

La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos*

HUGO BASTIDAS BÁRCENAS¹

RESUMEN

La adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios le confiere legitimidad al Estado social de Derecho. Uno de los objetivos para obtener una buena calidad en la prestación de esos servicios pasa por mejorar las instituciones que gobiernan las actividades asociadas directamente a la prestación de los servicios públicos. Las normas jurídicas aplicables son una parte indispensable de esas instituciones. Las normas jurídicas, en lo posible, deben ser leídas y entendidas de forma coherente y armónica por todos los sujetos que intervienen en las actividades de prestación de servicios públicos. Una manera de reducir el número de conflictos y litigios que surgen sobre el entendimiento de las leyes sería la de lograr consensos acerca del significado de las nociones y de las categorías jurídicas más sobresalientes del régimen jurídico en cuestión. El presente trabajo trata de dar una visión lo más neutral que se pueda para denotar con la mejor precisión categorías como actividad administrativa del Estado, regulación y reglamentación y servicio público, tres nociones absolutamente indispensables para manejar las leyes aplicables a ese conjunto de funciones y actividades encargadas de la satisfacción de las necesidades de interés general.

Palabras clave: Actividad administrativa; Actividad jurídica; Actividad técnica; Función pública administrativa; Servicios públicos; Regulación; Reglamentación; Acto administrativo general; Acto administrativo particular.

* Fecha de recepción: 1 de marzo de 2014. Fecha de modificación: 18 de junio de 2014. Fecha de aceptación: 4 de julio de 2014.

Texto elaborado con base en una ponencia leída por el autor en el Congreso Internacional de ANDESCO, celebrado en junio de 2013.

1 Abogado de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, fue profesor de las universidades Javeriana y Nacional, y durante más de cuatro años fue asesor jurídico de la Gobernación de Nariño. Actualmente es Magistrado del Consejo de Estado. Correo electrónico: fernandobarenas@hotmail.com

ADMINISTRATIVE ACTIVITIES OF THE STATE, ADMINISTRATIVE PUBLIC FUNCTION AND PUBLIC SERVICES

ABSTRACT

The adequate provision of household public services confers legitimacy to the Social Rule of Law. One of the objectives to obtain a good quality in the provision of such services is crossed by the need to improve the institutions that govern the activities directly associated to the provision of public services. The legal norms applicable are an essential part of those institutions. Where possible, legal rules should be read and understood in a coherent and harmonic way by all individuals that intervene in the activities required for public service delivery. One of the ways to reduce the number of conflicts and litigations that arise from the interpretation and understanding of the law consists in achieving consensus on the definition of key notions and categories of the legal regime in question. This article tries to offer a neutral vision to understand categories such as administrative activities of the State, regulation and regimentation, and public service; these are notions absolutely indispensable to manage the applicable laws to the set of functions and activities that lead to the satisfaction of general interest needs. Summing up, attempts to elucidate the basics of the legal regime of public services.

Keywords: Administrative activity; Legal activity; Technical activity Administrative Public Function; Public Services; Regulation; Regimentation; General Administrative Act; Private Administrative Act.

INTRODUCCIÓN

Una adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios es indispensable para conferirle mayor legitimidad al estado social derecho. El índice Gini, como es sabido, verifica el estado de la prestación de los servicios públicos para detectar el grado de equidad o inequidad que muestran los países respecto de la satisfacción de las necesidades públicas. Una de las mayores preocupaciones de los Gobiernos y de los gremios de países como Colombia es la de avanzar en el establecimiento y gestión de modelos económicos y políticas públicas que suban el nivel del sistema de los servicios públicos hasta acercarlos a los niveles que muestran los países desarrollados. Entre los objetivos de esas tareas está el de fortalecer la institucionalidad que requiere el sistema. El derecho es el instrumento principal para eso. De ahí que siempre será necesario examinar y releer las categorías jurídicas básicas asociadas a la prestación de los servicios públicos. Todo esto, en orden a mantener claridad y coherencia en la aplicación de las reglas de juego establecidas para trazar el marco normativo de las acciones que tanto el sector público como el privado tienen la responsabilidad de ejecutar en pos de una óptima prestación de los servicios públicos, en especial los domiciliarios.

En ese contexto voy a comentar tres nociones jurídicas claves –para ambientarnos en esto del derecho administrativo–, que son las nociones de actividad administrativa del

Estado, la función pública administrativa y el servicio público. Me permitiré, en consecuencia, exponer una visión personal de esas tres categorías, visión que no pasa de ser un esbozo de una posterior teoría jurídica que logre explicar satisfactoria y completamente el fenómeno del servicio público como escenario al que concurren los usuarios, los empresarios y las autoridades, todos a una cobijados por un régimen jurídico especial. Cuando aluda a la función pública administrativa me detendré en las nociones de *regulación* y *reglamentación*, que son nociones directamente asociadas a la naturaleza del régimen jurídico especial de los servicios públicos.

Pero antes, debo aclarar que se trata de temas de viejo cuño². En derecho, como en otras cosas del mundo, no hay nada nuevo bajo el sol. Por lo menos, desde hace más de cien años los juristas debaten estas categorías jurídicas. Así que los discursos pueden ser viejos, como ciertos chistes, pero la audiencia sí es nueva y por eso se ríe.

Dice GERARDO PISARELLO (2011), en su obra *Un Largo Termidor*, que una ola de protestas recorre Europa. Que cientos de miles de jóvenes, de trabajadores y trabajadoras despedidos, pensionados, usuarios del crédito hipotecario, en fin, que la gente común y corriente de muchos países desarrollados ha salido a las calles a exigir cambios en el modelo económico reinante. No quieren ser "mercancía en manos de políticos y banqueros". Con esta introducción, Pisarello nos conduce a un estudio sobre la crisis del Estado constitucional liberal, Estado que ha producido una oligarquía que amenaza con acabar la verdadera democracia, mediante la sustitución del Estado social de Derecho para imponer el *Estado de los negocios*, cuyo objetivo será dar cada vez más riqueza a ciertas minorías bien ubicadas y oportunistas, mediante la especulación financiera y la manipulación de los precios de las cosas que necesitamos y de las que no necesitamos.

Y Latinoamérica no se queda atrás. Lo último que hemos visto son las gigantescas movilizaciones en el Brasil, país que no aguantó el boato de tantos eventos deportivos que debe organizar en estos dos años y decidió sumarse a la corriente mundial de protestas contra el modelo económico que todo lo convierte en una simple mercancía, inclusive, por supuesto, el trabajo de la gente, la gente misma.

Los diferentes esquemas ideados para la prestación de los servicios públicos esenciales no escapan a las frecuentes protestas populares, pues la tarifa, la cobertura y la calidad de las prestaciones son siempre motivo de insatisfacción.

PLANTEAMIENTO: CLASES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA (LA ACTIVIDAD FORMAL O JURÍDICA Y LA ACTIVIDAD MATERIAL O TÉCNICA)

Lo planteo de forma simple: la función administrativa y el servicio público o los servicios públicos, en plural, son especies de la actividad administrativa. El poder ejecutivo del Estado debe desarrollar lo que llamaremos la actividad administrativa del Estado. Esta actividad

2 Lo digo porque la noción clave era la piedra de toque para saber qué negocios eran y cuáles no eran de derecho administrativo, cuestión que originaría en Francia debates sustanciales para saber qué competencias eran del Consejo de Estado. Ver sobre esto, por ejemplo: MARÍN CORTÉS (2010: 9-21).

administrativa consiste en actividades estatales tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y los mandatos de la ley. Eso aparentemente es fácil. Y no lo es. No lo es porque la actividad administrativa es de las tres funciones estatales, la más difícil de retratar: se mueve y tiene varias facetas. Es la que le confiere al Estado, mayor legitimidad. Se trata de la tarea estatal dirigida a dar solución cotidiana a los variados problemas sociales e individuales de la comunidad, pues tanto tiene que ejecutar una política de vivienda para los pobres como que debe solucionar un problema de linderos entre dos vecinos e incluso debe capturar un delincuente que se escapa. La actividad administrativa es la cara que muestra el gobierno. Por eso las reiteradas equivocaciones administrativas erosionan la confianza de los administrados en el gobierno.

Ahora bien, esa ejecución, o la realización de esos mandatos normativos contenidos en normas de alto nivel, como las normas constitucionales y las leyes, muestra dos grandes vertientes o caminos. Uno es el camino de la ejecución formal o jurídica y otro es el camino de la ejecución material o técnica³.

DE LA ACTIVIDAD FORMAL O JURÍDICA

Examinemos el primer camino, el de la ejecución formal o jurídica. Significa esto que la administración debe dictar ciertos actos jurídicos en orden a cumplir la Constitución y la ley.

La administración, como poder ejecutivo, por una parte, puede crear normas, digamos, complementarias a las contenidas en la ley. Eso es lo que *grosso modo* se conoce como el poder o la facultad reglamentario. Pero la administración también se erige como un árbitro, un gestor, un gran gerente del interés público, en el juego que entabla con los variados intereses privados. Incluso interviene directamente en el juego de los meros intereses privados como cuando aplica una norma a un caso litigioso entre particulares. Cuando un particular pide una licencia para explotar una mina, por ejemplo, se establece una relación jurídica que inicia por tener una tensión entre el interés general del Estado, dueño de la mina, y el legítimo interés del particular que la pretende. El Derecho, en especial el Derecho Admi-

3 Ver: GARRIDO FALLA (2005: 147- 148): "b) Actividad jurídica, material y técnica. –También desde el punto de vista del contenido se suele plantear la oposición entre una actividad administrativa jurídica y actividad material y técnica. Por ejemplo, el acto mediante el cual se nombra a un funcionario público es un acto jurídico. Pero la actividad de la administración no se agota, desde luego, en los puros actos administrativos. De una parte, el acto administrativo postula en muchas ocasiones una serie de operaciones materiales de ejecución (así, el acto que dispone la demolición de una construcción realizada por un particular sin licencia, puede ser cumplimentado mediante el trabajo de una brigada de obreros para demoler la edificada); de otra parte, el funcionamiento normal de los servicios públicos se asegura mediante una actuación material continuada, que indudablemente, produce consecuencias jurídicas pero que no consiste en la 'resolución de expedientes administrativos' (así, las prestaciones a que da lugar el funcionamiento de un servicio público de transportes). No obstante, los ataques que modernamente se han realizado contra esta clasificación, es indudable que tiene la utilidad de aclarar diversos aspectos de la actividad administrativa. "Una parte de la actividad administrativa de carácter material puede, a su vez, ser caracterizada como actividad técnica, se trata de aquel tipo de actividad cuya realización supone la aplicación de criterios proporcionados por disciplinas de tipo técnico... el médico, funcionario público, cuando atiende un enfermo, desarrolla una actividad técnica".

nistrativo minero, en ese caso, es la herramienta que servirá para solucionar esa petición. Pero a veces la administración interviene como un juez, como cuando resuelve una disputa entre consumidores y proveedores, con lo cual habría intervenido como árbitro de intereses meramente privados, en principio.

El tráfico jurídico muestra variadas tensiones entre todos esos intereses, tensiones que el Estado debe resolver mediante la adopción de decisiones de tipo jurídico-formal y con aplicación de normas de Derecho Administrativo, casi en su mayor parte.

Las providencias de tipo administrativo que el Estado debe dictar para lograr todos esos cometidos son los actos administrativos, que, a su vez, se dividen entre los actos administrativos reglas y los actos administrativos particulares.

De modo que el desarrollo y la ejecución formal o jurídicos tanto de la Constitución como de la ley viene a ser lo que se conoce como la función pública administrativa. Esta emana finalmente de la misma soberanía estatal y figura en el mismo sitio que la función pública legislativa y la función pública judicial. Se trata de una misma familia de poderes públicos cuyo tronco común es eso que se conoce como soberanía y cuyos hijos son la ley, la sentencia y el acto administrativo, este último, de dos categorías, para estos efectos: el acto general o reglamento y el acto particular y concreto.

En aplicación de la Constitución y la ley, el gobierno puede reglamentar, esto es, expedir un acto administrativo general en cualquiera de los sectores de la administración. Esta facultad reglamentaria está esparcida por todo lo largo y ancho del andamiaje de la administración. Así que el presidente de la república, los ministros, los gobernadores, alcaldes, asambleas, concejos municipales, agencias, comisiones, comités, juntas, etcétera, ostentan, según diferentes niveles e interacciones normativas, la competencia reglamentaria, que es una expresión de la función pública administrativa productora de reglas generales abstractas, similares a la ley formal que expide el Congreso de la República. El reglamento no puede ser tratado de la misma manera que el acto administrativo particular⁴.

REGULACIÓN Y REGLAMENTACIÓN: IGUALES Y DIFERENTES

Por cierto, se ha venido dando en Colombia un debate un tanto bizantino sobre las categorías *regulación* y *reglamentación*, con el objeto de distinguirlas o incluso de subordinarlas. Esas diferencias han armado una confusión que no vale la pena si aceptáramos la asignación de ciertos significados a esos dos conceptos jurídicos. Me ocupo de una vez de esto porque más adelante hablaré sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos y ese régimen

4 GARCÍA y FOS (1991: 31): "El reglamento es una 'actuación' de la Administración pero no un acto administrativo.

"f) Examinando más detalladamente las diferencias entre Reglamento y acto, destacan las siguientes:

"-El reglamento crea Ordenamiento, es abstracto e impersonal, no se agota por su aplicación continuada mientras no se derogue. En cambio, los actos administrativos no crean Ordenamiento, no crean Derecho objetivo aunque sí subjetivo y suelen consumarse con su aplicación en un solo caso. Esto resulta evidente incluso en los actos generales no normativos, como por ejemplo, una convocatoria de oposiciones que desaparece cuando éstas se realizan y sin olvidar que su publicación habrá requerido un Reglamento previo".

jurídico no es más que regulaciones (¿o reglamentaciones?) de carácter especial sobre la actividad o las actividades envueltas en los respectivos servicios.

Ocurre que es una tarea fundamental del Estado regular la vida de los ciudadanos mediante el uso del Derecho, en el entendido de que regular tanto es ajustar, reglar o poner en orden una cosa, como determinar las reglas o normas a las que debe ajustarse una persona o cosa, tal como lo dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua⁵. Poner orden a las cosas, fijar las normas a las que deben sujetarse las personas o las cosas es, en consecuencia, el objetivo de una regulación.

Para regular se necesitan normas o reglas y el Estado es el encargado de imponer las normas o reglas positivas mediante la técnica de expedir la legislación, generalmente escrita. La misma Constitución es una regulación. Para el caso de los servicios públicos domiciliarios, nadie puede decir que no existe una regulación constitucional cuando el artículo 367 expresamente señala que el régimen tarifario deberá tener en cuenta criterios de costos, de solidaridad y de redistribución de ingresos.

El constitucionalismo ha pretendido que se vea en cada norma constitucional no solo una norma con valor jurídico específico, sino un verdadero principio general que guíe en adelante el resto de la regulación que deba expedirse bajo esa égida. Justamente las leyes y los reglamentos son los instrumentos normativos comúnmente utilizados para dar las normas jurídicas que constituirán el cuerpo normativo aplicable a las personas y a las cosas que se pretenda regular.

El juicio normativo o, lo que es lo mismo, la ley, como es bien sabido, tiene por característica la abstracción, la generalidad. Es, como lo dice con toda elegancia y propiedad el artículo 4 del Código Civil, "una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

El reglamento no se aparta de esas características de la ley. En sentido material es una ley, pero no en sentido formal. El propósito del reglamento es asegurar el cumplimiento de las leyes y es visto como una legislación sucedánea y subordinada a la que produce el Congreso y que está a cargo de la administración del Estado, más que del propio presidente de la república. Sin embargo, este último tiene la regla general de la competencia reglamentaria. Si no está atribuida a otro órgano, esa competencia está en cabeza del presidente de la república.

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución señala que la potestad reglamentaria se ejerce mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. De modo que, en Colombia, las formas que puede adoptar un reglamento van desde el decreto hasta las órdenes, pero estas últimas no deben entenderse en el sentido de órdenes particulares o singulares, sino de órdenes dadas a una generalidad de sujetos, en abstracto⁶.

5 Regular: Ajustar, reglar o poner en orden algo. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo (Real Academia de la Lengua Española).

6 Así, por ejemplo, ciertas circulares presidenciales pueden ser manifestación del ejercicio de la potestad re-

Ahora bien, repito, se verifica que otras instancias diferentes al presidente de la república puedan ejercer una competencia reglamentaria, ora atribuida directamente por la Constitución⁷, ora transferida mediante mecanismos expresos, según el entendimiento que se haga de la norma constitucional o conforme lo haya dispuesto la ley. Por ejemplo, el numeral 1° del artículo 300 dice que les corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, reglamentar las funciones y la prestación de los servicios a cargo del departamento. Esta es una atribución directa de la Constitución a las asambleas departamentales, que además nos enseña que en Colombia una cosa son las funciones públicas administrativas y otra, la prestación de los servicios públicos. En cambio, la ley, a través de las figuras de la delegación, de la desconcentración y de la descentralización, puede transferir ciertas competencias reglamentarias, centralizadas inicialmente en el ámbito del presidente de la república, hacia otros organismos, verbigracia: las comisiones de regulación⁸.

De ese modo, y a partir de aceptar lo que debe entenderse por regulación, según dice el diccionario, todos aceptaríamos que la regulación es el género que engloba los instrumentos por los cuales se establecen las reglas para ordenar la vida de las personas y las cosas. Las especies de ese género son variadas. Está, por ejemplo, el conjunto de normas expedidas por el Congreso, que tiene su propia jerarquía interna, vale decir que ahí encontramos normas constitucionales, estatutarias, orgánicas y comunes. Aparece también la regulación por normas con fuerza de ley, que expide el presidente de la república. Vienen luego las normas expedidas por el poder ejecutivo a través de la gran y vasta competencia reglamentaria, que se expresa en decretos, resoluciones, órdenes. Pueden asumir el cariz de una ordenanza, un acuerdo municipal, circulares, memorandos, etc.

Es perfectamente aceptable que en Colombia se admita una diferencia entre regulación y reglamentación sobre la base de la jerarquía o valor jerárquico de las normas que distintos órganos o instancias expiden, que justamente, debido a su particular posición en la escala u orden al que pertenezcan, dictarían normas de mayor o menor rango. En otras palabras, una norma reglamentaria sería en principio una norma de menor rango que una

glamentaria, vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de octubre de 2011, rad. 110010326000200700040-00 (34.144), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO: "dicha potestad administrativa no exige que sea desplegada por medio de decretos reglamentarios, sino que también puede llevarse a cabo, dada su particular naturaleza, por medio de resoluciones u órdenes. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de hacer efectivo el cumplimiento de la ley. Lo propio de la rama ejecutiva es justamente ello: dar órdenes para velar por su estricto cumplimiento. Y por ello, las directivas presidenciales tienen plena fuerza obligatoria y no son, como pretende el demandado, meras indicaciones o sugerencias".

7 En el caso de la regulación de entes autónomos la jurisprudencia ha indicado que se trata de un desplazamiento de la facultad reglamentaria presidencial a otras autoridades, que da lugar a una "potestad reglamentaria difusa" Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C 401y 409 de 2001 y C 832 de 2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 11001-03-26-000-2005-00044-00 (31.223 C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En el mismo sentido, Sentencia C-444 de 1998, M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

norma regulatoria, puesto que la facultad reglamentaria siempre se mira como producto de la competencia administrativa, al paso que la norma regulatoria se mira como producto de la facultad o competencia legislativa⁹.

Para favorecer el control jurídico de las normas, mediante el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, es atendible la diferencia jerárquica entre las reglas provenientes de la regulación y las que vienen de la reglamentación.

Pero para efectos prácticos, es más simple de lo que ustedes creen: mi vida diaria está "regulada" por normas que se han emitido por muchos órganos con competencia para eso. Aspiro, por la mañana, a abrir la llave y tomar agua potable. Luego, quizá deba pagar el recibo del agua y quizá más tarde deba ir hacia la oficina del acueducto a hacer un reclamo para que luego el funcionario competente dicte la decisión negándome el reclamo. Y así yo después interpondré un recurso para que la superintendencia me vuelva a negar el reclamo. Todo eso está "regulado" (en el sentido de que está sujeto a reglas) por la Constitución, por la ley, por el reglamento y hasta por la circular o la instrucción que emitió la superintendencia acerca del modo como debe resolverse mi reclamo. Por eso, insisto, el primer concepto es el de la regulación que tiene, por lo menos, dos grandes expresiones: la regulación por leyes y la regulación por reglamentos, sin olvidar que técnicamente el reglamento siempre tendrá una jerarquía inferior al de la ley, y ahí está la diferencia.

Una vez dada la norma constitucional, dada la norma legal subsecuente, e inclusive una vez dado el necesario reglamento, la administración se dispone a tomar la decisión en un caso particular, con lo cual dará nacimiento al acto administrativo de contenido particular y concreto. Estos actos jurídicos tienen una estructura similar a la de la sentencia, acto jurídico este que produce la función pública judicial. El acto administrativo es una síntesis por la que se aplican las leyes y los reglamentos, esto es, las regulaciones, a un caso concreto. En un momento dado, no lo niego, un acto administrativo puede constituir la regla particular del comportamiento del sujeto jurídico al que se refiere, como cuando se concede una licencia de funcionamiento.

En el lenguaje común, la actividad de ese sujeto queda regulada por ese acto particular. Pero en el lenguaje jurídico, lo que ha sucedido es el fenómeno de la aplicación de las regulaciones generales a un caso concreto. Esto es que el sujeto queda obligado al acto administrativo particular y concreto, que es la manera como la regulación, que está en abstracto, se particulariza, digamos, aterriza en la esfera jurídica de un determinado sujeto.

En Colombia, desde hace muchos años, la expresión acto administrativo ha servido para denotar lamentable e indistintamente los actos regla de los actos particulares. Eso ha aumentado la confusión. En otras latitudes, unos son los reglamentos y otros son los actos administrativos. Así de distintos en el lenguaje diario de los juristas y de otros usuarios del

9 Véase sobre esto a IBÁÑEZ NAJAR (2003: 10 y 33). En sentido contrario ver Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2001-0029-01, exp. 20.409, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

sistema legal. No necesitarían de ningún profesor que les aclare los conceptos, pues la denominación de cada fenómeno ya trae la distinción¹⁰.

La Constitución permite transferir, bajo ciertas reglas, el ejercicio de algunas funciones administrativas y el de algunas funciones judiciales a los particulares. Son las únicas funciones transferibles a los particulares. Es obvio. Se supone que no es posible transferir a los particulares la función legislativa, puesto que esto desmoronaría el mito de la soberanía popular que implica la construcción del Estado. Empero, la función legislativa suele estar cautiva por intereses económicos poderosos y muy reducidos, hecho que derivaría hacia la vigencia de una "Constitución oligárquica", según lo cuenta PISARELLO (Ob. cit.).

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

Todo eso es el primer camino con sus bifurcaciones que toma la llamada actividad administrativa del Estado, esto es, cuando esa actividad adopta maneras jurídico-formales para manifestarse: los actos administrativos, que son ora de carácter particular u ora reglamentos, o sea, normas, que en Colombia son llamados actos administrativos generales.

DE LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL O MATERIAL O TÉCNICA

El segundo camino que por lo general toma la actividad administrativa del Estado es lo que se conoce como la actividad prestacional o material. La ejecución, la aplicación, el desarrollo de la Constitución y de la ley no resulta completo si esos mandatos no se traducen en auténticos estados de satisfacción de necesidades de interés general. Ya en el mundo de la actividad material, los ciudadanos no buscan solo los actos administrativos, que, como se vio, son dados por la función pública administrativa. Buscan cosas (bienes y servicios) para satisfacer las necesidades sociales: hospitales, carreteras, escuelas, alimentos, acueductos, estadios, etc.

Claro que la actividad material de la administración también debe ser legal, esto es, sometida al Derecho, pero lo más importante no es eso. Lo más importante es que sea una actividad responsable, universal, asequible, de calidad, óptima. Aquí lo que importa son las buenas prácticas para administrar: la ciencia, el arte, la técnica, los principios de la buena administración. Lo legal viene por añadidura.

Lo interesante de este camino, o mejor de esta actividad, que se conoce como actividad prestacional, material o técnica, es que dicha actividad se comparte con los particulares.

10 DROMI (1996: 205): "Característica fundamental del acto (particular) es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales".

De hecho, el papel que desempeña el Estado lo desempeña, pero en subsidio del papel protagónico a cargo de la iniciativa privada y la libre industria y comercio.

La producción, distribución, utilización y consumo de bienes y la organización de los servicios públicos y privados son todas tareas que se realizan dentro de lo que se conoce como libertad económica y libre iniciativa privada. El Estado dirige de forma general la economía e interviene en esas actividades para racionalizarlas. ¿Cómo interviene? Primero, mediante la función pública de regulación, ora legislativa, ora reglamentaria. En segundo lugar, la intervención del Estado como agente económico del mercado, que puede darse justamente cuando asume materialmente el papel de proveedor de bienes y servicios.

De hecho, el artículo 365 de la Constitución dice que el Estado podrá prestar servicios públicos, pero que, en principio, la prestación de esos servicios estaría en manos de particulares e incluso de comunidades organizadas. En consecuencia, la organización de empresas públicas o mixtas de prestación de servicios es uno de los caminos que tiene el Estado para ejecutar y desarrollar materialmente la Constitución y la ley, pero estas actividades las comparte con los particulares, que también pueden dedicarse a ese mismo objetivo. Así, Estado y particulares competirían en el mercado bajo unas leyes y normas con ciertas especificidades y matices, que es el régimen jurídico especial.

Claro que se reconoce que el Estado pueda reservarse ciertas actividades de servicio para sí por razones estratégicas. Habrá, en consecuencia, ciertos bienes, ciertos servicios, ciertas actividades prestacionales que nunca podrán ser transferidas a los particulares, sin perjuicio de que estos puedan colaborar en el desarrollo de tales: la explotación del agua para consumo masivo y domiciliario, la seguridad pública, la explotación de monopolios rentísticos, etc.

Nótese entonces que la llamada actividad administrativa del Estado es la que nos conduce, por un lado, al mundo de la función pública administrativa con toda la parafernalia del acto administrativo, ora general, ora particular, la ejecutoria, la presunción de validez, la acción de nulidad para quitarle esa presunción, etcétera, etcétera.

Pero no solo es eso. La actividad administrativa del Estado nos abre la puerta para entender un poco el fenómeno del servicio público, pero en el entendido de que tanto el Estado como los particulares están en condiciones de organizar actividades empresariales tendientes a la satisfacción de grandes necesidades sociales¹¹.

Antes de la Constitución de 1991, era común ver que muchas de las necesidades básicas insatisfechas eran solucionadas por el andamiaje estatal. El transporte urbano, el suministro

11 GARRIDO FALLA (Ob. cit.: 149): "Coincidiendo en lo sustancial con esta clasificación se han realizado otras que utilizan, sin embargo, distinta terminología. Es también la doctrina italiana la que opone las nociones de función pública y servicio público. Constituye la primera un tipo de actividad, que emana directamente del poder soberano, manifestándose, por tanto, con carácter autoritario. Por su propia naturaleza se trata de actividad de la que sólo puede ser titular el Estado (por ejemplo, la defensa nacional, la policía, la potestad impositiva, etc.). En cambio, el servicio público implica una actividad para satisfacción de necesidades públicas, que por consecuencias de circunstancias históricas determinadas, pasa a manos del Estado con carácter exclusivo o no. En cualquier caso, se trata de actividades que sin repugnancia podrían estar en manos de particulares: por ejemplo, la enseñanza, los servicios de transporte, los abastecimientos de agua, gas y electricidad, etc.

tro de energía, los teléfonos, la televisión, la salud pública, la recolección y disposición de basuras, la infraestructura, en fin, todo eso, estaba en manos del Estado. Los particulares intervenían de forma muy ocasional como agentes delegados del Estado. Viendo eso nació la idea equivocada de que el servicio público era la misma función administrativa, pues al fin y al cabo el Estado era el que prestaba esos servicios mediante un régimen de Derecho Administrativo. Esto ya había pasado en Francia, a principios del siglo XX, cuando el servicio público se convirtió en una noción clave para definir el Derecho Administrativo (MARÍN CORTÉS, Ob cit.).

Si estamos en un escenario en el que el Estado se hace cargo de casi todos los servicios por no tener una regulación adecuada del mercado en el que puedan participar los privados, ese escenario será propicio para ocasionar la confusión según la cual allí donde hay servicio público hay función administrativa.

Pero hay otro escenario posible. Es aquel en el que muchas de las necesidades sociales son satisfechas de primera mano por los particulares, y el Estado, en subsidio, también interviene en ese cometido, todo eso dentro de regímenes jurídicos especiales, un tanto o muy diferentes, según el caso, a las leyes civiles y mercantiles tradicionales. En este modelo se diferencian con mucha más claridad los fenómenos del servicio público y de la función pública administrativa.

Algunos piensan que como el artículo 365 arranca por decir que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, entonces los servicios públicos son función administrativa¹². Eso es un error, a mi juicio. Hay muchísimas otras tareas que son inherentes al Estado y no por eso se convierten en funciones públicas estatales. Mencionemos el deporte, que tiene su estatuto propio en la Constitución, puesto que el artículo 52 lo establece como un derecho valioso y le ordena al Estado fomentar todas las actividades deportivas y recreativas, y no creo que por eso pasen a ser actos administrativos las jugadas del golf o del ajedrez. Igual puede decirse de la producción de alimentos que, según expresa disposición constitucional, goza de especial protección del Estado. Pero a nadie se le ocurre que las actividades agrícolas protegidas y fomentadas por el Estado sean actos administrativos ni algo parecido.

EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL HECHO DE REGULACIONES

Los dos caminos por los que transita la actividad administrativa del Estado tienen puntos de contacto. El artículo 365 ya citado señala que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos. Ahí está el conjunto de puntos

12 MONTAÑA PLATA (2005). En sentido contrario, *vid.* Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 020 de 2004 C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ; Sentencia AP 254 de 2005, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ; Sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia AP 004 de 2007, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia de AP 005 de 2008, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, y Sentencia AG 016 de 2011, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

de encuentro entre la función pública administrativa y la actividad de servicio público, actividad que, insisto, el propio Estado puede desempeñar, pero en subsidio de la asignación hecha a los particulares para que organicen cuanta empresa sea legalmente posible y económicamente viable en pos de satisfacer necesidades de interés general (iniciativa privada y libre industria y comercio).

En efecto, las leyes y los reglamentos, como lo demostré, son los mecanismos de regulación más expeditos con que cuenta el Estado para establecer el régimen jurídico especial de los servicios públicos. La ley y los reglamentos crean Derecho Administrativo para organizar y conducir la función pública administrativa. Es ese el Derecho que debe guiar a las autoridades administrativas y a los administrados cuando enfrentan una actividad especialmente regulada. Como es sabido, se trata de verdaderas fuentes normativas que enmarcan las actividades de los sectores a las que van dirigidas. En muchos casos, las normas del Derecho Administrativo hacen remisiones a normas de Derecho privado compatibles; de ahí que, después de todo, el régimen jurídico de determinado sector esté compuesto por normas de extracción u origen diverso: el Derecho público, el privado, los tratados internacionales, etc.

En fin, que hay una amalgama de normas que configuran el régimen jurídico aplicable a todo o parte del sector de los servicios públicos, todo eso bajo el manto de las competencias estatales de regulación.

Las superintendencias y todas las demás agencias estatales relacionadas con servicios públicos ejercen comúnmente control y vigilancia sobre las actividades de servicio público. Pero ya no solo a nivel de regulación. Ahora ya pueden dictar actos de contenido particular y concreto que obliguen a tomar correctivos a todos los empresarios y agentes que intervienen en la operación.

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, por ejemplo, está contenido en una intrincada red de disposiciones y reglas que pasa por el artículo 367 de la Constitución, atraviesa la Ley 142 y sus numerosos reglamentos y culmina con circulares, sentencias interpretativas, manuales normativos. En fin, un conjunto de reglas y subreglas con capacidad de provocar modificaciones a los modelos empresariales adoptados por la iniciativa privada y, se supone, en procura de los principios generales del respectivo servicio público. Incluso, hemos llegado a constatar la presencia de verdaderos actos administrativos de origen privado, en la medida en que el Derecho ha venido a ver cómo una autoridad casi estatal la gerencia de una empresa de servicios públicos privada, en el trato con los usuarios. Tampoco el acto administrativo de origen privado significa que función pública y servicio público sean lo mismo. Lo que ocurre es que el régimen jurídico especial quiere que se fije la naturaleza de ciertos actos jurídicos provenientes de los responsables del servicio hasta asimilarlos a los actos administrativos que comúnmente emiten las autoridades públicas para ampliar el ámbito de control.

El régimen jurídico especial¹³ de las actividades de servicio público es uno de los elementos sustanciales para imprimirle a la actividad mercantil implicada en la organización del servicio público todos los condicionamientos necesarios para que resulte una actividad

13 Ver, por ejemplo, la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional sobre el carácter especial del

económicamente compatible con los fines del servicio público y los fines del Estado. Eso no siempre es posible. Y no lo es porque del lado del servicio público suelen, por ejemplo, estar criterios y principios como la solidaridad, la igualdad, la universalidad, la redistribución del ingreso, que son muy difíciles de conciliar con la posición dominante del empresario, los oligopolios y el ánimo desmedido de lucro¹⁴.

CONCLUSIONES

Me he permitido dar una visión esquemática de lo que considero tres nociones claves para entender y aprehender el papel del Estado en el proceso dirigido hacia la satisfacción de las necesidades sociales. Esas nociones son la noción de actividad administrativa del Estado, con sus dos caras: la de la función pública administrativa y la del servicio público. Además, a través de la revisión de los conceptos de regulación y reglamentación, he perfilado muy rápidamente el régimen jurídico propio de los servicios públicos, que en últimas es un régimen muy permeado por la tensión entre los intereses públicos y los intereses privados, esto es, la clásica tensión entre la función social de la propiedad y la libre iniciativa en pos de lucro.

En síntesis, el papel del ejecutivo y de su andamiaje, la administración del Estado, desempeña dos grandes actividades. La primera es la que se expresa a través de actos administrativos y se conoce como función pública administrativa. Empero, los actos administrativos difieren de forma muy notoria según se trate de actos particulares y concretos, que son los actos administrativos propiamente dichos. O se trate de los reglamentos. Estos son expresión de un poder de legislación sucedáneo, complementario y de una jerarquía inferior al poder que ejerce el legislativo propiamente dicho.

Tanto las leyes como los reglamentos vienen a ser de algún modo formas de regulación. La distinción entre regulación y reglamentación sí tiene utilidad pero no porque impacte la calidad o la manera de prestar los servicios públicos, sino por la necesidad de establecer tal distinción para ejercer los controles judiciales. Una ley que contenga una regulación podría ser demandada ante la Corte Constitucional. Un decreto, una resolución, una instrucción que también contenga una regulación tendría que verse como el ejercicio de las competencias de reglamentación, que se controlan a través de acciones de nulidad a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para otros efectos, no veo muy necesaria la eterna discusión entre lo que es regulación y lo que es reglamentación.

Cuando el artículo 365 de la Constitución dice que el Estado mantendrá la regulación de los servicios públicos, lo que dice es que el régimen jurídico estará integrado por las expresiones de esa regulación: la ley y el reglamento, ambos vistos en sus más amplias expresiones.

régimen jurídico de los servicios públicos, lo mismo que las sentencias AP 1843 de 2006, AP 888 de 2008 y AG 016 de 2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

14 El autor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS (2008) le da una gran importancia al principio de la solidaridad previsto en la Constitución para denotar la aparición de una nueva teoría del servicio público, que ni sería función pública ni actividad económica pura y simple.

La actividad material o técnica de la administración es la que explica que el Estado pueda asumir en un momento dado la prestación de los servicios públicos, pero en subsidio de la iniciativa privada. O incluso para terciar en el mercado como un agente más que coadyuve al equilibrio entre oferta y demanda.

A mi juicio, el Estado debe esforzarse más en regular, vigilar y controlar las actividades de servicio público. Solo en casos muy precisos o estratégicos, el Estado debe, además, asumir la prestación del servicio como un gerente que provee diariamente bienes y servicios a los asociados.

BIBLIOGRAFÍA

- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO (2008). *Régimen de los servicios públicos domiciliarios. En el contexto de la doctrina Constitucional*. Medellín: Biblioteca jurídica Díke.
- DROMI, ROBERTO (1996). *Derecho administrativo. Ad. Ciudad Argentina*, 5.ª ed. Buenos Aires.
- GARCÍA, JOSÉ ANTONIO y FOS, TREVIJANO (1991). *Los actos administrativos*, 2.ª ed. Madrid: Civitas.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO y otros (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte General, vol. II, 12.ª ed. Madrid: Tecnos.
- IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE (2003). "Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario", en *Vniversitas* n° 6, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (diciembre de 2003). Disponible en: http://javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/1Ibanez.pdf.
- MARÍN CORTÉS, FABIÁN G. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO (2005). *El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PISARELLO, GERARDO. (2011). *Un largo termidor*. Madrid: Trotta.
- Real Academia de la Lengua española (s.f.). Diccionario XXII edición. Disponible en www.rae.es.

Sentencias

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Sentencia de 27 de octubre de 2011, rad. 110010326000200700040-00 (34.144). C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 11001-03-26-000-2005-00044-00 (31.223) C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2001-0029-01, exp. 20.409, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia M.P.: 020 de 2004, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-254 de 2005, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-004 de 2007, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-005 de 2008, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AG-016 de 2011, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-016 de 2011.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP-888 de 2008.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias AP-1843 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 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-736 de 2007 de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Sentencias C-401 y C-409 de 2001 y C-832 de 2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.