jurisprudencia no son unánimes al abordar las definiciones de función pública y función administrativa por ello, a título ilustrativo, vamos a reseñar algunas definiciones que se han dado al respecto:

312. Las otras especies de función pública serían la función constituyente, legislativa, gubernativa, regulatoria, jurisdiccional, electoral, de control, entre otras.

313. Al respecto puede verse la ley 489 de 1998, donde el artículo 38 se refiere a la Rama Ejecutiva, y el artículo 39 a la Administración Pública.

Sobre función pública, ha dicho la Corte:

La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad³¹⁴.

En sentido amplio, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (Art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. Art. 123)³¹⁵.

Igualmente, la Corte en la sentencia C-037 de 2003, una de las más citadas y acogidas en este tema, indicó:

(...) La noción de 'función pública' atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (Art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

La Constitución utiliza el término 'función' para identificar las actividades del Estado, (Art.113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (Arbs 150, 241, 277 C.P., por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que 'no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento', en tanto que el artículo 212 superior expresa

314. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-631 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

315. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

que 'Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones 'función pública' y 'funciones públicas' de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de «funciones públicas» por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como 'funciones públicas' la administración de justicia (Art. 228 C.P.) y el control fiscal (Art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la 'función administrativa' (Art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública³¹⁶.

Sobre función administrativa, ha expresado la Corte:

La función administrativa, presenta como propósito fundamental la defensa y realización de los intereses generales³¹⁷

La función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa³¹⁸.

Sobre función administrativa, se ha pronunciado así el profesor argentino HÉCTOR ESCOLA:

Desde un punto de vista subjetivo, se ha querido establecer que la función administrativa está integrada por aquel conjunto de actos y acciones que constituyen la actividad que cumple el Poder Ejecutivo o que es realizada por dicho poder. Pero este criterio, aparecido en las etapas iniciales de los estudios jurídico-administrativos, ha perdido real validez, puesto que si bien es cierto que el Poder Ejecutivo es el que de manera mayoritaria lleva a cabo tal función, no lo es menos que también los otros poderes participan, en algún grado, en la

316. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

317. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-563 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

318. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

realización de la actividad administrativa. Aquella directa asimilación de la función administrativa con el Poder Ejecutivo no es, pues, exacta³¹⁹.

MAURICE HAURIOU, citado por GABINO FRAGA afirma, al referirse a la finalidad de la función administrativa, lo siguiente:

«tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa»³²⁰.

Con el fin de establecer si prestar servicios públicos es o no función administrativa, también es importante acudir a una definición dada por el legislador. En efecto, el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 señala que:

Artículo 4. FINALIDADES DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.

Veamos entonces las respuestas que se han dado al interrogante sobre si prestar servicios públicos domiciliarios constituye o no el ejercicio de función pública-administrativa³²¹.

2.2.3.2 Respuestas afirmativas

La Corte Constitucional en sus primeros pronunciamientos y a lo largo de la década de los noventa afirmó que prestar servicios públicos domiciliarios equivalía a

319. ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 13.

320. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 40 ed. México: Porrúa, 2000, p. 56.

321. Para efectos del presente trabajo vamos a manejar los dos términos de función pública y función administrativa de manera simultánea, salvo que en algún momento se haga necesario hacer alguna precisión o diferenciación entre ambos. Los vamos a entender como términos que están en una relación de género a especie. La función administrativa, como especie del género función pública.

desempeñar funciones públicas. El Consejo de Estado, por su parte, se ha pronunciado en el mismo sentido, pero circunscribiendo esta equivalencia a unos eventos precisos.

Nos apoyaremos, en principio, en el recuento³²² que hace HERNANDO CASTRO NIETO³²³ de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en la cual opera la equivalencia.

La Corte Constitucional en la sentencia T-540³²⁴ hizo extensiva la aplicación del artículo 209 de la Constitución, el cual consagra los principios que rigen la función administrativa a la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos, a propósito de la posibilidad de facturar conjuntamente algunos de los servicios prestados.

Ahora bien, en 1996 la Corte Constitucional se pronunció sobre el ejercicio de prerrogativas del poder público por parte de las Empresas de Servicios Públicos (ESP). Según la Corte: «Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público...»³²⁵. En esta misma sentencia, la Corte expresó: «Es evidente que si las empresas de servicios públicos domiciliarios, como se vio antes, tienen derechos y ejercitan poderes y prerrogativas propias de las autoridades públicas, **y desempeñan funciones públicas...**».(subrayado por fuera de texto)

Estas afirmaciones de la Corte Constitucional, aún tímidas, serán confirmadas en 1997 en la sentencia T-058³²⁶. En efecto, en dicha sentencia, a propósito de la prestación de los servicios públicos, la Corte afirma que «Para ello, la administración y los particulares que presten el servicio, deben adquirir un verdadero compromiso con los miembros de la comunidad, responsabilizándose del cumplimiento de los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la función pública».

322. Agradezco a la Abogada de la Universidad Eafit Carolina Ariza, quien me colaboró con la reseña y fichaje del artículo de Hernando Castro Nieto, sobre el tema aquí tratado.

323. CASTRO, Hernando. Op. cit., número de páginas del libro.

324. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

325. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-263 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

326. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-058 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

El año siguiente, la Corte Constitucional se pronunció específicamente sobre las ESP en la sentencia de unificación SU-182³²⁷, en la cual afirmó que: «Lo que distingue a las empresas de servicios públicos, más que su naturaleza jurídica específica, que puede ser pública o privada, es la función que cumplen, que en todo caso es pública».

Por su parte, el Consejo de Estado afirmó, haciendo referencia a la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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»³²⁸.

2.2.3.3 Respuestas negativas con excepciones

El profesor ATEHORTÚA RÍOS afirma que no deben confundirse las nociones de servicio público domiciliario y de función pública, y mucho menos afirmar que la prestación del primero implica necesariamente el ejercicio de la segunda. Según dicho autor, la prestación de un servicio público domiciliario puede implicar el ejercicio de función pública, pero esta relación no es necesaria. La ESP ejerce funciones públicas «únicamente cuando, en desarrollo de la ley, ejerce un acto de autoridad o coloca al usuario en relación de subordinación»³²⁹.

ATEHORTÚA RÍOS, enuncia, entre otras, las siguientes actividades como ejercicio de una potestad pública por parte de los prestadores de servicios públicos³³⁰:

- El ejercicio del derecho de acceso e interconexión de redes que poseen los operadores de servicios.
- La posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que realizan los proveedores de servicios.
- El derecho de los proveedores de servicios al uso del espacio público, a la ocupación temporal de inmuebles, a la constitución de servidumbres y a la enajenación forzosa de bienes a favor del servicio.

327. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-182 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

328. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. ACU-278 del 28 de mayo de 1998, C.P. Carlos Orjuela Góngora.

329. ATEHORTÚA RÍOS, *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Op. cit., p. 46.

330. *Ibid.*, p. 49.

- La decisión en instancia empresarial de peticiones, quejas, reclamos y recursos de los usuarios de los servicios.
- La fijación unilateral de las tarifas de los servicios y el cobro de costos asociados al servicio universal.

Mientras que los servicios públicos, como ya lo hemos visto, pueden ser prestados tanto por el Estado como por los particulares, por expreso mandato constitucional, las funciones públicas deben ser ejercidas por los servidores públicos y sólo de forma excepcional su ejercicio puede ser encargado a los particulares. Tratándose de los servicios públicos domiciliarios, el ejercicio de funciones públicas aparece necesariamente cuando se trata de las funciones de fijación de régimen jurídico, competencias, responsabilidades, regulación, inspección, control y vigilancia, cuyo ejercicio le fue reservado al Estado en virtud de la propia Constitución, y no tratándose de la actividad de prestación, donde la relación es de mera posibilidad.

Por su parte, PALACIOS MEJÍA, sostiene que no se debe asimilar automáticamente las nociones servicio público y función administrativa, salvo cuando una norma lo establezca de manera expresa y excepcional³³¹. Después de un juicioso análisis, concluye este autor:

(...) Por todas estas razones, puede afirmarse que ni la prestación de los servicios públicos en general, ni la de los domiciliarios en particular, es, necesariamente, y a la luz del artículo 365 de la Constitución, parte de la función administrativa.

Esa prestación será actividad estatal, o función administrativa, cuando la Constitución o la ley la encomiende o reserve a las autoridades. Pero lo más que hace el artículo 365 es habilitar a las autoridades para ello, en los mismos términos que a los particulares. De modo que el particular que presta servicios públicos que no han sido objeto de «*publicatio praevia*», por su cuenta y riesgo, no lo hace por descentralización, delegación y desconcentración de funciones, y no cumple función administrativa.

Ahora bien: en la medida en que algunas entidades descentralizadas prestan servicios públicos, su actividad puede ser considerada entonces función administrativa, pero sólo porque así lo exigen ciertas normas constitucionales y legales³³².

331. PALACIOS MEJÍA, El Derecho de los servicios públicos. Op. cit., p. 29.

332. *Ibid.*, p. 30.

MORENO³³³, hace una fuerte crítica a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, cuando estos organismos han considerado los servicios públicos como ejercicio de función pública-administrativa.

GUILLERMO SÁNCHEZ³³⁴, afirma:

En consecuencia, el texto constitucional de 1991, al ocuparse de los servicios públicos, optó por una perspectiva antitética a la estatista o clásica. Y al hacerlo le dio un tratamiento económico propio de una economía social de mercado (Art. 1, 365 y 366 CN), con lo que dejó en claro que éste no es más un asunto concerniente a la organización administrativa del Estado (prevista en los títulos V a XI de la Carta), sino que hace parte de lo que podríamos denominar la Constitución Económica de los servicios públicos prevista fundamentalmente en el capítulo V del Título XII de la Carta (Art. 365 a 370).

Conforme a lo anterior, los principios constitucionales que orientan la función administrativa (Art. 209 superior) sólo resultan aplicables a los servicios públicos si aquellos son compatibles con su naturaleza. O lo que es igual, la naturaleza de los servicios públicos es diferente a la de la función administrativa, y por ello su régimen no está previsto en la citada Ley 489 de 1998, sino que está consignado básicamente en las Leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001"

Y más adelante agrega SÁNCHEZ: «Planteadas así las cosas, estamos delante de un nuevo modelo constitucional que implica que los servicios públicos dejaron de ser una expresión del poder de imperio del Estado, como una faceta más de la función administrativa, para convertirse en una actividad económica inherente a su finalidad social y que se despliega en un mercado en competencia, donde el Estado, como director general de la economía (Art. 334 CN), se reserva las atribuciones de regulación y control (365 y 370 CN).

Y puntualiza SÁNCHEZ:

De acuerdo con el marco constitucional y legal referenciado, la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma, por demás reiterada, ha puesto de relieve esa

333. MORENO, Op. cit., págs. 66-73

334. SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. Artículo ¿Las EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS SON ENTIDADES ESTATALES? (A propósito de la sentencia C 736 de 2007). Bogotá. Texto de la Especialización en Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. 2009.

concepción económica del servicio público asociada a las finalidades sociales del Estado y su deslinde claro con la función administrativa:

«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 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 otras 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 la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos; es así como la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (artículo 365); se defiere a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos –regulación y control– y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos (...) ³³⁵.

En el 2003 ³³⁶ la Corte Constitucional afirmó, tajantemente, que la Constitución asigna tanto contenidos como ámbitos normativos distintos a los conceptos de servicio público y función pública, los cuales no pueden ser asimilados de ninguna manera. Tal Doctrina de la Corte es la más aceptada hoy en el medio colombiano. Dice la Corte: «El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, el ejercicio de la autoridad inherente del (sic) Estado» ³³⁷.

Siguiendo la lógica de la Corte Constitucional, el prestador de servicios públicos no pierde su calidad de particular por virtud de su actividad, lo que no obsta para predicar el ejercicio de funciones públicas en aquellos casos en que, por mandato de la ley, se le autoriza a ejercer prerrogativas propias del poder público.

335. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, actor: Leandro Pájaro Balseiro, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la misma Sala: sentencia de 13 de mayo de 2004, Rad. AP-5001-23-31-000-2003-00020-01, actor: Jesús María Quevedo Díaz, M.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad. AP-25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: Exenober Hernández Romero, M.P. María Elena Giraldo Gómez; auto de 17 de febrero de 2005, Rad. 50001233100020030027701 (27673), actor: Rodrigo Villamil Virgúez, demandado: Nación-Ministerio de Comunicaciones y otros, M.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de 24 de febrero de 2005, actor: Alberto Poveda Perdomo, demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Rad. AP-41001-23-31-000-2003-01470-01, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, actor: Corporación Colombia Transparente ONG., demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 2 de marzo de 2006, Rad. AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, actor: José Omar Cortes Quijano, demandado: Municipio de Pereira, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01, actor: Jairo Vargas Londoño, demandado: Municipio de Puerto Tejada, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

336. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

337. *Ibid.*

Entre aquellas actuaciones que implican el ejercicio de prerrogativas propias del poder público la Corte menciona el señalamiento de conductas, el ejercicio de coerción y la expedición de actos unilaterales.

El Consejo de Estado, como lo hemos dicho desde un principio, circunscribió el ejercicio de funciones públicas por parte de los prestadores de servicios públicos sólo a ciertos eventos. Así, ya desde 1997 se refirió específicamente a «Los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios»³³⁸.

Entre estos últimos, el máximo órgano de lo contencioso administrativo incluyó:

La calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos (...) así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario, y por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones...³³⁹.

La preocupación principal del Consejo de Estado ha consistido en determinar los alcances de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De ahí, que una vez enlistados los actos de las ESP que implican el ejercicio de funciones públicas, la Corporación pase a establecer la procedencia de los mismos mecanismos de control de legalidad que se ha establecido para los actos administrativos proferidos por las autoridades públicas.

En el año 1999, en una importante aclaración de voto³⁴⁰, manifestó el Consejero RICARDO HOYOS DUQUE lo siguiente: «Es claro, por tanto, que por el solo hecho de que sea un servicio público que puedan prestar los particulares, no puede dársele la naturaleza de función pública».

338. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sala plena. Auto S-701 del 23 de septiembre de 1997.

339. *Ibid.*

340. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. ACU-833 del 29 de agosto de 1999, C.P. Alíer Hernández Henríquez.

En dicha aclaración de voto, cita al profesor JUAN MIGUEL DE LA CUETARA, quien afirma:

Esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos hoy ya desechada. No obstante, 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)³⁴¹.

En el mismo sentido, a propósito de los daños causados a un particular por la falta de mantenimiento de unos cables telefónicos, el Consejo de Estado afirmará en el 2005:

(...) que al no tratarse del ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que corresponda al ejercicio del poder público, incluso si de por medio está la prestación de un servicio público domiciliario –el de telefonía pública básica conmutada– la competencia para conocer de la controversia es de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁴².

Se concluye entonces que en el estado actual de la jurisprudencia tanto constitucional como contencioso administrativa (en especial de la Sección Tercera), puede predicarse el ejercicio de funciones públicas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en aquellos casos en los que su actuar implica el ejercicio de prerrogativas del poder público, lo cual es un error, por cuanto se está asimilando función administrativa, con ejercicio de potestades, de prerrogativas, y bien se sabe que la función administrativa muchas veces actúa sin prerrogativas, por ejemplo: fomento y promoción del deporte, la cultura, la recreación, la ciencia y tecnología.

341. DE LA CUETARA, Juan Miguel. La actividad de la administración. Madrid: Tecnos. 1983, p. 139.

342. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 27673 del 17 de febrero de 2005, C.P. Alíer Hernández Henríquez.

2.2.3.4 La opinión de expertos entrevistados

A varios de los expertos entrevistados³⁴³ para este trabajo, se les formuló la pregunta de si consideraban que prestar servicios públicos domiciliarios era ejercicio de función pública-administrativa, y así respondieron algunos de ellos:

- El profesor de la Universidad de los Andes GUSTAVO QUINTERO, manifestó que una cosa es función pública y otra es el interés general. Para él no hay función pública en la prestación de los servicios públicos, incluso cuando se ejercen potestades extraordinarias. Los prestadores privados también ejercen funciones de interés general.
- ALBERTO MONTAÑA, profesor de la Universidad Externado de Colombia, y magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expresó que el servicio público es función pública por su carácter teleológico. Preciso que en Colombia se han confundido dos conceptos: función pública y función administrativa. La Constitución colombiana, cuando utiliza la expresión «función pública» se refiere al Derecho laboral administrativo, y cuando utiliza la expresión «función administrativa» se refieren en general a toda la actividad del estado. En su opinión, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2003, utiliza bien y se refiere al concepto de función pública, no al de función administrativa.

Indicó que el concepto de función administrativa sirve para dos efectos: para referirse a la competencia del juez de lo contencioso-administrativo (Art. 82 C.C.A.: antes de la reforma introducida por la Ley 1107 de 2007) y para determinar la aplicación del régimen jurídico-administrativo (esto porque el derecho administrativo no es el de los organismos públicos, sino el de los fines de la administración). Así, siempre que estén en juego las finalidades de la administración, habrá Derecho administrativo en la medida en la que el legislador lo considere necesario.

- FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS, profesor universitario y magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que prestar servicio público siempre es ejercicio de función pública, entendiendo por ésta la referida a desempeñar actividades que, en condiciones normales, estarían a cargo del

343. Entrevistas realizadas en Bogotá y Medellín durante el año 2008.

Estado, posición que queda, a su juicio, sentada con la sentencia C-037/03. Con el anterior criterio, quedaría entonces descartada la falsa distinción entre actividades de gestión y actividades de poder público, según la cual sólo implican ejercicio de función pública las últimas, lo que ocurre es que en ellas está su núcleo duro, pero las otras no quedan descartadas.

- RICARDO HOYOS, ex Consejero de Estado de la Sección Tercera, hoy consultor y abogado litigante, señaló que se trata de un tema con connotación histórica, ya que en algún momento se llegó a decir que siempre que se prestaba un Servicio Público estábamos frente a ejercicio de una función pública, cuestión que se explica por el origen mismo del Derecho Administrativo.

Hoy, como la prestación no está en cabeza exclusiva del Estado no podría hacerse tal asimilación, lo que lleva a concluir necesariamente que en la descentralización por colaboración no siempre hay cumplimiento de funciones públicas. Habrá que analizar caso por caso con el criterio del ejercicio de poderes públicos, gracias a los cuales el particular queda de alguna manera «desprotegido».

- FELIPE DE VIVERO, profesor de la Universidad de los Andes, asesor jurídico y abogado litigante, expresó categóricamente que no. Prestar servicios públicos no constituye ni un ejercicio de función pública, ni un ejercicio de función administrativa.
- JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, profesor de la Universidad Externado de Colombia, tratadista y consultor, consideró que el ejercicio de función pública no es una derivación de la prestación de servicios públicos, hoy son nociones deslindadas aunque en algún momento podían tratarse como sinónimas. El ejercicio de función pública implica desempeño de funciones propias estatales que traen consigo actos de autoridad; mientras que la prestación de servicios públicos es sólo una actividad prestacional de asistencia que excepcionalmente implica ejercicio de autoridad, por ejemplo con la emisión de la factura.
- JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ, magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, opinó que la respuesta depende de lo que se entienda por función pública, pero desde una perspectiva general, entendiendo la función pública

como el género y la función administrativa como la especie, lo que podría afirmarse es que prestar servicios públicos sí es prestar función pública pero no función administrativa.

- JOSÉ IGNACIO MADRIGAL, juez administrativo de Medellín, sentenció que hoy no puede afirmarse ni que prestar servicios públicos es igual a prestar función pública, ni que prestar servicios públicos es igual a prestar función administrativa.
- GABRIEL JAIME VELÁSQUEZ, Asesor Jurídico de Empresas Públicas de Medellín y profesor universitario, conceptuó que función pública es el género, función administrativa es la especie y es con esta última que podemos identificar la prestación de SSPP, gracias a que el Estado sigue siendo el garante de la misma.
- PILAR ESTRADA, jueza administrativa de Medellín, y profesora universitaria, manifestó que como el Estado sigue ahí, continuaremos hablando de función pública, pero, sólo en lo que toca con los núcleos esenciales irreductibles de la prestación, que siempre serán responsabilidad del Estado. Dichos núcleos esenciales no están definidos todavía, pero pueden referirse a estándares mínimos de calidad, de costos y de cobertura.

2.2.3.5 El tema en materia de acciones populares

El profesor y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, HERNÁN DARÍO VERGARA, adelantó durante los años 2005 y 2006, una investigación sobre el tratamiento dado al concepto de función administrativa, por la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre los años 1998-2004, en materia de acciones populares³⁴⁴.

El tema es bien importante para la definición de la jurisdicción competente, por cuanto el artículo 15 de la Ley 472 señala:

344. VERGARA, Hernán Darío. Transformaciones del concepto de función administrativa en la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA en el período 1998-2004, en fallos de acciones populares. Medellín, 2008. 166 p. Investigación para optar al título de Magíster. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

ARTÍCULO 15. La jurisdicción de lo contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones originadas en actos acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

Es decir, la norma condiciona la competencia de la jurisdicción administrativa al hecho de que se esté en presencia del ejercicio de funciones administrativas. Después de hacer un análisis sobre el concepto de función administrativa, y de analizar las sentencias del Consejo de Estado, HERNÁN DARÍO VERGARA, llega entre otras, a las siguientes conclusiones:

- No existe un significado unívoco de función administrativa, y por eso se concluye que ella, por su complejidad, es un verdadero concepto jurídico indeterminado.
- Varias sentencias que denomina *sentencias explícitas*, en la medida en que ponen en evidencia las razones que configuran la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de acciones populares; el Consejo destaca que su competencia radica en un criterio material, de tal manera que lo importante es que tanto los particulares como los entes públicos, cumplan función administrativa.
- Otro grupo de sentencias no se detienen a determinar si de por medio existe o no el cumplimiento de una función administrativa, *sentencias implícitas*, por no hacer expresas las razones que le dan la competencia a dicha jurisdicción.
- Algunas decisiones afirman que la presencia de una actividad a cargo del Estado no es necesaria para determinar si dicha jurisdicción es competente; simplemente lo aceptan al advertir la presencia de una entidad pública, es decir, acuden a un criterio orgánico.
- En materia de servicios públicos, el Consejo de Estado, salvo algunos casos excepcionales, no se detiene a considerar expresamente si ellos constituyen o no una función administrativa del Estado. Las decisiones, prácticamente asumen que sí lo son.
- Sobre los servicios públicos domiciliarios, se halla también una realidad jurisprudencial diferente al interior del Consejo de Estado, pues en las sentencias

de la Sección Tercera, al menos desde el año 2004, es más insistente la consideración de que tales servicios no constituyen una función administrativa, sino una actividad económica, las demás Secciones, o son más tímidas en esa estimación, o simplemente siguen considerando que dichos servicios son actividades a cargo del Estado y dan por sentado que siguen siendo típicos del cumplimiento de su función administrativa³⁴⁵.

2.2.3.6 Resultado y aporte de la investigación

Desde la perspectiva que se ha tratado de enfocar, durante todo el trabajo, en el sentido de que los conceptos Estado, administración, Derecho administrativo, función pública-administrativa, servicios públicos, no sólo están presentes allí donde exista una entidad pública (criterio orgánico, subjetivo, formalista), sino que además comprenden ámbitos y espacios mucho más amplios y comprensivos (que corresponden a criterios materiales, objetivos, funcionales, finalísticos, teleológicos), como son los conceptos de interés público, interés general, patrimonio público, necesidades colectivas, finalidades sociales del Estado, bienestar general; no hay duda de que los servicios públicos domiciliarios aun en el llamado nuevo modelo, continúan siendo manifestación y ejercicio de función pública-administrativa.

La función pública, como ya se ha dicho, es todo aquello que está a cargo del Estado, bajo la responsabilidad del Estado, bajo la regulación del Estado, bajo el control, la inspección y vigilancia del Estado; bien sea directa o indirectamente a través de particulares. Por su parte, una manera de entender la función administrativa como una de las especies de la función pública, es a través del criterio residual³⁴⁶. En efecto, si dentro del género de función pública encontramos las siguientes especies de actividades o funciones principales: la legislativa, la jurisdiccional, la de control, la electoral, y la administrativa; una forma de saber ¿qué es función administrativa? es afirmando que será todo aquello de lo que se ocupa o atiende el Estado que no corresponda a sus demás funciones.

Pues bien, sin lugar a dudas, los servicios públicos, y dentro de ellos los domiciliarios, por ser una actividad inherente a la función social del Estado, por

345. *Ibíd.*, págs. 139-150.

346. Sobre los criterios para definir función administrativa, puede verse el trabajo de VERGARA, Hernán. *Op. cit.*, págs. 19-23. Allí cita además del residual: Teoría del contenido, Teoría de la jerarquía, Teoría de la practicidad, Teoría de los servicios públicos; además del criterio orgánico.

tener como finalidad la satisfacción de necesidades colectivas, y por estar bajo la regulación, control, inspección y vigilancia del Estado, significa ni más ni menos, que están bajo la responsabilidad y dirección del Estado.

Y dado que prestar servicios públicos, dentro del género de función pública, no es una actividad legislativa, ni jurisdiccional, ni de control, ni electoral, quiere decir que es administrativa. Cosa distinta es aceptar que no todas las relaciones y actividades que desarrollan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se cumplan o se ejecuten a través del ejercicio de la función administrativa, pero ello no le quita el carácter de función administrativa a los servicios públicos, cuando mucho, en algunos casos, se atenuará, pero nunca hasta el punto de vaciarla totalmente de su connotación administrativa.

Es más, el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 establece que la función administrativa «...busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución». , lo cual coincide plenamente con la finalidad de los servicios públicos, es decir, son conceptos coincidentes cuando se analizan no desde su prestador, sino desde su finalidad.

Como resultado y aporte de la investigación, veamos las múltiples razones y argumentos para afirmar que los servicios públicos domiciliarios son manifestación de función pública-administrativa:

- Cuando los servicios públicos domiciliarios son prestados por empresas oficiales y empresas industriales y comerciales del estado, al ser ambas entidades estatales, y su personal estar clasificado como servidores públicos, por esa sola circunstancia, legal y estatutaria, se predicará de ellas, el ejercicio de funciones públicas-administrativas.
- Cuando los servicios son prestados por Empresas mixtas o privadas con participación de capital estatal, por el hecho de manejar recursos públicos, estaremos en presencia de una función pública-administrativa, de ahí la presencia del control fiscal a través de las Contralorías.
- Cuando los servicios son prestados por una empresa privada 100%, también allí se está en presencia de ejercicio de función pública-administrativa, dado

que sus relaciones con los usuarios (peticiones, quejas, recursos, reclamos por facturación, etc.) se desarrollan a través de procedimientos administrativos, con la expedición de actos administrativos, con la posibilidad de configuración de silencio administrativo positivo, con agotamiento de vía gubernativa, de conformidad con lo establecido por los artículos 152 a 159 de la Ley 142 de 1994.

- Según el artículo 209 de la Constitución, la función administrativa se desarrolla y se manifiesta a través de la descentralización; ya la Corte en numerosas ocasiones ha expresado, que la prestación de servicios públicos por particulares, es una de las formas de la descentralización por colaboración, es decir, es una de las maneras de que un particular cumpla funciones públicas-administrativas³⁴⁷. De ello, se desprende entonces, que si prestar servicios públicos es una de las formas de descentralización por colaboración, y la descentralización por colaboración significa el ejercicio de funciones administrativas por particulares, quiere ello decir, que prestar servicios públicos es función administrativa.
- En consonancia con lo anterior, el hoy Procurador General de la Nación y ex Consejero de Estado, ALEJANDRO ORDOÑEZ, afirma lo siguiente: «Estamos frente a un caso paradigmático de descentralización por colaboración en la que los particulares participan en las empresas de servicios públicos mixtas o en la creación de empresas privadas»³⁴⁸.
- Tanto el artículo 38, como el 68 de la Ley 489 de 1998, al definir ¿qué es una entidad descentralizada? incluye aquellas que se crean para la prestación de servicios públicos, sin hacer distinción o excepción alguna.
- En el caso de la energía, señala lo siguiente la Ley 143 de 1994:

Artículo 5° La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a **satisfacer necesidades**

347. Ejemplos de ello, son las siguientes providencias de la Corte Constitucional: C- 866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C- 286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C- 702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, C- 166 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, C- 543 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C- 492 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C- 181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, C-167 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, y C-736 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Y en sede de tutela: T-638 de 1998, T-321 de 1999, T-693 de 1999.

348. ORDOÑEZ, Alejandro. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos ¿Servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas? En: Revista Series. Deloitte. Junio 2008. p. 39.

colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de **utilidad pública**.

Artículo 83. En la interpretación y aplicación de esta ley se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los **postulados que rigen la función administrativa** y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos. (Negrillas fuera de texto)

- La Corte Constitucional en Sentencia C-815 de 2001 MP Rodrigo Escobar Gil, expresó con claridad:

La prestación de los servicios públicos por particulares, a su vez, se realiza de acuerdo con las modalidades contractuales que determina el legislador, (...) a cambio de una contraprestación que acuerden las partes. **Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la Administración, ello es así, porque ocupan el lugar de aquella y por lo tanto deben actuar con fundamento en los pilares que gobiernan el desarrollo de las funciones públicas**, es decir, de acuerdo con los postulados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución) (Negrillas fuera de texto)

- En materia del servicio público de agua potable, el artículo 366 de la Constitución lo declara como objetivo y finalidad fundamental del Estado. Y lo que es fin del Estado, constituye función pública.
- En la sentencia que más citan los enemigos de que los servicios públicos sean función pública-administrativa, la C-037 de 2003, se afirma que «los servicios públicos están a cargo del Estado». Y debe recordarse que lo que está a cargo del Estado es función pública por naturaleza. Muy seguramente argumentarán, que esa afirmación es simple obiter dicta y no ratio decidendi, clasificación ésta, que está sirviendo hoy para descartar de ciertas sentencias las partes que no son del agrado del intérprete de turno³⁴⁹.

349. Es el caso de lo que ha sucedido con la Sentencia C-736 de 2007, frente a la cual, la integración mayoritaria de la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA viene diciendo que la parte motiva de dicha sentencia es simple obiter dicta, y que lo único que vincula es la parte resolutive, entonces no se explica uno cómo es vinculante la parte resolutive de una sentencia, si a su motivación no se le da el carácter de *ratio decidendi*, ¿estaremos ante un fallo inmotivado?

- Incurren en un error, quienes asimilan el ejercicio de funciones públicas-administrativas, a la existencia necesaria de potestades, prerrogativas, cláusulas exorbitantes. Eso es seguir confundiendo lo estatal y lo público, única y exclusivamente con manifestaciones de poder y autoridad. La función pública-administrativa no se agota en el simple ejercicio del poder. Esa fue la gran enseñanza del maestro DUGUIT³⁵⁰, el hacer ver que el Estado más que poder, tiene a su cargo una responsabilidad mayor: la solidaridad, el satisfacer necesidades colectivas. Son muchas las actividades del Estado que comportan ejercicio de función pública-administrativa, sin que necesariamente esté investido para ello de prerrogativas especiales, tal es el caso de temas como la cultura, la recreación, el fomento, la ciencia y tecnología, promoción del deporte, y también la prestación de servicios públicos, incluidos los domiciliarios.
- Existe un pronunciamiento reciente del Consejo Superior de la Judicatura que al resolver un conflicto de competencia, entre la jurisdicción civil y la administrativa, en un caso de Acción popular, sostuvo que una Empresa privada prestadora del servicio de acueducto y alcantarillado, ejercía función administrativa y por ello determinó remitir el proceso al juez administrativo. Veamos:

Se trata de una Sociedad constituida bajo las reglas del derecho privado, organizada como Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, cuya actividad económica es la distribución y comercialización de Acueducto y alcantarillado según da cuenta de ello el Certificado de Matrícula en el Registro Mercantil que figura en el expediente (fls. 44 a 46), la Sala debe analizar si los actos y omisiones que se le endilgan como causantes de la vulneración de los derechos colectivos a la comunidad, efectivamente corresponden al exclusivo dominio del derecho privado, o si por el contrario la ley las considera propias del desempeño de funciones administrativas.

(...)

Sin embargo, de la especie de actos supuestamente omitidos por la Empresa según los expuestos por el actor en el asunto objeto de estudio, la Sala no encuentra predicable la plena autonomía particular ni la subordinación de los mismos a las reglas exclusivas del derecho privado, como quiera que tales obligaciones aparentemente insatisfechas en detrimento de los derechos colectivos de la comunidad de Sincelejo (Sucre), indudablemente atañe a los

350. DUGUIT, León. Op. cit.

deberes que subyacen en cabeza del Estado conforme al artículo 365 de la Constitución Política.

Luego, sustentado el agravio a los derechos colectivos, en el presunto incumplimiento de una serie de obligaciones y deberes concernientes a la prestación segura y eficiente del servicio público de acueducto y alcantarillado, pues en el contexto fáctico de conductas y omisiones imputables a la accionada, el vocero de la comunidad agudiza en el deficiente acceso al servicio de acueducto y alcantarillado de acuerdo a los hechos de la demanda, para esta Colegiatura, de conformidad con las normas constitucionales y legales vistas en precedencia, ello trasciende el límite de las actividades meramente industriales o de naturaleza económica, **para ubicarse en el desempeño propio de las funciones administrativas que por delegación del Estado les compete a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.**

Por consiguiente, la Acción Popular interpuesta en el sub examine, desde un principio debió ser aprehendida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues de acuerdo con las reglas sentadas en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, cuando el sujeto demandado sea una persona privada en desempeño de funciones administrativas como ocurre en este caso, la competencia le corresponde privativamente a ésta, y desde luego la Sala habrá de proceder de conformidad dirimiendo el presente conflicto a favor de la misma, representada por el citado Tribunal³⁵¹. (Negrillas fuera de texto)

Para concluir aquí el análisis que hemos realizado, en este segundo capítulo, de la supuesta Huida del Derecho administrativo, retomamos a RIVERO YSERN, quien citando a GARCÍA DE ENTERRIA y a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, afirma:

Si se utiliza el Ordenamiento jurídico privado, ello no implica, como han destacado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, una liberación de la sumisión a la legalidad de Derecho público que a la Administración necesariamente alcanza por su carácter de organización política. No se trata, por tanto, de una abdicación del Derecho público en la regulación de la Administración; más bien de la utilización por ésta, instrumentalmente, de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica (84)³⁵².

351. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA. Sentencia de 10 de septiembre de 2008. Exp. 110010102000200801954 00. Citada por MARÍN, Fabián. El juez de los operadores de los servicios públicos domiciliarios Op. cit.

352. RIVERO YSERN, Enrique. Op. cit., p. 52.

CAPÍTULO III

LÍMITES Y CONTROLES A LA HUIDA: TRANSFORMACIONES Y TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

b

Ante la arremetida de las privatizaciones y capitalizaciones, el traspaso de funciones públicas o prestación de servicios públicos a particulares, la administración de recursos públicos por particulares, la creación por el Estado de sociedades o empresas de fachada aparentemente privada, y el sometimiento de entidades públicas a normas de derecho privado, se genera la preocupación de si eso es absolutamente normal, y si debe aceptarse sin condicionamiento alguno, o si por el contrario se debe hacer una defensa del Derecho administrativo y de lo público en general.

Sin duda alguna en presencia de realidades ineludibles, aferrarse al Derecho administrativo tradicional no parecería ser lo más razonable, pues los nuevos escenarios económicos, empresariales, competitivos, requieren de instrumentos jurídicos que permitan flexibilidad, agilidad y prontitud en la realización de negocios o acuerdos; lo que al parecer, según la percepción generalizada, no se logra con las normas tradicionales que rigen el Estado y la actividad pública, que se caracterizan, muchas veces, por su procedimentalismo excesivo y rigorismo en trámites y solemnidades, que a juicio de las nuevas tendencias, atentan contra la eficiencia y la economía.

Pero si bien la defensa a ultranza del Derecho administrativo no pareciera lo razonable, tampoco lo es el aceptar pacíficamente que el ejercicio de ciertas funciones públicas-administrativas, la prestación de servicios públicos domiciliarios, y el régimen de entidades con participación estatal, se sometan en todo, y sin excepción alguna, a las normas del Derecho privado que tradicionalmente ha regulado las relaciones entre particulares.

Es decir, está bien no mantener la tesis extrema del Derecho administrativo, pero tampoco es sano ni aceptable dar un giro incondicional y sin límites hacia el Derecho privado de los particulares, pues ambos extremos conllevan a abusos y extralimitaciones por parte de los operadores jurídicos, en especial por parte de las empresas frente a la parte más débil de la relación, que son los usuarios.

Lo que se propone a continuación, como **aporte y resultado de la investigación**, es explorar e indagar una serie de instituciones, figuras, principios, procedimientos, técnicas, que actuarían a título de límites, controles ante la supuesta huida del derecho administrativo y configurarían, de paso, lo que denominaríamos **las nuevas tendencias y transformaciones del Derecho administrativo**, permitiendo el desarrollo del nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios, pero impidiendo el abuso por parte de las empresas, que han visto en el derecho privado un cheque en blanco para «hacer y deshacer», olvidándose de su razón de ser: los usuarios y la prevalencia del interés general.

Como **aporte y resultado de la investigación**, éstas son las figuras e instituciones que podrían servir de límite y control a la huida, y que constituyen las **transformaciones y nuevas tendencias del Derecho administrativo**³⁵³, las cuales deben estudiarse más a fondo en Colombia, y sobre las que se debe trabajar en los próximos años desde la academia, la doctrina y la jurisprudencia:

1. El Derecho administrativo privado
2. La teoría de los actos separables
3. La teoría del levantamiento del velo
4. La reserva constitucional del derecho y del juez administrativo
5. El derecho administrativo global
6. La teoría de la autorregulación regulada
7. Los principios del Derecho comunitario europeo y decisiones del TJCE

353. Se advierte que el propósito es simplemente enumerarlos, citarlos, describirlos brevemente- por cuanto cada uno de los numerales podría originar un trabajo independiente-, enfatizando en el tema de los principios de la función administrativa, porque consideramos que es el instrumento idóneo y más efectivo para limitar la supuesta huida del Derecho administrativo en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

8. Derecho económico-derecho de la competencia-análisis económico del Derecho
9. Regulación y estricto control
10. Derecho de los usuarios. In dubio pro usuarios
11. Los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal

3.1 EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRIVADO³⁵⁴

En el Derecho alemán existe –para la administración pública– el llamado principio de la libertad de elección, según el cual, la administración decide si para el cumplimiento de sus funciones públicas se somete al derecho público o al derecho privado. Pero dicha libertad está condicionada, en todo caso, a que la administración así opte por el Derecho privado, debe respetar y cumplir los derechos constitucionales fundamentales, así como los principios generales del Derecho administrativo, y es eso lo que se llama **Derecho administrativo privado**³⁵⁵. Con ello queda claro que el Derecho privado aplicable a la administración, no es el mismo derecho privado que regula las relaciones entre los particulares, sino que se trata de un Derecho amplificado, cualificado por los principios generales del Derecho administrativo y por los derechos constitucionales fundamentales.

Debe precisarse, en todo caso, que en la teoría original alemana, el Derecho administrativo privado tiene aplicabilidad siempre y cuando se esté frente a actuaciones y ejercicio de funciones públicas-administrativas, y no cuando se esté frente a actuaciones de índole mercantil. Al respecto, señala GONZÁLEZ VARAS-IBAÑEZ:

Pero el Derecho administrativo privado tiene un ámbito de aplicación limitado. No entra en escena cuando la Administración realiza una simple actuación mercantil, ya que el régimen jurídico previsto en este caso es, simplemente, el de Derecho privado. En este sentido, sólo rige cuando la Administración crea un ente que cumpla una función administrativa (*öffentliche Aufgabe*). Pero a su vez, tampoco puede admitirse respecto de Administraciones que realicen funciones soberanas o de autoridad (*Hoheitsverwaltung*).

354. En Alemania este concepto utiliza la expresión: *verwaltungsprivatrecht*. Puede verse en MONTROYA MARÍN, Encarnación. *Las Empresas públicas sometidas al derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1996, págs. 107-111.

355. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *El Derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo S. A., 1996, p. 93.

Encaja, así dentro de la «Administración prestacional» (Leistungsverwaltung), pero no dentro de la «Administración de limitación» (Eingriffsverwaltung). Desde el prisma jurídico español, puede decirse que su ámbito de aplicación se centra esencialmente en torno a la gestión de servicios públicos. La propia doctrina alemana hace girar su ámbito de aplicación en torno a la Daseinsvorsorge (servicios públicos)³⁵⁶.

Lo relevante de esta teoría, es que la misma se ha concebido para ser aplicada particularmente en el sector de los servicios públicos, lo cual genera otra conclusión importante, y es que cuando se habla de huida del Derecho Administrativo, se refiere a casos en que se trate de ejercicio o cumplimiento de funciones públicas, y el Derecho administrativo privado al ser una respuesta a la huida, quiere decir que es para eventos en los que hay ejercicio de funciones públicas, y si se afirma que el Derecho administrativo privado es procedente en el caso de los servicios públicos, se está aceptando que prestar servicios públicos sí constituye ejercicio de función pública-administrativa.

Sobre la aplicabilidad de esta teoría a los servicios públicos expresa GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, lo siguiente:

«El Derecho administrativo privado está, así, pensado para cualquier tipo de competencia administrativa, si bien su campo de aplicación principal es el de los servicios públicos; también en el Derecho alemán, tal teoría se aplica respecto de entidades que realizan competencias culturales, consultivas o de dirección económica, fuera pues de su ámbito de aplicación genuino, que es el de los servicios públicos»³⁵⁷.

Una manifestación clara en Colombia del llamado Derecho administrativo privado, podría desprenderse del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, ya que señala que las entidades estatales exceptuadas del régimen contractual público, igualmente, deben respetar los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política, los principios de la gestión fiscal del artículo 267 de la misma Carta Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública. Es decir, su contratación de derecho

356. *Ibid.*, págs. 105-106.

357. *Ibid.*, p. 127.

privado, debe ceñirse a los principios constitucionales de la actuación administrativa, como por ejemplo, la publicidad, la imparcialidad, la moralidad y la transparencia.

3.2 LA TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES

Esta teoría³⁵⁸ indica que aun en relaciones jurídicas sometidas a Derecho privado, hay que distinguir aquellos procedimientos, trámites, actuaciones y decisiones previas que anteceden la relación misma y su ejecución. El caso más evidente puede encontrarse en materia contractual, cuando por ejemplo una entidad pública o mixta que en materia contractual no esté sometida a las normas del estatuto de contratación pública, sino a normas y reglas de derecho privado, no obstante ello, se establece que por tratarse de entidades estatales, o por estar de por medio la utilización de recursos públicos, o por la necesidad de defender y garantizar la prevalencia del interés general, las actuaciones previas a la celebración del contrato estarían sometidas a normas de Derecho público-administrativo.

Así entonces, el contrato como tal se regiría por el Derecho privado, pero las actividades anteriores a su celebración seguirían la línea del Derecho público-administrativo. Pero tal separación, no solo implica distinguir el régimen jurídico aplicable, lo que equivale a afectar la parte sustancial, sino que además trae consecuencias en cuanto a la jurisdicción competente. En un contrato regulado por normas privadas, lo lógico parecería que el juez de sus controversias sea el juez ordinario³⁵⁹, en materia de los llamados actos separables, los litigios sobre los mismos serían de conocimiento del juez administrativo.

358. Sobre la teoría de los actos separables ver: A. CARRETERO. La teoría de los actos separables, RAP 61, 1960, p. 83 y ss.; M.F. CLAVERO ARÉVALO, REVL 164 1969, p. 545; G. FERNÁNDEZ FARREDES, La subvención: Concepto y régimen jurídico, Madrid, 1983, p. 301 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho administrativo, Madrid, 1995, págs. 51 y 383 y ss.; J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, RAP 36, 1961, p. 147 y ss.; del mismo autor, RAP 28, 1959, p. 227 y ss.; B-F. MACERA-TIRAGALLO. La teoría francesa de los actos separables y su importación en el Derecho público español, Barcelona, 2001 pp. 131 y ss.; E. RIVERO YSERN, «¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos al Derecho privado?», Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo (I), Madrid, 1994, p. 701; del mismo autor, RAP 86, 1978, p. 52. Bibliografía sugerida por GONZÁLEZ –VARAS en su artículo sobre el tema.

359. En este punto debe advertirse, que en Colombia a partir de la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, Decreto-Ley 01 de 1984, el régimen jurídico aplicable a los contratos no determina necesariamente el juez competente, por cuanto dicha ley consagró un criterio más de carácter orgánico y subjetivo que material o funcional, y por ello, una empresa de servicios públicos domiciliarios, así su contratación sea por regla general de derecho privado (artículo 31 de la Ley 142 de 1994), si la misma es una entidad pública, el juez de sus contratos será el juez de lo contencioso-administrativo, así su régimen contractual sea de derecho privado.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante, en un excelente artículo³⁶⁰ y a través de la cita de múltiples decisiones del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, explica cómo esta **teoría de los actos separables** ha tenido aplicabilidad en el sistema jurídico español, la cual es denominada allí como una técnica procesal que debe aplicarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aquellos casos de frontera entre el Derecho público y el Derecho privado. De dicho artículo resaltamos los siguientes apartados:

Cuando el empleo del Derecho privado, en el contexto de la liberalización económica, es más frecuente, puede hacerse necesario un mayor empleo de esta teoría de los actos separables (como se argumenta en una STS de 20 de marzo de 1999, «la evolución del Monopolio de Petróleos, desde su creación en 1927, hasta su prevista desaparición con motivo de la integración en la CEE, ha ido acentuando el carácter privado de las relaciones con las entidades que con aquel contratan y la limitación de las relaciones de supremacía especial», aplicando seguidamente dicha teoría al caso planteando)³⁶¹.

Citando un auto del Tribunal Supremo Español (ATS), señala: «Pero, en segundo lugar, este ATS de 19 de febrero de 1996 sujeta *esta* actividad de Derecho privado al Derecho público, así:

Norma ésta que no impide, sino que más bien sirve de punto de apoyo a la doble calificación administrativa y civil, según los casos de la actividad en el ámbito de la contratación. Por ello las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico y estos actos, que por su naturaleza intrínseca son administrativos, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así pues, el presente auto concluye que la jurisdicción contencioso-administrativa ha de conocer de las pretensiones del recurrente frente a la convocatoria del concurso y su adjudicación, sin atender a la alegación de la parte que afirmaba el carácter civil del asunto litigioso³⁶².

360. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Entidades de Derecho privado y jurisdicción contencioso-administrativa. Ponencia con motivo del Seminario sobre La relación entre lo público y lo privado en el Derecho Administrativo, celebrado el 27 de septiembre de 2004, en el Palacio de la Aljafería, Zaragoza-España. 38 p.

361. *Ibid.*, p. 4.

362. *Ibid.*, p. 5.

Refiriéndose al uso de la teoría de los actos separables por parte de la jurisdicción, señala GONZÁLEZ:

En la praxis judicial son característicos los litigios en los que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo examinan si el contrato es administrativo o civil con la consecuencia en este último caso de declarar inadmisibile el recurso a salvo de si aquél se refiere a la fase de preparación o adjudicación del mismo, aplicando el régimen de los actos separables³⁶³.

Esta teoría, en materia de servicios públicos domiciliarios, podría aplicarse en Colombia de la siguiente manera: aquellas empresas que sean consideradas entidades públicas, es decir, las ESP oficiales, las ESP con participación estatal mayoritaria³⁶⁴ y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, si bien sus contratos, a la luz del artículo 31 de la Ley 142, analizado en el capítulo anterior, se someten a reglas de Derecho privado, podría llegar a sostenerse, que lo único que se somete a Derecho privado es el contrato como tal y su ejecución, pero su fase preparatoria, de selección del contratista, es decir, todas las actuaciones previas a la celebración misma del contrato, serían actos separables (típicos actos administrativos) regulados por la normativa administrativa (primera parte del Código Contencioso Administrativo-Decreto-Ley 01 de 1984), y de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo³⁶⁵.

3.3 LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La posibilidad de que el Estado intervenga en actividades de índole comercial, industrial, empresarial y en competencia con el sector privado, ha llevado a que el legislador le autorice utilizar una serie de figuras de entidades, de personas jurídicas,

363. *Ibid.*, p. 9

364. Se advierte que en nuestra opinión de acuerdo con la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, analizada en el capítulo anterior, las ESP privadas, cuando tengan capital estatal, es decir inferior al 50 %, y las ESP Mixtas con capital estatal igual del 50 %, también deben considerarse entidades públicas, estatales, descentralizadas, pero dado que la doctrina mayoritaria y la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, se inclinan por considerar estatales y públicas solo las ESP de participación estatal superior al 50 %, por ello no incluimos en esta reflexión, las ESP de capital estatal del 50 % ó menos.

365. Hoy, a la luz de la Ley 1007 de 2006, es claro que dichas empresas por ser estatales-públicas, independientemente de su régimen contractual público o privado, están sometidas en sus controversias y litigios al juez administrativo; pero en caso de que ello no fuera así, por un cambio legislativo, se llegaría a la misma conclusión, a través de la teoría de los actos separables.

tipos de sociedades, etc., pero tal autorización puede convertirse en un instrumento a través del cual lo que se busque sea evadir ciertos regímenes jurídicos, procedimientos, controles y responsabilidades. Es decir, se acude a determinada personalidad jurídica, se crean cierto tipo de sociedades o empresas, abusando de tales fachadas, sin que la entidad creada corresponda efectivamente a la verdadera naturaleza jurídica de la actividad que se pretende cumplir con ella. No hay entonces coincidencia entre la forma y el objeto, entre la calidad del sujeto y la auténtica actividad a desarrollar.

Sin duda alguna, en tales casos, se está frente a un abuso de las formas jurídicas, se utiliza una «fachada», una «máscara», un «disfraz», dando a entender que se trata de determinado tipo de sociedad o de empresa, pero que en la práctica nada tiene que ver con su verdadero fin, con su actividad principal, con su objeto o razón social, pero se acude a dicha forma empresarial con el fin de eludir obligaciones o deberes que se deberían acatar si se hubiese adoptado la persona jurídica indicada para esos casos.

Con el fin de controlar, limitar e impedir el indebido uso de las formas jurídicas al momento de crearse una persona jurídica, o desenmascarar el comportamiento fraudulento de dicha personificación, se ha elaborado la llamada **teoría del levantamiento del velo**³⁶⁶.

Al levantamiento del velo, entonces, se acude por parte de los jueces y órganos de control, cuando se perciba que se está en un caso concreto frente a un abuso de la personificación jurídica, o un engaño o fraude a la ley, un abuso de Derecho,

366. Sobre el levantamiento del velo algunos trabajos son: L. ALVAREZ DE TOLEDO, Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento. Madrid, 1997.; C. BOLDÓ RODA, Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español, Pamplona, 1996; J.M. EMBID IRUJO. Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y en el español. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), No. 599, y del mismo autor: En torno al levantamiento del velo de la personalidad jurídica de una sociedad anónima; La Ley, 1990-4 p. 612 y ss.; S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ. Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local. En: Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA) 274-275, 1997, p. 361 y ss.; F. LEFEBVRE. Responsabilidad de administradores. Levantamiento del velo, Madrid, 1998; C. MOLINA NAVARRETE. Persona jurídica y disciplina de grupos de sociedades. Zaragoza, 1995 p. 45 y ss.; G. MOLINER TAMBOLERO. El levantamiento del velo de las personas jurídicas en la jurisprudencia laboral. En: Libro Homenaje a Antonio Hernández Gil, Madrid 2001, Volumen III p. 3251 y ss.; P. PANTALEÓN PRIETO. Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984. CCJC, 1984, pp. 1711 y ss. Bibliografía sugerida por GONZÁLEZ-VARAS en su artículo citado.

un daño o perjuicio a terceros, una vulneración de derechos, o ante un posible enriquecimiento injusto³⁶⁷.

En palabras de GONZÁLEZ-VARAS:

La doctrina del levantamiento del velo se enfrenta, pues, con el supuesto de las sociedades que «sirven de pantalla»; siguiendo la jurisprudencia civil, el fraude se constata cuando al «levantar el velo de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testaferros de otra personalidad, que es la que se debe tener por existente» (STS de 24 de diciembre de 1988, Sala 1ª, Ar.9816).

El mérito de esta doctrina está en su espíritu garantista en favor de los terceros perjudicados, permitiendo responsabilizar a los sujetos que se amparan fraudulentamente bajo la cobertura de la sociedad con el fin de que aquéllas asuman las consecuencias jurídicas derivadas de su actuación. Entonces, estos fines prevalecen frente al dogma de fe de la personificación y en este sentido, la jurisprudencia viene a reconocer la primacía del valor de la «justicia material» sobre el valor «formalista de la personificación jurídica». O, quizá, a efectos de conciliar ambos pueda decirse que «no es de reconocer la independencia de dos distintas personalidades cuando al levantar el velo de una apariencia legal se descubre la inconsistencia de la personalidad jurídica de una determinada sociedad» (STS de 16 de marzo de 1992, Sala 1ª, Ar.2189).

Por todo ello, esta teoría del levantamiento del velo pretende revelar la «verdad material subyacente» (STS de 8 de febrero de 1996, Sala 1ª, Ar.862) frente a la «apariencia», pues puede en efecto que «sólo en apariencia la entidad mercantil funcione con independencia de su persona» (STS de 9 de julio de 1987, Sala 1ª Ar.5209; STC 14/1986 FJ 8º)³⁶⁸.

Por su parte, el profesor ARIÑO, al cuestionar la supuesta libertad de formas al momento de crearse entidades o empresas por parte del Estado, o con participación de capital público, afirmó:

Así pues, debemos rechazar el principio de libertad de elección de formas: el Estado no puede elegir, en aras a una pretendida eficacia, la forma que más

367. *Ibíd.*, p. 14.

368. *Ibíd.*, págs.14-15.

cómoda le resulte para el ejercicio de sus funciones. Este es un planteamiento erróneo. Las «formas» elegidas para la realización de sus actividades deben adecuarse al contenido de éstas, sabiendo que, si la forma jurídico-mercantil (sociedades) impone un régimen jurídico de esa naturaleza, ésta no deberá utilizarse cuando tales actividades hayan de estar sometidas a las exigencias básicas del derecho público: control parlamentario, legalidad, financiación pública, respeto a los derechos fundamentales (de igualdad, etc.), fiscalización previa de sus actos³⁶⁹.

La teoría del levantamiento del velo, se ejemplifica en Colombia, de alguna manera, en dos disposiciones de rango legal, a saber:

En la Ley 190 de 1995, conocida como Estatuto Anticorrupción, cuyo artículo 44 prescribe que: «Las autoridades judiciales **podrán levantar el velo** corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta». (Negrillas fuera de texto)

Y en la Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, cuando en su artículo 37 señala que:

Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley.

3.4 LA RESERVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

Una manera de conservar la vigencia y prevalencia del Derecho y del juez administrativo para regular las entidades estatales o aquellas en las que exista

369. ARIÑO ORTIZ, Op. cit., p. 114.

capital público y materias que impliquen ejercicio de funciones públicas-administrativas, e incluso tratándose de servicios públicos, es sostener que en el texto constitucional existen normas que contemplan una **reserva para la tipología de entidades públicas, el Derecho y el juez administrativo**. Es decir, la reserva constitucional, implica que el legislador no tendría absoluta libertad y discrecionalidad al momento de crear entidades de carácter público o privado, definir el régimen jurídico aplicable y el juez de las controversias, cuando se trate de regular entidades públicas, o cuando se trate de regular actividades públicas-administrativas y prestación de servicios públicos.

En la doctrina extranjera se encuentran dos referencias específicas al respecto, una de ellas en Francia y la otra en España. El caso francés, referido no al tema del derecho, sino del juez competente, lo reseña BLANCA LOZANO³⁷⁰, a propósito de la decisión del Consejo Constitucional francés del 23 de enero de 1987, y que según ella, es conocida como «*grande decisión*». La discusión giró sobre lo siguiente: en 1986 se dio en Francia un cambio normativo importante en materia de precios, prácticas restrictivas, controles, competencia; y en lugar de la Comisión de la Competencia, que era un organismo simplemente consultivo, se creó el Consejo de la Competencia, con atribuciones de control, sanción, imposición de medidas cautelares y la posibilidad de dictar órdenes ejecutivas.

Contra las decisiones del Consejo, la normatividad consagró acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en un primer momento ante al propio Consejo de Estado, y posteriormente, quedó bajo la competencia del Tribunal de Apelación de París). Además de la discusión sobre el concepto mismo del Derecho de la competencia, se generó un debate sobre la naturaleza administrativa o jurisdiccional del Consejo de la Competencia, y de si la legislación podía o no a la luz de la Constitución, establecer la instancia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo³⁷¹.

La respuesta del Consejo Constitucional francés fue la afirmación de la existencia de una reserva constitucional a favor de la jurisdicción administrativa, apoyándose para ello en el llamado bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución

370. LOZANO, Blanca. Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987. En: CHINCHILLA, Op. cit., págs. 59-98.

371. *Ibid.*, págs. 61-65.

de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y el Preámbulo de la Constitución de 1946³⁷².

El tema de la reserva constitucional en el modelo español lo abordan varios autores³⁷³, siendo tal vez la más elocuente y firme en ello, SILVIA DEL SAZ³⁷⁴, quien se pregunta si cuando la Constitución española de 1978 afirma en el artículo 103 que la administración debe someterse al Derecho, será a cualquier derecho, o habrá que entender que se trata de su Derecho natural como lo es el Derecho administrativo, e igualmente se interroga sobre ¿cuál será la jurisdicción (ordinaria o administrativa), llamada a garantizar tal subordinación al Derecho?

Al respecto afirma DEL SAZ:

(...) cuando el artículo 103 de la Constitución después de sentar los principios a que ha de ajustarse la Administración (objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación) termina diciendo que ha de actuar <con sometimiento pleno a la ley y al Derecho>, ¿se está refiriendo justamente a su Derecho propio, el Derecho Administrativo, o, por el contrario, a cualquier derecho, al que se someten los sujetos jurídicos en general, al Derecho Privado? Además, y correlativamente a la aplicación de uno u otro derecho, ¿qué jurisdicción es la que ha de garantizar ese sometimiento a la Ley y al Derecho?³⁷⁵

La respuesta dada por DEL SAZ, es que sí existe reserva constitucional del Derecho y del Juez administrativo, y para ello se ampara entre otros, en los artículos 103, 153.3, 9.3 y 105.3 de la Constitución española, señalando lo siguiente:

La anterior conclusión queda reforzada por la imposición constitucional a las Administraciones públicas de una serie de principios connaturales al régimen jurídico-administrativo, y que sólo ese régimen, y los procedimientos que comporta es capaz de garantizar. (...) Todos estos principios rigen de forma

372. *Ibid.*, págs. 66-67.

373. Sobre este tema de la reserva constitucional del Derecho administrativo también puede verse: TRONCOSO REIGADA, Antonio. Privatización, empresa pública y Constitución. Madrid: Marcial Pons, 1997, págs. 113-158.

374. DEL SAZ, *Op. cit.*, págs. 174-195.

375. *Ibid.*, p. 174.

inexcusable la actividad de la Administración de cualquier tipo que sea, incluso la actividad instrumental o logística y su cumplimiento se garantiza por los Tribunales contencioso-administrativos a quienes se atribuye por el artículo 106, el control de la legalidad de la actuación administrativa; pero de toda ella, y su sometimiento a los fines que la justifican, es decir, a los intereses generales. Es así, pues, como el Derecho Administrativo y su Jurisdicción propia, la Contencioso-Administrativa se convierten en únicos e imprescindibles garantes de los derechos e intereses legítimos de los particulares y de los intereses generales³⁷⁶.

Sobre la reserva constitucional, se refiere de manera magistral el profesor ARIÑO:

Si todo ello es así, resulta evidente que la Constitución, al consagrar los principios y procedimientos a que se ha de sujetar la actividad administrativa, ha establecido una «reserva de Derecho Administrativo», que impide la libre actuación de la Administración bajo el Derecho Privado. Lo cual llevaría consigo, de una parte, la prohibición de utilizar el Derecho privado en todas aquellas actividades que supongan ejercicio de autoridad o disposición de la riqueza pública (función recaudadora, regulatoria, autorizante, expropiatoria, etc.; pero también en todas aquellas actividades que supongan reconocimiento de derechos, ayudas, subvenciones, exclusivas de explotación o adjudicación de bienes y servicios). De otra parte, incluso en aquellas actuaciones públicas bajo formas y régimen de derecho privado, por ejemplo, aquellas que se realicen en un contexto competitivo que por sí mismo impone una disciplina de actuación, o aquellas otras en que por ley especial, en cada caso, se autorice tal régimen, hay que dejar bien sentado que la Administración bajo formas privadas no deja de ser Administración, y como tal ha de someterse a los principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos³⁷⁷.

En Colombia poco se ha abordado el tema de la reserva constitucional del Derecho y del Juez Administrativo. Desde el campo doctrinal, la profesora de la Universidad Javeriana, LINA MARCELA ESCOBAR, afirma al respecto:

En el caso colombiano si bien no puede hablarse de reserva en materia de la normatividad aplicable, ya que no está determinado por mandato constitucional

376. *Ibid.*, págs. 175-176.

377. ARIÑO ORTIZ, *Op. cit.*, p. 114.

que las disposiciones jurídicas a las que puede recurrir la administración pública para el ejercicio de sus funciones sean exclusivas al régimen privado o al público, sí puede hablarse de una preferencia de la jurisdicción administrativa frente a la ordinaria para resolver los conflictos que surjan a raíz de la realización de una actividad que involucre la satisfacción del interés general o comprometan la administración pública (...)³⁷⁸.

En el ámbito jurisprudencial se encontraron varios pronunciamientos de la Corte Constitucional referentes a la libertad de configuración del legislador, tanto sobre la naturaleza de las entidades, como sobre el régimen jurídico aplicable, a saber:

- En la sentencia C-066 de 1997 –M.P.: Fabio Morón Díaz–, la Corte consideró que la Constitución no determinó de manera expresa y menos privativamente, si el régimen de los servicios públicos domiciliarios sería de Derecho privado o público, por lo tanto, es un asunto que debe resolver la ley.
- En la sentencia C-953 de 1999 –M.P.: Alfredo Beltrán Sierra–, la Corte determinó que dependiendo del porcentaje de participación del Estado en sociedades de economía mixta, el legislador goza de libertad de configuración, para establecer regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pero dejó claro que una sociedad es de economía mixta cuando concurren capital público y privado, sin importar sus porcentajes. El porcentaje entonces, sólo lo puede diferenciar el legislador al momento de establecer el régimen jurídico.
- En la sentencia C-316 de 2003 –M.P.: Jaime Córdoba Triviño–, la Corte señaló que por ser los juegos de suerte y azar un monopolio cuya explotación está a cargo directamente del Estado, no es posible crear para tal fin una sociedad de economía mixta, por cuanto estaría allí presente capital privado.
- En la sentencia C-620 de 2003 –M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra–, la Corte, en el caso de la explotación de las minas de Manaure, en un fallo incomprensible, admitió que la ley puede autorizar la creación de una sociedad de economía mixta, así no concurre capital privado, lo que atenta a todas luces contra la naturaleza y concepto mismo de lo que es una sociedad de economía mixta.

378. ESCOBAR MARTÍNEZ, Op. cit., págs. 154-155.

- En la sentencia C-629 de 2003 –M.P.: Álvaro Tafur Galvis–, la Corte consideró que el legislador goza de libertad de configuración al momento de crear entidades, definir su naturaleza y definir su régimen jurídico, pero precisó que si el legislador califica a una entidad como descentralizada, directamente queda sujeta a una serie de reglas constitucionales establecidas para ese tipo de entidades, especialmente en materia de organización, funcionamiento, presupuesto, contabilidad, inhabilidades e incompatibilidades, principios, control fiscal y disciplinario, entre otros. Llama la atención que en esta sentencia, la Corte afirmó que las Sociedades de Economía Mixta no hacen parte de la rama Ejecutiva del Poder público, tesis que fue totalmente contraria en sentencias posteriores como la C-736 y la C-910, ambas de 2007.
- En la sentencia C-529 de 2006 –M.P.: Jaime Córdoba Triviño–, se reitera gran parte de lo dicho en la sentencia anteriormente citada.
- En la sentencia C-671 de 1999 –M.P.: Alfredo Beltrán Sierra–, se determina por la Corte, que si bien las Asociaciones sin ánimo de lucro entre entidades públicas y entidades privadas se someten al Código Civil, en todo caso, por estar de por medio el beneficio común y el interés general, deben acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado. Y por su parte frente a la asociación entre entidades estatales, si bien declara exequible su sometimiento al Código Civil, señala que deben respetar los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política, y en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.
- En la sentencia C-691 de 2007 –M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra–, la Corte al declarar exequible el artículo 94 numeral 4 de la Ley 489 de 1998, que somete a las filiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a régimen de Derecho privado-Código de Comercio, condicionó que en todo caso, también quedaban sujetas a los aspectos regulados con carácter especial por otras normas constitucionales y legales, lo cual de acuerdo con la motivación de dicha sentencia (en especial su último párrafo), significaría, que quedaron con el mismo condicionamiento establecido en la Sentencia C-671 de 1999, pues así lo habían solicitado los demandantes y el Procurador.

- En la sentencia C-736 de 2007 –M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra–, la Corte defiende la libre configuración que tiene el legislador, pero de nuevo insiste, que cuando califica una entidad como descentralizada, de inmediato queda sujeta a disposiciones constitucionales establecidas para las mismas.
- En la sentencia C-722 de 2007 –M.P.: Clara Inés Vargas–, al pronunciarse sobre la exequibilidad del régimen jurídico privado para ECOPETROL, la Corte ratifica la libertad de configuración del legislador, pero hace dos cosas extrañas: de un lado no acepta incluir el condicionamiento que en sentencias anteriormente citadas venía haciendo, en el sentido de que por ser ECOPETROL entidad descentralizada, quedaba sujeta a las disposiciones constitucionales para ese tipo de entidades; pero en cambio señala que así ECOPETROL esté sometida a derecho privado en contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, de todos modos debe sujetarse a la selección objetiva y a los principios de transparencia, responsabilidad y economía de la Ley 80 de 1993. Y en los demás contratos queda ECOPETROL sujeta al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, así ECOPETROL esté por fuera de la Ley 80 de 1993, debe respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, podría decirse que del análisis de las diez (10) sentencias reseñadas, el resultado obtenido es que, si bien la Corte Constitucional aparentemente se inclina por darle prevalencia a la libertad de configuración del legislador, no obstante, en la mayoría de sus fallos termina condicionando tal libertad a lo siguiente: i) respeto de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, ii) cuando califique una entidad como descentralizada, la misma queda sujeta a las disposiciones especiales que la misma Constitución ha establecido para ellas, iii) cuando se trate de formas jurídicas en las que todos los participantes son entidades públicas, quedan sometidas en materia de actos, contratos, potestades y prerrogativas, controles y responsabilidades, a las normas especiales que regulan tales temas para las entidades estatales, iv) las entidades estatales, incluidas las ESP, así no estén sometidas a Ley 80 de 1993, deben garantizar procesos de selección objetiva, con transparencia, economía y responsabilidad, y cumpliendo las normas de inhabilidades e incompatibilidades. Se trata entonces de una libertad de configuración del legislador, pero condicionada, matizada, sujeta a los principios propios de la función administrativa (artículos 209 y 210 de la Constitución Política).

3.5 EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Un elemento más que puede servir como respuesta, freno, límite, a la supuesta huida del Derecho administrativo, es que en lugar de pensar que el mismo pueda desaparecer, o esté en crisis, o sea reemplazado por el Derecho privado; por el contrario, en la actualidad se habla del llamado ***Derecho administrativo global***, tal como lo plantea un proyecto de investigación sobre el tema adelantado en la Facultad de Derecho de la Universidad de New York³⁷⁹.

El Derecho administrativo global nace como una necesidad frente al aumento indiscriminado de organismos y regulaciones transnacionales que desbordan las capacidades normativas, de controles y responsabilidades de los Estados considerados individualmente, y de sus regímenes normativos internos. Sin lugar a dudas, la globalización lleva a una reducción de la autonomía normativa de los Estados, y al surgimiento y reconocimiento de nuevos centros de creación normativa.

En un artículo desarrollado en virtud de la investigación ya señalada, se afirma, por sus autores, KINGSBURY, KRISCH y STEWART, lo siguiente:

Estos desarrollos nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen los que son regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica³⁸⁰.

379. Este proyecto fue realizado en conjunto por el Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York, en conjunto con el Center on Environmental and Land Use Law: Para el efecto puede verse en: http://www.iilj.org/global_adlaw.

380. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. El Surgimiento del Derecho administrativo global. Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Gisela París y Luciana Ricart. New York. 2005. p. 3

Como puede constatarse, el Derecho administrativo global busca establecer reglas y procedimientos en el ámbito internacional que son característicos del Derecho Administrativo tales como: la existencia de instancias decisorias administrativas que cumplan sus objetivos y funciones con transparencia, imparcialidad, participación de los interesados, previos procedimientos establecidos, decisiones motivadas y razonadas -con la posibilidad de que las mismas puedan ser impugnadas y revisadas-.

Los profesores KINGSBURY, KRISCH y STEWART, en su interesante trabajo, explican cómo se deberían manifestar los principios y requisitos básicos del Derecho administrativo global, tanto sustanciales como procesales:

- Participación Procesal y Transparencia: el derecho a ser escuchados antes de la adopción de la decisión, y tener acceso a la información.³⁸¹
- Decisiones Razonadas: toda decisión administrativa de instituciones globales debe contener expresamente las razones de la misma, y debe dar respuesta a los argumentos brindados por las partes³⁸².
- Revisión: las decisiones de organismos transnacionales deben tener la posibilidad de ser revisadas por tribunales, cortes u otras instancias independientes y externas a la que adoptó la decisión³⁸³.
- Estándares sustantivos: cuando la acción o decisión administrativa invada derechos individuales, deben darse unos estándares mínimos, tales como proporcionalidad, racionalidad de medios-fines, evasión de medios restrictivos innecesarios, expectativas legítimas³⁸⁴.
- Excepciones (1): en ocasiones existirán inmunidades que impedirán el conocimiento de ciertos asuntos por organismos o instancias transnacionales, pero debe trabajarse para que dichas inmunidades no siempre sean absolutas, en particular cuando se trate de actividades comerciales y de contratos³⁸⁵.

381. *Ibid.*, págs.20-21.

382. *Ibid.*, p. 22.

383. *Ibid.*, p. 23.

384. *Ibid.*, p. 23.

385. *Ibid.*, p. 24.

- Excepciones (2): se debe buscar cierta prudencia, pero sin llegar a excluir del todo ciertas áreas temáticas que son sensibles a los gobiernos, en particular el tema de la seguridad nacional y las decisiones de los bancos centrales³⁸⁶.

En España, ORIOL MIR PUIGPELAT, lo afirmaba proféticamente en su obra: «Es necesario, en definitiva, tender hacia una Administración pública y un Derecho administrativo globales, no circunscritos al estricto ámbito nacional»³⁸⁷.

En materia de Derecho administrativo global, aplicable al caso colombiano, podría mencionarse que en el Tratado de Libre Comercio (TLC) con EEUU, el cual es aún incierto, podrían darse reglas contractuales que impliquen que conflictos que se presenten con empresas norteamericanas se resolverían ante tribunales de dicho país, siendo entonces una manifestación en este caso, de una huida de la jurisdicción.

3.6 LA TEORÍA DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

La llamada **autorregulación regulada** es una figura más que sirve para demostrar la vigencia del Derecho público-administrativo, e incluso puede hasta considerarse como una expansión, como una amplificación de su campo de acción en ámbitos que en principio podrían considerarse como propios del Derecho privado.

DARNACULLETA GARDELLA lo dice con toda precisión: «(...) la autorregulación regulada no puede ser calificada como una manifestación más de la privatización y de la pérdida de protagonismo del Derecho Administrativo frente al Derecho privado. Por el contrario, lo que se produce es, como se irá viendo, un proceso de publicación del régimen jurídico de subsistemas sociales no integrados en el Estado; un proceso, en definitiva, de administrativización de la sociedad»³⁸⁸.

La autorregulación regulada es un punto intermedio entre la intervención estatal a través de la regulación y la libertad de los agentes económicos-empresas-gremios-

386. *Ibíd.*, págs. 24-25.

387. MIR PUIGPELAT, *Op. cit.*, p. 211.

388. DARNACULLETA GARDELLA, Ma Mercé. Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada [en línea]. Girona (España), 2002, 726 p. Trabajo de grado (Doctor). Universidad de Girona. Facultad de derecho, departamento de derecho público. Disponible en: http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-1212103-121813//tmdq1de3.pdf, p. 25.

asociaciones, para auto regularse por sí mismos. Podría decirse que se da el siguiente paralelo: de un lado Estado = Intervención = Policía = Regulación = Derecho Administrativo = Juez Administrativo; y de otro lado: Empresas = Libertad = Mercado = Autorregulación = Derecho Privado = Juez Ordinario.

La autorregulación simple, es la capacidad del sector privado de dictarse a sí mismo sus propias normas, sus reglas particulares, sin intervención del Estado. Es darle la posibilidad a sujetos privados de ser fuente normativa. En cambio, la autorregulación regulada, que es la que nos interesa, implica una manera de desprendimiento parcial del Estado de su facultad y competencia normativa para compartirla con agentes económicos, pero sin perder total y definitivamente, su poder controlador y sancionador, dado que se tratará en todo caso, de normas que perseguirán finalidades públicas, de interés general, y por lo tanto, generarán efectos de naturaleza pública, así provengan de personas o empresas privadas.

En otras palabras, podría decirse que es una relativización, una flexibilización del monopolio normativo del Estado, en cuanto al centro creador de la norma, y generalmente se da en aspectos de carácter técnico o financiero en las que muchas veces el Estado no cuenta con la información suficiente, y por ello es preferible permitir que sean los mismos agentes económicos, obviamente con algunas condiciones y características, los que expidan cierto tipo de disposiciones, sin que ello signifique o implique que se pueda hablar de una pérdida general de la soberanía, legitimidad y competencia del Estado.

En Colombia, RICHARD RAMÍREZ GRISALES, al explicar la perspectiva de la autorregulación regulada, lo expresa así:

Esta perspectiva permite observar en el fenómeno de la autorregulación formas de evolución diversas: en unos casos se entiende como la prerrogativa del Estado para expedir normas que previamente hubiesen contado con un debate en el seno de la sociedad; esta participación social sin embargo, no integra la voluntad estatal la cual es autónoma al momento de expedir la norma. Ésta es la expresión más tenue de la autorregulación. Podría incluso decirse que las expresiones de autorregulación en esta primera forma son casi inexistentes. En otros eventos, el Estado dota a la sociedad de ciertos ámbitos de decisión normativa autónoma. Una última forma de autorregulación regulada se gesta cuando el Estado se vale de la sociedad para el cumplimiento de determinados

finés públicos, esto es, determina los sujetos y fines de la autorregulación, pero reserva la decisión normativa última a la sociedad³⁸⁹.

RAMÍREZ GRISALES trae como un ejemplo de autorregulación regulada en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, y particularmente en el sector energético, el caso del Consejo Nacional de Operación, creado inicialmente por la Ley 142 de 1994, y posteriormente por la Ley 143 de 1994, conformado en su mayoría por empresas del sector, y con la competencia para definir aspectos técnicos relacionados con la operación del sistema interconectado nacional y además ser el organismo ejecutor del reglamento de operación³⁹⁰.

3.7 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DECISIONES DEL TJCE

Para ORIOL MIR PUIGPELAT³⁹¹, el mayor límite que ha tenido la supuesta huida del Derecho administrativo en España, han sido algunas directrices en materia de contratación adoptadas por el Derecho comunitario, y otras decisiones al respecto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En sus propias palabras afirma MIR PUIGPELAT:

Pero el freno principal a la huida del Derecho administrativo no ha venido del legislador español, sino del Derecho comunitario de contratos públicos y de su interpretación por parte del TJCE.

Como es sabido, la finalidad de lograr un auténtico mercado interior de la contratación pública y de abrir las licitaciones nacionales a todas las empresas de la UE ha llevado al legislador y la jurisprudencia comunitarias a manejar una noción funcional de poder adjudicador, que prescinde del ropaje jurídico formal que adopten en cada país las distintas Administraciones públicas y les obliga a someterse a los rigores del Derecho administrativo (básicamente, a

389. RAMÍREZ GRISALES, Richard. Autorregulación y servicios públicos domiciliarios: un estudio desde el análisis económico del derecho. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.13, No. 1. 2008, p. 207. Texto que además le sirvió de base para su tesis de maestría en la Universidad Externado de Colombia, la cual ya le fue aprobada y sustentada en el primer semestre del año 2009.

390. RAMÍREZ GRISALES, Op. cit., p. 229-231.

391. MIR PUIGPELAT, Op. cit.

los principios de publicidad, igualdad y concurrencia) cuando pretendan celebrar contratos que rebasen un determinado umbral económico. Para el Derecho comunitario resulta así indiferente que el organismo de que se trate quede sometido por la legislación nacional al Derecho privado –e incluso esté dotado de personalidad jurídico-privada–, cuando concurren los requisitos materiales que para aquél indican la presencia de un verdadero poder público³⁹².

Citando a MARIO P., CHITI³⁹³, MIR PUIGPELAT señala que para que un organismo sea considerado de Derecho público, o poder público para efecto de sometimiento a las normas comunitarias de contratación pública, debe reunir tres (3) requisitos:

(...) personalidad jurídica propia, depender de un ente público y perseguir la satisfacción de necesidades de interés general, que no sean de naturaleza industrial o comercial. Y a su vez la dependencia de un ente público se da cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: que el organismo sea financiado mayoritariamente por una entidad de Derecho público, que su gestión tenga control por parte de un ente público, que su órgano de administración, dirección o vigilancia esté integrado en su mayoría por miembros designados por un ente público³⁹⁴.

En Colombia, FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS³⁹⁵, refiriéndose a este mismo tema, destaca tres (3) de las directivas aprobadas por la Comunidad Europea para el efecto: 90/531/CEE, 92/13/CEE y 93/38/CEE, las cuales, citando a SAMANIEGO BORDIÚ «... suponen una ‘revolución jurídica’ en cuanto van a obligar a las empresas que operan en estos sectores a modificar sus tradicionales prácticas contractuales para adaptarse a un sistema de contratación inspirado en los principios de la contratación pública...»³⁹⁶.

392. *Ibid.*, p. 178.

393. CHITI, MARIO P. El organismo de derecho público y el concepto comunitario de administración pública. En: *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*. Lex Nova. No. 11, abril de 2001.

394. MIR PUIGPELAT, *Op. cit.*, págs. 179-180.

395. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. La contratación de las empresas de SPD. Evaluación del tema y perspectivas legislativas. En: *Revista Letras Jurídicas*. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 11, No.1. 2006, p. 83.

396. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 71. 1991, p. 359. Citado por José María Ximeno Feliú, *Ob. cit.*, p. 117.

3.8 DERECHO ECONÓMICO-DERECHO DE LA COMPETENCIA-ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Ante las teorías de la supuesta huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, y ante la dicotomía-dualidad que se ha planteado entre ambos derechos, en especial en sectores estratégicos de la economía, y en actividades señaladas como empresariales, mercantiles, comerciales, industriales, pero en las cuales el Estado sigue siendo actor, bien sea como proveedor-prestador, o bien sea, como regulador-controlador, se han ido presentado, con cierta resonancia en Colombia, algunas manifestaciones teóricas que pretenden dar algún tipo de respuesta a la relación constante (algunos dirían a la dicotomía, dualidad, tensión) entre Derecho-Economía, Estado-Empresa, Derecho público-Derecho privado, Intervencionismo-Mercado; tales como el Derecho económico, el Derecho de la competencia y el Análisis económico del derecho, de las cuales sólo haremos una breve enunciación, dado que cada una de ellas comporta toda una compleja y variada disciplina, cuyo alcance y desarrollo desborda los objetivos del presente trabajo.

En Colombia, el profesor de la Universidad del Rosario, LUIS HERNANDO VANSTRAHLEN FAJARDO hace una reseña importante sobre el llamado Derecho económico³⁹⁷, indicando que dicho término fue usado quizá por primera vez por PIERRE PROUDHON en el año de 1865, señalando que es una especie de complemento o «medio camino» entre el derecho privado y el derecho público; e igualmente manifiesta que dos autores alemanes HEYMAN y HEDEMANN, escriben a principios del siglo XX un tratado de Derecho Económico³⁹⁸.

Afirma el profesor VANSTRAHLEN FAJARDO que:

No se puede trazar una línea exacta entre los intereses generales y los particulares, existen zonas de penumbra donde se entremezclan lo público y lo privado y el derecho económico parece ser una de ellas; es decir, ese derecho que estudia los fenómenos de distribución de recursos ya sea en la vida privada de los hombres o en la vida institucional del Estado³⁹⁹.

397. También sobre este tema puede verse a ARIÑO, Op. cit., págs. 65-80.

398. VANSTRAHLEN FAJARDO, Luis Hernando. ¿Existe un derecho administrativo económico? En: Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Bogotá: Universidad del Rosario. 2005, págs. 298-299.

399. *Ibíd.*, p. 299

Y más adelante, trae la siguiente referencia de FARJAT⁴⁰⁰: «Así como Farjat, en su clásico estudio sobre el derecho económico afirmó que «es una nueva rama donde se mira la concentración o colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes públicos y privados».

Por su parte, el Consejero de Estado MARCO ANTONIO VELILLA, afirma:

Los actuales sistemas económico-políticos se encuentran a medio camino entre el derecho privado y el derecho público, razón por la cual la naturaleza del derecho económico no es rígida, y es más, siempre por naturaleza será oscilante, ya que siendo la orientación de la política económica en gran medida coyuntural y fluctuante, la normatividad deberá responder en forma pendular a esos fenómenos de publicización o de privatización nacional, previamente establecidos por los poderes públicos⁴⁰¹.

Y más adelante para tratar de describir el **Derecho económico** como una influencia recíproca del derecho público y del derecho privado, acude a una cita de CH. DEL MARMOL: «Tome una jarra. Coloque allí una medida de derecho comercial, coloree con pigmentos de derecho social, agregue una buena dosis de derecho fiscal y de derecho administrativo, sazone con un poco de derecho civil; esparza abundantemente sociología y economía política, sacuda al gusto y sírvalo fresco, bautizando ese brebaje con la denominación derecho económico»⁴⁰².

De otro lado, el **Derecho de la competencia** se constituye sin lugar a dudas en otro instrumento válido para limitar, controlar y matizar, la supuesta huida del Derecho administrativo en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Un ejemplo específico de ello se materializa cuando se presenta un caso de abuso de posición dominante, o de competencia desleal, o de prácticas restrictivas, o de cláusulas abusivas, caso en el cual las empresas quedan sometidas al control, e incluso intervención por parte de autoridades públicas, a través de procedimientos

400. FARJAT, Gerard, *L'ordre public économique*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962. Citado en: VANSTRAHLEN FAJARDO, Op. cit., p. 300.

401. VELILLA, Marco Antonio. Aproximación conceptual al Derecho económico y de los negocios. En: *Constitución Económica de Colombia*. Bogotá: Bibliotheca Millennio, El Navegante Editores. 1996. págs. 43-44.

402. CH. DEL MARMOL Y L. DABIN. *Droit commercial ou droit économique*. La revue nouvelle, octobre 1954, p. 260. Citado en: VELILLA, Op. cit., págs. 44-45.

administrativos, propios del Derecho administrativo⁴⁰³. Generalmente, serán actuaciones que se adelantarán ante las respectivas Superintendencias, en lo que se ha dado en denominar la policía administrativa, las cuales están llamadas a tomarse en serio su papel de defensoras de la competencia, pero ante todo de los usuarios.

Finalmente, queremos resaltar cómo el Derecho administrativo contemporáneo no debe ser ajeno, a la teoría del **análisis económico del derecho**, y más en el sector de los servicios públicos domiciliarios, en los que hay una estrecha vinculación entre el derecho y la economía, y en los que cualquier decisión normativa lleva implícita consideraciones e intereses económicos. Además, uno de los componentes esenciales de este sector, lo constituye la regulación, que es una manera de intervención del Estado en la economía, y que la misma por estar en cabeza de instituciones estatales (CREG, CRT⁴⁰⁴ y CRA), y de ejercerse mediante procedimientos administrativos, y sus decisiones plasmarse en actos administrativos, es un ejemplo más de la no huida, sino de la vigencia y aplicabilidad del Derecho administrativo en los servicios públicos domiciliarios.

Debe señalarse, que cuando se habla de análisis económico del derecho, confluyen e intervienen varias escuelas y diferentes tendencias, tales como la escuela de Chicago, la escuela del Public Choice, el institucionalismo, el neoinstitucionalismo y la escuela New Haven. Pero al parecer, en lo que hay cierta coincidencia, es que los orígenes del análisis económico del derecho se remontan a la década de los sesenta con la aparición de los artículos de RONALD COASE sobre el costo social, y de GUIDO CALABRESI sobre la noción de distribución de riesgos y el derecho de daños⁴⁰⁵.

En Colombia, en palabras de BEJARANO, el análisis económico del derecho, tiene su núcleo teórico esencial, en la tesis según la cual, la teoría económica es capaz de predecir el comportamiento de los individuos cuando estos se encuentran frente a reglas jurídicas⁴⁰⁶.

403. Sobre este tema, puede verse en GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Op.cit., págs. 591-611 y en general sobre el Derecho de la competencia, puede verse: Derecho de la Competencia. Varios Autores. Bogotá: Biblioteca Millennium. El Navegante Editores. 1998.

404. Con la Ley 1341 de 2009 ya se denomina CRC.

405. BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. En: Revista de economía institucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. No. 01, noviembre de 1999, págs. 155-157.

406. *Ibid.*, p. 159.

Es positivo poder constatar cómo en Colombia, el análisis económico del derecho puede ir de la mano del Derecho administrativo, en casos concretos y específicos, es así como por ejemplo, ANDRÉS PALACIOS LLERAS después de hacer una dura crítica al Derecho administrativo tradicional, y a quienes lo enseñan y escriben sobre él, por considerar que lo hacen basados exclusivamente en textos normativos alejados de contextos políticos, económicos y sociales, hace un interesante ejercicio para mostrar cómo operaría el análisis económico del derecho en temas como la asignación de funciones, la delegación, y dos formas diferentes de regulación: adjudicación y reglamentación⁴⁰⁷.

Sin lugar a dudas, una buena manera como el Derecho administrativo puede ajustarse, y actualizarse, para responder adecuadamente a los requerimientos y necesidades de un sector en competencia, como el de los servicios públicos domiciliarios, sin necesidad de ser reemplazado por el Derecho privado, es adoptando, y adaptando, técnicas y herramientas teóricas y metodológicas como las que ofrece el análisis económico del derecho.

Hemos reseñado en un numeral anterior cómo RAMÍREZ GRISALES ya había utilizado el análisis económico del derecho para abordar un caso específico de los servicios públicos domiciliarios, v. gr. el Consejo Nacional de Operación, como una expresión de la llamada autorregulación regulada⁴⁰⁸.

3.9 REGULACIÓN Y ESTRICITOS CONTROLES

Dos temas que deben llamar la atención del Derecho administrativo, y en especial en el sector de los servicios públicos domiciliarios, son la regulación y los controles. Son dos tópicos que deben ser centrales en el objeto actual de estudio del Derecho administrativo, y que se constituyen en dos límites, en dos contrapesos al fenómeno de la huida de lo público.

La regulación y el control son facultades, son competencias que aun en modelos neoliberales y privatizadores, están en cabeza del Estado, son ejercicio de típicas

407. PALACIOS LLERAS, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho administrativo. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes, febrero de 2009. 24 p.

408. En RAMÍREZ GRISALES, Op. cit., págs. 198-203, puede verse importantes aportes conceptuales sobre el tema del análisis económico del derecho.

funciones públicas-administrativas, y se constituyen entonces en dos mecanismos que permiten afirmar la vigencia del Derecho administrativo en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

La regulación⁴⁰⁹ no puede estar exclusivamente al servicio de las Empresas, del mercado, de la libre competencia, debe igualmente ocuparse y preocuparse por los usuarios, sus derechos, garantías, protección, además de los aspectos sociales y ambientales. Se hace necesario revisar, lo que hasta la fecha han dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de regulación. Hay que repensar, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la regulación y de las mismas Comisiones de Regulación; de hecho no compartimos lo afirmado por la Corte Constitucional en Sentencias C-272 y C-444 de 1998, y C-1162 de 2000, en el sentido de que el fundamento constitucional de la regulación esté en el artículo 370 de la Constitución, pues allí se le asigna al Presidente de la República competencia en materia de fijación de políticas, lo cual es diferente de la regulación como tal.

El fundamento real de la regulación y de las Comisiones de Regulación está en los artículos 150 núm. 7 y 365 de la Constitución Política.

Consideramos que por su contenido material, muchas de las funciones que hoy tienen asignadas las Comisiones (CRT, CREG, CRA), son expresiones de típica legislación, y tales decisiones, a nuestro juicio, deberían ser del control de la Corte Constitucional y no del Consejo de Estado.

Igualmente, debe revisarse la manera como están integradas las Comisiones de Regulación, con el fin de permitir la participación en ellas de un representante de las empresas, y de un representante de los usuarios, tal como lo manda nuestra democracia participativa. Además, los comisionados expertos no deberían ser de libre nombramiento por parte del Presidente de la República, sino que deberían designarse a través de un concurso de méritos, o como mínimo provenir de ternas o postulaciones realizadas por universidades, sectores sociales, gremiales, empresariales y de los Comités de Desarrollo y Control Social como una manera

409. Sobre el tema de la Regulación, puede verse: ARTEAGA VÉLEZ, Luis Fernando. La regulación: mecanismo de intervención estatal. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 4, No. 1. 1999, págs. 49-68. BEDOYA GIRALDO, Hubed. Existencia Jurídica de la Regulación. Medellín: En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. VI, No. 1. 2001. Págs. 31-39.

de garantizar su autonomía e independencia frente a la Rama Ejecutiva del poder público.

En materia de controles, el Derecho administrativo, debe ocuparse –y preocuparse– por los siguientes temas:

- Control efectivo por parte de la Superintendencia frente a las empresas, garantizando los derechos de los usuarios, o en su lugar, se deberá seguir recurriendo a los mecanismos extraordinarios, pero más efectivos, de protección judicial, como lo son la acción de tutela y las acciones populares. Debe recordarse que el acceso a los servicios públicos es un derecho colectivo, y en muchos casos, fundamental.
- Igualmente, debe el Derecho administrativo centrarse en la defensa del medio ambiente y los recursos naturales, los cuales tienen una conexión directa con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en especial los relacionados con la energía, el gas, acueducto, alcantarillado y aseo.
- Finalmente, se hace necesario que el Derecho administrativo, reivindique y recupere para los usuarios, su derecho a participar en la gestión regulación y fiscalización de los servicios públicos domiciliarios, lo cual hasta ahora ha sido prácticamente inexistente, o existe pero de manera bastante limitada en las empresas oficiales municipales.

3.10 DERECHO DE LOS USUARIOS. IN DUBIO PRO USUARIOS

Sin lugar a dudas, uno de los temas en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, que claramente sirve para negar la supuesta huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, tiene que ver con la relación empresa-usuarios, dado que la Ley 142 de 1994, en sus artículos 152 a 159, al regular la defensa de los usuarios frente a las empresas, somete dicha relación a típicos procedimientos y actuaciones administrativas, que terminan con la expedición de actos administrativos, y aplicando para ello el Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 984).

Es claro ya en la dogmática colombiana, que las decisiones relacionadas con la negación del servicio, su suspensión, corte, terminación del contrato, y todo lo relacionado con peticiones, quejas y recursos en materia de facturación o en temas

que se desprendan directamente del contrato de condiciones uniformes, deben adoptarse mediante actos administrativos contra los cuales proceden el recurso de reposición frente a la misma empresa, y el recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁴¹⁰, es decir, aplicación del Derecho administrativo. Y como si fuera poco, tales decisiones en caso de controversia judicial, serán de competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativa. Estamos frente a un claro ejemplo que corrobora la vigencia del Derecho administrativo en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Sobre el tema de los usuarios en Colombia existen dos interesantes y completos trabajos: uno de WILLINGTON GIL ALZATE y DIANA CECILIA ZAPATA MACÍAS, y el otro de SANTOFIMIO GAMBOA, a los cuales remitimos, dado que es un tema supremamente amplio y extenso como para abordarse en el presente trabajo⁴¹¹, consideramos además que se trata de lo más integral que se ha escrito sobre el tema en Colombia.

Y en cuanto al contrato de condiciones uniformes, que es el que regula la relación entre las empresas y los usuarios, remitimos al destacado trabajo de ANDREA MOLINA BEDOYA⁴¹², el cual consideramos el más completo, sistemático y documentado que existe en Colombia, por su riqueza bibliográfica tanto doctrinal como jurisprudencial.

Es de resaltar que los derechos de los usuarios de servicios públicos aparecen regulados de modo explícito en instrumentos internacionales; en este sentido, el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra en su artículo 11 el derecho de toda persona «a contar con servicios públicos básicos».

Resulta ejemplarizante cómo en España, el Tribunal Supremo, en auto del 28 de abril de 2006, en un tema relacionado con el gas, dispuso que «el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas»⁴¹³.

410. Sobre este punto específico del recurso de apelación, puede verse la Sentencia C-263 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

411. GIL ALZATE, Op. cit., 220 p. También sobre el tema del usuario: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 68 p.

412. MOLINA BEDOYA, Op. cit. 200 p.

413. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El papel central de los usuarios en el derecho energético. En: El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007. 280p.

Lo anterior concuerda con lo que ha enseñado magistralmente el profesor AGUSTÍN GORDILLO, quien refiriéndose a la situación de usuarios frente a empresas monopólicas, ha expresado:

No pueden clamar la especial protección que fue concebida para los débiles –los usuarios e individuos frente al poder– los gigantescos prestadores monopólicos del servicio en contra del usuario indefenso frente a su facturación o sobrefacturación sin libre competencia ni posibilidad de elegir. *In máxima potentia, mínima licencia*: al más poderoso le corresponde la mínima licencia, la mínima libertad»⁴¹⁴. Más adelante agrega: «Ya algunas empresas han comenzado a invertir sabiamente la carga de la prueba a favor del usuario. Mientras las demás no sigan el ejemplo o los entes reguladores no lo impongan, es una tarea que le corresponde al Poder Judicial implementar»⁴¹⁵. Y adiciona como para que no quede duda: «Las ideas son simples: debe protegerse al ciudadano del poder monopólico o exclusivo, interpretar a este último en forma restrictiva, invertir la carga de la prueba a favor del usuario o consumidor y en contra del prestador de bienes o servicios»⁴¹⁶.

El profesor GORDILLO, manifiesta que: «**en la duda cabe estar a favor del usuario o consumidor**»⁴¹⁷. Y refiriéndose al juez competente considera que «La competencia judicial para intervenir en las cuestiones entre los usuarios y los prestadores del servicio, al igual que la relación entre estos y el concedente, es también la procesal administrativa»⁴¹⁸.

Podríamos entonces concluir que: usuario = garantías = procedimientos administrativos = actos administrativos = Derecho administrativo = Juez administrativo.

3.11 PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA GESTIÓN FISCAL

Un elemento central y fundamental en la defensa de nuestra hipótesis, acerca de que el Derecho administrativo sigue vigente y es aplicable en el sector de los

414. GORDILLO, Op. cit., IV-30-31.

415. *Ibid.*, págs. IV-32.

416. *Ibid.*, págs. IV-33.

417. *Ibid.*, págs. VI-26

418. *Ibid.*, págs. VI-27-28.

servicios públicos domiciliarios, lo constituye el tema de la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a las actuaciones (como mínimo en lo referente a la contratación y en las relaciones con los usuarios) de las empresas prestadoras de dichos servicios, y que en nuestro sentir son aplicables a todas ellas, pero que en una interpretación más restrictiva, podría llegar a excluirse de los principios de contratación (no de los aplicables a las relaciones con los usuarios) a las empresas cien por ciento (100%) privadas, e incluso, según ciertas interpretaciones que no compartimos, podrían llegar a estar también por fuera de la obligatoriedad de cumplir con dichos principios de contratación (no los de las relaciones con los usuarios) las empresas privadas con capital estatal (es decir, aquellas donde el estado posea menos del 50% del capital social de la empresa)⁴¹⁹.

El marco normativo para lo que se viene afirmando, lo constituyen las siguientes disposiciones:

De la Constitución Política:

Artículo 209: 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 (...)

Artículo 210: Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (...)

Artículo 267, inciso 3: La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

419. Aquí se habla de la posible exclusión de dichas empresas del cumplimiento de los principios de contratación, por cuanto al parecer la tesis que se está imponiendo en la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, es la de que sólo son entidades estatales aquellas empresas en las que el capital estatal sea superior al 50%, tesis que no compartimos, por cuanto, de conformidad con las Sentencias de la Corte Constitucional C-736 y C-910 de 2007, toda empresa o sociedad en Colombia en las que exista capital público y privado es considerada mixta, descentralizada y perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 38 Ley 489 de 1998) y a la Administración Pública (artículo 39 de la Ley 489 de 1998).

De la Ley 1150 de 2007:

Artículo 13: Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Artículo 14. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

Hemos afirmado, y aquí queremos ratificarlo, que el concepto de servicios públicos (entre ellos los domiciliarios), independientemente de quién lo preste, es decir, sin importar si es prestado por los particulares, por el Estado, o por empresas mixtas, se caracteriza ante todo por el fin que persigue, que no es otro que la satisfacción de necesidades colectivas, es decir, en el núcleo, en la esencia de los servicios públicos, aun en el nuevo modelo, está presente el interés general, y el interés público; está de por medio una finalidad social, pues ellos son esenciales para la vida digna de las personas.

Aunque se llegue a considerar o aceptar hipotéticamente que el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios sea por regla general el

Derecho privado, ello no significaría una huida definitiva del Derecho administrativo, pues dichas empresas, o como mínimo algunas de ellas (las sociedades oficiales, las empresas industriales y comerciales del estado, y las empresas mixtas con capital público superior al 50%) están cobijadas por la principalística propia del Derecho administrativo, que parte ante todo de los principios de la función administrativa del artículo 209 y de los principios de gestión fiscal del artículo 267.

A dicha obligatoriedad, o carácter vinculante de tales principios, se llega por varias vías de la siguiente manera:

- Las empresas que son 100% estatales (las oficiales y las empresas industriales y comerciales del estado), por su simple naturaleza, ejercen funciones públicas-administrativas, tanto que las personas que allí trabajan se consideran servidores públicos, e incluso están sometidos al régimen disciplinario de la ley 734 de 2002. Por tal motivo son sujetos de los artículos 209 y 267 de la Constitución.
- Las empresas mixtas (con más del 50% del capital estatal), como ya se analizó en un apartado anterior, son consideradas entidades estatales, públicas, y como tales integran la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), además son consideradas entidades descentralizadas (Sentencia C-736 de 2007 y jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado), y por ello, quedan también bajo el ámbito de los artículos 209 y 267 de la Constitución.
- Las empresas mixtas (del 50% de capital estatal) y las privadas con capital estatal (es decir aquellas con menos del 50% de capital público), a pesar de que algunos lo quieran desconocer, omitir e ignorar, también fueron consideradas por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007 como entidades descentralizadas, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), y por tanto son Administración Pública a la luz del artículo 39 de la Ley 489 de 1998. Al ser ello así, en nuestra opinión, la cual advertimos parece ser bastante minoritaria, les son también aplicables los principios de los artículos 209 y 267 de la Constitución.
- Lo anterior, podría incluso –siendo más atrevidos y audaces– predicarse también de las empresas 100% privadas, si se tiene en cuenta que la misma Corte Constitucional cuando ha hablado de la descentralización por colaboración ha

ejemplificado esta figura desde el artículo 365 de la Constitución, el cual autoriza que particulares puedan prestar servicios públicos domiciliarios, y al ser una manifestación de descentralización, quedarían entonces tales empresas sometidas a los principios propios de la actuación y función administrativa, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-629 de 2003, C-529 de 2006 y C-736 de 2007.

- Ahora bien, lo anterior queda ratificado, cuando al revisarse el artículo 209 de la Constitución, éste manifiesta que una manera de desarrollarse la función administrativa es a través de la descentralización; y como si ello fuera poco, el artículo 210 prescribe que las entidades descentralizadas sólo pueden crearse con fundamento en los principios que orientan la actuación administrativa, que no son otros que los del artículo 209 de la Carta Política.
- Hay que entender entonces que la descentralización en Colombia, si bien puede manifestarse desde el punto de vista de los sujetos (criterio orgánico), directamente a través del mismo Estado, o indirectamente a través de particulares, por autorización misma de la Constitución o de la ley, en ambos casos, en el directo y el indirecto, se está frente a una actividad (criterio material, funcional, finalístico) que comporta un interés público, general, social, y que la Constitución sometió al respeto de ciertos principios y postulados que son propios del Derecho administrativo.
- En cuanto a los principios de gestión fiscal (artículo 267 de la Constitución Política), no hay ninguna duda de que estos vinculan a toda empresa de servicios públicos domiciliarios, sea ella oficial, mixta, empresa industrial y comercial del Estado, o incluso privada con capital estatal, pues allí donde haya presencia de dineros públicos, sin importar su monto o porcentaje, estará siempre presente el control fiscal que ejercen las contralorías. Y si se quisiera ir más lejos, podría incluso decirse que también aplican en empresas cien por ciento privadas, en la medida en que éstas reciben, recaudan, administran o custodian subsidios y contribuciones, conceptos que ya se han considerado por la Corte Constitucional como una especie de tributo, o en todo caso, como recursos públicos, por tanto también tendría lugar el control fiscal.
- Con gran precisión lo expresa el profesor español RIVERO YSERN: «Un patrimonio público, incluso cuando interviene juntamente con el privado, que

se afecta a fines colectivos, debe tener un estatuto organizativo de Derecho público»⁴²⁰.

- Pero el tema de la obligatoriedad de tales principios quedó ahora más claro, al menos para las empresas consideradas entidades estatales en materia contractual, a partir de la Ley 1150 de 2007, particularmente en su artículo 13⁴²¹, ya reseñado con anterioridad.

La principal pretensión del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 es el señalamiento por vía legislativa de una verdad que ya se desprendía desde la hermenéutica constitucional, pero inexplicablemente silenciada o ignorada por la generalidad de la doctrina y de las empresas de servicios públicos domiciliarios: toda expresión orgánica, material, funcional o finalística de lo estatal que adelante gestiones contractuales, realiza en el fondo una hipótesis de función pública-administrativa sin importar el régimen jurídico específico que aplique, razón por la cual estará sometida, por lo menos, a los principios de la función administrativa y de gestión fiscal.

Aunque la subsunción principal-publicista-administrativista de la gestión contractual de los entes con régimen jurídico diverso al estatuto general de contratación, era ya evidente en el orden constitucional, la teoría y la práctica administrativa más generalizada la desconocía flagrantemente y pretextaba en su lugar que la aplicación del derecho privado o de regímenes especiales para la disciplina de sus contratos los legitimaba para obrar con desconocimiento o al menos con indiferencia frente a los postulados del Derecho administrativo.

Gracias a la Ley 1150 de 2007, entonces, hoy por hoy, no es admisible ninguna duda en torno al cuerpo principalístico administrativo que informa los acuerdos de voluntades en que intervienen los sujetos públicos, o privados que ejerzan funciones públicas-administrativas, o que sean una manifestación de la descentralización, o que por alguna razón o en alguna medida, administren, recauden, custodien recursos públicos, sin importar para ello que compitan en el mercado y actúen en libre

420. RIVERO YSERN, Op. cit., p. 47.

421. Agradezco a mi brillante y destacado discípulo de la Especialización de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Luis Fernando Hernández, por sus aportes, ideas, reflexiones, sobre el alcance del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que me sirvieron en gran parte, para las líneas que siguen a continuación.

competencia. Es decir entidades estatales, públicas (tanto desde lo orgánico, como desde lo material, funcional y finalístico) aún en libre mercado y en competencia deben sujetarse a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Dado el propósito que la propia Carta Política asigna a la función administrativa, esto es, servir al interés general, su desenvolvimiento no puede circunscribirse únicamente al estrecho marco enunciado en el artículo 209 superior, vale decir, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Ha de entenderse que los postulados de la función administrativa son, además de los manifestados, todos aquellos que den contenido al componente social y democrático del Estado de Derecho, pues sólo de esta forma se garantiza la prevalencia del interés superior de la colectividad. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin proponérselo, induce al intérprete a un error que deberá ser superado desde ahora, en tanto es inadmisibles sostener que sólo los principios enunciados en el artículo 209 de la Carta Política ostentan la entidad jurídica suficiente para direccionar y orientar el ámbito administrativo contractual de los entes no sometidos al estatuto general de contratación pública.

En verdad, la comprensión de los alcances de los principios de la función administrativa debe superar la visión restrictiva propuesta por la Ley 1150 de 2007. En su lugar, debe crearse conciencia en el servidor público con competencias contractuales de que las actuaciones así adelantadas deben estar inexorablemente blindadas por todos los contenidos jurídicos estatuidos en la Constitución, principalmente por la prevalencia de los derechos inalienables de las personas, estén o no expresamente consagrados en sus disposiciones o en los convenios internacionales vigentes⁴²².

Por consiguiente, la norma legal relativa a los principios rectores de la actuación administrativa aplicables en toda gestión contractual habrá de abarcar todos los mandatos de estirpe constitucional que han de gobernar las actuaciones y fines de la administración, entre los cuales se destacarían la supremacía constitucional, la prevalencia de los derechos fundamentales, la petición como medio para la impulsión, apremio y control de todos los procedimientos administrativos, la

422. Constitución Política de Colombia de 1991: Artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 29, 93 y 94.

participación, la veeduría, la prevalencia del derecho sustancial sobre las simples formas adjetivas y el debido proceso, entre otros.

Sabido se tiene que el sometimiento a los principios administrativos impuesto por la Ley 1150 de 2007 es un propósito político de amplio alcance, en tanto se enfla a proscribir, definitivamente, determinadas prácticas administrativas –precipitación, arbitrariedad, subjetivismo, sustracción al control y hermetismo de las formas que, aunque constitucionalmente ilegítimas, eran mayoritariamente aceptadas por los servidores de aquellos organismos por considerar que eran compatibles con su régimen jurídico contractual especial o de derecho civil y comercial. No obstante, tan ambiciosa finalidad político-constitucional se ve truncada en la realidad administrativa por una dificultad interpretativa innegable: la absoluta generalidad de los principios de la función pública-administrativa y de la gestión fiscal, entendida en sentido amplio, dificulta la determinación de contenidos específicos que viabilicen su operatividad en la actividad contractual cotidiana de los entes no sometidos al estatuto general de contratación estatal.

Se hace imperativo entonces formular una pregunta en este punto para arribar, finalmente, no al contenido específico de los postulados rectores de la función pública administrativa, sino al sendero para determinarlos caso por caso: ¿de qué manera podrá aplicarse la principialística administrativista, en las actuaciones contractuales de las entidades sometidas por regla general al derecho privado, sin entorpecer su régimen jurídico especial?

Es tarea difícil brindar respuesta a esta inquietud, en cuanto la solución que se ofrezca tiene que servir, no sólo para garantizar la seguridad jurídica del negocio en cuanto tal, sino también para refrendar su sometimiento a los principios administrativos, propiciar la celeridad indispensable en su gestión contractual y tutelar la singular autonomía jurídica que sustenta su exclusión del régimen ordinario de contratación pública; previniendo, en última instancia, toda consecuencia negativa, sea disciplinaria, fiscal o penal, por desobedecer el marco de la principialística administrativa.

Con el propósito de dar respuesta a la inquietud planteada dentro de los parámetros finalísticos requeridos, es posible formular, al menos, dos soluciones metodológicas que, aunque eventualmente divergentes, son jurídicamente plausibles.

De un lado, la propuesta esgrimida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que propende por la reglamentación autónoma del trámite contractual, por parte de las mismas empresas de servicios públicos domiciliarios, a fin de dar contenido y alcance administrativo a los institutos privados o especiales aplicables en este género de contratación, vale decir, estableciendo por vía reglamentaria interna, estatutaria, los medios idóneos para velar por los principios de la función administrativa. Y en caso de silencio de las normas internas de la empresa, tendría entonces que aplicar lo que sobre dichos principios prescribe la Ley 80 de 1993.

De otra parte, estaría la tendencia jurídica que podría denominarse lectura administrativista de las entidades estatales sometidas a derecho privado, según la cual, por tal circunstancia no dejan de ser estatales, ni dejan de celebrar contratos estatales, así los mismos se sujeten a Derecho privado. Veremos al respecto, más adelante, la tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de la primera tendencia, para el Tribunal Administrativo de Antioquia, en una ejemplarizante e histórica decisión del año 2008 (caso Edatel-Egal), con ponencia del Magistrado JORGE OCTAVIO RAMÍREZ, la cuestión del régimen de reconocimiento contractual de los entes oficiales no sometidos formalmente al estatuto general de contratación va mucho más lejos. En efecto, para este Tribunal, las ESP., no sólo están obligadas a establecer una autodisciplina contractual por vía reglamentaria en obediencia a todo un catálogo principal de raigambre constitucional⁴²³, sino que, además, estima que sus contratos, en la medida que contengan cláusulas excepcionales al derecho común, ofician como genuinos contratos estatales, sometidos, por tanto, al estatuto general de contratación⁴²⁴.

Se concluye de lo anterior, que el régimen jurídico contractual de las ESP, está enmarcado en «el deber de respetar las normas heterónomas o autónomas preexistentes, llámense ley, reglamento, manual de contratación (o) pliego de condiciones»⁴²⁵, orientadas todas, en última instancia, a establecer los medios

423. Para el H. Tribunal de Antioquia la obligación de expedir reglamentos que den contenido y alcance a las instituciones negociales privadas aplicables por algunos sujetos públicos está cimentada en valores jurídicos como (i) legalidad de la actividad administrativa; (ii) autonomía de la voluntad según una adecuada hermenéutica constitucional; (iii) función pública administrativa; y (iv) nemo potest contra proprium factum venire. Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala Séptima de Decisión. Sentencia del 29 de abril de 2008. Rad. 05001 23 31 000 2001 00535. Magistrado Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.

424. *Ibid.*

425. *Ibid.*

idóneos para tutelar las máximas y postulados de la función administrativa, esto es, aplicadas a cada hipótesis contractual concreta bajo la perspectiva del derecho público contractual.

Lo que la norma en estudio contempla es, en última instancia, la publicación del derecho privado en la contratación de entidades estatales, se trata de una relectura desde el derecho constitucional y administrativo.

La otra tesis del carácter obligatorio y vinculante de los principios de la función administrativa a los contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios estatales, ha quedado también reconocida en una sentencia⁴²⁶ del año 2008, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la cual, por su importancia, relevancia y pertinencia frente al tema que nos ocupa, nos permitimos transcribir, en extenso, los siguientes apartes:

Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebran las empresas de servicios públicos se rigen por las normas del derecho privado, también lo es que no por ello el contrato así celebrado deja de sujetarse a los principios que orientan la contratación estatal.

(...) La tesis del casacionista, según la cual, la naturaleza privada del contrato le permite al servidor público que lo suscribe permanecer ajeno a los principios constitucionales y legales que orientan su misión funcional, y en particular la contractual, equivale a desnaturalizar la función pública, en la medida en que pretende que una particular actividad administrativa, como sería la de celebrar contratos que se rigen por el derecho privado, escape a los principios que orientan la función administrativa.

(...) En conclusión, los contratos de derecho privado que celebra la administración son estatales, de allí que su adjudicación, celebración, ejecución y liquidación debe sujetarse a los principios que orientan la función pública, al tiempo que los servidores públicos que los suscriben están obligados a observar los principios constitucionales que orientan su función misional.

426. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 25104 del 5 de Noviembre de 2008. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Se trata de un caso de las Empresas Públicas de Armenia, donde se condenó a su Gerente por el delito de Celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal), por haber desconocido los principios de la función administrativa, y en donde la Empresa alegaba que no le eran aplicables, por ser una empresa de servicios públicos domiciliarios sometida a reglas de derecho privado.

(...) Al respecto, «la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la categoría de los contratos estatales comprende todos los celebrados por las entidades públicas del Estado, sea que se regulen por el estatuto general de la contratación, o que estén sujetos al derecho privado (civil, comercial, laboral).»⁴²⁷ Significa lo anterior que el contrato de derecho privado que celebra la administración no deja de ser estatal y, por lo tanto, no está eximido de cumplir con los mandatos constitucionales que rigen la función pública.

Por lo tanto, si el cuestionado contrato 001 de 2002 es un contrato estatal que se rige por las cláusulas del derecho privado, y si fue suscrito a nombre de la empresa industrial y comercial del Estado, Empresas Públicas de Armenia, ESP por su Gerente CLARA LUZ JARAMILLO HENAO, servidora pública designada por el Alcalde Municipal de Armenia, entonces es claro que dicho contrato, así como la conducta de la representante legal de la parte contratante, debieron sujetarse a los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política⁴²⁸, así como a los preceptos que desarrollan los *principios generales* que rigen la gestión de las empresas de servicios públicos⁴²⁹ y, en particular, los que orientan el ejercicio misional de dicha entidad industrial y comercial del orden municipal en materia contractual (...) ⁴³⁰.

Y más adelante, refiriéndose a otra sentencia de la misma Corte Suprema de Justicia, manifiesta:

En otra oportunidad, señaló sobre el mismo tema:

No obstante estar frente a un contrato cuyo contenido se regula en el ámbito del derecho privado, no debe perderse de vista que es un convenio que realiza la

427. Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de mayo de 2008, radicado No. 24334.

428. Constitución Política de Colombia de 1991. «Artículo 209: 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.»

429. Artículos 1 al 13 de la Ley 142 de 1994. En particular su artículo 2º dispone: «Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines...»

430. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 25104 del 5 de Noviembre de 2008. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

administración pública y sus objetivos y alcances tienen que estar sometidos al interés general, en procura del bien común.»

«Por ello, no se puede tener en cuenta sólo lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que hace referencia al contenido esencial del contrato, porque el convenio estatal tiene otras exigencias básicas, adicionales a lo que se conoce como elementos sustanciales del negocio jurídico y el artículo 146 del Código Penal incluye tres estadios cardinales de la contratación administrativa, involucrando de tal manera requisitos legales esenciales en la tramitación, en la celebración y en la liquidación del contrato estatal.»

«Se observa además que en el trámite del contrato se deben aplicar los principios de planeación, transparencia y escogencia objetiva. Su celebración ha de estar ceñida a la estricta legalidad, con cumplimiento de los requisitos de existencia y validez. La liquidación también debe seguir el principio de legalidad y la conmutatividad, pues se procura dejar resuelta cualquier diferencia económica entre las partes.»

«Así mismo, el principio de planeación impide que el trámite, la escogencia del contratista, la celebración, la ejecución y la liquidación del contrato se improvisen, debiendo respetarse las directrices técnicas, presupuestales, de oportunidad y de mercadeo, emanadas de la ley» (subraya y resalta la Sala en esta oportunidad)⁴³¹.

La contundencia y claridad de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para defender el ámbito de lo estatal, de lo público, de lo administrativo, las desearía uno ver en las constantes y recientes vacilaciones, contradicciones y ambigüedades de la mayoría (no de todos) de los integrantes de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tienen un buen ejemplo a seguir, ojalá lo hicieran.

3.12 REFLEXIÓN FINAL

La mejor manera de finalizar el presente trabajo, es rindiéndole homenaje a uno de los autores que más luces me brindó para el mismo, citando los últimos dos (2) párrafos de su monumental obra⁴³²:

431. Sentencia de Casación del 10 de julio de 2001, radicación 13681

432. MIR PUIGPELAT, Op. cit., págs. 245-246.

El Derecho administrativo del siglo veintiuno, el Derecho administrativo de la segunda modernidad, requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarla, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos inservible, demasiado rígida y poco flexible.

Sólo entonces se cumplirá la deseable profecía de SCHMIDT-ASSMAN: En el futuro los Estados europeos seguirán siendo esencialmente Estados administrativos. A pesar de las transformaciones que están sufriendo los instrumentos y las formas de la regulación estatal –y que en la actualidad se manifiestan con especial intensidad en los fenómenos de la privatización y de la cooperación entre el Estado y la sociedad–, lo cierto es que el Estado sigue siendo titular de una «responsabilidad general de garantía» (*grundlegende Gewährleistungsverantwortung*). El Derecho administrativo continuará manteniendo por ello una posición central en el sistema jurídico⁴³³.

433. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. El Derecho administrativo general desde una perspectiva europea. En: *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*. Lex Nova. No. 13, octubre de 2001, págs. 24-25.

CONCLUSIONES

HALLAZGOS-APORTES DE LA INVESTIGACIÓN

b

1. Si bien se pueden hacer intentos y ejercicios académicos para tratar de conceptualizar, definir, demarcar expresiones como Derecho administrativo, servicio público, servicio público domiciliario, función pública-administrativa, entidad estatal; en últimas, todos ellos no comportan en sí mismos conceptos unívocos, únicos, excluyentes, sino que por el contrario, son conceptos equívocos, complejos, a veces ambiguos y hasta contradictorios, y en el fondo, responden a usos instrumentales, a construcciones teóricas, que se elaboran a través de los tiempos, y que casi siempre obedecen a factores políticos, ideológicos, económicos, sociales, dependiendo del país, la época, los intereses en juego. Es decir, son términos variables, indeterminados y contingentes.
2. Hoy día, lo que debe determinar una posible aproximación a los conceptos de entidad estatal, administración pública, servicio público, servicio público domiciliario y función pública-administrativa, más que la naturaleza jurídica de los sujetos, más que las formas, ropajes o fachadas que se adopten (criterio orgánico), y más que los medios o instrumentos que se utilicen (criterio de potestades, prerrogativas), debe primar la consideración de si estamos o no frente a la existencia de fines públicos, la satisfacción de necesidades esenciales colectivas, la prevalencia del interés general, la defensa del patrimonio público, la protección de los derechos de los ciudadanos y usuarios, y la aplicación y vinculación de los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política (es decir, criterios finalístico, teleológico, funcional, material).
3. Casi todas las definiciones que se ha intentado dar sobre Derecho administrativo, apuntan o bien a ser el Derecho de la administración pública, o bien a ser el Derecho de la función administrativa, es decir, podríamos

afirmar que han predominado dos enfoques: uno organicista, subjetivo, y otro material, funcional. Consideramos que ambos criterios se quedan cortos para lo que significa e implica el Derecho administrativo hoy día en Colombia. Por ello, nuestro aporte va en la línea de proponer más que una definición de Derecho administrativo, es entenderlo como una sumatoria, una combinación de una serie de elementos, componentes, características, finalidades.

En tal sentido, diríamos que por Derecho administrativo, entendemos el Derecho que aplica, que tiene vigencia, allí donde se manifieste alguno de los siguientes elementos o finalidades: la presencia de entidades públicas; la existencia de particulares que ejerzan funciones administrativas; el uso, administración, custodia de recursos públicos; el ejercicio de potestades, prerrogativas; la necesidad de ejercer controles, límites al ejercicio de autoridad; la necesidad de hacer prevalecer el interés general-público y la defensa del patrimonio público; la garantía de los derechos y libertades ciudadanas y colectivas y, finalmente, allí donde la Constitución o la ley hagan aplicables y exigibles los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, del artículo 209 y 269 de la Constitución Política.

4. Si bien es cierto que no todos los doctrinantes y tratadistas aceptan la división, dualidad entre Derecho público-administrativo y Derecho privado, y la misma podría calificarse incluso como artificiosa, desde el punto de vista práctico, además de ser real y útil tal diferenciación, la consideramos en Colombia y en particular en el sector de servicios públicos domiciliarios, como vigente, necesaria y beneficiosa; sobre todo, cuando se trata de definir la naturaleza jurídica, el régimen jurídico, y el juez competente, de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y muy especialmente cuando se trata de regular las relaciones entre empresa-usuario, independientemente de la naturaleza y composición accionaria de la empresa, por cuanto allí se está en una relación jurídica desigual, de subordinación, que amerita disponer del régimen (que en nuestro criterio debe ser el público-administrativo) que mejor garantice la defensa y protección de los derechos y garantías de la parte más débil de la relación, es decir, los usuarios.
5. Aunque haya proclividad a la duda en el contexto, consideramos que sí es posible encontrar algunas delimitaciones entre el derecho público-administrativo y el derecho privado: En el derecho administrativo prevalece

el principio de legalidad, de actuación reglada; mientras que en el derecho privado prevalece la libertad de actuación, la autonomía de voluntad. En el derecho administrativo hay principios vinculantes e ineludibles como el de publicidad, transparencia, contradicción, imparcialidad, moralidad, los cuales si bien pueden guiar igualmente al derecho privado, allí no son de carácter obligatorio y vinculante. El derecho administrativo obliga a que las decisiones deban ser publicadas, o notificadas, con ciertos rituales y requisitos, el derecho privado, por regla general, no contempla tal situación. El derecho administrativo consagra la llamada vía gubernativa, a través de los recursos de reposición, apelación y queja frente a las decisiones definitivas, lo cual no ocurre, necesariamente, en el derecho privado. El derecho administrativo contempla la figura del silencio administrativo, la cual no existe en el derecho privado. El derecho administrativo tiene como finalidad prevalente garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales, la búsqueda del interés general, y la protección del patrimonio público, mientras que el derecho privado tiene como finalidad prevalente garantizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la búsqueda de la utilidad económica, rentabilidad, el lucro y la protección de patrimonios particulares. El derecho administrativo, por regla general, regula relaciones entre desiguales donde hay cierta subordinación, el derecho privado, por regla general, regula relaciones de igualdad, de colaboración, de coordinación.

6. La noción clásica, tradicional de servicio público, conlleva una relación directa y estrecha con lo estatal o lo público. Podría afirmarse incluso que durante muchas décadas, la existencia misma del Estado, de la administración pública y del Derecho administrativo, se justificaban o se caracterizaban a partir de la prestación de servicios públicos. ¿Para qué estaba el Estado? Para prestar servicios públicos, respondería gran parte de la doctrina, por cuanto la razón de ser del Estado era (y aún hoy lo es) la satisfacción de necesidades colectivas; y ello se lograba generalmente a través de la prestación de servicios públicos. Ello significó que tal actividad fuera considerada como propia, reservada al Estado y que se le atribuyera por mucho tiempo el carácter de monopolio, según lo cual, para que un particular pudiera prestar un servicio público requería de un título habilitante (autorización, concesión, licencia) por parte del estado.
7. Pero esa noción netamente estatista del servicio público, comenzó a resquebrajarse cuando empezaron a darse los siguientes argumentos y

razones: la ineficiencia del Estado, la lentitud de lo público, la corrupción, el clientelismo, la baja cobertura, la baja calidad de los servicios, la deficiente tecnología usada durante su prestación, el déficit fiscal de muchos países, la incapacidad estatal para hacer inversiones requeridas; lo cual, llevado de la mano de las teorías económicas en boga como el neoliberalismo, la apertura económica, las privatizaciones, la reducción del estado y las presiones de organismos internacionales como el Banco Mundial, generaron la llamada crisis del viejo servicio público y el surgimiento de un nuevo modelo, de una nueva noción, o al menos, de un nuevo enfoque de los servicios públicos, incluidos entre ellos, la especie de los domiciliarios.

8. En medio de la llamada crisis del viejo servicio público, se expidió la Constitución de 1991, y allí se adoptó un nuevo modelo, una nueva noción, dado que se pasó de la versión de monopolio estatal de los servicios públicos, a la noción de libre competencia, en la que se permite y garantiza que los servicios públicos, y entre ellos los domiciliarios, puedan ser prestados por el Estado –directa o indirectamente–, por los particulares o por comunidades organizadas, pero manteniéndose un alto grado de intervención estatal a través de la fijación del régimen jurídico, competencias, responsabilidades, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, regulación, inspección, control y vigilancia.

Es de advertir, entonces, que el giro dado fue pasar del monopolio a la libre competencia, pero sin que eso signifique que el Estado no pueda seguir siendo un prestador, sólo que su rol ahora se enfoca a ser regulador-controlador, pero se insiste, sin que ello implique que hoy el Estado no pueda seguir siendo prestador.

9. El hecho de que el nuevo modelo de servicios públicos domiciliarios haga énfasis en el mercado, la libre competencia y el no monopolio, no le quita la carga finalística, teleológica, funcional y material a la noción de los servicios públicos domiciliarios; pues más allá de cuál sea la naturaleza jurídica de quien los preste (el Estado o los particulares), lo que sigue caracterizando a los servicios públicos domiciliarios es su finalidad de satisfacer necesidades colectivas, intereses públicos, intereses generales; dado que por mandato constitucional son «inherentes a la función social del Estado».

10. Si bien el fenómeno de privatización de empresas de servicios públicos domiciliarios, o el sometimiento de dichas empresas a régimen de derecho privado, se ha fundamentado la mayoría de las veces en razones de eficiencia, economía, eficacia, agilidad, transparencia, rentabilidad o mejor gestión; también es cierto que detrás de tales fenómenos se busca con frecuencia evadir, eludir ciertos derechos, garantías, principios, trámites, procedimientos, controles, responsabilidades que son más exigentes y garantistas en el Derecho administrativo que en el privado.

Generalmente se busca con el Derecho privado facilidades en la contratación y en la vinculación del personal, sin tener que garantizar la transparencia, la publicidad, la concurrencia, la igualdad, la imparcialidad, el mérito, asuntos que sí son vinculantes y obligatorios en el régimen del Derecho administrativo.

11. Prestar servicios públicos domiciliarios continúa siendo, al menos en Colombia, ejercicio de función pública-administrativa por cuanto: i) son inherentes a la función social del Estado, ii) así sean prestados por particulares, son una clara manifestación de la descentralización, bien por servicios o por colaboración, lo que implica el tener que sujetarse a los principios propios de la función administrativa, iii) la razón de ser de la prestación de los servicios públicos es satisfacer las necesidades esenciales de los usuarios, y las relaciones de estos con las empresas prestadoras, las que están sometidas a procedimientos administrativos, a la expedición de actos administrativos y a vía gubernativa, iv) el Estado es el responsable y el garante de que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a los servicios públicos, y v) si bien la prestación puede estar en manos de particulares, otros componentes tan importantes como la fijación de políticas, la regulación, el control, la inspección y vigilancia, se mantienen como típicas actividades estatales-públicas-administrativas. Además de que continúa siendo una actividad considerada de interés general.
12. Queda demostrado, como resultado de la presente investigación, que el Estado, la administración pública y el Derecho administrativo, permanecen vigentes y activos en el sector de los servicios públicos domiciliarios, por cuanto:

- Siguen existiendo entidades públicas, estatales, prestadoras de servicios públicos domiciliarios.
- Las ESP, sin importar su naturaleza de públicas o privadas, dictan actos administrativos, adelantan procedimientos administrativos y agotan vía gubernativa, como mínimo, en sus relaciones con los usuarios.
- Las ESP, tanto públicas, como mixtas y privadas celebran algunos contratos con cláusulas exorbitantes de Ley 80 de 1993 (contratación estatal).
- En algunos casos, en el sector de los servicios públicos domiciliarios, hay que adelantar procesos de selección de contratistas a través de licitaciones públicas (Ley 80 de 1993, contratación estatal).
- Las ESP oficiales y las mixtas deben contratar sus operaciones de crédito, bajo normas reglamentarias de la Ley 80 de 1993 (contratación estatal).
- Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%), están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 (contratación estatal).
- Los contratos de condiciones uniformes que regulan la relación entre todas las empresas y los usuarios, tienen una naturaleza mixta, es decir, participan de normas de Derecho privado, pero también de normas de Derecho público.
- En algunos sectores de los servicios públicos domiciliarios, siguen existiendo típicos contratos de concesión, que son propios del Derecho público-administrativo.
- Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%), están sujetas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

- En las ESP oficiales, y en las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, su personal está clasificado como servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales). Y si se hiciera una interpretación constitucional, también las personas que laboran en las ESP mixtas, serían servidores públicos.
 - Las ESP oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las ESP mixtas (con capital estatal superior al 50%), dirimen sus controversias y litigios, por regla general, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
 - La fijación de políticas sectoriales, regulación, régimen, metodologías y fórmulas tarifarias, inspección, control y vigilancia, manejo de subsidios y contribuciones, transferencias del Sistema General de Participaciones, el tema tributario, la relación empresa-usuario, la protección y defensa de los usuarios, son materias propias y sujetas al Derecho público-administrativo.
 - Incluso a la luz de la Ley 1341 de 2009 (TIC) los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, seguirán expidiendo actos administrativos en sus relaciones con los usuarios, existirá vía gubernativa, silencio administrativo positivo; y en el caso de proveedores que sean entidades estatales en materia de contratación, deberán aplicar los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), los principios de la gestión fiscal (art. 267 C.P.) y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993. Además la ley es enfática al señalar que las telecomunicaciones, si bien ya no son servicios domiciliarios, si son servicios públicos esenciales bajo la titularidad del Estado.
- 13.** Si bien el Derecho público-administrativo en general, y en particular en el sector de los servicios públicos domiciliarios no está en crisis, no va en huida al derecho privado, lo cierto es que el mismo no puede quedarse anclado y embalsamado en los conceptos, categorías, métodos, técnicas y procedimientos tradicionales, que sirvieron en su momento para su creación, justificación, evolución y consolidación. Debe aceptarse que el Derecho público-administrativo, como disciplina donde imperan reglas, principios, valores, la razón, las relaciones humanas, los conflictos sociales, políticos, económicos, ideológicos, es ante todo, dinámico, variable, contingente, y

por ello, debe ir adaptándose a las mutaciones y cambios que se van presentando en la sociedad.

14. Por lo anterior, se considera absolutamente importante lo que hemos encontrado o denominado en la investigación, como las nuevas tendencias y transformaciones del Derecho administrativo, a saber: el Derecho administrativo privado, la teoría de los actos separables, la teoría del levantamiento del velo, la reserva constitucional del derecho y del juez administrativo, el derecho administrativo global, la teoría de la autorregulación regulada, los principios del Derecho comunitario europeo y decisiones del TJCE, el Derecho económico-Derecho de la competencia-análisis económico del Derecho, el Derecho de los usuarios-in dubio pro usuarios, y el respeto por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de 1991.
15. Finalmente, y como una reflexión que deberíamos tener presente los abogados al momento de enfrascarnos en discusiones académicas, y que a veces lo hacemos incluso con fantasiosas pretensiones científicas, concluimos este trabajo con las palabras de IGNACIO BORRAJO INIESTA «...**en un mundo como el nuestro, dominado por una ciencia relativista y guiado por un espíritu escéptico, quizá solamente los juristas seguimos hablando de dogmas, en un momento en que las mismas Iglesias revisan y abandonan los suyos**»⁴³⁴. (Negrillas fuera de texto)

434. BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 78, abril-junio de 1993, p. 235.

BIBLIOGRAFÍA

b

DOCTRINA

ADAMS, John Clarke. El derecho administrativo norteamericano: nociones institucionales de derecho administrativo. Buenos Aires: Eudeba, 1964.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. La capacidad normativa de los sujetos privados. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 99, julio-sept. 1998, págs. 343-367.

ALVIAR GARCÍA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del Derecho administrativo. En: Revista de Derecho Público 19. Bogotá: Universidad de los Andes. Junio de 2007, págs. 1-5.

ARAÚJO OÑATE, Rocío Mercedes. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: El Derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, págs. 148-205.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? quizás ambas cosas. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 138, sept-dic 1995, págs. 7-36.

ARTEAGA VÉLEZ, Luis Fernando. La regulación: mecanismo de intervención estatal. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 4, No. 1. 1999, págs. 49-68.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1998. 204 p.

- _____. Servicios públicos domiciliarios. Legislación y jurisprudencia. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2003. 915 p.
- _____. Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 400 p.
- _____. Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios –En el contexto de la doctrina constitucional-. Primera edición. Biblioteca Jurídica Dike & Andesco. Medellín, 2008. 351 p.
- _____. ¿Tiene vigencia hoy el derecho administrativo en Colombia? Medellín, 1995. Documento sin publicar.
- _____. Una aproximación al concepto de regulación. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 4, No. 1. 1999. Págs. 69-82.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio J. La desadministración pública. Madrid: Marcial Pons, 2001. 281 p.
- BASSOLS COMA, Martín. Servicio Público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No.84, 1977. Págs. 27-59.
- BEDOYA GIRALDO, Hubed. Existencia Jurídica de la Regulación. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Volumen 6, No. 1. 2001. págs. 31-45.
- BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. En: Revista de economía institucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. No. 01, noviembre de 1999, págs. 155-157.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 10, No 1, marzo de 2005, págs. 9-54.

- BERMEJO VERA, J. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 20, junio de 2002, págs. 299-320.
- BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1955.
- BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 78, abril-junio. 1993, págs. 233-249.
- CAPELLA, Juan Ramón. Fruta prohibida. Madrid: Editorial Trotta, 1997. 296 p.
- CARRE DE MALBERG, Raymond. Teoría general del estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CASSANGE, Juan Carlos. Derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot. 2006.
- CASSESE, S. Crisis y transformaciones del derecho administrativo. En: Revista Documentación Administrativa (DA). España: Instituto Nacional de Administración Pública. No. 250-251, enero-agosto. 1998, págs. 215-228.
- CASTRO, Hernando. Servicios públicos domiciliarios, función pública y derechos fundamentales. En: Revista Letras jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín, Vol. 7, No. 2. 2002, págs. 41-61.
- CÁRDENAS URIBE, Julio César. Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Universidad Externado, 2003. 170 p.
- CHINCHILLA, M. Carmen; LOZANO, Blanca y DEL SAZ, Silvia. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres Estudios. Madrid: Editorial Civitas, 1992. 195 p.
- CRUZ ALLI ARANGUREN, Juan. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Editorial Civitas, 2004. 393 p.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos. Madrid: La laguna, 1996.

CUETARA, Juan Miguel. La actividad de la administración. Madrid: Tecnos, 1983. 139 p.

DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. . En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 133, enero-abril 1994. Págs. 65-66.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita. España: Anthropos, 2007.

DROMI, Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1987.

DUGUIT, Léon. Las transformaciones generales del Derecho, público y privado. Buenos Aires: Heliasta, 2000.

ENTERA CUESTA, Rafael. Curso de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 1965.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La huida del Derecho administrativo. En: Revista Holística Jurídica. Medellín: Universidad San Buenaventura. 2005, págs. 127-163.

ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de Derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1990.

FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Madrid: Editorial Trotta, 2001. 283 p.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Trotta, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Empresa pública y servicio público: el final de una época. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 89, ene-marzo, págs. 37-48.

_____. Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 150, sep-dic 1999, págs. 57-74.

_____. Las transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No 39, jul-sep 2000, págs. 105-116.

FRAGA, Gabino. Derecho administrativo. México: Porrúa, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo). En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 85, enero-abril de 1978, págs. 241-259.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1995.

GARCIA OVIEDO, Carlos. Derecho administrativo. Madrid: Imprenta Provincial, 1962.

GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 7, enero-abril de 1952, págs. 11-50.

_____. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. El modelo económico en la constitución y la revisión del concepto de servicio público. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 29, abril-junio de 1981, págs. 225-238.

_____. Privatización y reprivatización. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 126, sept-dic 1991, págs. 7-26.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. Vol. II. Edición 12ª. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

GIL ALZATE, Willington y ZAPATA MACÍAS, Diana Cecilia. El usuario de los servicios públicos domiciliarios. Medellín, 2002, 220 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

GIL ARBELÁEZ, Gloria Patricia. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la participación de los usuarios bajo el nuevo modelo constitucional de estado social de derecho. Medellín, 2006, 154 p. Trabajo de grado (Abogada). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. El Derecho Administrativo Privado. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A, 1996. 747 p.

GORDILLO, Agustín A. Tratado de derecho administrativo. Vol. I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. 1998.

HEFENDEHL, Roland. ¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor? En: Derecho Penal y Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Volumen 25, No. 75, enero-junio 2004, págs. 57-70.

ISA, Varios Autores. Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. Medellín: Interconexión Eléctrica S.A., 2006. 137 p.

JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JÉZE, Gastón. El funcionamiento de los servicios públicos. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1949.

_____. Principios generales del derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1948.

_____. Principios Generales del Derecho Administrativo. Libro II: La Noción de Servicio Público. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1949.

JORNADAS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. El Derecho Administrativo de los Servicios Públicos. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003. 597 p.

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. México D.F: Colofón S.A., 2000.

_____. Dios y Estado, En: CORREAS, Óscar. El otro Kelsen. México: UNAM. 2008.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. El Surgimiento del Derecho administrativo global. Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Gisela Paris y Luciana Ricart. New York, 2005.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La renuncia de la administración pública al derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No.136, enero-abril de 1995, págs. 201-229.

LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. Los servicios públicos en Colombia: entre la libertad de mercado y la intervención estatal. En: Manual de Derecho administrativo. Bogotá: Ediciones Uniandes-Temis, 2009, págs. 171-228.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de derecho administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1988.

LINARES, Juan Francisco. Derecho administrativo. Buenos Aires: Astrea, 2007.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda Edición. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2006. 366 p.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel. Influencia del Derecho administrativo norteamericano en el Derecho administrativo colombiano. Las misiones Kemmerer y Currie. En: Teoría de la organización administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

_____. Vivir en Policía. Una contralectura sobre los orígenes del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 334 p.

MALARET I GARCÍA, Elisenda. El Derecho de la administración pública: derecho público y derecho privado, la relevancia de los principios constitucionales. En: Derecho público y Derecho privado en la actuación de la administración pública. Madrid: Marcel Pons, 1999.

_____. Servicios Públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 145, enero-abril de 1998, págs. 49-88.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. La contratación de las empresas de SPD. Evaluación del tema y perspectivas legislativas. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 11, No. 1. 2006. Págs. 63-98.

_____. Público y privado. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No.126, sep-dic 1991, págs. 63-132.

_____. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 140, mayo-agosto 1996, págs. 25-67.

_____. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. En: Revista Andaluza de Administración Pública (RAnAP). No. 39, julio-sep 2000, págs. 13-24.

MATEO, Martín. La sustantividad del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 53. 1967, págs. 35-72.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Buenos Aires: Depalma, 1954.

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Servicios públicos domiciliarios: Calidad de vida y construcción del Estado Social de Derecho. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1997. 395 p.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. 285 p.
- MOLINA BEDOYA, Andrea. El contrato de condiciones uniformes en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Medellín, 2009, 200 p. Trabajo de grado (Abogada). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La jurisprudencia constitucional de los servicios públicos domiciliarios. En: El Derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007. págs. 206-239.
- MOLINA TORRES. José Antonio. Régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Gustavo Ibañez, 1998. 310 p.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 229 p.
- MONTOYA MARÍN, Encarnación. Las empresas públicas sometidas al derecho privado. Madrid: Marcial Pons, 1996. 661 p.
- MORENO, Luis Ferney. Servicios públicos domiciliarios: perspectivas de derecho económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 345 p.
- OLIVER, Dawn. Common Values and the Public-Private Divide, Butterworths, Londres, 1999.
- OMAÑA GÓMEZ, Marcela y otros. La evolución del concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano, desde 1955 hasta nuestros días. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.10, No. 2. 2005, págs. 9-54.
- ORDOÑEZ, Alejandro. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos ¿Servidores públicos o trabajadores particulares que ejercen funciones públicas? En: Revista Series. Deloitte. Junio 2008, págs. 39-40.

- ORTEGA, Concepción y GUERRA, María José. Globalización y neoliberalismo: ¿un futuro inevitable? España: Ediciones Nobel S.A., 2002.
- PALACIOS LLERAS, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho administrativo. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes, febrero de 2009. Págs. 3-23.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. El Derecho de los servicios públicos. Bogotá: Editorial Temis, 1999. 245 p.
- _____. Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos. En: Revista Supervisión. Bogotá: Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. No. 2, noviembre 1996, págs. 8-17.
- PARADA, Ramón. Derecho administrativo, Parte general I. Decimoquinta edición. Madrid: Marcial Pons, Ed. Jurídicas y sociales, 2004.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de derecho administrativo. Barcelona: Ariel. 1998.
- PASTOR, Jaime. Neoliberalismo global, Estados y alternativas, En: ORTEGA, Concepción y GUERRA, María José. Globalización y neoliberalismo: ¿un futuro inevitable? España: Ediciones Nobel S.A., 2002.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del Derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones. México: Porrúa y UNAM, 2004.
- RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.
- RAMÍREZ GRISALES, Richard. Autorregulación y servicios públicos domiciliarios: un estudio desde el análisis económico del derecho. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol.13, No. 1. 2008, págs. 195-234.

- _____. Naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 13, No. 2. 2008, págs. 83-100.
- RIVERO, Jean. Derecho administrativo. Traducción de la 9ª Edición. Caracas: Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela. 1984.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. Administraciones Públicas y derecho privado. Madrid: Marcials Pons, 1998.
- RIVERO YSERN, Enrique. Derecho público y Derecho privado en las organizaciones y actividad de las Empresas públicas. En: Revista de Administración Pública (RAP). Madrid. No. 86, mayo-agosto de 1978, págs. 11-52.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El papel central de los usuarios en el derecho energético. En: El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos. Estado contra mercado. Madrid: Editorial Tauros. 2000, 138 p.
- RODRIGUEZ MONSALVE, Mario. Curso de Derecho Administrativo. Medellín: [s.e], 1985.
- ROLLAND, L. Précis de droit administratif. 5º ed., París, 1934.
- SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. En: Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Editorial Civitas. No. 75, julio-septiembre de 1992, págs. 399-416.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo. Vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El Concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.

- _____. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SARRIA, Eustorgio y SARRIA B., Mauricio. Derecho administrativo. Bogotá: Ceida, 1974.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. El Derecho administrativo general desde una perspectiva europea. En: Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo. Lex Nova. No. 13, octubre de 2001, págs. 5-26.
- SERRA ROJAS, Andrés. Derecho administrativo. Tomo I. México: Ed. Porrúa. 1981.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Desregulación, privatización y Derecho administrativo. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, págs. 175-177.
- _____. Los Fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- STIGLITZ, Joseph E. El malestar en la globalización. Bogotá: Editorial Taurus, 2002. 314 p.
- SUÁREZ TAMAYO, David. Divagaciones de un abogado administrativista clásico en diálogo con un administrativista converso. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 13, No. 2. 2008, págs. 101-130.
- _____. Reflexiones sobre una posible reforma al Código Contencioso Administrativo. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 13, No 1. 2008, págs. 111-128.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. La huida de la administración hacia el derecho privado. En: Estudios de derecho público. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, págs. 93-129.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. Privatización, Empresa Pública y Constitución. Madrid: Marcial Pons, 1997. 489 p.

- URIBE, María Teresa y VALENCIA, Germán. Tensiones y dilemas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: entre lo público, lo privado y lo estatal. En: Revista Letras Jurídicas. Medellín: Empresas Públicas de Medellín. Vol. 10, No. 1. 2005, págs. 31-76.
- VALLS HERNÁNDEZ, Sergio y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos. Nuevo Derecho Administrativo. México: Editorial Porrúa, 2004. 591 p.
- VANSTRAHLEN FAJARDO, Luis Hernando. ¿Existe un derecho administrativo económico? En: Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Bogotá: Universidad del Rosario. 2005.
- VARIOS AUTORES. Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 230 p.
- VARIOS AUTORES. Revista Series de energía y servicios públicos. Deloitte. No. 3, junio 2008. 102 p.
- VEDEL, Georges. Derecho administrativo. 6ª edición. Madrid: Editorial Aguilar 1980.
- VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996.
- VELILLA, Marco Antonio. Aproximación conceptual al Derecho económico y de los negocios. En: Constitución Económica de Colombia. Bogotá: Biblioteca Millennium, El Navegante Editores. 1996.
- WEIL, Prosper. Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1986.
- WEIL, Prosper, POUYAUD, Dominique. Le Droit administratif, 21ª edición. Colección Que-sais-je?, París: Presses Universitaires de France. 1964.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 1999.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 de 2003. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-253 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-327 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-483 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-444 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-182 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-558 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1212 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-316 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-720 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 113, marzo de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-224 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-558 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-561 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-815 de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 031 de febrero de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-041 de 2007. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-197 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-218 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-691 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-722 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-910 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1010 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Ref: expediente No. S-701.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 14.197.

- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 13.778.
- CONSEJO DE ESTADO. ACU-278 del 28 de mayo de 1998. Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 14000.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1141 septiembre 11 de 1998. Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 15.615.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1171 28 enero 1999. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 16446.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Veintisiete (27) de enero de dos mil (2000). Radicación número: 16708
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Nueve (9) de marzo de dos mil (2000). Número de radicación: 16661.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: 16661.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Seis (6) de junio de dos mil dos (2002). Radicación número: 20634.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Primero (1º) de agosto de dos mil dos (2002). Radicación número: 21041.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: Nora Cecilia Gómez Molina. Veintitrés (23) de julio de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 26725.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Primero (1º) de abril de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 26145.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 3713.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Dos (2) de agosto de 2006. Radicación número: 30731.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINIISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Veintisiete (27) de septiembre de 2006. Radicación número: 31809.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 29703.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis (2006). Radicación número: (31024).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Ocho (8) de febrero de dos mil siete
(2007). Radicación número: 30903.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Mauricio Fajardo. Doce (12) de diciembre de 2007.
Aclaración de voto. Consejero Enrique Gil enero 23 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Mauricio Fajardo. Tres (3) de diciembre de dos mil ocho
(2008). Radicación número: 34.745.

JURISPRUDENCIA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia de 10 de septiembre de
2008. Exp. 110010102000200801954 00.**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Disciplinaria. 25 de junio de 2008.
Exp.211-33. M.P. Julia Emma Garzón**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia del 11 julio 2008.

NORMATIVIDAD BÁSICA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Ley 80 de 1993

Ley 142 de 1994

Ley 143 de 1994

Ley 190 de 1995

Ley 489 de 1998

Ley 689 de 2001

Ley 734 de 2002

Ley 1107 de 2006

Ley 1150 de 2007

Decreto-Ley 01 de 1984
Decreto-Ley 1222 de 1986
Decreto-Ley 1333 de 1986
Decreto-Ley 111 de 1996

CIBERGRAFÍA

ARRATIBEL ARRONDO, José Antonio. Límites jurídicos a la huida del derecho público. En: noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200701-1115155193931644.html [Consulta: 12 de abril de 2007].

CARRILLO, Fernando. Derecho Administrativo y Sistemas de Regulación. En: www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc63-S.pdf. [Consulta: 14 de abril de 2007].

COSIMINA PELLEGRINO, P. Derecho Administrativo y Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. En : <http://www.zur2.com/fcjp/112/cosimina.htm>. [Consulta: 14 de abril de 2007].

DARNACULLETA GARDELLA, Ma Mercé. Derecho Administrativo y Autorregulación. En: www.tesisenxarxa.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-1212103-121813//tmdg1de3.pdf. [Consulta: 14 de abril de 2007].

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. «Apuntes históricos sobre la ciencia del derecho administrativo en México», [en línea]. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. [citado 14-08-08]. Serie Doctrina Jurídica (Núm. 282). Formato Pdf., disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1855>. ISBN 970-32-3139-X.

GONZÁLEZ, Edgar. Las telecomunicaciones y el Derecho Administrativo. En: www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/derecho_telecomunicaciones/revista1. [Consulta: 15 de abril de 2007].

GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo. De nuevo sobre la huida del Derecho Administrativo. En: <https://www.rexurga.es/pdf/COL121>. [Consulta: 14 de abril de 2007].

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Entidades de Derecho Privado y Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Tomado de Internet.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XX!. En: www.bibliojuridica.org/libros/1/316/9.pdf. [Consulta: 12 de abril de 2007].

QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia. Derecho público y derecho privado. En: www.bibliojuridica.org/libros/4/1805/26pdf

LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA.,
Calle 46 No. 43-43
PBX: 444 44 98
Medellín - Colombia