



**Vigilar al vigilante: Estudio de la regulación del servicio público subjetivo en
Colombia**

**Juan Camilo Franco Gómez
Doctorando**

**Facultad de Jurisprudencia
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Director: Héctor David Rojas**

**Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Doctorado en Derecho
Marzo, 2025**

Agradecimientos

Infinitas gracias a mi director de tesis, mi maestro Héctor David Rojas V. por su paciencia perpetua; a una fuente inagotable de inspiración académica, profesional y personal, Doctor Manuel Alberto Restrepo Medina; a la voz siempre crítica y vehemente de mi gran amigo Doctor José Manuel Suárez Delgado; a mis padres Juan Carlos Franco González y Alexandra Gómez Buitrago por su fe indeleble; a mis abuelas y hermanos, que me han apoyado siempre en la locura; y no puedo dejar de agradecerle especialmente a Jessica Murillo Mena, por ser un faro en medio de la tormenta.

Dedicatoria

Le dedico esta tesis doctoral a Dios, quien es mi gran arquitecto de la vida y me ha dado amigos y hermanos en la faz de la tierra; a los ojos que me inspiraron en este camino, en su comienzo, en su intermedio y en su final; a las voces de aliento de mis amigos en los momentos de agobio; a mi tío Mauricio, sabio consejero.

Finalmente le dedico esta tesis a aquellos locos, que, como yo, han optado por la soledad, desesperación e incomprensión de emprender un camino doctoral tan árido y férreo, pues al final del camino de investigación -que nunca termina-, se encuentra amparo, calma y claridad, y justo allí, se entiende la locura.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
(i) Servicio público	9
(ii) Distinción entre el Servicio público Objetivo y Subjetivo	12
(iii) Regulación en el modelo europeo continental: Vigilancia, Inspección y Control 17	
JUSTIFICACIÓN	22
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y OBJETIVO GENERAL	26
PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN SECUNDARIOS Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	27
HIPÓTESIS.....	28
METODOLOGÍA.....	29

PRIMERA PARTE: APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO EN COLOMBIA

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA	35
i. El <i>servicio público</i> en la doctrina	37
ii. El <i>servicio público</i> en la jurisprudencia: desarrollo contencioso administrativo y constitucional.	44
iii. El <i>servicio público</i> en la Ley colombiana.	54
iv. Conclusiones	63

CAPÍTULO II

LA NOCIÓN ACTUAL DEL SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO EN COLOMBIA	66
i. El servicio público subjetivo como resultado de un tejido teórico.....	67
ii. El mito de la “huida” del derecho administrativo	78
iii. La “nueva crisis” del servicio público	89
iv. Conclusiones	99

SEGUNDA PARTE: APROXIMACIÓN FÁCTICA DEL SERVICIO PÚBLICO Y PROPUESTA DE MEJORAMIENTO.

CAPÍTULO III

CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA: EL OLVIDADO SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO A CARGO DEL ESTADO.....	105
---	-----

i.	El <i>servicio público</i> industrial y comercial: óptica objetiva.....	107
ii.	El <i>servicio público</i> administrativo directo: óptica subjetiva	115
iii.	El <i>servicio público</i> administrativo indirecto: óptica mixta.....	128
iv.	Conclusiones	133

CAPÍTULO IV

APROXIMACIÓN AL PODER DE POLICÍA: REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO EN COLOMBIA	140
--	------------

i.	Aproximación teórica de la regulación.....	141
ii.	Calidad en la administración pública.....	153
iii.	Insuficiencia de los modelos regulatorios vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano para el servicio público subjetivo	163
iv.	Conclusiones	169

CONSIDERACIONES ESPECIALES Y RECOMENDACIONES	173
---	------------

CONCLUSIONES GENERALES	177
-------------------------------------	------------

Índice de figuras y tablas	187
---	------------

Referencias.....	188
-------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La construcción del Estado colombiano denota una gran influencia constitucional de la revolución inglesa (García Villegas y Jaramillo, 2006), norteamericana y francesa, con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Brewer-Carias, 2017), así como también influyó la construcción *iusfilosófica* de la teoría de pesos y contrapesos de las ramas del poder público (Secondat, 1906).

La influencia francesa en el ordenamiento jurídico colombiano se da en dos momentos. El primero de ellos es con el *Círculo Literario Arcano*, fundado en 1789 por Antonio Nariño (Hoyos, 2013), quien en 1793 traduciría la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Granados, 1947). El segundo momento corresponde a la *Gran Logia Americana*, fundada en 1797 por Francisco de Miranda, quien tuvo participación directa en la revolución francesa. En esta logia participaron Simón Bolívar y José de San Martín, los principales libertadores de América del Sur (Hispano, 1924). Ambas asociaciones tienen un factor determinante que guarda plena relación con la teoría del servicio público: la fraternidad, análoga a la solidaridad.

El ordenamiento francés tendría una gran influencia en el ordenamiento jurídico colombiano, donde se deben destacar la armonización de las ideas políticas y sociales, las cuales influirían tanto en Émile Durkheim como en León Duguit a finales del siglo XIX en la *Escuela de Burdeos* (Duguit, 2011), escuela creadora de la *teoría del servicio público* como piedra angular del Derecho Administrativo, por ser la finalidad misma del Estado (Chevallier, 2011).

Esta teoría del servicio público de la *Escuela de Burdeos* fue, a su vez, objeto de un trasplante jurídico con la reforma constitucional social que se llevó a cabo en Colombia en 1936 (Mercado, 2015).

Resulta oportuno señalar que existe una disparidad respecto a las ideas de solidaridad, pues en la revolución francesa primó la consolidación antropocéntrica del ser humano, mientras que las ideas de León Duguit se destacaron por pensar en un escenario comunitario. No obstante, ambas comulgarían en la solidaridad, análoga a la fraternidad, como se indicó anteriormente.

Como es sabido, la teoría que mantuvo vigencia en Colombia durante el siglo XIX para justificar la existencia del Estado fue la del *bien común* (Rousseau, 1983), misma teoría que aplicaría *la solidaridad*. No obstante, con la reforma de 1936, Acto Legislativo 1, este paradigma evolucionó para entender que la existencia del Estado se enmarca en el establecimiento de un orden social justo, imponiéndole estos deberes sociales acordes a su propia finalidad (Congreso de la República, 1936). Desde un punto de vista altruista, se podría pensar que Colombia, con dicha reforma, matizó la brecha de un Estado de Derecho que solo se interesaba por derechos sociales derivados de la guerra, transformándose en un Estado Social de Derecho (Villar Borda, 2007) que se preocupaba por abrigar un campo más amplio de derechos subjetivos, como la educación y el trabajo, enmarcándolos dentro de las finalidades del Estado.

Este tipo de deberes sociales en cabeza del Estado, que buscaban proteger los derechos subjetivos, se denominaron "*servicio público*" en el *Código Sustantivo del Trabajo* (Congreso de la República, 1951) e incluían las actividades de las ramas del poder público, transporte, servicios públicos domiciliarios, establecimientos sanitarios, asistencia social, caridad y beneficencia, abastecimiento, aseo y transporte de combustibles. Estas actividades de servicio público tuvieron una noción conceptual desde una óptica legal, entendida como "*toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen*

jurídico especial, bien que se realice por el Estado directamente o por personas privadas” (Vidal Perdomo, 1994, p. 174).

Conforme a esta visión, la noción de *servicio público* se entiende como el desarrollo de actividades relacionadas con la satisfacción de necesidades de interés general. No obstante, Colombia adoptó la noción de establecimientos públicos en la integración de la Rama Ejecutiva en 1968 (Vidal Perdomo, 2004), lo que cambió sustancialmente la noción de servicio público al introducir las *Empresas Industriales y Comerciales del Estado*, así como a las *Sociedades de Economía Mixta* en el ordenamiento jurídico. Es importante resaltar que dicha integración de la Rama Ejecutiva se realizó de manera tardía en Colombia, dado que el Consejo de Estado francés dictó el fallo "*Arrêt bac d'Eloca*"¹ en 1921 (Romero Pérez, 2015), el cual marcó el inicio de la crisis del servicio público, permeando el abandono de la teoría de Burdeos y desarrolló el *ius imperium*, donde se regularía la prestación del servicio público (Navarro, 2018). Esto implica que Colombia llegó tarde al debate socio-jurídico sobre la satisfacción del interés general a partir de actividades propias del mercado, como las empresas industriales y comerciales del Estado.

Cabe destacar que, nuevamente, evoluciona el paradigma que justifica la existencia del Estado, ya que la finalidad de establecer un orden social justo sería un deber propio indirecto, pasando de ser un deber directo de prestación, bajo la noción de servicio público de la *Escuela de Burdeos*, a un enfoque policivo a través de la regulación y el ejercicio de actividades de vigilancia, inspección y control, más cercanas a la teoría de Maurice

¹ El fallo en mención tuvo como hechos el naufragio de una embarcación francesa que transportaba mercancía desde Francia a Costa de Marfil, por dicho naufragio un propietario de vehículos demandó al Estado Francés la reparación de perjuicios, no obstante, el caso pasó al tribunal de conflictos y allí se decidió que por tratarse de una actividad de servicios públicos industriales o comerciales correspondería a la jurisdicción ordinaria.

Hauriou (Rivero, 2002), incluso sobre los establecimientos públicos del propio Estado (Congreso de la República, Ley 142 de 1994).

El profesor Georges Vedel (1980) distingue con suficiente precisión la determinación conceptual del servicio público en dos vertientes, caracterizadas de forma primaria por el criterio orgánico en relación con quién lo presta. La primera implica un servicio público objetivo, donde “*un organismo que no tiene el carácter de derecho público está encargado de una misión de interés general*” (p. 690). La segunda, en cambio, conlleva un servicio público subjetivo, que plantea que “*una actividad es asumida por una colectividad pública*” (p. 688). Ambas vertientes tienen por objeto la satisfacción del interés general (Giannini, 1991). Por lo tanto, el servicio público subjetivo como el objetivo han permitido matizar su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque no se distinga con suficiente precisión el ámbito de uno u otro.

En el presente trabajo de investigación, se observa que ha existido una construcción dogmática del *servicio público objetivo*, que justifica la regulación y la función policiva estatal sobre el interés general a satisfacer mediante las actividades entregadas al mercado. Es oportuno precisar que el profesor Vedel limita su análisis al criterio orgánico, lo que podría ser insuficiente para entender las actividades asumidas por la colectividad pública, ya que estas podrían encontrarse, a la postre, en condiciones de mercado.

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, el *servicio público subjetivo*, que está a cargo del Estado, no ha corrido la misma suerte en la construcción dogmática. La función policiva y regulatoria sobre quién desarrolla la satisfacción de dicho interés general ha sido precaria. Es decir, dogmáticamente se ha consolidado una regulación cuando se tipifica el servicio público *bajo la óptica objetiva*, pero cuando este no ha sido tipificado y se encuentra a cargo del Estado *bajo la óptica subjetiva*, no existe una adecuada regulación en la prestación y, por ende, en la vigilancia, inspección y control.

La ausencia de la función reguladora y policiva en la prestación del *servicio público subjetivo* a cargo del Estado ha generado en Colombia un ambiente de desconfianza generalizada en la sociedad hacia la actuación estatal, lo que ha conducido a una decadencia de la legitimidad moral de la asociación (Rawls, 1979). Esto se traduce en una deslegitimación del Estado debido a la nefasta prestación del servicio público, lo que provoca múltiples manifestaciones sociales. Esta situación podría interpretarse como una premisa apresurada, pero racional, en la que los asociados no encuentran sentido en pertenecer a una colectividad de trabajo fraterno o de sentido nación.

Además, a la crisis de deslegitimación moral de la asociación se suma el abandono del entendimiento del servicio público como una finalidad estatal y el desorden dogmático que impide dilucidar el servicio público y su clasificación objetiva, subjetiva y, posteriormente, sus subespecies.

Es importante señalar que, durante la primera mitad del siglo XX, el ordenamiento jurídico colombiano expidió múltiples leyes relacionadas con el *servicio público subjetivo*, mostrando una claridad excesiva sobre las actividades que correspondían al Estado y, en particular, sobre las obligaciones que acarrearían la satisfacción del interés general a través del servicio público, incluyendo allí la misma esencia del Estado, como sería la estructura del Estado (Congreso de la República, Ley 54 de 1909) y la organización fiscal (Congreso de la República, Ley 10 de 1930). No obstante, el marco regulatorio y policivo no dispuso legalmente y, en la actualidad, es ínfimo.

La deslegitimación moral de la asociación denota un gran impacto en la nación, pues, según el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), en 2013 se registraron 1.027 luchas sociales (CINEP, 2013), el mayor número de protestas presentadas en Colombia en un solo año. Estas luchas sociales se clasifican en afectaciones ambientales, en los servicios públicos, infraestructura, servicios sociales, laborales, autoridades y

políticas, entre otras. Por lo tanto, es de gran importancia la interrelación entre la deslegitimación moral de la asociación en cabeza de la nación y las luchas sociales.

Con base en lo anterior, se propone como problema jurídico: *¿por qué la función reguladora y policiva también debe recaer sobre el servicio público subjetivo a cargo del Estado?* En el presente análisis, este interrogante se limita únicamente al *servicio público subjetivo*, dejando de lado el *servicio público objetivo*, a pesar de que para llegar a la respuesta se deba abordar este último. No obstante, la resolución del problema jurídico también tendrá como base lograr la legitimación moral de la asociación sobre la administración pública en relación con las condiciones de calidad en la prestación del servicio, considerando como hipótesis el establecimiento de funciones reguladoras y policivas para el servicio público subjetivo.

El presente trabajo de investigación es cualitativo y está fundamentado en un estudio descriptivo y analítico de las normas relacionadas con el *servicio público subjetivo*, así como de las disposiciones jurisprudenciales y doctrinales que han nutrido el ordenamiento jurídico colombiano.

Dicho esto, el esfuerzo teórico se orienta estrictamente a demostrar, de manera argumental, la necesidad de regular, inspeccionar y controlar la prestación del *servicio público subjetivo*. Con base en esto, fue necesario desarrollar dos partes en cuatro capítulos, de la siguiente manera:

Primera parte: aproximación teórica del servicio público subjetivo en Colombia, que consta de dos capítulos: I. Nociones fundamentales del concepto de servicio público; II. La noción del servicio público subjetivo en Colombia.

Segunda parte: aproximación práctica del servicio público y propuesta de mejoramiento, que incluye dos capítulos: III. Clasificación del servicio público en

Colombia: el olvidado servicio público subjetivo a cargo del Estado; y IV. Marco regulatorio y policivo del servicio público subjetivo: una necesidad sustancial.

Finalmente, se llegará a unas conclusiones relevantes respecto al análisis propuesto, donde se demostrará la necesidad de legitimar la actuación del Estado mediante la imposición de un régimen regulatorio y policivo al servicio público subjetivo.

La presente tesis ostenta el siguiente marco teórico, que resulta necesario para abordar, en un primer momento, una disparidad terminológica esencial para la resolución del problema de investigación. Este marco se fundamenta en los siguientes títulos: (i) Servicio público; (ii) Distinción entre el servicio público subjetivo y objetivo; y (iii) Regulación en el modelo europeo continental: vigilancia, inspección y control. Estos títulos se desarrollan a continuación.

(i) Servicio público

El concepto de servicio público ha sido objeto de múltiples mutaciones e interpretaciones, por lo que, en materia constitucional, el ordenamiento jurídico colombiano ha interpretado mediante la Sentencia C-378 de 2010, en la cual se estableció una aproximación relevante que señala:

La noción conceptual de "servicio público" es una de las más adecuadas para justificar el carácter de ius infieri atribuido o reconocido al derecho administrativo.

Esta noción es bastante controvertida. Para su estudio se observan concepciones antagónicas -por un lado, la orgánica (es servicio público según quien lo preste), y por el otro la funcional o material (es servicio público, según la naturaleza del servicio). Las ideas fueron evolucionando a través del tiempo en ambas concepciones de servicio público.

El servicio público no es simplemente un "concepto" jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-378, 2010).

Esta aproximación permite entender una visión amplia del servicio público, supuesto que va de la mano con lo establecido en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo (Congreso de la República, 1951). Este artículo, a pesar de no delimitar el concepto de servicio público, se supedita a una serie de actividades que forman parte de la satisfacción del interés general. Parece ser que este artículo laboral es la clave para entender la presente investigación, ya que, al incluir actividades indiscriminadas, prestadas tanto por particulares como por el Estado, abre la puerta a la aplicación amplia de dicho concepto y su funcionalidad, la cual deriva en la satisfacción de las necesidades propias del interés general.

Esta apreciación legal y jurisprudencial no se basa en una mera consideración teórica, sino que representa una construcción dogmática y práctica del desarrollo de situaciones propias en hechos jurídicos que repercutirían en su correspondiente construcción. Nótese, por ejemplo, que esta noción de servicio público tendrá incidencia en la teoría subjetiva de responsabilidad del Estado bajo el título de imputación de la falla en la prestación del servicio público, en relación con el fallo blanco (Montaña Plata, 2005), y, por supuesto, con el concepto de servidor público, que, en el ejercicio de funciones públicas, realiza actividades encaminadas a la satisfacción del interés general.

De conformidad con lo anterior, esta visión acerca del servicio público, que lo difumina en nociones fácticas más que teóricas, permitió que en el ordenamiento jurídico colombiano se estableciera una clasificación conforme a las necesidades sociales correspondientes, lo que dio lugar a su clasificación en *servicio público esencial* y *servicio público domiciliario*. Sobre la primera clasificación, que resulta relevante para la delimitación fáctica de cada caso particular, se ha previsto:

concepto de servicio público esencial y de su distinción del término genérico “servicio público”: (...) desde el punto de vista sistemático, la Constitución distingue normativamente los servicios públicos de los servicios públicos esenciales a fin de hacer de los segundos una especie de los primeros. Y es a partir de tal constatación que el Legislador debe definir los servicios públicos esenciales y que la Corte debe ejercer, en un futuro, el control material de tales definiciones, en caso de que estas sean sometidas a su revisión (Corte Constitucional, Sentencia C-691, 2008).

Esta ausencia de determinación del concepto o la viabilidad a la libre escogencia por parte del legislador, es la que permite tener una visión amplia y moldeable para cualquier situación de servicio público toda vez que la necesidad vital para la satisfacción del interés general dependerá de las atribuciones propias del legislador y de las consecuencias que estas acarrearán para el control material y orgánico del mismo. Por esta razón, resulta pertinente proponer en la presente investigación la intención de realizar una aproximación a las visiones objetivas y subjetivas que jugarán un papel predominante en el entendimiento y aplicación de este concepto.

Ahora bien, en relación con el segundo, el *servicio público domiciliario*, como otra clasificación del género, apropiada a las finalidades sociales del Estado, las cuales prevén como máximo deber la satisfacción del interés general a partir de necesidades básicas

delimitadas en el acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas, entre otros. Al respecto, así lo ha delimitado la jurisprudencia constitucional:

El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc. (Corte Constitucional, 2006).

Esta clasificación no resulta contraria a la propuesta o distinción que se realizará sobre el servicio público subjetivo y objetivo; más bien, conlleva a una delimitación pragmática del servicio público. Además, esta clasificación vigente resulta complementaria a los elementos esenciales que se propondrán a lo largo de la investigación, los cuales, como se ha mencionado previamente, son de gran rigor y necesarios para su correspondiente entendimiento.

(ii) Distinción entre el Servicio público Objetivo y Subjetivo

De la anterior aproximación al servicio público se denota la existencia de dos especies: la primera, objetiva, y la segunda, subjetiva. Por lo tanto, es necesario identificar cada una para lograr plasmar adecuadamente la connotación teórica que conlleva esta construcción del servicio público. No obstante, es pertinente aproximarse a estas especies entendiendo la crisis del servicio público.

Así las cosas, es fácil entender que el servicio público contará con diversos actores. Según la teoría de León Duguit (1908), los actores serán, en primer lugar, el ciudadano, donde reposa la satisfacción del interés general, y, en segundo lugar, el Estado, quien realizará la prestación del servicio². Sin embargo, a raíz de la crisis del servicio público, surgida de *Arret bac d'Eloca*, la teoría de Maurice Hauriou (1929) ampliaría la perspectiva al incluir un tercer actor, que se fundamentaría en las actividades de regulación que se encuentran en competencia de mercado, es decir, aquellas que se realizan a través del particular, quien sería el tercer actor. Además, esta teoría modificaría la concepción del segundo actor, ya que el Estado variaría su calidad prestacional a garantista mediante las actividades regulatorias y de vigilancia por medio del poder de policía y haciendo énfasis en la teoría del *ius imperium*.

Al identificar a estos actores, se observa, en primer lugar, que el ciudadano tendrá un papel neutro, por lo que la presente investigación no estudiará particularmente a este actor. Sin embargo, los actores delimitados por Maurice Hauriou sí tendrán una incidencia mucho más representativa. Se llama la atención en que estos dos actores restantes permiten identificar con mayor certeza el cambio de paradigma del servicio público y cómo se puede entender la clasificación objetiva y subjetiva.

Asimismo, se busca comprender la posición del profesor Santofimio respecto a la teoría de León Duguit, donde el servicio público connota una aplicación excesivamente amplia y maleable a cualquier situación de satisfacción del interés general³. Así las cosas,

² Incluso, León Duguit, concibió que el servicio público se encontraba primariamente en las actividades de justicia, protección y seguridad (Duguit, 1908). Nótese la importancia que conlleva esta posición respecto de la clasificación actualmente propuesta, pues según esta teoría todas las actividades de satisfacción del interés general se encontrarían en cabeza del Estado.

³ El profesor Santofimio explica que León Duguit fue catalogado a la postre por ser radicalista al intentar fundamentar su teoría objetiva que era más cercana a lo subjetivo, pues entendería de forma amplia la concepción del servicio público como la satisfacción del interés general y esta connotación no lograría positivizar su teoría sino más bien ampliarla a criterios subjetivos, allí es importante resaltar que el profesor Santofimio indicaría en el minuto 1:08:20: “Va a ser la actividad prestacional la que va a llevar precisamente

es menester entender el servicio público subjetivo y objetivo a partir de los criterios orgánico y material.

El servicio público subjetivo es consecuencia de la teoría de León Duguit en el seno de la escuela de Burdeos. Es decir, se debe entender al Estado como el principal actor del servicio público, ya que está investido de las funciones prestacionales para la satisfacción del interés general. Aquí se llama la atención sobre, en particular, el criterio orgánico que impregna al actor que realiza la satisfacción del interés general, el cual será entendido a todas luces por las actividades prestadas o realizadas por la administración (Montaña Plata, 2005).

El servicio público objetivo, en cambio, es consecuencia de la teoría de Maurice Hauriou en el seno de la escuela de Toulouse, donde se entiende al Estado como un actor garantista, pero no prestacional. Las funciones prestacionales para la satisfacción del interés general se satisfacen a partir de actividades de mercado, que generalmente se encuentran en cabeza del particular, mientras que el Estado se reserva la garantía a partir de la regulación (Navarro, 2018, p. 87). En este punto, también es importante señalar que, aunque el criterio orgánico impregna al actor prestacional, al estar sustraído de las actividades que se encuentran en el mercado, se concluye que es el particular quien asume

a que se entienda el papel del Estado y de la administración y los efectos de esta noción pues van a ser ya en un contexto de finalización, de conclusiones, pues van a ser de un impacto impresionante en todas las explicaciones de cada uno de los elementos del derecho administrativo, pues a partir de estas elaboraciones se va a poder explicar a partir del entendimiento de lo que es el servicio público actividad prestacional para las necesidades colectivas, vamos a poder dar explicación absolutamente a todos los fenómenos propios del derecho administrativo a la teoría del contrato, a la teoría del acto administrativo, a la teoría de la función pública, siempre inspiradas precisamente en actividades prestacionales, obviamente que como construcción teórica, obviamente que como construcción en alto grado fundamentalista, obviamente que como construcción que impedía eventualmente otro tipo de razonamientos, entra en crisis, la realidad del mundo esa realidad que él (Duguit) planteaba pues se le viene, da la vuelta pues también era real que hay otros fenómenos de la vida que no se podrían explicar a partir de los servicios públicos (...) y que obviamente daban para abrirles puertas a otros criterios en búsqueda de la sustantividad" (sic). (Santofimio Gamboa, 2020).

este rol. Se deduce, entonces, que a falta de mercado será el Estado quien preste el servicio.

Hasta este momento, se ha indicado que el servicio público deviene del criterio orgánico, que se fundamenta en la calidad prestacional. No obstante, es necesario entender otro criterio, el cual se basa en la actividad particular, por lo que se apelará al criterio material. Este criterio material se construyó a partir de un elemento determinante: el mercado. En este desarrollo teórico, es de vital importancia comprender que el mercado juega un papel trascendental que permite entender el servicio público subjetivo, ya que se refiere a todas aquellas actividades que están fuera del mercado.

La importancia que conlleva el criterio material implica que las actividades que se encuentren en el mercado no deben ser consideradas como *servicio público subjetivo*, apelando al criterio de Maurice Hauriou. Aquellas actividades que no se encuentran en el mercado, en consecuencia, deben ser entendidas como servicio público subjetivo, toda vez que es una obligación imperante del Estado satisfacer las necesidades. Al no existir particulares que las satisfagan, es su deber hacerlo, cuestión que resulta fundamental en la consolidación de este criterio material, donde el Estado vuelve a ser el actor prestacional del que hablaba León Duguit.

Con base en esto, se establece una distinción de suma importancia: un servicio público objetivo, enmarcado en el interés general a satisfacer —enfocado hacia una actividad contractual en los establecimientos públicos— y un servicio público subjetivo, enmarcado en quién desarrollará la satisfacción de dicho interés general —enfocado hacia una actividad prestacional por servicio público— (Giannini, 1991). Ambas distinciones nos han permitido matizar el servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, se puede entender que el servicio público subjetivo apela a dos criterios: (i) orgánico, que se fundamenta en la calidad de quien realiza la actividad para

satisfacer el interés general, que será el Estado; y (ii) material, que establece que las actividades prestacionales que realiza el Estado se encuentran fuera del mercado.

Para entender adecuadamente esta connotación, se propone abordar la clasificación que realiza la profesora Jacqueline Morand, quien prevé los servicios públicos como: (a) industriales y comerciales; (b) administrativos; y (c) sociales (Morand-Devellier, 2017).

Para efectos de ilustración teórica, es pertinente abordar cada clasificación propuesta por la profesora Morand. En primer lugar, se hace alusión al régimen de derecho privado, donde el ciudadano se convierte en un usuario que interpela condiciones de mercado bajo una relación contractual. En este contexto, se pueden encontrar, por ejemplo, los servicios de transporte, salud, educación y seguridad privada, entre otros. En segundo lugar, se hace referencia a las actividades propias del funcionamiento estatal, tales como el registro, la seguridad pública, la defensa nacional, la justicia y los servicios penitenciarios, entre otros. Por último, en tercer lugar, se encuentran algunos servicios públicos que devienen netamente de actividades prestacionales; aquí se aprecian, por ejemplo, los servicios de asistencia social —hogares de paso y hogares geriátricos—, caridad y beneficencia, entre otros.

Esta connotación es ajena a la clasificación precaria que existe en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual se fundamenta en el servicio público esencial, tal como lo establece el Código Sustantivo del Trabajo (Corte Constitucional, 1997), el servicio público domiciliario, según lo establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994 (Corte Constitucional, 2002), y el servicio público —en general— como cualquier actividad requerida para la satisfacción del interés general (Corte Constitucional, 1999). Esto permite entender que la clasificación del servicio público es relevante para comprender la noción correcta del mismo y su distinción entre objetiva y subjetiva. La presente investigación abordará esta clasificación, propondrá una clasificación amplia para lograr

un entendimiento pleno del concepto de servicio público en Colombia y, finalmente, utilizará una analogía con el servicio público europeo para consolidar criterios propios para el ordenamiento jurídico colombiano.

(iii) Regulación en el modelo europeo continental: Vigilancia, Inspección y Control

Es necesario establecer una distinción teórica muy relevante que enmarca la regulación y que proviene de Maurice Hauriou en el marco de la crisis del servicio público. En primer lugar, es importante recordar que León Duguit abordó temas de derecho constitucional para entender la legitimidad del Estado, una connotación que también tuvo que considerar Maurice Hauriou al adentrarse en este debate. El debate sobre el servicio público no es más que un medio para alcanzar una de las finalidades del Estado: la satisfacción del interés general. Esto permite deducir que, para León Duguit, el medio es el servicio público prestado por el Estado, mientras que, para Maurice Hauriou, el medio puede ser el servicio público prestado tanto por el particular como por el Estado, pero siempre bajo una regulación estatal.

Este punto de partida de Maurice Hauriou permite establecer dos aspectos sumamente relevantes. El primero se consolida en que el poder de policía se da a partir de la reglamentación (Hauriou, 1929), lo que implica una hegemonía del Estado en la forma en cómo se debe satisfacer el interés general. En segundo lugar, se fundamenta en la concepción de autoridad sobre las autoridades descentralizadas del Estado (Hauriou, 1918), lo que permite que sea el mismo Estado quien realice las actividades para la satisfacción del interés general, pero en un modelo de mercado. Ambos puntos son

realmente destacados por el profesor Jean Rivero, quien reconocería la importancia de esta teoría para la satisfacción del interés general (Rivero, 2002)⁴.

Ahora bien, la segunda distinción teórica se fundamenta en la regulación europea continental, diferenciada de la anglosajona, ya que esta última se basa en una ideología neoliberal que promueve la desregulación para la realización de actividades en el marco económico (Navarro y Moreno, 2018). En contraste, la regulación europea continental se influenció en el poder de policía, basándose en la construcción del Estado Social de Derecho, siempre con el objetivo de proteger el interés general (Marocu, 2011), a partir de la protección de los derechos subjetivos como finalidad última del Estado (Marcou, 2009).

La mejor manera de entender este debate es comprender la transición del Estado de Bienestar, que tuvo su auge en Estados Unidos y Europa durante la primera mitad del siglo XX, donde se estableció una relación directa del Estado con el mercado (Samuelson *et al.*, 1962). Al culminar la Segunda Guerra Mundial, el andamiaje institucional de Estados Unidos evolucionaría del Estado de Bienestar a un Estado Neoliberal, con poca participación del Estado. Esto se presenta como una antítesis del modelo de Estado Social concebido a finales del siglo XIX y aplicado en su máximo esplendor en el nacionalsocialismo y el comunismo (Chevallier, 1962). Esta connotación no se replicaría en Europa continental, pues esta se enfocaría en el mejoramiento del Estado de Bienestar a través de políticas sociales bajo un modelo de mercado neoliberal (Sen, 1999).

⁴ El profesor Rivero expuso en su texto: *“Un derecho administrativo atento a la realidad, para regularla de la manera más eficaz, un derecho administrativo alimentado con el aporte de todas las disciplinas y no reducido al simple juego de la técnica jurídica, un derecho administrativo, en fin, orientado hacia el fin preciso del servicio del hombre, garantizado, a la vez, por la eficacia del poder y por su limitación, tal es, esquematizado al extremo, el espíritu del derecho administrativo según Hauriou. Una palabra he utilizado hasta el abuso en esta ponencia y con la cual quiero terminar, pues no conozco otra que pueda, cuando se pronuncia con ocasión de un maestro más centenario, rendir mejor homenaje a la obra y al hombre, resume todo: el derecho administrativo según Hauriou es un derecho vivo”* (Rivero, 2002).

Así, los estudios sobre regulación en el servicio público tendrían un enfoque sustancialmente distinto entre el modelo anglosajón y el continental europeo. Como ya se mencionó, este último se centraría en la protección de los derechos subjetivos (Maurer, 2011) como finalidad del Estado. En este sentido, el profesor Paul Laurent Frier indica: “(...) *la regulación garantiza el buen funcionamiento de un sector conforme a las exigencias del interés general (...)*” (Marcou, 2009, p. 96). Sin embargo, no solo se trata de la satisfacción del interés general, sino también del poder reglamentario o poder jurídico de control, que se ejerce a partir de las sanciones administrativas de la autoridad reguladora. Nótese que este poder reglamentario debe recaer en el factor prestacional de calidad de la actividad, lo cual implica que debe fundamentarse en la satisfacción del interés general de manera puntual.

Ahora bien, este modelo de regulación europea continental se alinea con el modelo de economía de mercado mixta, donde el Estado y los particulares comulgan en el mismo sector bajo modelos regulatorios, como sucede en Colombia (Echavarría Olózaga, 1990). No obstante, se debe precisar que, en el contexto colombiano, esta teoría se vio acogida en el artículo 365 constitucional donde el modelo de regulación se vio fundamentado en la protección de los derechos sociales manteniendo la hegemonía estatal de la regulación, control y vigilancia de los mismos (Constitución Política de Colombia, 1991).

Resulta fundamental resaltar que el ordenamiento jurídico colombiano goza de la clasificación de servicios públicos como “*inherentes a la finalidad social del Estado*”, por lo que todos los servicios públicos estarán enfocados en solidaridad y redistribución (Amador Cabra, 2011). Ahora bien, la importancia de este modelo regulatorio no es otra que la calidad en la actividad prestada, la cual fundamenta un elemento esencial para la adecuada prestación de los servicios públicos, pues la satisfacción del interés general se matizaría idóneamente (Galetovic y Sanhueza, 2002).

Así las cosas, es fácil concluir que el *servicio público subjetivo* constata las actividades de satisfacción del interés general que no se encuentran en el mercado, recayendo así la obligación estatal de satisfacer los derechos subjetivos particulares; sin embargo, al observar el servicio público objetivo se encuentra que el ordenamiento jurídico colombiano contiene disposiciones regulatorias que no son otra cosa distinta al mejoramiento de los estándares de calidad en las actividades prestacionales. Sobre este punto ya se ha hecho referencia que en el servicio público subjetivo, a pesar de que se identifican normas que dan directrices para la satisfacción del servicio público, como en el caso de la administración carcelaria, estas no equivalen a la regulación del servicio público objetivo, pues se encuentran sujetas a la adecuada conducta del servidor público que realiza la prestación y no prevén claridad en las actividades de vigilancia, inspección y control —entendiendo este último como el supuesto sancionatorio que si aplica en el servicio público objetivo—.

Esto impide que el ciudadano sobre el que recae el servicio público subjetivo pueda exigir la prestación del servicio bajo estándares de calidad. Por el contrario, lo obliga a someterse a la hegemonía prestacional del Estado y a poder demandar, cuando así ocurra, únicamente una reparación directa por falla en la prestación del servicio público o, excepcionalmente, un daño especial bajo el título de imputación objetiva. Estas opciones resultan insatisfactorias para el administrado, o, lo que sería peor, lo llevan a acudir a entes de control que tampoco garantizan la calidad en la prestación del servicio público.

Al respecto, el modelo español⁵ prevé un marco de calidad en la administración que será estudiado más adelante. Asimismo, se debe tener en cuenta que el modelo europeo cuenta con una clasificación de servicios públicos más amplia y relevante para el estudio,

⁵ España fue el lugar donde se realizó la estancia de investigación por ser un centro de trasplantes jurídicos para el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, además prevé un modelo definido en la medición de estándares de calidad en la Administración.

la cual también deberá ser abordada en un análisis sobre su aplicación mediante un ejercicio de derecho comparado, que resulta relevante para el ordenamiento jurídico colombiano.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación nace de la reflexión en torno al *servicio público subjetivo*, donde las actividades propias del monopolio estatal se encuentran a merced de la voluntad prestacional. El punto radica en que la mayoría de las actividades prestacionales a cargo del Estado no cuentan con parámetros regulatorios que conlleven a una prestación de calidad. La doctrina nacional, en cabeza de autores como Jaime Orlando Santofimio y Alberto Montaña Plata, ha investigado la noción clásica del servicio público y se ha adentrado con rigurosidad en el estudio de actividades reguladas en el mercado. Sin embargo, existe una mora doctrinal respecto a los estándares de calidad en la prestación del servicio público subjetivo. El aporte al conocimiento que ofrece el presente trabajo de investigación es paralelo a estas importantes indagaciones, ya que aquí se plantea abordar aquellas actividades que, a pesar de pertenecer al monopolio y no haber sido reguladas en el mercado, puedan contar con un modelo regulatorio que conduzca a la prestación de un servicio público de calidad.

Como aclaración de vital trascendencia, es menester indicar que la regulación estudiada no se fundamenta en entes de control fiscal o disciplinario, sino en factores prestacionales relacionados con la calidad de la actividad. Convencido de la importancia doctrinal que nutre constantemente la jurisprudencia y la ley, surge la intención de aportar al conocimiento una reflexión constructiva sobre el servicio público monopolizado por el Estado, que carece de regulación y, consecuentemente, de calidad. Por ello, se argumentará (i) la existencia del servicio público subjetivo; (ii) la necesidad de regulación como respuesta efectiva a la protección de los derechos subjetivos a través de los servicios públicos; y (iii) la inexistencia de regulación en el servicio público subjetivo para una prestación de calidad.

(i) La existencia del servicio público subjetivo

El punto de partida indiscutible implica la resolución de un interrogante: *¿qué es el servicio público subjetivo?* Para abordar esta cuestión, es necesario aproximarse al concepto amplio de servicio público, el cual tiene como finalidad la satisfacción del interés general. Este concepto fue concebido inicialmente en relación con las actividades de justicia, protección y seguridad que estaban a cargo del Estado (Duguit, 1908). Es importante resaltar esta connotación, ya que dicha satisfacción permitirá establecer una serie de actividades adicionales que eran suplidas por el Estado, pero por su desarrollo histórico, serán asumidas por el mercado, quedando en cabeza de los particulares —y, excepcionalmente, por la Administración en competencia con estos—.

Ahora bien, se debe puntualizar que la primera caracterización del servicio público subjetivo es la satisfacción del interés general. Esto da paso a la segunda distinción, que se fundamenta en el derecho subjetivo del administrado, el cual se supeditarán a las “(...) *pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales (...)*” (García de Enterría y Fernández, 1988, p. 53) Esto implica el reconocimiento de la actividad que ha de ser suplida para la satisfacción del derecho del administrado.

Como corolario de lo anterior, la tercera característica que ha de concebirse no es otra que la calidad prestacional del Estado, de forma directa, a través de la Administración. Esto se aproxima a una consideración orgánica de una persona pública que satisface el interés general mediante el desarrollo de una actividad específica (Montaña Plata, 2005). Debe precisarse, entonces, que la caracterización del servicio público subjetivo implica una prestación que no se encuentra en el mercado y, por ende, que no puede ser prestada por particulares.

El abandono de la teoría del servicio público subjetivo deviene específicamente en la primera característica, ya que la satisfacción del interés general ha evolucionado hacia diversas actividades que estaban a cargo del Estado y que fueron delegadas a entidades descentralizadas y a particulares, quienes las suplirán a partir del mercado, reservándose el Estado la vigilancia, inspección y control (Montaña Plata, 2005).

El presente trabajo de investigación no pretende estudiar la crisis del servicio público, derivada del fenómeno de la descentralización de actividades que suplan el interés general, sino que pretende abordar minuciosamente las actividades que no fueron endosadas a particulares, como, por ejemplo, las actividades penitenciarias (INPEC), de recaudo tributario (DIAN), de seguridad pública (Policía Nacional) y jurisdiccionales públicas, entre otras. Si bien estas actividades cuentan con parámetros de regulación, no se supeditan a la calidad de la actividad ni a la vigilancia, inspección y control de las mismas.

- (ii) La necesidad de regulación como respuesta efectiva a la protección de los derechos subjetivos por medio de los servicios públicos.

La regulación surge de la mutación del poder, donde el Estado abandona su calidad prestacional y se dedica a la reglamentación de las actividades económicas para generar condiciones de competencia en el mercado que satisfagan el interés general (Marcou, 2009, p. 26). Esta teoría tiene una gestación en doble vía: por un lado, se relaciona con el poder de policía a partir de la reglamentación (Hauriou, 1929), y por el otro, con la concepción de la autoridad sobre las actividades descentralizadas del Estado (Hauriou, 1918).

A diferencia de Europa, Estados Unidos fundamentó la regulación en el libre mercado, guiado por su ideología neoliberal. Por ello, el Estado propuso la desregulación, entendiendo la realización de actividades en el marco económico (Navarro y Moreno,

2018). Situación contraria ocurrió en el viejo continente, que mantuvo su influencia en el poder de policía, basándose en la construcción del Estado Social de Derecho y siempre precaviendo la protección del interés general (Marcou, 2011).

Las dos visiones de la regulación han permeado el ordenamiento jurídico colombiano, una connotación ampliamente estudiada en el artículo 365 de la Constitución Política (Constitución Política de Colombia, 1991). El Estado colombiano aplicó la regulación en los servicios públicos en dos sentidos: el primero se enfocó en la prestación de los servicios públicos como una finalidad social del Estado, manteniendo el statu quo de los derechos subjetivos y la necesidad de regulación para la consecución de prestaciones patrimoniales a favor de los administrados; el segundo plantea la generación de condiciones de competencia para la prestación de los servicios públicos. Finalmente, es importante señalar que la regulación tiene por objeto delimitar un margen mínimo para lograr la adecuada satisfacción del interés general.

- (iii) La inexistencia de regulación en el servicio público subjetivo para una prestación de calidad.

De conformidad con lo indicado previamente, se puede deducir con facilidad que la regulación es un mecanismo necesario para la adecuada prestación del servicio público, ya que busca la satisfacción del interés general, amparando los derechos subjetivos de los administrados. Además, puede confluir con la imposición de condiciones para la competencia en el mercado, mediante el poder de policía o por autoridad en actividades descentralizadas.

Ahora bien, el servicio público subjetivo carece de regulación, ya que al ser el mismo Estado quien lo presta, es una actividad propiamente centralizada. No obstante, también se debe resaltar que no hay una adecuada protección de los derechos subjetivos, toda vez que no existen condiciones de mercado, lo que resulta en una ausencia total de poder de

policía sobre las actividades que buscan la protección del interés general. La justificación de la ausencia de regulación es tenue cuando se fundamenta en una actividad prestacional centralizada que busca la protección de los derechos subjetivos, pero que no se puede analizar a la luz del mercado ni de quién la vigile, como sucede con la prestación del servicio público en cabeza de los particulares.

Sobre este punto particular se enfocará la presente investigación, que tiene por objeto demostrar *la inexistencia de regulación en el servicio público subjetivo*. Es poco discutible la necesidad de regulación en la prestación de servicios públicos que se encuentran en el mercado; no obstante, la misma suerte no corren aquellos que están en cabeza del Estado. Así pues, es claro que el objeto del servicio público subjetivo es la satisfacción del interés general, garantizando los derechos subjetivos de los administrados, y que estos se logren a través de actividades directas de la administración. Por lo tanto, el punto de quiebre será la forma en que se garantizan los derechos subjetivos.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y OBJETIVO GENERAL

Habiéndose expuesto la existencia del servicio público subjetivo y controvirtiendo la figura regulatoria en dicha aproximación, donde existe un déficit en la regulación del servicio público subjetivo en la legislación colombiana, surge la pregunta de investigación: *¿Cuál es la importancia de superar el déficit en la regulación del servicio público subjetivo en la legislación colombiana?* La formulación de esta pregunta buscará el cumplimiento del objetivo general de la tesis, que es demostrar la necesidad de la regulación del servicio público subjetivo en el ordenamiento jurídico colombiano.

PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN SECUNDARIOS Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS

No obstante, para resolver la anterior pregunta de investigación, será necesario aproximarse al concepto teórico en su máximo esplendor para abordar de forma rigurosa cada elemento que lo compone. Por lo tanto, también será necesario resolver las siguientes preguntas conexas, que serán desarrolladas en cada capítulo de esta tesis:

- (I) Capítulo I *¿Qué es el servicio público subjetivo y cuál ha sido su genealogía en Colombia?* Este capítulo tendrá como finalidad el cumplimiento del primer objetivo específico, que consiste en analizar el servicio público subjetivo en Colombia desde un aspecto genealógico, abordando aspectos teóricos de la crisis del servicio público y el abandono de su regulación en el contexto colombiano.
- (II) Capítulo II *¿Cuál es la noción actual del servicio público en Colombia?* Este capítulo, a su vez, tendrá como finalidad el cumplimiento del segundo objetivo específico, que se fundamenta en lograr una aproximación conceptual a la noción del servicio público y su aplicación en Colombia, con el fin de plantear un aspecto crítico sobre dicha noción.
- (III) Capítulo III *¿Cómo se clasifica el servicio público subjetivo en Colombia?* Por su parte, esta pregunta buscará dar justificación al tercer objetivo específico, el cual pretende identificar, caracterizar y clasificar el servicio público subjetivo en Colombia como una propuesta dogmática para entender el servicio público como género y lo subjetivo como subespecie.
- (IV) Capítulo IV *¿Cuál es la importancia de la regulación en el servicio público subjetivo en Colombia?* Esta pregunta tiene como objetivo lograr el cuarto y último objetivo específico, que se fundamenta en determinar la relación de la

regulación continental europea con el servicio público subjetivo, a partir del establecimiento de parámetros teóricos que garanticen los derechos subjetivos.

La resolución de estas preguntas permitirá entender la figura del *servicio público subjetivo* en Colombia, y cómo la regulación en las actuaciones estatales es una necesidad latente para generar un espacio de legitimidad en dichas actuaciones y así suplir la necesidad social insatisfecha.

HIPÓTESIS

La hipótesis sugerida se fundamenta en que el servicio público (tanto objetivo como subjetivo) debe ser regulado para garantizar la efectiva materialización de los derechos subjetivos de todos los administrados, es decir, de las personas que integran la sociedad, lo cual se entiende como la satisfacción del interés general. Dado que el servicio público objetivo está plenamente regulado, es fácil respaldar la justificación de la necesidad regulatoria en el servicio público subjetivo. No obstante, este ejercicio implica comprender la “*inexistencia*” o invisibilidad de la regulación en el servicio público subjetivo.

Ahora bien, la premisa deducible es que la regulación del servicio público conlleva, per se, a la garantía de los derechos subjetivos. Esto se debe a que las nociones básicas de regulación sobreentienden que el poder de policía y el ejercicio de autoridad se destinan a la satisfacción del interés general, lo que a su vez implicaría la protección de los derechos subjetivos. Estas nociones se desarrollaron con base en el modelo continental europeo, que fundamenta la regulación en la garantía de derechos subjetivos, a diferencia del modelo norteamericano, que se basa en el libre mercado. Por lo tanto, se consolida una óptica regulatoria sustancialmente distinta.

Para el contexto colombiano, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es un deber estatal asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, conforme lo prevé el artículo 365 de la Constitución Política. Para invocar el cumplimiento, en vía administrativa, de la finalidad social del Estado, los servicios públicos deben ser vigilados, inspeccionados o controlados. Por lo tanto, se parte de suponer que la declaración de las acciones de vigilancia, inspección y control como un mecanismo en vía administrativa contribuirá a ejercer control por parte de las personas que conforman la sociedad sobre el quehacer de la administración pública que presta el servicio público estatal, todo ello en aras de la realización de los intereses generales.

METODOLOGÍA

La metodología que se aplicará en el presente trabajo de investigación doctoral estará enfocada en cada capítulo por separado, ya que cada uno tiene un aporte al conocimiento distinto, que en conjunto se complementan entre sí. Esto implica que se deben aplicar métodos diferentes a medida que se desarrolle la investigación para abordar adecuadamente el margen de estudio. Sin embargo, los capítulos que se desarrollan en el presente trabajo de investigación parten de una metodología dogmática y de un modelo de trabajo de escritorio.

La primera parte se compone de dos capítulos. El primer capítulo tiene dos objetivos: el primero es conceptual y el segundo es histórico. Para abordar el objetivo conceptual, es necesario realizar un análisis lógico del contenido de la literatura, donde se utilizarán como material de consulta aquellas fuentes primarias del abordaje teórico del servicio público, a partir de textos elaborados por los autores más reconocidos en la materia. Por otro lado, el objetivo histórico se fundamentará en un método de análisis sistemático,

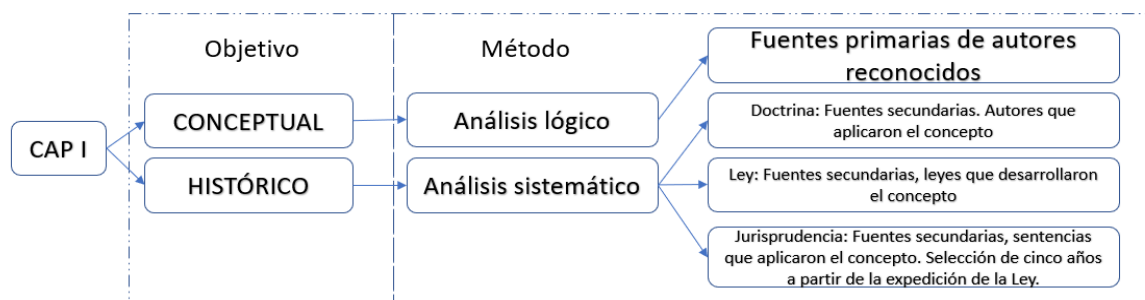
donde se entrelazarán investigaciones conceptuales en la doctrina, *lege ferenda* y jurisprudencia a partir de diversos materiales secundarios.

La investigación doctrinal partirá de la selección de material teórico-documental de autores representativos en el servicio público que desarrollen el concepto de forma práctica. La *lege ferenda*, en cambio, consistirá en la búsqueda sistematizada de leyes en Colombia que desarrollen ese concepto doctrinal a partir de disposiciones legales. La jurisprudencia será seleccionada únicamente del Consejo de Estado durante el siglo XX y de la Corte Constitucional a partir de 1991, con un margen temporal de cinco años desde la expedición de la disposición legal, y busca observar su aplicación o puesta en práctica.

Para lograr un adecuado entendimiento del método aplicado en el primer capítulo, resulta menester observar la Figura 1 de análisis metodológico para el punto particular, teniendo en cuenta la complejidad correspondiente.

Figura 1

Análisis metodológico capítulo 1



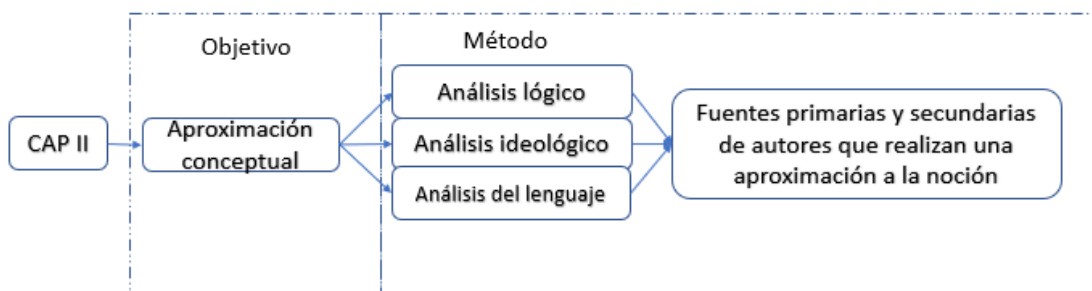
Nota: elaboración propia.

El segundo capítulo propone abordar de forma crítica la noción del servicio público subjetivo en Colombia, razón por la cual se utilizará una metodología dogmática crítica, al igual que en el capítulo I. Sin embargo, se emplearán tres métodos de investigación que se entrelazarán: análisis lógico, análisis ideológico y análisis del lenguaje, con el fin de entender la noción actual de dicho concepto bajo una revisión crítica. Eventualmente, este capítulo incluirá un trabajo de escritorio en el que se revisarán tanto fuentes primarias

como secundarias que fundamenten la noción más cercana al concepto de servicio público en Colombia. Para apreciar adecuadamente el modelo metodológico aplicado en este segundo capítulo, es recomendable observar la Figura 2 que se muestra a continuación.

Figura 2

Análisis metodológico capítulo 2

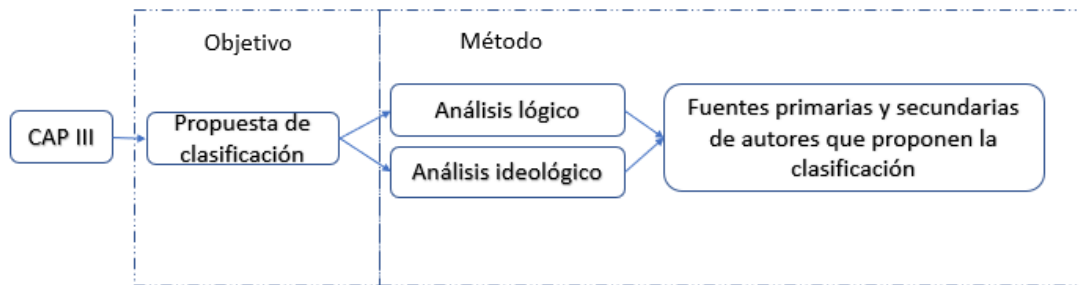


Nota: elaboración propia

La segunda parte prevé nuevamente dos capítulos. El tercer capítulo propone una clasificación del servicio público, por lo que se adoptará una metodología dogmática crítica, utilizando dos métodos: uno de análisis lógico y otro ideológico, para identificar la clasificación ya construida a partir de la doctrina y para proponer o plantear una clasificación más acorde con el ordenamiento jurídico colombiano. Por supuesto, este capítulo también incluirá un trabajo de escritorio, donde se utilizarán como fuentes primarias los textos en los que reposan las ideas centrales de los principales exponentes, y como fuentes secundarias, la interpretación y reinterpretación de esos textos realizada por los principales exponentes en Colombia. Para apreciar adecuadamente el modelo metodológico aplicado en este tercer capítulo, es recomendable observar la Figura 3 que se muestra a continuación.

Figura 3

Análisis metodológico capítulo 3



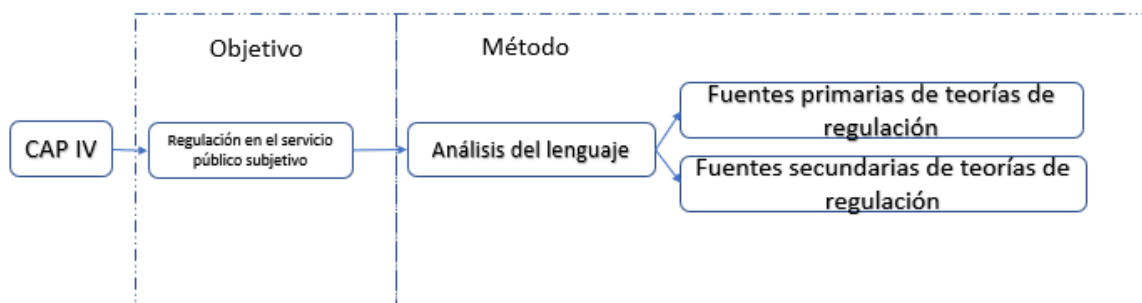
Nota: elaboración propia.

Finalmente, el cuarto y último capítulo tiene un enfoque prescriptivo y argumentativo, en el que se establece un diálogo entre la calidad del servicio público subjetivo y el modelo policivo. Por lo tanto, es indispensable retomar la metodología dogmática, junto con el ya mencionado trabajo de escritorio, y aplicar el método de análisis del lenguaje sobre las teorías de regulación en el servicio público. Para ello, se estudiarán fuentes primarias y secundarias de diversos autores que han desarrollado estas teorías.

Al igual que en los métodos previstos en los capítulos 1 y 2, es oportuno señalar la Figura 4, que permite entender adecuadamente el modelo metodológico aplicado en el capítulo 3, que se indica a continuación.

Figura 4

Análisis metodológico capítulo 4



Nota: elaboración propia.

Una vez que se concreten los capítulos indicados bajo este modelo metodológico, se elaborará un capítulo final de conclusiones, en el cual se sentará la postura del autor respecto a los hallazgos doctrinales apreciados a lo largo de la investigación.

**PRIMERA PARTE: APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO
SUBJETIVO EN COLOMBIA**

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA

“Cuando el parlamento vota una ley, cuando el gobierno toma una decisión en los límites de su competencia, uno u otro paso depende sin duda del estado general de la sociedad; el Parlamento y el gobierno están en contacto con las masas de la nación, y las impresiones diversas que se desprendan para estos de dicho contacto contribuyen a determinarlos en tal o cual sentido”

-Emile Durkheim

El presente capítulo expondrá la existencia de las nociones fundamentales del servicio público y evidenciará la presencia de la óptica subjetiva en el ordenamiento jurídico colombiano a lo largo de los siglos XX y XXI. Para ello, será necesario abordar dos objetivos: el primero de carácter conceptual, y el segundo de carácter histórico.

Con este propósito, se diseñó una metodología que incluye un doble método. Para el objetivo conceptual, a partir de textos elaborados por los autores más reconocidos en la materia, se aplicó un método de análisis lógico del contenido de la literatura, en el cual se revisaron como material de consulta aquellas fuentes primarias del abordaje teórico del servicio público. Por otro lado, el objetivo histórico se fundamentó en un método de análisis sistemático, en el que se aplicó un método trenzado de investigaciones conceptuales en la doctrina, la *lege ferenda* y la jurisprudencia, utilizando diversos materiales secundarios.

La investigación doctrinal se centró en la selección de material teórico-documental de autores representativos en el ámbito del servicio público que desarrollan el concepto

de forma práctica. En cambio, la *lege ferenda* consistió en la búsqueda sistematizada de leyes en Colombia que desarrollaron ese concepto doctrinal a partir de disposiciones legales. La jurisprudencia fue seleccionada únicamente del Consejo de Estado durante el siglo XX y de la Corte Constitucional a partir de 1991, con un margen temporal de cinco años desde la expedición de la disposición legal, con el fin de observar su aplicación o puesta en práctica.

Habiéndose abordado el aspecto metodológico, se hace saber al lector que el presente capítulo tiene como finalidad resolver las siguientes subpreguntas de investigación: *¿Qué es el servicio público subjetivo?* y *¿Cuál ha sido su genealogía en Colombia?* Abordadas estas preguntas, se entenderá que están alineadas con el primer objetivo específico planteado en la tesis, el cual es analizar el servicio público subjetivo en Colombia desde un aspecto genealógico, al tratar aspectos teóricos de la crisis del servicio público y el abandono de su regulación en el contexto colombiano.

Dicho lo anterior, es menester partir de la explicación preliminar, en cuanto a que el servicio público subjetivo en Colombia ha existido desde antaño; no obstante, su construcción ha sido abandonada en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es lógico que las bases teóricas se encuentren en un estado de oxidación debido al paso del tiempo sin un adecuado abordaje. Así pues, el primer reto será abordar la distinción entre dos clasificaciones elementales: objetiva y subjetiva, para posteriormente reconocer una de estas en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, debe indicarse que el presente capítulo forma parte, casi en su totalidad, de la publicación *“La reivindicación del servicio público en Colombia: una mirada subjetiva”* de la Revista Justicia, Sociedad y Derecho de la Universidad de Boyacá, teniendo en cuenta la facultad que otorga para tal fin el reglamento doctoral de la Universidad del Rosario.

i. El servicio público en la doctrina

El servicio público ha tenido una construcción doctrinal muy álgida, y ha sido en este contexto donde se han realizado los más grandes aportes a su construcción teórica. Por ello, resulta necesario hacer una aproximación conceptual del servicio público desde un entendimiento dogmático, con el fin de analizar el sentido del presente trabajo de investigación y comprender razonablemente la mora que adeuda la doctrina en la consolidación de la esencia del Estado.

Como se indicó anteriormente, la Revolución Francesa planteó tres principios básicos: libertad, igualdad y fraternidad. Es importante destacar la **fraternidad**, que, a la postre, supeditaría la solidaridad como precepto fundamental en los servicios públicos. La construcción del ordenamiento jurídico francés a partir de la revolución se vio arraigada en la codificación, en un primer momento, en el Código Civil de Napoleón de 1804 (Malagón Pinzón, 2005), en lo que se refiere particularmente al derecho privado; y en un segundo momento, en los cimientos establecidos por Charles-Jean Bonnin en los Principios de la Administración Pública de 1808, en lo que respecta a la ciencia de la administración en el derecho público (Fuenmayor de Fernández, 2019)⁶.

Es pertinente hacer una breve pausa en Bonnin, ya que, en primer lugar, mantuvo vigente la postura de Jean Bodin sobre la soberanía popular, y evolucionó dicho concepto hacia el interés público como fundamento del Estado.

En segundo lugar, y como consecuencia del despotismo judicial en la etapa prerrevolucionaria (Brewer-Carias, 2017), los ánimos franceses condenaron a la justicia a ser la “*boca de la ley*” (García Villegas y Leyeune, 2010), lo cual implicó que el esfuerzo doctrinal diferenciara la administración del gobierno, la legislación y la justicia. Bonnin

⁶ Se deberá hacer una precisión histórica doctrinal, Charles-Jean Bonnin se apalancó de la gran reforma fiscal abanderada por Anne Roberto Jacobo Turgot en defensa del Régimen absolutista monárquico hasta 1776, la cual se fundamentaba en el fortalecimiento de la municipalización (Galindo Camacho, 2000).

concibió cada uno de estos conceptos de forma distinta desde una óptica política: por *legislación* entendió la “*voluntad política en sí misma*”; por *administración* entendió “*la ejecución de la voluntad política*” como la unidad de un cuerpo político; por *gobierno* “*la vigilancia de la ejecución de la voluntad política*”; y por *justicia* “*el ojo de vigilancia que impide que se rompan los eslabones*” desde un aspecto particular. Así las cosas “*La administración y la justicia son los dos órganos por los cuales recibe la comunidad la ejecución de las leyes*” (Bonnin, 1983).

Estos dos elementos —interés público y distinción entre administración y justicia— jugarán un papel preponderante en la construcción de la teoría del servicio público. En relación con el interés público se debe indicar que, en un primer momento, el soberano era el centro de la sociedad en la etapa prerevolucionaria, por lo que la concepción social de felicidad para los súbditos, prevista por Maquiavelo para mantener el poder, era una teoría ampliamente entendida (Maquiavelo, 2008). No obstante, en un segundo momento, el soberano dejó de ser el centro de la sociedad y pasó a serlo el hombre mismo; por lo tanto, el concepto de felicidad —abonado por el concepto de soberanía popular— evolucionó hacia el de interés público, y el poder, repartido en ramas, tendría que buscar la satisfacción de dicho interés público. Asimismo, las ideas de interés público en Francia se afianzaron a través de las doctrinas⁷ de Auguste Comte en 1826, en su curso de filosofía positiva, que supedita la sociología a condiciones de la física social o a conductas, bajo el análisis de actividades virtuosas o viciosas (Comte, 1875), y de Durkheim en 1895, quien concibió la esencia del Estado en la construcción de la moral social para lograr una sociedad justa (Durkheim, 1997).

⁷ Junto a Comte también estuvieron Hery de Saint-Simon, padre del concepto de la filosofía positiva - entendida hoy como sociología- y Herbert Spencer, que planteó la tesis del Individuo contra el Estado, buscando contraponer un punto intermedio entre el individualismo y el socialismo como conceptos filosóficos y no como corrientes políticas.

Por otro lado, la distinción entre administración y justicia prevista por Bonnin se matizaría en el famoso *Arret Blanco* de 1873, emanado por el Tribunal de Conflictos (Boletín Oficial del Estado, 2017). Antes de entrar a definir los avances característicos de dicho fallo, es menester entender que este fue un hito en materia de responsabilidad del Estado y de función administrativa, ya que vía jurisprudencia se desmarcó de la Ley 16 del 24 de agosto de 1790⁸ (Misión de Cooperación Técnica en Colombia, 2008), que imponía la separación de jurisdicciones. Fue un avance en materia de responsabilidad del Estado, ya que planteó que este, en virtud de los daños ocasionados a particulares, podría responder ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. A su vez, distinguió la teoría de la función administrativa exclusivamente como la del servicio público, dándole un criterio de competencia administrativa.

En este contexto, nace la famosa escuela de Burdeos, encabezada por León Duguit, quien fue influenciado por tres preceptos: (i) la teoría social de Durkheim, quien fue su compañero de cátedra en Burdeos y que a su vez estaría influenciado por Comte; (ii) la teoría del servicio público del *Arret Blanco*, donde se dispondría la delimitación de la función administrativa al servicio público; y (iii), la teoría del interés público de Bonnin, teniendo como antecedente la soberanía popular de Bodin, que a su vez sería parte del ADN legal francés. Sobre estos tres elementos, se debe exaltar con especial atención la teoría del interés público y las teorías sociales de Durkheim, que consolidaría Duguit como solidaridad (Duguit, 2011).

En relación con Duguit, es importante destacar que su teoría fue extremadamente bien conceptualizada por el profesor Jaime Orlando Santofimio, quien distingue los elementos de su doctrina: realista, que rompe con la metafísica jurídica, objetiva, porque

⁸ La mencionada ley dispone: “*Las funciones jurídicas son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, en manera alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones*” (Misión de Cooperación Técnica en Colombia, 2008).

se aleja de la concepción de derechos subjetivos y aborda el servicio público a partir de nociones materiales, y positiva, porque parte de la conceptualización legal del servicio público, manteniendo una aproximación sociológica netamente (Duguit, 2011).

Esta teoría justifica la existencia del Estado a partir de un criterio social, alejándose de los derechos subjetivos y diferenciándose de lo que plantea Rousseau (1983), y se enfoca en derechos objetivos que satisfacen las necesidades básicas de la autodeterminación de la soberanía nacional (Duguit, 2011).

Así, Duguit, aprovechándose del *Arret Blanco*, que responsabilizaba al Estado por una falla en el servicio, conceptualizó el servicio público como la esencia del Estado, debiendo su origen a la satisfacción de necesidades sociales a partir de la autodeterminación social. Además, esta función estatal debe estar enfocada en la sociedad bajo criterios netamente solidarios.

Finalmente, sobre esta conceptualización de la Escuela de Burdeos, se debe indicar que fue Gastón Jéze quien puntualizó el servicio público, abrigándolo con dos características básicas que su maestro León Duguit dejó como legado en la conceptualización del servicio público: (i) el reconocimiento de un interés general a partir del cumplimiento de necesidades sociales; y (ii) que haya una disposición legal que este interés general pretenda ser satisfecho por el Estado en cabeza de un servicio público (Jéze, 1928).

Es importante distinguir aquí una connotación relevante: los servicios públicos pueden ser prestados directamente por el Estado o por particulares a través de los establecimientos de utilidad pública, que, siendo de naturaleza privada, gozaban de prerrogativas estatales para realizar el servicio público.

Aquí surge, entonces, un paralelo entre León Duguit y su pupilo Gastón Jéze, en contraposición a Maurice Hauriou, quien desarrollaría el servicio público bajo una óptica

subjetiva. No obstante, es de gran importancia mencionar que Hauriou se apalancó de la construcción social-jurídica realizada por Duguit (Hauriou, 1918), pero su óptica fue más evolucionada en los aspectos subjetivos. En primer lugar, conceptualizó la existencia del Estado a partir del poder (Loughlin, 2017); en segundo lugar, aterrizó la idea de la satisfacción del interés general propuesta por Duguit y Jéze, que concebían que cualquier acto que implicara la satisfacción del interés general sería considerado servicio público, pues Hauriou estableció que la... “*organización y al funcionamiento de los servicios públicos generales o locales constituyen una operación administrativa*” (Romero Pérez, 2015, p. 144), aplicando el criterio definido *Arret bac d’Eloca*. Finalmente, se debe distinguir que Hauriou mantuvo la postura inicial del fallo *Arret Blanco* al considerar que la función administrativa se denotaría a partir del criterio subjetivo del servicio público, pero limitándola a la organización y funcionamiento del Estado.

Hasta este momento, doctrinalmente se han desarrollado dos posturas en cuanto al servicio público: la primera, en cabeza de Duguit, a partir del *Arret Blanco* (1873), que se compone de dos elementos: (i) la satisfacción del interés general; y (ii) el reconocimiento legal. La segunda, en cabeza de Hauriou, a partir del fallo *Arret bac d’Eloca* (1921), que también se compone de dos elementos básicos: (i) la satisfacción del interés general a partir del poder estatal —policivo—; y (ii) la organización y funcionamiento de los servicios públicos como operaciones administrativas.

En el interregno de estas dos teorías nacería la crisis de los servicios públicos, en el entendido de que ciertas actividades industriales y comerciales no se encontrarían en cabeza del Estado, por lo que no sería su deber la prestación del servicio público, pero sí su regulación, lo que haría contrasentido a la *Escuela de Burdeos*. Ahora bien, también es necesario mantener la idea de Bonnin al diferenciar la administración de la justicia, ya que la finalidad del servicio público de Duguit y de Hauriou busca la satisfacción del

interés general como *pierre angulaire* del Derecho Administrativo (Montaña Plata, 2005, p. 135). Sin embargo, esto resultará un criterio determinante para distinguir las actividades judiciales de las administrativas.

Resulta oportuno llamar la atención brevemente sobre la diferencia inicial entre Duguit y Hauriou. Duguit busca positivizar, mientras que Hauriou se enfoca en subjetivizar, y ambos se encuentran en posturas contrarias. Según Carl Schmitt (Loughlin, 2017) esta connotación tendrá relevancia en la construcción social objetiva de la metafísica que describe Schmitt en "*La tiranía de los valores*" (Schmitt, 2009). Duguit busca objetivizar, pero se queda en lo abstracto. Lo relevante es que Duguit tiene un punto de partida subjetivo —el interés general— y construye su teoría estableciendo que todo lo que conlleve interés general será considerado servicio público, mientras que M. Hauriou parte de un enfoque subjetivo —el poder del Estado— y construye su teoría estableciendo que el Estado, a partir de sus prerrogativas de policía, debe vigilar el servicio público.

Ahora bien, antes de aproximarnos al contexto colombiano, es pertinente mencionar a otros autores como Rolland y Chevallier, quienes realizaron aportes conceptuales al servicio público. El primero aproximaría las reglas de continuidad, mutabilidad e igualdad (Calafell, 1988), y el segundo abordaría la contractualización del servicio público originada por la función reguladora del Estado en la economía (Chevallier, 2018).

Es necesario indicar que entre Duguit y Hauriou la tesis abordada en el ordenamiento jurídico francés fue la de Hauriou, habida cuenta que el *Arret bac d'Eloca* entendería la función de las actividades industriales y comerciales como un servicio público en cabeza de particulares y no del Estado, limitando así la teoría abstracta de Duguit que recaía sobre el interés general. Sin embargo, quien influiría en el ordenamiento jurídico colombiano fue Duguit, con la reforma constitucional de 1936 (Mercado, 2015).

Es oportuno llamar la atención sobre la mora que existe en la doctrina colombiana respecto al objeto de la presente investigación. Se ha indicado que el servicio público cuenta con dos grandes vertientes. La primera, en cabeza de Duguit, establece que la finalidad del Estado es la satisfacción del interés general a través del servicio público. Esta se considera como el *servicio público subjetivo*, fundamentado en quién realiza la actividad. La segunda, en cabeza de Hauriou, sostiene que la finalidad del Estado es la satisfacción del interés general mediante el poder de policía (regulación). Esta se considera como el servicio público objetivo, fundamentado en cómo se realiza la actividad.

La mora de la doctrina radica en que se ha desarrollado de manera excesiva el *servicio público objetivo*, especialmente en la regulación económica. No obstante, hay actividades que se encuentran en cabeza del *servicio público subjetivo*, pero bajo una hegemonía estatal, sin que exista quien regule o vigile el cumplimiento del interés general, tal como ocurre con el servicio público objetivo.

Colombia introduce la noción del servicio público de Duguit, especialmente en el Acto Legislativo de 1918 y en el de 1936 (Franco, 2017), particularmente en este último, no obstante, las nociones doctrinales sobre esta teoría se reflejan en los conceptos de Carlos H. Pareja, Jaime Vidal Perdomo y Libardo Rodríguez. Al respecto, Pareja establece que el “*Derecho Administrativo es sustancialmente el derecho de los servicios públicos*” (Barreto, 2010, p. 242), haciendo alusión a los intereses sociales y al ejercicio de los servidores públicos. Por su parte, Vidal Perdomo ha reconocido una evolución del servicio público, en la cual inicialmente se buscaba la felicidad de los gobernados, pasando a la satisfacción del interés general con actividades a cargo del Estado o de particulares a partir de la reforma de 1968 (Vidal Perdomo, 1994); finalmente, Libardo Rodríguez aproxima la construcción del servicio público al cumplimiento de las

finalidades del Estado mediante la realización de actividades de naturaleza pública (Rodríguez Rodríguez, 2005). Esta construcción teórica será complementada en lo que lleva este siglo por Jaime Orlando Santofimio y Alberto Montaña Plata.

De lo anterior, se destaca que Colombia se encuentra a la vanguardia de la teoría del servicio público. En un primer momento, se aborda la teoría de Duguit con la reforma social de 1936, y en un segundo momento, aunque un poco rezagada doctrinalmente, se considera la teoría de Hauriou en la reforma administrativa de 1968. Es importante señalar que Hauriou se convertiría en el gran arquitecto del modelo administrativo vigente, al subsumir la teoría del servicio público en el poder de policía —regulación y vigilancia— previstos por el profesor Jean Rivero (2002).

ii. El servicio público en la jurisprudencia: desarrollo contencioso administrativo y constitucional.

Tal como se pudo apreciar en el acápite anterior, la construcción del concepto actual de servicio público ha tenido un aporte doctrinal y jurisprudencial determinante. En consecuencia, durante este escrito se hace referencia al *Arret Blanco* y al *Arret Bac d'Eloca*, que, desde el ordenamiento jurídico francés, han creado y delimitado el concepto de servicio público en la jurisprudencia, haciendo énfasis en la maleabilidad del concepto y observando particularmente la influencia francesa de dicha institución en Colombia.

Así las cosas, en el presente título se abordará la delimitación jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional respecto a esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano. Como punto de partida, se debe distinguir que la Corte Constitucional fue concebida de forma independiente en la Constitución Política de 1991, mientras que el Consejo de Estado, como órgano, fue establecido en el Acto Legislativo 1° de 1914 (Congreso de la República, 1914). Esto permitirá analizar la construcción del servicio público desde dos perspectivas: la primera, contenciosa, se ha enfocado en la

construcción semántica del concepto de servicio público; mientras que la segunda, constitucional, se ha centrado en la construcción filosófica de los principios democráticos sujetos a la política estatal (Dworkin, 2012).

Corolario a lo indicado a lo largo de este escrito, el título de imputación denominado "*falla en el servicio*" denota la construcción del concepto de *servicio público* en el entendido de la actuación estatal y la responsabilidad que le asiste a los actos que este realiza. Así las cosas, el marco jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano también ha realizado dicha construcción teórica. La responsabilidad del Estado por el servicio prestado fue la primera forma de reconocimiento de reparación vía jurisprudencial y tuvo desarrollo en los años veinte del siglo pasado respecto a los actos de guerra (soldados fallecidos⁹) y en actos de expropiación¹⁰; no obstante, el concepto de servicio público se desarrollaría también en materia fiscal y contractual.

Así las cosas, el Consejo de Estado, en 1918 (Fallo del 2 de octubre), estableció que el impuesto al tabaco, según la Ley 4ª de 1913, era una facultad de las Asambleas para aplicarlo en la atención del *servicio público*, en relación con los gastos de la *Administración Pública*. Esto es de suma importancia, ya que determinaría la primera

⁹ La *Guerra de los mil días* (Meisel Roca y Romero Prieto, 2017) que dejó más de 100.000 muertes, fue el origen de las primeras sentencias de responsabilidad del Estado emanadas por el Consejo de Estado en su Sala Contenciosa. Dentro de estas sentencias encontramos que, durante 1915, se dictó la sentencia (Rad. 013-12, 1915) mediante la cual se le reconoció a las hijas de un suboficial la reparación por la muerte de este en dicha guerra por encontrarse al Servicio del Gobierno al momento de contraer la fiebre amarilla que le causaría la muerte. Esta constante de reconocimiento de responsabilidad del Estado se reiteró en 1917, reconociendo el estatus de Servicio del Gobierno, allí encontramos: sentencia (Rad. 06-16, 1917) que reconoció la reparación a una viuda de un teniente fallecido en una operación militar en 1902 en defensa del Gobierno; así mismo la sentencia (Rad. 04-26, 1917) que reconoció la reparación a la madre de un Capitán muerto en combate en defensa del Gobierno; y la sentencia (Rad. 06-23, 1917) que reconoció la reparación a una viuda y a sus hijos por el fallecimiento de un teniente fallecido en defensa del Gobierno, entre otras sentencias que reiteraron dicha construcción de responsabilidad.

¹⁰ Asimismo, para el contexto de la *Guerra de los mil días*, el marco de las expropiaciones también fue una constante de responsabilidad del Estado, motivo por el cual en 1918 se dieron varias demandas que responsabilizaron al Estado bajo el argumento de haberse expropiado en favor del Servicio del Gobierno, este argumento se replicó en las sentencias: (Fallo del 14 de octubre, 1918) por la expropiación de unas reses, (Fallo del 20 de noviembre, 1918) por la expropiación de unos caballos para la guerra, y (Fallo del 3 de diciembre, 1918) por la expropiación de cien cabezas de ganado, veinte caballos y ocupación temporal de una vivienda, entre otras sentencias que reiteraron la expropiación como un acto reparable por enmarcarse dentro de actos en favor del Servicio del Gobierno.

aproximación al *servicio público*, entendiéndolo como las actuaciones de la *Administración Pública*.

Por otro lado, el Consejo de Estado indicó que un concesionario no tenía la obligación de proporcionar un puente al servicio público, siempre que este no haya sido debidamente pagado por el Estado (Fallo del 28 de agosto de 1918). Lo destacable de este último fallo es el concepto de servicio público, pues mientras en materia fiscal se entendía como función pública, siendo más próxima a la teoría de León Duguit vista en el título anterior. En materia contractual, el *servicio público* se entendía como una función propia del interés general, pero se alejaba del carácter social de la propiedad. Por ello, el bien no se entregó al uso de la población hasta que el Estado no lo reconociera pecuniariamente.

Esta falta de claridad conceptual sobre el *servicio público* y, a su vez, la confusión con la *Administración Pública* —en el sentido de que todo lo que se consideraba actuación administrativa era *servicio público*— perduraría hasta 1937. En ese año, el Consejo de Estado determinó que la Caja de Previsión Social de Bogotá se consideraría como un cuerpo auxiliar de un servicio público, lo que ampliaría el margen de aplicabilidad del servicio público, enmarcándolo en los establecimientos públicos (Fallo del 23 de abril).

Es decir, hasta 1937 entenderíamos el servicio público como una función administrativa, una actividad comercial realizada por el Estado a través de los establecimientos públicos y, a su vez, como la satisfacción del interés general. Sin embargo, en este momento histórico, el servicio público fue ajeno a las actividades de vigilancia, inspección y control¹¹.

¹¹ Es menester indicar que el Consejo de Estado en algunas sentencias, se refirió a las actividades de vigilancia o inspección -entendiéndolas como una misma- pero en algunos asuntos particulares como lo son las inversiones estatales en empresas privadas (Fallo del 26 de abril, 1920).

La jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo la influencia de la reforma constitucional de 1936, se vio ampliamente reflejada en 1939 a través de la jurisprudencia (Fallo del 28 de marzo), mediante la cual se estudió la figura de los servicios públicos condicionados. Se estableció que el Estado podría intervenir en las empresas privadas para realizar las acciones de regulación del marco tarifario de la energía eléctrica y el acueducto, bajo la Ley 109 de 1936. Con este cambio normativo y el entendimiento jurisprudencial, se produjo un cambio de paradigma en materia de *servicios públicos*, ya que el panorama previo sostenía que estos estaban a cargo del Estado como establecimientos públicos. Posteriormente, se entendió que el servicio público consistía en la satisfacción del interés general¹² y que el papel del Estado sería su reglamentación¹³. A pesar de este cambio de paradigma jurisprudencial de 1936, la supeditación de la ideología francesa del *servicio público* a la *función pública*¹⁴ continuó vigente, salvo en algunos casos particulares¹⁵.

El *servicio público* tendría una conceptualización jurisprudencial más interesante en 1949, mediante el fallo con radicado 0126 (Consejo de Estado), que establecería que la

¹² Al respecto del interés general y particularmente de la influencia de la reforma constitucional de 1936, el Consejo de Estado interpretó al profesor Duguit respecto de la función social de la propiedad, indicando que: “una de las consecuencias de la declaración de esta función social de la propiedad es la de poder obligar a edificar a los dueños de lotes situados en las áreas urbanas” (Consejo de Estado, Fallo del 21 de agosto, 1939) esta sentencia se enmarca en la interpretación a los gravámenes de la propiedad urbana.

¹³ Esta reglamentación fue ampliamente estudiada por el Consejo de Estado mediante el fallo (Rad. CE-SCA-EXP 1946 - N0816, 1946) que analizó el servicio público de transporte, indicando allí que la facultad regulatoria era potestad del Estado, podrían existir regulaciones entre privados que no serían inherencia Estatal cuando se trataran de actividades privadas, no obstante, cuando se presenta la prestación del servicio público y hay una interrelación con las actividades de satisfacción del interés general, su regulación se encontrará en cabeza del Estado.

¹⁴ Una de las sentencias estudiadas fue el servicio público de educación, en este caso particular, el Consejo de Estado mediante el fallo (Rad. 0713, 1950) indicó que la docencia en cabeza de un profesor estatal se consideraría como “un agente del servicio público”, por lo cual su calidad de funcionario público permanecería ligada al servicio público.

¹⁵ Como es el caso del servicio público notarial que se encuentra en cabeza de un particular que presta el servicio público, pero que, por no devengar sueldo del tesoro público, no tiene un vínculo con el Estado, a pesar de estar investido de funciones públicas concernientes el interés general (CE-SCA-EXP 1956 - N5276, 1956)

autoridad administrativa tiene una doble misión: (i) velar por la riqueza pública y su debida inversión a través de los servicios públicos, siendo el Estado el gerente o intendente en dicha prestación; y (ii) ser depositaria de la autoridad del poder mediante la regulación y la policía¹⁶. Nótese que el servicio público entra a tener un papel preponderante al ser concebido como un fin de la autoridad administrativa, manteniendo la postura establecida desde 1937 en cuanto a las actividades comerciales del Estado y la satisfacción del interés general. No obstante, se daría un avance significativo, ya que se hablaría de poder de policía¹⁷ como un medio, por lo que el *servicio público* se entendería supeditado a la *función pública*.

Ahora bien, esta construcción conceptual de la jurisprudencia contenciosa tendrá un enfoque derivado de la teoría de Hauriou, pues con las reformas administrativas de 1968, el Consejo de Estado se enfocaría en los establecimientos públicos, en las empresas de economía mixta y en las empresas industriales y comerciales del Estado, a partir del análisis de la Ley 151 de 1959 y del Decreto 1050 de 1968, mediante el Fallo con radicado 1072 (1969), donde se concluiría que estos forman parte de la Rama Ejecutiva y que buscan la prestación del servicio público como un fin estatal. La relación con Hauriou predica, entonces, una regulación y ejercicio del poder de policía sobre los establecimientos públicos, las empresas de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicio público¹⁸.

¹⁶ Al respecto de esta función de poder, el Consejo de Estado indicó “*Por este aspecto, está encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. La Administración, en estos casos, obra como autoridad, como poder, y los actos que realiza son actos de mando o de poder público*” (Consejo de Estado, Radicado 0126, 1949).

¹⁷ En el desarrollo jurisprudencial del poder policivo, se tendría una aproximación inicial de León Duguit en el ordenamiento jurídico colombiano, al considerarse que la: “*policía (administrativa) implica, por parte de la autoridad, un acto que limita, de manera preventiva, el libre ejercicio de las actividades humanas*” entendiéndose sobre las conductas sociales y no como la facultad de regulación, vigilancia, inspección y control en cabeza del Estado, sobre las actividades de satisfacción del interés general (Consejo de Estado, Fallo del 5 de julio, 1940).

¹⁸ Se debe indicar que el servicio público fue definido en el Decreto 753 de 1956 en desarrollo del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, y la aproximación conceptual de la Jurisprudencia Contenciosa sólo

Es necesario hacer una precisión investigativa que se presentará como una conclusión parcial. La teoría predominante del servicio público en Colombia, hasta 1968, consistió básicamente en que la función administrativa —realizada también por los establecimientos públicos— busca la satisfacción del interés general. Esta precisión investigativa consiste en que esta óptica será concebida como el servicio público subjetivo, pues se enfoca en la calidad de quien realiza la prestación del servicio público. Asimismo, el servicio público se entiende como un medio y la satisfacción del interés general como un fin estatal; es decir, la esencia del Estado era prestar el servicio público. A partir de este momento (1968), el enfoque se fundamentará en la óptica objetiva, ya que se estudiará la finalidad de los servicios públicos y la actuación estatal variará —sin dejar su esencia¹⁹— de ser prestadora a ser reguladora, vigilante, inspectora y controladora de la prestación del servicio público. En otras palabras, la esencia del Estado es garantizar que se preste idóneamente el servicio público.

Retomando la reforma administrativa de 1968, el ordenamiento jurídico se enfocó en las empresas de economía mixta y en las empresas industriales y comerciales, fundamentándose en los establecimientos públicos. Para ello, el Consejo de Estado emitió un fallo de gran trascendencia, en el cual estableció un paralelo entre ambas figuras e interpretó la aplicabilidad del régimen privado en los establecimientos públicos (Rad. 487, 1970). Es prudente precisar que los establecimientos públicos sirvieron de referente

se vio hasta 1967, en esta oportunidad el Consejo de Estado estableció en un caso de cesación de actividades de una empresa tabacalera, en dicha oportunidad se pretendió exigir que esta actividad por tener relación con la satisfacción del interés general debería ser considerada como un servicio público, a lo cual el Consejo de Estado negó dicha relación indicando que: *“La norma en mención pone, pues, en manos del Gobierno, con el requisito anotado, la posibilidad de una declaración administrativa de servicio público en cierto tipo de actividades privadas cuya cesación afecte de manera grave y esencial a la comunidad y es por eso que emplea la locución “que interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo”, factores que deben ser examinados y medidos cuidadosamente por el Consejo de Estado al conceptuar, como por el Gobierno al decidir sobre la materia”* (Consejo de Estado, Rad. 0907, 1967)

¹⁹ Se menciona que esto, toda vez que la óptica subjetiva se continuará aplicando, pues mantiene la interrelación del término “servidor público” que es un derivado del servicio público con la *función pública*.

originario para las empresas industriales y comerciales o de economía mixta respecto a la finalidad del Estado, particularmente en la prestación del servicio público, aunque su régimen jurídico sea distinto.

Como consecuencia de las reformas administrativas de 1968 y de la influencia de la liberalización del mercado en la década de los 80, el ordenamiento jurídico otorgó la hegemonía a la óptica objetiva del servicio público, pues la esencia del Estado se basó en garantizar que se satisficiera el interés general a través del servicio público domiciliario, el cual fundamentó el Consejo de Estado mediante el fallo con Rad. 4284 (1985) en relación con el régimen regulatorio-tarifario²⁰ y policivo de actividades básicas como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y telefonía.

Así, el modelo de servicio público perduraría hasta el nuevo régimen constitucional de 1991. Por lo tanto, es necesario hacer una nueva conclusión parcial: la Constitución Política de Colombia solamente ratificó el modelo liberal de los servicios públicos en el país, pero le imprimió un tinte social, donde la jurisprudencia contenciosa pasaría a un segundo plano, rezagándose ante los criterios sociales establecidos por la Corte Constitucional²¹, que tomaría partido en el desarrollo jurídico de los elementos del servicio público.

²⁰ Así lo pudo apreciar el Consejo de Estado, al indicar que: *"En cuanto a las pautas para la fijación de las tarifas, a que se refiere el transcrito artículo 39, en el considerando segundo de la resolución dictada por la junta se afirma que la solicitud de modificación de tarifas fue analizada conjuntamente con la respectiva empresa "de acuerdo con los criterios oficiales sobre la materia", de lo cual no hay prueba en contrario en el expediente"* (Consejo de Estado, Rad. 2876, 1979).

²¹ Esto se puede ver reflejado en múltiples sentencias, pero para ejemplificar, se tendrá en cuenta el concepto dinámico del servicio público, en donde se delimitaría que algunos servicios en que habrá participación de particulares y otros que serían de interés general y que debían ser prioritarios para el Estado por su carácter social, reconociéndose allí la importancia social de la Constitución de 1991 (Consejo de Estado, Rad. 23001-23-31-000-2003-00650-02 (AG), 2011). Otra sentencia, por ejemplo, es la sentencia que estudio la educación como una doble connotación de derecho y de servicio público, implicando allí la subordinación al precedente constitucional en el desarrollo de los criterios sociales de la Constitución de 1991 (Consejo de Estado, Rad. 05001-23-31-000-1997-03186-01 (30061), 2015).

El primer aporte determinante que realizó la Corte Constitucional fue definir el primer criterio de clasificación del servicio público mediante la Sentencia C-473 de 1994 (Corte Constitucional, 1994). En esta sentencia, se estableció la noción de "*servicio público esencial*" como una distinción constitucional, caracterizándolo por la imposibilidad de suspensión de dicho servicio debido a su afectación al interés general. Así, las cosas, podemos concluir que el servicio público es el género²² y el servicio público esencial es la especie.

Esta sentencia se convertiría en un precedente determinante dentro de una primera línea jurisprudencial, ya que la Corte Constitucional delimitaría el alcance de la clasificación de servicio público esencial, entendiendo que este se predica "*cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales*" (Corte Constitucional, 1995).

Por otro lado, y conformando esta primera línea jurisprudencial, la Corte Constitucional vía jurisprudencia (Sentencia C-075 , 1997) ratificaría el carácter esencial del servicio público y la imposibilidad de su suspensión durante actos de huelga²³. No obstante, caracterizó²⁴ el servicio público con el fin de satisfacer el interés general en todo el territorio nacional, mediante actividades en cabeza del Estado (de forma directa) o por

²² La corte constitucional le ratificó tres características: que debe satisfacer el interés general, que debe ser una prestación general y que se debe dar de forma continua (Sentencia C-473 de 1994).

²³ El establecimiento de ciertas actividades que se considerarían esenciales jugará un papel importante en la consolidación del servicio público en Colombia, pues las actividades de educación por tener una doble connotación con la de un Derecho Fundamental, no podría ser suspendida y se caracterizaría como un servicio público esencial (Corte Constitucional, Sentencia T-423, 1996).

²⁴ Así lo establecería la Corte Constitucional: "el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda" (Sentencia C-075, 1997).

particulares (de forma indirecta; con eficiencia, general, regular, continua, y con igualdad de condiciones en la prestación.

Dicho lo anterior, encontramos una clasificación y caracterización del servicio público y del servicio público esencial. Sin embargo, la Corte Constitucional emitió otra sentencia relevante, la Sentencia C-389 de 2002, la cual ratificó la clasificación anterior y propuso una nueva categoría, derivada de los servicios públicos domiciliarios. Estos se caracterizan por ser el engranaje de los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación del servicio²⁵. Sin embargo, al igual que la construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, se encuentran supeditados a la regulación (fijación de tarifas) y a la policía estatal²⁶, con características especiales²⁷ y consideran su carácter domiciliario, dado que implican la realización de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo para satisfacer a los usuarios.

²⁵ En esa misma Sentencia C-389 de 2002, la Corte Constitucional establecería la finalidad de dichos servicios públicos domiciliarios: *“(...) garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.*

²⁶ En este mismo sentido, la Corte Constitucional dispondría las características de eficiencia, continuidad y universalidad de la cobertura, así mismo se mantendría a merced del Estado la configuración de las disposiciones regulatorias y las facultades policivas que deberían recaer sobre el servicio público domiciliario (Sentencia C-741 de 2003).

²⁷ La Corte Constitucional estableció las características constitucionales del Servicio Público Domiciliario mediante la (Sentencia C-041 de 2003) indicando que: *“(i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos”.*

En esta segunda línea jurisprudencial respecto a los servicios públicos domiciliarios, encontramos una postura interesante, pues la óptica subjetiva se enmarca en la calidad de quien presta el servicio, mientras que la óptica objetiva se enfoca en la prestación material. Se ha hecho énfasis en que el ordenamiento jurídico ha reposado en la segunda óptica, bajo la hipótesis de la liberalización del mercado y del poder de policía que redireccionó la razón de ser del Estado. La Corte Constitucional, a través de la jurisprudencia, en la Sentencia C-075 de 2006 conceptualiza la democratización económica entendida como “*la simple dirección*” para permitir la participación en la propiedad empresarial y en los rendimientos de la gestión económica, así como la solidaridad, bajo el precepto del aporte mancomunado de la sociedad para que la prestación se realice de la manera más uniforme posible. Esta sentencia nos proporciona una guía interesante para la hipótesis que manejamos en este escrito, pues se evidencia que no existe una democratización —participación ciudadana en la dirección— del servicio público desde la óptica subjetiva.

Para concluir el aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional, debemos tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial establecido en la Sentencia C-924 de 2007, en la cual se conceptuó acerca de la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios a cargo del Estado y se le atribuyeron elementos esenciales²⁸. Finalmente, se debe considerar la Sentencia C-172 de 2014 de la Corte Constitucional, mediante la cual se delimitó la órbita

²⁸ En esta Sentencia C-924 de 2007, la Corte Constitucional estableció los siguientes elementos esenciales que aplican al régimen constitucional: “*i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos*”.

económica bajo la función social de los servicios públicos y se conceptuó el régimen regulatorio a cargo del Estado.

Así las cosas, se puede concluir que, jurisprudencialmente, el servicio público nace en la jurisprudencia contenciosa, entendiendo este como cualquier actividad del Estado que satisfaga el interés general. Posteriormente se amplió este concepto, permitiendo que particulares realizaran actividades encaminadas a satisfacer dicho interés, lo que dio paso a la liberalización de las actividades del Estado. Esto cambió la finalidad de este, que en un primer momento propendía ser el prestador del servicio público, y posteriormente el garante de que se realizara la prestación del servicio público, variando su calidad. Finalmente, bajo su connotación de garante, se limitaron las actividades de los particulares a las condiciones del Estado Social.

Es pertinente concluir que la influencia de Hauriou en la jurisprudencia se enmarca en la delimitación del poder de policía, mientras que Duguit se enfoca en la satisfacción del interés general, incluyendo la solidaridad. Por lo tanto, ambas teorías están vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

iii. El *servicio público* en la Ley colombiana.

Tanto en la construcción jurisprudencial como en la doctrinal, se una construcción sistemática en torno al servicio público, y el aporte legal no es la excepción. El legislador concibió este concepto como una función estatal, que posteriormente se canalizó hacia lo que entendemos hoy como servicio público.

Para la elaboración de este título, será necesario aproximarse a algunas leyes que permiten concretar la tesis planteada desde el aspecto legal. Asimismo, será fundamental adentrarse en la construcción teleológica que tenía el legislador para cada caso particular a lo largo del siglo XX.

Como punto de partida, la Ley 50 de 1904 del Congreso de la República estableció la fiscalización de las cuentas y el pago de servicios de los ramos postal y telegráfico, lo que en su momento implicaba que dicha actividad fuera concebida como un servicio público, incluyendo, por supuesto, la construcción y conservación de infraestructura. Desde una perspectiva más amplia, se promulgó la Ley 54 de 1909 del Congreso de la República, en la cual se definiría qué conforma el servicio público en Colombia. En esta ley se refleja claramente la posición del profesor Duguit, quien entendía toda la actuación del Estado²⁹ e incluía algunas otras funciones de las actividades industriales y comerciales, como son las obras públicas y las actividades de correos y telégrafos.

Existen, a su vez, algunas disposiciones legales que permiten entrever que el servicio público era la actuación estatal, como lo son las Leyes 27 de 1912 y 57 de 1913 del Congreso de la República, que establecían la adecuación de propiedades para el servicio de oficinas públicas en entidades territoriales. Otras disposiciones legales de gran envergadura que permiten apreciar la actuación del Estado exclusivamente a través del Servicio Público son, inicialmente, la Ley 110 de 1912 del Congreso de la República, particularmente en su artículo 197, que establece que comprende el servicio público nacional y que posteriormente faculta la monopolización de un servicio público industrial y comercial, como es el de correos, el cual se regula a través de la Ley 124 de 1913 del Congreso de la República. Lo mismo ocurrió con el régimen político y municipal, donde se concebía la actuación estatal como el “buen servicio público”, lo cual se puede corroborar en la Ley 4 de 1913 del Congreso de la República.

²⁹ La Ley en mención, establece “Artículo 2º El servicio público nacional á que se refiere el artículo 203 de la Constitución, comprende los siguientes Ramos: Presidencia de la República y Ministerios de Despacho; Congreso; Servicio Diplomático y Consular; Ejército; Policía Nacional; Poder Judicial y Ministerio Público; Deuda Pública Nacional; Recaudación y Manejo de Rentas Nacionales; Corte de Cuentas; Estadística Nacional; Instrucción Pública Profesional; Misiones Católicas; Correos y Telégrafos; Lazaretos; Obras Públicas; Gastos Electorales Nacionales; Presidios y Reclusiones; Intendencias Nacionales y Colonias Penales” (Congreso de la República, Ley 54 de 1909).

La difusa distinción entre el servicio público objetivo y subjetivo se resalta en las disposiciones normativas, como la Ley 53 de 1914 del Congreso de la República, que establece el servicio nacional de medicina legal como un servicio público. Paralelamente, se expide la Ley 68 de 1916 del Congreso de la República, que establece el servicio de giros postales, siendo esta una actividad exclusivamente estatal.

Es de anotar aquí, que el servicio público en Colombia para este momento histórico, se encontraba difuminado en las actividades que realizaba el Estado, sin encontrar diferenciación alguna por la naturaleza de la actividad. Para corroborar esta premisa, además de las leyes citadas previamente, es pertinente referirse a las Leyes 74 de 1916 y a la 41 de 1919 del Congreso de la República, que establecen el servicio meteorológico nacional y auxilios para el servicio público de agua potable, respectivamente, y contraponerlas a la Ley 5ª de 1921 del Congreso de la República, que establece la canalización de la parte alta del río Cauca en el Valle del Cauca. Esta incidencia normativa se enmarca en una ausencia de delimitación de actividades privadas y públicas, considerando a todas ellas dentro del interés general.

Existen otras leyes que, en estas primeras tres décadas, dan fe de la ausencia de claridad respecto a las actividades que conformaban el servicio público. No obstante, quiero llamar la atención sobre la gran sabiduría que tenía el legislador en dicha época. Mediante la Ley 100 de 1922 del Congreso de la República, se autorizó la compra de bienes destinados al servicio público penitenciario y al Palacio de Justicia. A este respecto, se ordenó la definición del avalúo mediante peritos nombrados por el Gobierno nacional, el departamento y la Rama Judicial, manteniendo fielmente la creencia en el “*buen servicio público*” y concibiendo estas actividades estatales como parte del servicio público estatal.

Lo mismo ocurrió con el servicio contable al interior de los ministerios y departamentos administrativos, un gran antecedente de la regulación de las funciones fiscales, que se adoptó mediante la Ley 70 de 1923 del Congreso de la República. Esta ley estableció lo concerniente a la creación del servicio público contable en estas entidades.

Ahora bien, en este momento histórico también se fomentó el servicio público de acueducto mediante la Ley 34 de 1926 del Congreso de la República, que se encontraba en cabeza del Estado y, más particularmente, de los municipios. En este contexto, se contrasta la postura ambivalente entre el servicio público subjetivo, que abarcaba las funciones del servicio público objetivo.

Finalmente, se deberá llamar la atención en las Leyes 106 de 1928 y 118 de 1928 del Congreso de la República, ya que estas regularían actividades propias del servicio público objetivo. La primera buscaría la reglamentación de la actividad de transporte, mientras que la segunda, de la regulación de drogas que fomentan hábitos perniciosos para la higiene pública. Hasta este punto, entenderíamos el servicio público como la actuación estatal en áreas como acueducto, correo, giros, telégrafos, salud pública y transporte.

La gran reforma constitucional de 1936 del Congreso de la República conllevó una influencia en materia social, la cual se vería directamente relacionada con las actividades de beneficencia. En este contexto, se encuentra la Ley 80 de 1937 del Congreso de la República, que dispuso servicios de asistencia social, consistentes en auxiliar la “Gota de leche” en el hospital de Tumaco. No obstante, el rumbo social se enmarcaría en la satisfacción de un interés general utilitarista, distanciándose de las actividades de beneficencia y focalizándose en las megaobras. En este sentido, la comunicación, el transporte y el acueducto, como actividades propias del servicio público objetivo, que habían sido asumidas por el Estado, serían rezagadas a la tecnología. Por lo tanto, el

rumbo legislativo se centraría en la construcción de hidroeléctricas en el país, lo que llevaría a que, en un periodo de tan solo siete años, comprendido entre 1937 y 1945, se promulgaran al menos 20 leyes que establecían la construcción de hidroeléctricas en todo el territorio nacional. Así fue como se concibieron las Leyes 8 de 1939 y 7 de 1941 del Congreso de la república, entre muchas otras³⁰.

Otra disposición relacionada con la beneficencia se encuentra en la Ley 25 de 1948 del Congreso de la República, donde se establecerían las Escuelas de Servicio Social. Sin embargo, el impacto de las megaobras sería tal que, en dicho año, se expidió la Ley 141 de 1948 del Congreso de la República, que crearía una comisión de vigilancia de obras públicas nacionales y una comisión de servicio civil. La primera tendría por objeto revisar la ejecución de obras bajo el parámetro de la “*sana administración*”, mientras que la segunda establecería la revisión de los requisitos de ingreso al servicio civil con la intención de reducir la burocracia. En esta mitad del siglo, tendríamos un enfoque muy leve en educación, obras públicas y regulación de la función estatal.

A partir de la primera mitad del siglo XX, con la reforma constitucional de 1957, se produciría un vuelco a la función estatal. Por un lado, se expidió la Ley 19 de 1958 del Congreso de la República, la cual diferenciaba el servicio civil y la carrera administrativa de los servicios públicos, manteniendo el criterio de servidor público. Es importante destacar el artículo 23 de la disposición citada, ya que en él se materializan dos grandes tesis que influyen en la construcción del servicio público, pues comulgarían la descentralización o municipalización de los servicios públicos y la función social, según lo planteado por el profesor Duguit. En este artículo se establecen los siguientes servicios: establecimientos de enseñanza, restaurantes escolares, asistencia pública, restaurantes

³⁰ En el periodo comprendido entre 1937 y 1945 se promulgarían leyes para el establecimiento de hidroeléctricas en el país. Los años observados con disposiciones legales fueron: En 1937 la Ley 87; en 1939 las Leyes 6ª, 8ª, 41 y 90; en 1941 las Leyes 7ª, 15, 35, 42, 111, 115 y 151; en 1942 las Leyes 13, 69 y 70; en 1943 las Leyes 56 y 103; y en 1944 las Leyes 19, 88, 97 y 107

populares, administración de aguas, explotación agrícola, construcción de viviendas, carreteras, caminos vecinales, cooperativas de producción, bolsas de empleo y deporte.

En esta misma Ley, se creó la Sala del Servicio Civil del Consejo de Estado, que en su momento buscaba emitir concepto sobre los proyectos de Ley del Gobierno Nacional.

Por otro lado, en la misma mitad del siglo XX, se expidió la Ley 99 de 1958 del Congreso de la República, que mejoró el servicio de radiocomunicaciones aéreas, meteorología y servicios técnicos, manteniéndolos al servicio del interés nacional. Lo que interesa llamar la atención es la calificación del servicio público, ya que con la reforma administrativa se matizó por fin la primera clasificación legal de los servicios públicos en Colombia: la *actuación estatal* entendida como el servicio civil y la carrera administrativa; las *actividades municipales*, que abarcan salud pública, servicios postales, giros y telégrafos, así como los servicios públicos domiciliarios, principalmente el acueducto; las *actividades de beneficencia*; las *actividades de interés nacional*, que incluyen las obras públicas nacionales, radiocomunicación y transporte no prestado por particulares; y las *actividades privadas*, como el transporte prestado por particulares.

Esta tentativa de clasificación del servicio público se evidenciaría claramente a partir de la Ley 19 de 1958 ya citada y de la Ley 54 de 1959 del Congreso de la República, la cual conservaría la interrelación entre el Gobierno nacional y el territorial respecto a la prestación de las actividades municipales.

Las actividades municipales derivadas del servicio público requirieron la intervención del Gobierno nacional. Por ello, se expidió la Ley 33 de 1960 del Congreso de la República, que disponía recursos del erario nacional para las obras del acueducto de Santa Marta. Esta misma situación se reflejó durante la segunda mitad del siglo XX en diversas ciudades y municipios del país. La misma suerte tuvieron los servicios de salud pública, ya que los entes territoriales no contaban con la capacidad para mantener este servicio

público. Por lo tanto, la Ley 88 de 1961 del Congreso de la República buscó la creación de un barco-hospital al servicio del Litoral del Pacífico, y la Ley 19 de 1965 del Congreso de la República contribuiría al mantenimiento y reparación del Hospital Universitario San Vicente de Paúl en Medellín, en el departamento de Antioquia.

El servicio de comunicación mediante correos nacionales, que también había sido municipalizado, requirió la intervención del Gobierno nacional debido a la incapacidad de los municipios. Esto se reflejó en la Ley 8 de 1964 del Congreso de la República, que estableció servicios postales para territorios rurales. En cambio, las actividades de interés nacional continuaron a cargo del Gobierno nacional. Por ello, las actividades de servicios portuarios de faros y boyas se encomendaron a la Armada Nacional mediante la Ley 3 de 1966 del Congreso de la República, como un servicio público monopolizado por el Estado. Lo mismo ocurrió con la radiodifusión, sobre la que se deben resaltar dos particularidades: la primera es que se hizo pública, entregándose a particulares, y la segunda es que también buscaba contribuir a la formación en valores de la nacionalidad colombiana, es decir, a la moral colombiana (Congreso de la República, Ley 74 de 1996).

La confusión colombiana respecto al servicio público se daría en la intromisión del Gobierno nacional en las actividades municipales y en la usurpación de actividades de particulares. Esto se puede apreciar en la Ley 45 de 1968 (Congreso de la República), que tenía por objeto la ampliación del acueducto y la pavimentación en el municipio de La Victoria, en el departamento de Caldas. También se destaca la Ley 80 de 1968 (Congreso de la República), mediante la cual se creó el Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales (SATENA), una aerolínea que aún presta sus servicios, especialmente a lugares remotos del territorio nacional. Finalmente, la Ley 86 de 1968 (Congreso de la República) pretendía declarar de conveniencia pública el desarrollo de obras públicas, el

mejoramiento del servicio de acueducto, la reforestación y el aprovechamiento de tierras, entre otras cosas, en el municipio de Salamina, en el departamento de Caldas.

Esta confusión respecto al servicio público tendría un antecedente llamativo. En primer lugar, el Decreto 550 de 1960 (Gobierno nacional) buscaba la descentralización de los servicios públicos hacia las autoridades locales, pero posteriormente sería reformado por el Decreto 1050 de 1968 (Gobierno nacional), que también buscaba la descentralización de los servicios públicos de la Rama Ejecutiva y concebía las funciones de delegación. Además, el Decreto 3130 de 1968 (Gobierno nacional) ejecutó la descentralización de servicios a partir de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, así como de sociedades de economía mixta.

Vale la pena recapitular la construcción del servicio público hasta ahora. La intención del legislador colombiano consistió en la participación híbrida de distintos actores: por un lado, el Gobierno nacional, encargado de las actuaciones propias del funcionamiento estatal, las grandes obras y la ejecución de actividades de interés nacional y funciones que los particulares no pudiesen prestar; y, por otro lado, los entes territoriales, que tenían a su cargo la prestación del servicio público. Sin embargo, este servicio fue escasamente satisfecho, lo que requirió constantemente la actuación del Gobierno nacional. Fue en este marco que se expidió la Ley 1ª de 1982 del Congreso de la República, que financió el servicio público de salud a través de las actividades de apuestas. Finalmente, el último actor fue el sector privado, que comenzó con el establecimiento de tarifas desde 1927, con la expedición de la Ley 98 de 1927 del Congreso de la República, hasta la privatización de las empresas de energía eléctrica mediante la Ley 11 de 1982 del Congreso de la República.

Este sería el panorama que recibiría el Constituyente en materia de servicios públicos: tres actores —Gobierno nacional, municipios y sector privado— y cuatro grandes

actividades que conforman el servicio público: la estatal, la municipal, la de interés nacional y la privada. Estas actividades no se pueden diferenciar unas de otras, sino en razón a la naturaleza de quién las prestaba, que era principalmente el Estado. Así, entra en juego la Constitución de 1991 (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 365), que conllevaría un nuevo vuelco, similar al referido en la Ley 19 de 1958, pero esta vez canalizado a los servicios públicos domiciliarios —prestados por los municipios— y no a la función estatal. El conocido artículo 365 del texto constitucional permitiría abiertamente la participación de particulares y mantendría al Estado la regulación, control y vigilancia de los mismos. Este precepto ha sido ampliamente aplicado por el profesor Hauriou, lo que denota la llegada tardía de la teoría francesa al ordenamiento jurídico colombiano.

Con base en lo anterior, se expidió la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República, que contenía lo relacionado con el régimen de servicios públicos domiciliarios, y la Ley 143 de 1994 del Congreso de la República, que establecería el régimen del servicio público de energía eléctrica. Inicialmente, la telefonía se encontraba en el marco de las leyes citadas; no obstante, fue excluida de ser considerada un servicio público mediante la Ley 1341 de 2009 del Congreso de la República. La última disposición relativa al servicio público objetivo fue el internet, que además tomó, legalmente, la connotación de esencial y universal, criterios que solo habían sido desarrollados vía jurisprudencia.

A diferencia de la Ley 142 de 1994, que recaía en las actividades municipales dentro del contexto objetivo, el ámbito subjetivo que contenía las actividades estatales, por el contrario, tendría su regulación en la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, que abordaba las disposiciones sobre el funcionamiento de entidades estatales que prestaran servicio público mediante la descentralización por servicios, como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las

empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, entre otras.

Nótese que, a partir de la Constitución de 1991, se enmarca la consecución del servicio público objetivo, mientras que los criterios previos denotaban una alta participación del servicio público subjetivo en materia legal. También se debe prestar atención a la delimitación del problema jurídico a resolver a partir de esta construcción legal respecto del servicio público, esto es, la demostración del amplio campo del servicio público, la precaria clasificación que se ha intentado plasmar y las consecuencias de la distinción entre el servicio público objetivo y subjetivo, así como el tratamiento que se les da a ambos.

iv. Conclusiones

Tal y como se formuló en el apartado de metodología, enfocado en un ejercicio de dogmática mediante el trabajo de escritorio mencionado y aplicando el método de análisis lógico y sistemático de doctrina, ley y jurisprudencia, se responde a las preguntas: *¿Qué es el servicio público subjetivo?* y *¿Cuál ha sido su genealogía en Colombia?* Esto permite avanzar hacia el primer objetivo específico, que consiste en analizar el servicio público subjetivo en Colombia desde un aspecto genealógico, abordando aspectos teóricos sobre la crisis del servicio público y el abandono de su regulación en el contexto colombiano.

A lo largo de estos apartados se ha podido apreciar que la doctrina, la jurisprudencia y la ley han construido el concepto de servicio público y han delimitado una clasificación inicial desde las perspectivas subjetiva y objetiva. En relación con la primera perspectiva, es importante destacar las actividades que realiza el Estado para satisfacer el interés general, mientras que la segunda perspectiva se enfoca en las actividades de mercado que satisfacen el interés general. Entre estas dos perspectivas encontramos a dos autores

fundamentales: León Duguit, quien se asocia con la perspectiva subjetiva y Maurice Hauriou, quien se relaciona con la perspectiva objetiva. Ambos comprenden el servicio público como la satisfacción del interés general, pero se diferencian en la forma en que debe lograrse. Duguit lo entiende como actividades a cargo del Estado, mientras que Hauriou lo concibe como actividades industriales en las que el Estado debe regular y ejercer funciones de policía.

Es importante señalar que el Estado colombiano ha tenido un énfasis en la óptica objetiva, particularmente en lo relacionado con la regulación del mercado, tal como ocurre en los servicios públicos domiciliarios, que son la mayor muestra de la satisfacción del interés general. Sin embargo, el abandono de la óptica subjetiva se evidencia en la ausencia de objetivación de dicha clasificación. Es decir, la óptica objetiva, por su naturaleza industrial y comercial, ha tenido un avance significativo, ya que permite observar la regulación, así como la vigilancia, inspección y control de estas actividades (funciones policivas). En contraste, la óptica subjetiva, por su naturaleza estatal, ha sido relegada meramente al marco legal de la actividad individual de cada servidor público, sin considerar las actividades que estos desarrollan en el marco de la prestación del servicio público.

Asimismo, el servicio público objetivo se caracteriza por ser la conceptualización realizada por Maurice Hauriou en relación con las actividades de regulación y de policía que ejerce el Estado para satisfacer el interés general, particularmente de aquellas actividades que prestan particulares o el mismo Estado en competencia con estos. Esta satisfacción del interés general debe cumplir con dos criterios: (i) estándares mínimos de prestación, donde la calidad juega un papel significativo en el marco prestacional; y (ii) fijación del marco tarifario, de modo que el costo de la prestación del servicio esté delimitado. Esto significa que el servicio público subjetivo, entendido como las

actividades que realiza el Estado para satisfacer el interés general, también debe ser objeto de regulación y policía para asegurar estos mismos estándares mínimos de prestación y la fijación del marco de costo de dicha prestación del servicio público.

Al hacer esta breve conclusión y entender cómo el concepto de servicio público y su respectiva clasificación elemental han permeado el ordenamiento jurídico colombiano, se puede reflexionar acerca de cómo las actividades que buscan satisfacer el interés general y que están a cargo del Estado pueden ser objeto de regulación y de funciones policivas, independientemente de que estas se encuentren bajo la responsabilidad del Estado. Esto permite comprender que es necesario romper con la hegemonía estatal y su relación con el servicio público. Así pues, todas las actividades que contribuyan a la satisfacción del interés general, independientemente de quién las realice o que éstas sean actividades industriales y comerciales, deben ser objeto de regulación y del ejercicio de funciones policivas. Por lo tanto, la respuesta al problema jurídico delimitado en la introducción no es un asunto menor, habida cuenta que las funciones reguladoras y policivas también deben recaer sobre el servicio público subjetivo.

Es claro, entonces, que el servicio público subjetivo, al igual que el objetivo, debe ser objeto de regulación y vigilancia, ya que esto garantizará una prestación eficaz del servicio público y fijará un modelo económico en la prestación del servicio público en cabeza del Estado. Esto permite que las actividades de interés general sean satisfechas reguladamente y no a merced de la voluntad del Estado.

Ahora bien, dentro del marco doctrinal, jurisprudencial y legal, se ha evidenciado una insuficiente clasificación y parametrización respecto a lo que se debe entender por servicio público, lo cual ha generado una constante lucha de saberes inoperantes sobre lo que se debe concebir o no como servicio público.

CAPÍTULO II

LA NOCIÓN ACTUAL DEL SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO EN COLOMBIA

“La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional”

-Eduardo García de Enterría

Este capítulo expondrá las nociones básicas del servicio público subjetivo en Colombia y tendrá en cuenta algunas distinciones propias del servicio público en Europa, particularmente en Francia y España, como puntos análogos en correlación con el ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, se abordará de forma crítica la noción del servicio público subjetivo en Colombia, razón por la cual se utilizará una metodología de dogmática crítica, sin embargo, se utilizarán tres métodos de investigación que se entrelazarán: análisis lógico, análisis ideológico y análisis del lenguaje, con el fin de entender la noción actual de dicho concepto bajo una revisión crítica. Eventualmente, este capítulo incluirá un trabajo de escritorio donde se revisarán tanto fuentes primarias como secundarias que fecundan la noción más próxima al concepto de servicio público en Colombia.

En este punto, y teniendo claridad sobre el aspecto metodológico, se propondrá al lector la siguiente subpregunta de investigación: *¿cuál es la noción actual del servicio público subjetivo en Colombia?* Resuelta esta pregunta, se concretará que el segundo objetivo específico se fundamenta en lograr una aproximación conceptual a la noción del

servicio público y su aplicación en Colombia, con el fin de plantear un aspecto crítico sobre dicha noción.

Así las cosas, el servicio público subjetivo en Colombia ha existido desde antaño; no obstante, la noción ha resultado ser utilizada de forma promiscua para la justificación de cualquier fin, sin que se establezca una delimitación contundente y precisa respecto a su uso. Por esta razón, es menester abordar su noción a través del análisis lógico, ideológico y del lenguaje para entender su aproximación y, posteriormente, abordar su aplicación.

Dicho esto, se entenderá que el concepto de servicio público va mucho más allá del uso común y se sigue enmarcando en la esencia propia del derecho administrativo, siendo una construcción teórica que se ha desarrollado durante los siglos XIX y XX, y con una óptica un tanto difusa en el siglo XXI, situación que será abordada a lo largo de este escrito de forma crítica.

i. El servicio público subjetivo como resultado de un tejido teórico

Este título tendrá como método de investigación un análisis lógico, el cual resulta necesario para observar la interrelación de la construcción teórica del servicio público subjetivo en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de diversos elementos conceptuales que son relevantes para la investigación. Se presenta como una puesta en escena de diversos ambientes teóricos, por lo que se constituye en un capítulo fundamental para la delimitación conceptual básica de la finalidad del derecho administrativo, y sirve como un buen punto de partida para tejer el conocimiento de un lector interesado en el derecho administrativo y en el entendimiento del concepto de servicio público en sentido amplio y sus diversas mutaciones.

El primer argumento lógico a considerar deriva de una construcción teórica que aborda la concepción del Estado. Por lo tanto, se deberá hacer una breve matización histórica y observar el rol de la administración o gobierno en consonancia con su

influencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, el punto de partida serán los acontecimientos posteriores a la Revolución Francesa de 1789 y el papel de la libertad, la cual tendrá dos visiones: una política y otra religiosa (Roger, 1949). Como antesala, resulta oportuno señalar al lector que en 1792 se consolida la primera República Francesa, cimentada en la libertad, igualdad y fraternidad, que hace hincapié en el posicionamiento de la burguesía en el establecimiento de un régimen político ajeno a la monarquía y a la clase media, debido a las connotaciones económicas de la época (Pivert, 1945). En este contexto, se comulgarían las ideas políticas y religiosas³¹ para el establecimiento de un nuevo régimen moral y político. No obstante, esta república sería fugaz y solamente perduraría hasta 1815³². Posteriormente, se establecería la segunda República Francesa en 1848, la cual contendría el sentimiento del antropocentrismo³³ mucho más arraigado y la búsqueda constante de la igualdad como principio fundacional³⁴.

³¹ Sobre este aspecto, se identifican que la religión y la política jugaron un papel preponderante en el establecimiento de la revolución francesa, por un lado, la religión trato de establecer los fines de fraternidad, solidaridad o beneficencia y por el otro la política -en su mayoría burguesa- estableció los fines liberales y allí comulgaron sobre una misma esencia "*El culto a la razón, el culto al ser supremo, la Teoflantropía o el culto decadario*" (Mathiez, 2012).

³² Al respecto, es prudente señalar que la primera república francesa fue suspendida en 1799 con la toma del poder por parte de Napoleón Bonaparte como medida para controlar la inestabilidad política y social que enfrentaba el Directorio -cuerpo legislativo de la época- y así evitar el ascenso de la monarquía en cabeza de los jacobinos como muestra de la ilegitimidad social, cuestión que a la postre sería insuficiente pues ascendería al poder Luis Felipe -celebre por inmolarse como muestra revolucionaria y ejemplo del romanticismo- (Prince, 2016).

³³ La revolución "política" de 1789 con sus ideas aspiracionales liberales, el cambio de régimen monárquico al republicano con el establecimiento del imperio napoleónico y posteriormente el restablecimiento de la monarquía para ser derrocada en 1848, permitiría entender el tránsito de una era a otra, la ilustración había transitado al romanticismo en aquella Francia y el sentimiento social no estaría dado a un monarca o a una sociedad sino al establecimiento propio del ciudadano (Gabaudan, 1979).

³⁴ Resulta relevante leer el escrito "Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850" planteadas por Carl Marx, ya que permiten observar de forma crítica las causas de las luchas sociales que se empezaron a dar en Francia con ocasión a la desigualdad económica y la necesidad de homogenizar el modelo económico, allí se encuentran dos causas mundiales: (i) la plaga de la patata y las malas cosechas de 1845 y 1846; y (ii) la crisis general del comercio y la industria en Inglaterra. Estas situaciones generarían que la clase media -obreros- plantearan una nueva forma de establecimiento del régimen económico en donde tuvieran un papel preponderante y desplazaran la burguesía del poder económico o de la primacía de sus intereses sobre los de la colectividad francesa (Marx, 1979).

Así las cosas, el primer argumento lógico girará en torno al ejercicio del poder, que tendrá como finalidad la primacía de la seguridad y la felicidad de los ciudadanos (Macarel, 1843), la cual se satisfará desde el seno del gobierno³⁵, tras despojar de dicho deber al monarca o su soberanía, como un criterio objetivo claramente definido para la garantía del derecho natural. En este interregno, tomará relevancia la ciencia de la administración pública propuesta por Charles Jean Bonnin, una concepción teórica previa a la segunda República Francesa, donde se propondrá el papel esencial del gobierno con una inagotable lucidez, ya que este tendrá como finalidad la prevalencia del interés público (Bonnin, 2004, p. 217)³⁶, lo que, a la postre, conllevaría a la evolución de la seguridad y la felicidad como deberes del Estado, consolidando las doctrinas sociales como principios fundacionales³⁷.

³⁵ Es considerablemente relevante llamar la atención en que la seguridad será un concepto que proviene inicialmente de Hobbes en el marco del protectorado de Oliver Cromwell como una antítesis jurídica, no obstante la evolución jurídica primaria por la seguridad en la fuerza pública -poderío militar o autoconservación-, la hacienda pública -recaudo y gasto público- y la policía -policía civil, criminal, militar, religiosa y económica- (Macarel, 1843); sin embargo, la felicidad como finalidad estatal correspondería a Maquiavelo, quien se adentrará a estudiar las necesidades que deberá satisfacer el príncipe con sus súbditos -este elemento ha de considerarse por la homogenización de dos clases el monarca y el súbdito superando la idea esclavista y partiendo de un precepto de igualdad entre súbditos- (Maquiavelo, 2008).

³⁶ Charles Jean Bonnin es el padre de la ciencia de la administración pública y fundador esencial de la administración, es por ello que el Derecho Administrativo se fundará sobre las bases del Derecho Público, pues el segundo ha sido entendido como el ejercicio de la soberanía a partir de todas las instituciones estatales, mientras que el primero denota las actividades de la Administración. Esta breve pero importante diferenciación, permitirá entender el punto de partida del de la ciencia de la administración el cual no es otro que la satisfacción del interés público a partir del procedimiento administrativo es por ello que fundamenta su teoría a partir de la necesidad de un código administrativo. Sobre este aspecto, resultará pertinente plantear que el interés público lo aproxima así: *“Pero existen otras maneras más amplias de considerar al hombre en sociedad, y son esas maneras de pensar en él, las que constituyen la materia propia y particular del Código administrativo, que estatuye sobre cosas de interés público y sobre las relaciones de cada uno con todos. Esas relaciones no son más que los intereses privados mismos, de los que se compone el interés público. Pero no hay que confundirlos con los que forman las leyes políticas, las leyes penales, o aquellas sobre las finanzas, que estatuyen también sobre asuntos de interés público, pero en otro orden, pues en esas leyes es el interés público considerado él mismo respecto del Estado, y no en la relación del individuo con el Estado”* (Bonnin, 2004).

³⁷ Otro de los elementos resaltables de Charles Jean Bonnin, se fundamenta en las obligaciones tanto civiles como estatales ya que faculta a partir de la libertad una cesión natural de derechos para la vida en sociedad y relaciona la importancia *“Le Droit de pétition”* entendido como el medio idóneo para el control a la autoridad del Estado y las garantías sociales como libertad pública siendo la Ley la que ejercitaría el actuar del mismo gobierno (Bonnin, 1820). Así mismo concibe las doctrinas sociales como principios universales que fueron obtenidos desde el estado natural del mismo hombre a lo largo de la consolidación social.

Asimismo, se generaría como criterio subjetivo la aproximación sociológica de Comte, quien también fue contemporáneo a la segunda República Francesa, desarrollando el positivismo de los valores sociales (Comte, 1848), los cuales se concebirán como elementos objetivos de la espiritualidad, es decir, la moral social que acarrearía el sentimiento de fraternidad o solidaridad.

En este primer argumento lógico se aprecia la mutación del control del poder o soberanía, que pasa de la relación monarca-súbditos a una ficción jurídica derivada de la libertad civil, la cual concibe una relación ciudadanos-Estado, siendo este último dividido en tres poderes. Este último tendrá como finalidad buscar el interés público de la sociedad a partir de uno de estos poderes, denominado ejecutivo, y más particularmente el gobierno, por su relación con la ciencia de la administración pública; esta teoría influiría en el ordenamiento jurídico colombiano. En este punto, se evidencia un tímido derecho constitucional³⁸ apenas naciente, el cual solamente era enunciado en los libros de derecho público de la época como una frontera del plan de acción de la ciencia de la administración.

El segundo argumento lógico se aborda a partir de la construcción teórica de la administración, concebida como un medio para lograr el fin del interés público en la relación ciudadano-Estado, manteniendo la breve matización histórica y la influencia que tendría en el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, el breve contexto histórico en el que se fundamentará el planteamiento se articula en varios puntos. El primero denota la vida fugaz de la segunda República Francesa, que perduraría hasta 1852, tratada en

³⁸ El Derecho Constitucional como institución jurídica tendría paso al estudiarse los tipos de Estado, por ello Robert von Mohl en la doctrina del Derecho público en 1829, en su obra *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, doctrina que sería precisamente estudiada y utilizada por profesores como León Duguit; mientras que el Estado Social de Derecho solamente sería concebido a partir de los conceptos jurídicos de Herman Heller en 1930. (Villar Borda, 2007) Con la delimitación del Estado de Derecho se puede hablar propiamente de la institución del Derecho Constitucional, aclarando que la falta de conceptualización no implica su desconocimiento en principios difusos.

párrafos anteriores; el segundo se refiere al movimiento de romanticismo de la época, entendido como la positivización de los valores revolucionarios franceses; el tercero será el establecimiento y caída del segundo Imperio Francés, que operaría entre 1852 y 1870 -con ocasión de la guerra franco-prusiana (González Martín, 2020); y el cuarto se matizará al erigir la tercera República Francesa entre 1870 y 1940, finalizando por la Segunda Guerra Mundial.

Durante las primeras y segundas repúblicas francesas se dieron grandes avances iusfilosóficos. Es por ello que los profundos cimientos teóricos de Bonnin y Comte respecto de la relación ciudadano-Estado traerían consigo una clara influencia para la tercera República Francesa, pero esta vez desde un avance ius-sociológico, una ciencia naciente para la época, y un cambio de apreciación respecto al papel que jugaría el derecho, pues sería un instrumento para la satisfacción del interés público a través de las actividades de gobierno. Esto variaría la concepción del derecho administrativo, interpretando que *“administrative law is essentially a symptom of the shift from mechanical to organic solidarity”* (Stone, 1934), es decir, un proceso de variación de la libertad del individuo en la represión social, pasando de la libertad social a la libertad individual (civil).

Emile Durkheim, considerado el padre de la sociología³⁹ e inspirado en Comte (Stone, 1934), plantea elementos relevantes para este segundo argumento lógico, uno de estos será la concepción de Estado, la cual concibe como una sociedad organizada. En este mismo sentido, el papel del derecho y de la moral resultan ser una garantía del

³⁹ Emile Durkheim junto a Carl Marx y Max Weber serán los padres de la sociología moderna, no obstante, el primero se alejará de la visión ideológica de los dos últimos, en particular con el socialismo ideológico. Elaborará obras como *“Las reglas sobre el método sociológico”* y *“Pragmatismo y Sociología”* que serán lecturas clásicas para el entendimiento de la ciencia sociológica. Sin embargo, interesará para el presente escrito las obras relacionadas con el pronunciamiento filosófico respecto de la esencia del Estado, la sociedad organizada y la solidaridad entre otros.

equilibrio de dicha sociedad organizada, lo que se traduce en la libertad civil. Además, Durkheim relaciona la solidaridad⁴⁰ como un elemento esencial para la concepción del ser humano en sociedad (Durkheim, 1886), entendida como consecuencia de una construcción moral.

Asimismo, se tiene en cuenta la interpretación que Durkheim hace del Contrato Social de Rousseau, particularmente en el análisis individualista —como estado de naturaleza— y socialista —como el ser humano en sociedad, sin aludir a una corriente ideológica (Durkheim, 1918)—. En este contexto, la sociedad, en su conjunto, tiene como fin a sí misma, a partir del interés público. Para ello, Durkheim se apropia del concepto de propiedad social y de democracia, entendiendo la sociedad como un mismo fin y la democracia como una misma participación en la vida política, que representa el interés de quienes deciden su rumbo (Durkheim, 1885).

Así las cosas, el tercer y último argumento lógico se fundamenta en la forma en que prevalece el interés público, aplicándose nociones que influyen en el ordenamiento

⁴⁰ Al respecto de la solidaridad, la concibe como una obligación estatal para la búsqueda continua de la felicidad y el interés público -una consciencia moral propia del ciudadano para consigo y sus pares-; esta debe tener un precepto absolutamente liberal y la obligación social conlleva sobre aquellos hombres que por alguna razón tuviesen una desgracia en la cual el deber social será su ayuda, no obstante, como la sociedad primitiva no se enmarca en el individualismo, se deberá acudir al Estado como prueba de una sociedad organizada. Concebida la solidaridad como un sistema colectivo de ayuda necesaria exclusivamente, se aleja particularmente del socialismo -de Marx y Weber- como vertiente ideológica, ya que plantea un equilibrio a partir la economía política en donde el Estado operaría como empresa tendría la capacidad suficiente para mantener un orden en toda la sociedad y su finalidad será la felicidad y el interés público de la misma sociedad a partir de la solidaridad sin hacer un abuso de los recursos públicos; la crítica propuesta al socialismo es precisamente lo contrario, se buscarían fines individuales y no sociales al primar intereses particulares a costo económico de la sociedad (Durkheim, 1886) como aspecto filosófico, además de hacer una crítica directa a la formación de las teorías socialistas basadas en el estudio de la sociedad inglesa, la distribución de la sociedad en dos clases exclusivamente -proletariado y burgués-, y en la posibilidad de la libertad de empresa que permitiría la redistribución de la riqueza en cualquier persona, al respecto Durkheim indica: *“Le socialisme, s’il est conséquent avec lui-même, doit donc aboutir à cette conclusion que la division du travail, elle aussi, est destinée à disparaître ; ce qui revient à s’insurger contre l’histoire. Du reste, en fait, la loi que l’esprit de classe se développe avec le capitalisme, il s’affaiblit à mesure que la vie économique s’organise sur la base de l’entreprise privée. Les progrès de la bourgeoisie sont contemporains de ceux de la science et du libre examen. Tout concourt donc à prouver que les sociétés s’orientent dans un sens très différent de celui que leur assignent les socialistes”* (Durkheim, 1897).

jurídico colombiano. Para ello, se consideran dos puntos esenciales: el primero se matiza en la continuación de la construcción filosófica de Comte y Durkheim, y el segundo en las ideas sociales de León Duguit, quien siembra las bases esenciales de la teoría del servicio público subjetivo como una actividad prestacional en cabeza del Estado, aplicándose a su vez un criterio material —la prestación del servicio público—. Es oportuno señalar que este parte por proponer un cambio en la noción clásica de soberanía y, por ende, sugiere que la soberanía del derecho público pasa a ser la soberanía del servicio público como una actividad final de la esencia del Estado (Duguit, 2006). No es el objetivo de este texto abordar en profundidad el debate teórico entre Maurice Hauriou y León Duguit respecto al servicio público⁴¹, que se centra en la soberanía, sino tomar notas considerables que delimitan el concepto del mismo.

⁴¹ La crítica que realiza directamente Duguit a Hauriou se denota en la interpretación del concepto de soberanía y en la transformación del mismo e influencia sobre el derecho público, razón por la cual las siguientes líneas dan un resumen exquisito del debate planteado: *“Toda organización social de un país, escribe M. Hauriou, tanto económica como política, puede reducirse a un conjunto de situaciones establecidas, mantenidas por un poder de nominación... el poder de dominación tiene como función propia la de crear y proteger las situaciones establecidas. Con harta frecuencia se considera el poder bajo la forma simplificada del mando y de la coacción, sin preocuparse de su función. El poder tiene sin duda su función propia, que es la de crear el orden, la estabilidad... Esta función la cumple mejor o peor; pero cuando la cumple correctamente, es legítima’ Bastan estas citas para comprender lo que hay de esencial en la obra de M. Hauriou. El poder soberano no es para el sabio publicista el elemento esencial del derecho público. La personalidad del Estado tiene un dominio muy limitado, que se reduce al comercio jurídico. El poder de dominación persiste siempre; pero no en un derecho subjetivo de que el Estado como persona jurídica sería titular: es ante todo una función social. Esta función social es, en el fondo, el servicio público; y así M Hauriou se halla muy cerca de reconocer que el servicio público es el única y verdadero fundamento del sistema moderno (...) el poder público existe indudablemente; pero según el autor, no hay ningún sujeto de derecho que sea titular. ‘Los actos de autoridad realizados por las administraciones, dice, no implican la existencia de una persona jurídica en cuyo nombre se realicen... la idea de personalidad no es indispensable sino cuando se trata de representar al Estado como sujeto de derechos. Únicamente las personas tienen derechos. Es un gran error ver en el uso del poder un ejercicio de derechos. Los funcionarios que mandan no ejercen los derechos del soberano, ejercen funciones cuyo conjunto, si se quiere, sustituye el poder soberano’ No queremos saber si M. Berthelemy es lógico consigo mismo cuando, después de haber dicho que lo que se llama comúnmente el poder o la soberanía es una pura función de los órganos que constituyen el Estado, distingue las funciones de autoridad y las funciones de gestión, ni reanudar las dilatadas controversias un momento suscitadas por esta distinción. Pero importa señalar que M. Berthelemy, como M. Hauriou, ve esencialmente lo que se llama el poder soberano una función y no un derecho subjetivo de mando, y que además llega a eliminar del derecho público la noción de derecho subjetivo de poder y a darle por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes” (Duguit, 2006).*

La principal diferencia entre Hauriou y Duguit se fundamenta en la interpretación de la noción de soberanía, pues el primero la entiende a merced del poder de policía como una prerrogativa propia del Estado, mientras que el segundo la considera como el servicio público (Duguit, 1924, p. 204). Ahora bien, este mismo autor propone que la finalidad del Estado es la prestación de servicios públicos, en contraste con la solidaridad, que es un factor de unión moral entre la sociedad civil. Aunque parte de un supuesto objetivo por la necesidad social, esta se presenta como un tipo jurídico indeterminado, por lo que dependerá de cada necesidad social para delimitar la existencia o no de un servicio público. Sin embargo, Duguit esboza tres servicios esenciales: seguridad para la guerra, policía y justicia⁴².

En este mismo sentido, se podría plantear la idea de servicio público internacional cuando así lo determinen los Estados, y la sociedad-nación tendrá un enfoque globalizado, y el servicio público internacional mantendrá su visión en la garantía de las necesidades básicas de las sociedades internacionales, como un concepto más evolucionado de la noción de soberanía, en el que prima el interés individual sobre el colectivo nacional (Duguit, 1927, p. 725).

Por otro lado, la segunda vertiente, no menos importante que la primera, será la de Maurice Hauriou, quien inicia el debate sobre la naturaleza jurídica del poder⁴³ y

⁴² Así el autor realiza unas consideraciones bastante particulares que se pueden observar a continuación: *“El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. (...) El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos. (...) el derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”* (Duguit, 2006).

⁴³ Así pues, en el libro de Principios de Derecho Público y Constitucional lo definirá así: *“El poder es una libre energía, que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho”* (Hauriou, 2003). Así en párrafos posteriores desarrolla tres ideas de este concepto que se deberán abordar de forma crítica (i) el poder como una libre energía, entendiendo que la libertad de la sociedad es la que concede el poder, allí ya se reconocen los preceptos

mantiene la visión clásica de soberanía propuesta por Comte. Sin embargo, en el concepto de servicio público prevalecerá la idea fundacional sobre la separación del poder político y el poder económico. Se entiende que el primero “*consiste en el gobierno directo de los hombres, bajo la amenaza de sanciones penales*” (Hauriou, 2003, p. 177), lo que es semejante a la limitación de la libertad civil, mientras que el segundo se define como “*el gobierno indirecto de los hombres por la posesión o la administración de las cosas que necesitan para su subsistencia*” (Hauriou, 2003)⁴⁴.

Sobre este segundo concepto, se deben considerar dos consecuencias. La primera se deriva de la libertad de los individuos frente a la actividad económica, y la segunda se consolida a partir de la facultad que tiene el Estado para intervenir en la economía únicamente para el cumplimiento de los fines de policía. Al respecto, Hauriou lo define así: “*(...) hay que atenerse a una intervención del Estado, que no sea sino una intervención política motivada por fines de policía, y que no tenga tal naturaleza que transforme el Estado-poder público en una colectividad económica*” (2003, p. 181).

Habiéndose realizado esta antesala constitucional sobre la forma en que Hauriou aborda la relación del poder frente a las actividades económicas, es pertinente observar

del hombre revolucionario francés claramente delimitados y enfocados en que en colectivo solamente dotarán a quien ellos mismos consideren como una noción de voluntad e inteligencia; (ii) el poder asume la empresa del gobierno, entiende entonces que la forma de interrelacionar el poder hacia los ciudadanos es mediante el gobierno -retomando los preceptos de Bonnin respecto el modelo constitutivo de la ciencia de la administración- pero le asigna la cualidad empresarial, como un modelo de economía que el pretende entregar a sus socios los réditos de su asociación; y (iii) el poder gobierna la creación continua del orden y del derecho, entendiendo que el derecho mismo se debe entender como la forma de interrelación entre la sociedad y el gobierno, el derecho será entonces el marco de acción racional aplicable tanto para el gobierno como para la sociedad civil. Así mismo, resulta relevante entender también el concepto de poder del Estado el cual es limitado a un poder político, temporal y civil, distinto del poder del derecho, que será un medio en el cual se puede coaccionar el mismo poder, estableciendo una relación de derecho-poder o poder-derecho, siendo necesarias ambas como ideas políticas que se nutren mutuamente, siendo esta una de las críticas que realiza Hauriou a Duguit y a Jéze en la escuela objetiva, pues esta escuela consideran el derecho por encima del poder (Hauriou, 2003, p. 307).

⁴⁴ Sobre esta conceptualización se aproxima a la interpretación de los servicios públicos industriales y comerciales, entendiéndolo como una figura de separación económica necesaria para la subsistencia de la propia sociedad, en la cual el papel del Estado no será otro que la de primar la garantía de las necesidades, podría ser este el origen de la regulación que se abordará en páginas más adelante.

de forma directa los servicios públicos y, posteriormente, estudiar su relación con la policía administrativa o autoridad a través de la vigilancia. Para ello, Hauriou define los servicios públicos como *“una organización creada por una persona administrativa con miras a satisfacer una necesidad colectiva (...) Es hacia el servicio público que todo converge en la administración y el derecho administrativo, porque es la razón de la existencia misma de las personas administrativas”*⁴⁵ (Hauriou, 1892, p. 150). Así, el servicio público se fundamenta en tres elementos necesarios para su prestación: (i) recursos materiales⁴⁶; (ii) empleados públicos⁴⁷; y (iii) normas administrativas para el personal⁴⁸. Esto permitirá entender el concepto amplísimo del servicio público y su relevancia en el ordenamiento jurídico.

⁴⁵ El texto original plantea el siguiente concepto: *“Un service public est une organisation créée par une personne administrative en vue de la satisfaction d'un besoin collectif”* (Hauriou, 1892).

⁴⁶ Se deberá entender la influencia en el ordenamiento jurídico colombiano con recursos materiales entendidos como bienes públicos y su respectiva clasificación, para esto se recomienda la lectura del profesor Julián Andrés Pimiento Echeverry, quien ha estudiado su naturaleza jurídica y su clasificación en el seno de la Universidad Externado de Colombia.

⁴⁷ De esta teoría de servicios públicos de Maurice Hauriou es de donde a la postre se incursionará servidores públicos todo el concepto de servidor público -en sentido amplio- o funcionario público -en sentido estricto- que matizará la construcción colectiva. Esta noción es ampliamente aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano particularmente en la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de los servidores públicos en sentido amplio, así pues, se concibe en múltiples normativas como lo son el Artículo 5° del Decreto 3135 que establece: *“Artículo 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”* (Gobierno Nacional, Decreto 3135), así como sucede con los Decreto 1848 de 1969 del Gobierno nacional, el Decreto 1950 de 1973 del Gobierno nacional y en la reciente Ley 909 de 2004 del Congreso de la República.

⁴⁸ Este podría ser el elemento más importante de esta aproximación a la importancia del servicio público, ya que no solamente se desarrollará lo concerniente a los actos administrativos de gestión y de autoridad, sino que estos a su vez implican un matiz de responsabilidad en la ejecución de la Administración y allí se encontrará la esencia de la falla en la prestación del servicio (público) como teoría de la responsabilidad subjetiva del Estado, entendida como una obligación de prestar el servicio público que ha fallado por culpa de la administración, cuestión que no resulta mínima y mucho más en lo relacionado a los fallos de responsabilidad del Estado que se desarrollarán en Francia sobre este mismo punto y los diversos títulos de imputación que a la postre tendrán incidencia en la aplicación teórica de este mismo supuesto, situación que se desarrollará a lo largo del escrito.

Se establece que la finalidad de la administración es el buen funcionamiento de los servicios públicos⁴⁹; por ello, se adentra en el estudio de los actos de administración y se propone su clasificación en dos tipos: (i) actos de autoridad, que no confieren derechos adquiridos al administrado e imponen la voluntad de la administración, y (ii) actos de gestión, que confieren derechos adquiridos y conceden una obligación en favor del administrado a merced de su voluntad (Hauriou, 1893, p. 188). Así las cosas, será regido por los actos de autoridad cuando su prestación derive de la intervención de un particular o del control de tutela del Estado (departamentos o municipios). Por otro lado, será de gestión cuando el mismo Estado lo preste para la satisfacción del interés general, y es allí donde se matiza la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio público (Hauriou, 1899). No se debe hacer una lectura rápida de este precepto sin que se llame la atención a que la relevancia de la naturaleza jurídica de los actos de gestión es asimilable a la prestación directa del servicio público en cabeza del Estado, noción que entrará en crisis.

Con lucidez, Hauriou se adelanta a las conclusiones de este tercer argumento y entrelaza el derecho positivo subordinado al derecho natural, explicando la existencia de la soberanía como un elemento esencial del poder que juega a merced del interés general, no sin antes realizar una aproximación a la descentralización como la forma en que el Estado garantiza el interés general de todos los administrados, haciendo énfasis en un aspecto democrático, a través de los servicios públicos, que pueden ser prestados por privados -(actividades industriales y comerciales) o por el mismo Estado (actuación administrativa de gestión) (Hauriou, 1917).

⁴⁹ La cita textual que refiere Hauriou es la siguiente: “*Mais si en droit administratif on ne doit jamais perdre de vue que le bon fonctionnement des services publics est l'objectif final, on ne doit pas oublier non plus que ce fonctionnement est le résultat indirect de l'exercice de leurs droits fait par les personnes administratives, et que l'objectif immédiat ce sont ces droits*” (Hauriou, 1893, p. 175)

Así las cosas, la construcción del servicio público subjetivo denota un matiz abiertamente teórico que nace de supuestos históricos de relevancia. A pesar de esto, se puede evidenciar que los tres argumentos teóricos responden al planteamiento del servicio público subjetivo, entendido en el primer argumento como un “*qué*”, haciendo alusión a la noción de soberanía-poder; el segundo argumento responde a un “*quién*”, refiriéndose a la noción de gobierno o administración; y finalmente, el tercer argumento responde a dos premisas del “*cómo*”. La primera se identifica como todas las actividades que tiendan a garantizar la satisfacción del interés general —encontrándose allí la visión de Duguit— donde el Estado deberá prestarlas directamente. La segunda premisa, de Maurice Hauriou, supone que el fin de la administración es la satisfacción del interés general a partir de actos de administración de autoridad (policía) o de gestión (prestación).

Así las cosas, no habrá espacio para desarrollar más argumentos teóricos dentro del método lógico en la consolidación del servicio público subjetivo, ya que la evolución conceptual derivará en el Estado social con una administración prestacional que conllevaría a un Estado prestacional (Darnaculleta Gardella *et al.*, 2020). Esta teoría sería ampliamente observada durante la Segunda Guerra Mundial, pero dicha evolución será analizada en el método ideológico en líneas posteriores.

ii. El mito de la “huida” del derecho administrativo

En este título se realizará un análisis ideológico en torno a la construcción del servicio público en Colombia. La construcción ius-filosófica del servicio público en su traspolación al ordenamiento jurídico colombiano, se ha dado a partir de varias posturas, algunas casi irrefutables —como es el caso de la jurisprudencia y la ley vistas previamente— y otras derivadas de la construcción teórica (doctrina interpretativa). Resulta oportuno proponer tres etapas de desarrollo del concepto de servicio público: (i)

conceptualización jurisprudencial: primera edad de oro; (ii) crisis del concepto; y iii) segunda edad de oro.

i) Conceptualización jurisprudencial: primera edad de oro

La primera etapa implica una aproximación al nacimiento del servicio público, el cual se dio en 1873 en Francia con el *Arrêt Blanco*⁵⁰, derivado de un fallo del Tribunal de Conflictos que daría origen a la teoría de *responsabilidad del Estado* y de la *función administrativa* para la delimitación de criterios de la actuación estatal. Esta sentencia vendría acompañada de otros pronunciamientos judiciales, como lo son el *Arrêt Cadot* en 1889⁵¹ y el *Arrêt Terrier*⁵² en 1903. Los tres precedentes jurisprudenciales se entenderían como la consolidación de la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, también serían un eje esencial para la fundamentación del servicio público como criterio fundacional del derecho administrativo en su denominada edad de oro (Morand-Devellier, 2017, p. 493). Esta posición jurisprudencial sería aprovechada por León Duguit para sustentar su teoría del servicio público como eje esencial del Estado y, particularmente, de la administración (Duguit, 1908).

⁵⁰ Este caso se fundamentó en la responsabilidad del Departamento de Gironda con el señor Blanco, quien alegaba los daños y perjuicios causados por los funcionarios que operaban una vagoneta de una fábrica de tabacos gestionada por el Estado al atropellar y herir a su hija. Aquí se desarrollan los fundamentos jurídicos de responsabilidad del estado por gestión pública y gestión privada distanciados de la función administrativa (Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 27).

⁵¹ Este caso se supedita en la responsabilidad de la ciudad de Marsella con el Señor Cadot, quien alegaba los daños y perjuicios porque la ciudad de Marsella suprimió el puesto de ingeniero-director de la red viaria y de aguas de la ciudad. Aquí se desarrolla los preceptos de función administrativa (Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 73).

⁵² Este caso se supedita a la responsabilidad de un consejo departamental con el señor Terrier, quien alegaba incumplimiento del pago por la caza de serpientes ya que dicho consejo promovió una remuneración a quien acreditara la caza de una serpiente. Aquí se desarrollan los preceptos de actos de gestión y actos de autoridad y puntualiza lo siguiente: *“todo aquello que tenga que ver con la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya sean estos generales o locales..., constituye una operación administrativa y pertenece, por su propia naturaleza, al ámbito de la jurisdicción administrativa... Todas las acciones en las que estén implicados a la vez personas públicas y terceros, o exclusivamente personas públicas, y que tengan como fundamento la ejecución, falta de ejecución o mala ejecución de un servicio público son competencia de la Administración”* (Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 110).

Se deben aclarar tres elementos del servicio público respecto a esta primera aproximación. El primer elemento a aclarar es que la influencia francesa en el ordenamiento jurídico colombiano es de antaño; sin embargo, no es la única fuente que la ha nutrido, pues también existieron influencias de Norteamérica y del derecho español (Malagón Pinzón, 2006).

El segundo elemento se refiere a que la responsabilidad del Estado como jurisdicción aterrizaría inicialmente en la Constitución Política de 1886, dejando al arbitrio del legislador la creación jurisdiccional del Consejo de Estado (Constitución Política de Colombia, 1886, arts. 141, 239)⁵³. Esta creación solo se materializó con el Acto Legislativo 1° de 1914 del Congreso de la República, donde, además de restablecer las funciones consultivas, le otorgó funciones jurisdiccionales en materia contencioso-administrativa, estableciendo así el Consejo de Estado, pero sujetándolo al principio de legalidad (Gordillo, 2013, p. 460)⁵⁴, para eventualmente ser estructurada su parte orgánica en la Ley 60 de 1914 del (Congreso de la República). Finalmente, el tercer elemento es

⁵³ El Constituyente de 1886, permitió que fuese a elección del Legislador la existencia del tribunal contencioso administrativo, pero manteniendo siempre las funciones consultivas del Gobierno, así se puede detallar en su artículo 141, numeral 3: “*Artículo 141. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 3. Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un Fiscal, que serán creados por la ley*” (Subrayas mías). Nótese como el término subrayado expresa la opción que tiene el Legislador de crear o no la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Constitución Política de Colombia de 1886, en Diario Oficial, Núm. 6758-6759. De 7 de agosto de 1886. Art. 141

⁵⁴ El profesor Agustín Gordillo expone a cabalidad al respecto del principio de legalidad lo siguiente: “*En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria. Como señala Hamson: ‘Tal reclamación, en esencia, no va contra la administración, sino contra el hecho de que un subordinado no dé cumplimiento a la verdadera política de la administración. Es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el Estado totalitario; la admite incluso un comandante militar. Más aún, esas formas de gobierno pueden alentar tal tipo de quejas, en cuanto proporcionan a la autoridad central un medio de controlar la conducta de sus subordinados y de evaluar y, por ende, mejorar la forma en que la política de la autoridad central, por despótica que sea, se lleve a cabo’*” (Gordillo, 2013, p. 460).

la influencia directa de León Duguit en la reforma constitucional de 1936 con el concepto de la función social de la propiedad (Mercado, 2015).

Ahora bien, la consolidación del servicio público como la piedra angular del derecho administrativo (Chevallier, 2018) tendría lugar en el ejercicio del Poder Ejecutivo mediante los actos de gobierno —político— y administración, siendo estos últimos el despliegue de la actividad prestacional del Estado⁵⁵, matizando así la suerte consecencial de la división de poderes, resultado de un Estado liberal de derecho (Díaz, 1963) e impregnando la segunda aproximación al servicio público. A partir de esta noción prestacional, el Estado de derecho iniciaría una mutación hacia un Estado de bienestar (liberal), que no fue ajena al ordenamiento jurídico colombiano, donde consolidaría el papel protagónico del Poder Ejecutivo para satisfacer las necesidades sociales mediante el servicio público. Esto, a la postre, posicionaría el derecho administrativo como lo refiere Capitant: *“El derecho administrativo tiene por objeto reglamentar el funcionamiento de los servicios públicos sobre el territorio y organizar la vigilancia...”* (Younes Moreno, 2023).

Finalmente, como tercera aproximación, deviene de una fuente más teórica y en búsqueda de un supuesto fáctico, se puede aducir a la armonización económica de la finalidad estatal, teniendo presente que la evolución hacia el Estado de bienestar conllevaría también el periodo de entreguerras, que afianzaría las ideas sociales en el Estado de derecho (Díaz, 2012), así como la aproximación económica de Keynes en su *Teoría General*, que busca lograr posiciones de equilibrio económico para la reinversión

⁵⁵ Al respecto de la posición hegemónica del Derecho Público se dio por la construcción filosófica de León Duguit, la cual precisó: *“El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos. 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 noción de una función social de los gobernantes, que tienen por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”* (Penagos, 1994).

social (Benetti, 2000). Este pensamiento sería aplicado en Colombia a partir del gobierno de Alberto Lleras Camargo en 1945, con una influencia keynesiana en el Frente Nacional Liberal (Ortiz, 2014), donde se daría paso a la planeación cuatrienal de reinversión o gasto público estratégico para el dinamismo de la economía (Guillén Gómez, 2018).

Así las cosas, el servicio público, en su primera etapa de desarrollo, se nutriría de la conceptualización jurisprudencial de los tribunales de conflictos, de la visión teórica jurídico-social de Duguit —que es opuesta a la visión individualista de los principios revolucionarios franceses—, de la mutación del Estado de derecho en la construcción social de derechos subjetivos en cuanto a la obligación de la administración (Maurer, 2011) y de los aportes a un modelo económico de equilibrio propuesto por Keynes. Esto permitiría posicionar el derecho administrativo en la cúspide del ejercicio del poder bajo dos ópticas. La primera de ellas se fundamenta en el Poder Ejecutivo como el actor principal en la satisfacción del interés general por medio del servicio público, en desarrollo de actividades propias de la administración —distintas a las de gobierno—; y la segunda en un aspecto económico, donde la administración no solo buscaría la satisfacción del interés general por actos propios, sino también mediante actividades propias de gobierno, regulando dicha prestación en el marco de particulares —de forma excepcional, ya que el grueso de las actividades satisfactorias sería llevado a cabo por el Estado—.

ii) Crisis del concepto

Esta primera etapa entraría en crisis, marcando el principio del fin de la edad de oro del servicio público como la piedra angular del derecho administrativo y, a su vez, el inicio de la segunda etapa: la crisis del servicio público. El servicio público, como piedra angular del derecho administrativo, interpela a los cuatro elementos característicos indicados anteriormente, que se pueden sintetizar en: (i)

responsabilidad del Estado con un fuero jurisdiccional en lo contencioso-administrativo; (ii) la noción jurídico-social planteada por León Duguit y sus consecuencias en la administración; (iii) los derechos sociales y la evolución hacia el Estado liberal de derecho; y (iv) aquellos aspectos económicos que plantearían la finalidad del Estado: gasto social para encontrar el equilibrio económico con base en la teoría keynesiana. Estos elementos representan un posicionamiento relevante que es respaldado por la profesora Jacqueline Morand-Deville (2017) cuando plantea de forma concisa la crisis del servicio público:

uno de los aspectos de la 'crisis' del SP es la privatización del sistema, ya sea porque los servicios públicos son regidos principalmente por el derecho privado: los Servicios Públicos Industriales y Comerciales -SPIC-, ya sea porque organismos privados están encargados de administrar los Servicios Públicos Administrativos -SPA- tradicionales (...)

Por otra parte, el éxito se volvió exceso y el servicio público es acusado de fomentar una ineficacia de gestión a causa de la pesadez burocrática, de las rentas de su situación privilegiada de la ausencia de responsabilidad. Se habla de 'decadencia', 'vicisitudes', 'crisis', 'desmembramiento'. El Estado providencia estaría en quiebra (Morand-Deville, 2017, pp. 493-494)

Dicho lo anterior, es claro que la crisis se apalancaría en tres de los cuatro elementos característicos antes referidos. Por un lado, en contrapeso a la consolidación del fuero jurisdiccional en lo contencioso-administrativo, se emanaría el *Arrêt bac d'Eloca*⁵⁶ en 1921 (Romero Pérez, 2015), que limitaría la responsabilidad del Estado a actividades que

⁵⁶ El fallo en mención tuvo como hechos el naufragio de una embarcación francesa que transportaba mercancía desde Francia a Costa de Marfil, por dicho naufragio un propietario de vehículos demandó al Estado Francés la reparación de perjuicios, no obstante, el caso pasó al tribunal de conflictos y allí se decidió que por tratarse de una actividad de servicios públicos industriales o comerciales correspondería a la jurisdicción ordinaria.

sean directamente prestacionales y que no se encuentren en el mercado, ya que, al existir la actividad en el mercado, implicaría el paso a la responsabilidad civil.

Sin embargo, este fallo jurisdiccional daría paso a la victoria anticipada en el debate jurídico entre Maurice Hauriou y León Duguit respecto al servicio público como eje esencial del Estado, siendo, a su vez, la forma en que se desvirtuaría el segundo elemento, ya que replantearía que el servicio público tiene esencialmente una función jurídico-social que abrigaría toda la actuación del Estado. Así las cosas, la postura de León Duguit, que se supeditaba a la prestación del servicio público como elemento objetivo de la existencia estatal, sería replanteada por Maurice Hauriou al establecer que la soberanía estatal se supeditaba al poder de policía como elemento subjetivo de la existencia estatal. Al respecto, el profesor Jean Rivero aborda una aproximación teórica de inabordable brillantez que realiza Hauriou:

¿Se trata de definir la función administrativa? ‘Ella es esencialmente de policía, es decir, política’, afirma; ‘El Reglamento de la ciudad es todo aquello que interesa al cuerpo político, no solamente su seguridad, su protección sino también -notemos la palabra, que tiene una resonancia profética- su desarrollo. La policía y, en consecuencia, la función administrativa, admite, entonces, tanto lo que los alemanes llaman fines de cultura como los fines de protección; solamente que aquellos los admiten con la condición de que la cultura tenga una importancia política’ ¿importancia política? Prefigurando, en 1901, a propósito de los panaderos de Poitiers, El desafío americano, que era entonces el desafío alemán, Hauriou continua: ‘es evidente que la superioridad de la enseñanza técnica o de la enseñanza comercial en ciertos países que son nuestros rivales desde el punto de vista económico, termina por darles una superioridad política’ y define enseguida la inclusión, dentro de la

función administrativa, de operaciones económicas, incluida la absorción de 'empresas financieras o económicas en los servicios públicos, en la medida que ello es necesario por razones políticas' (Rivero, 2002).

Sobre este poder de policía se fundamentará, entonces, la soberanía como esencia estatal, abrigando el concepto de *ius imperium* (Navarro y Moreno, 2018) y dejando sin soporte el imperativo teórico de Duguit. No obstante, mantendría vigencia la óptica jurídico-social del Estado, pero limitada a una optimización de recursos, lo cual daría paso a la tercera caracterización de la crisis, en consonancia con el cuarto elemento fundamentado en los aspectos económicos de la finalidad del Estado. Así, se daría un paso al costado de un Estado prestador, derivado de un Estado de bienestar, hacia un Estado garante, derivado de un Estado neoliberal que permite la libertad de empresa y un mercado abierto, reservándole al Estado su capacidad de organización y supervisión, o, en términos más comunes, regulación, vigilancia, inspección y control (Burzaco Samper *et al.*, 2022).

Hasta aquí lo mencionado, nada refuta el tercer elemento característico del servicio público como la piedra angular del derecho administrativo, es decir, los derechos sociales y la evolución hacia el Estado liberal de derecho mantuvieron plena vigencia a pesar de los cambios que acarrearón en lo jurisdiccional, jurídico-social y económico, pues esta construcción estatal se derivó de la aplicación de preceptos propios del derecho constitucional.

iii) Segunda edad de oro

Existe una tercera etapa del servicio público, que se denominó la segunda edad de oro. Esta etapa se origina a partir de los fallos *Arrêt Effimeff*⁵⁷ en 1955, derivados de la

⁵⁷ Este caso se fundamentó en la naturaleza jurídica de las obras públicas, en el entendido que se habían asignado a las asociaciones de propietarios de inmuebles la calidad de entidades públicas -cuerpos de propietarios para la reconstrucción de Francia en 1948-, el Consejo de Estado tenía la obligación de definir

etapa de posguerra en 1948; *Arrêt Société le Béton* en 1956⁵⁸, influenciado por las actividades industriales con ocasión del arrendamiento de bienes privados para destinarlos a actividades de interés general; y, finalmente, *Arrêt Bertin*⁵⁹ en 1956, también derivado de un caso de responsabilidad de la posguerra por el servicio público asimilable a la manutención. Estos fallos serían la antesala a la aproximación más reciente del servicio público clásico⁶⁰, que se fundamenta en el interés general, prerrogativa del poder público, supervisión a cargo del Estado y el poder de tutela que se ejerce sobre la administración del servicio público (Vedel, 1980).

Esto sería la antesala a dos visiones: la primera de ellas, la mutación de los servicios administrativos en servicios públicos industriales y comerciales, como una forma en que el Estado realizaría la prestación del servicio, pero en un modelo de mercado; y la segunda

que régimen aplicable concedería por lo que interpeló a dos criterios: i). Una persona pública que realiza unas obras con un fin de utilidad general; o ii). una persona pública que efectúa obras en el marco de una misión de servicio público (Boletín Oficial del Estado, Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, 2017, p. 613).

⁵⁸ Este caso se fundamentó en la determinación de la responsabilidad de un arrendamiento de un local industrial de la empresa Le Betón, en donde se delimitó que el servicio público *“asume una modalidad especial puesto que consiste en hacer posible la instalación y el funcionamiento de un puerto industrial y que los terrenos arrendados se destinen a la consecución de este fin”*. (Boletín Oficial del Estado, Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, 2017, pp. 629-639).

⁵⁹ Este caso se fundamentó en la determinación de la responsabilidad de un matrimonio que demandó al Estado para que los indemnizaran por realizar el servicio público de alimentación y *“organizar en ese momento la repatriación de los refugiados extranjeros que se hallaban en territorio francés”*, siendo entonces precisado por el Consejo de Estado que el servicio público tiene diversos niveles de relevancia: i). cuando se encomienda la prestación propiamente dicha o el cumplimiento directo de una misión de servicio público; ii) cuando existe la participación de un cocontratante en la prestación del servicio público; iii) cuando el contrato tiene por objeto la prestación de un servicio público; iv) cuando el contrato garantiza la coordinación de las misiones de servicio público que se han encomendado respectivamente a los cocontratantes (Boletín Oficial del Estado, Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, 2017, pp. 617-628).

⁶⁰ El profesor Georges Vedel, al respecto del servicio público, indica: *“(…) La Alta Asamblea de sus considerandos, pone de relieve cuatro caracteres del servicio público: i. un servicio público cumple una misión de interés general. Se trata de una condición necesario, pero no suficiente, para que una actividad constituya un servicio público; ii) La administración ejerce un derecho de supervisión sobre las modalidades de cumplimiento de esta misión de interés general. Se trata, por tanto, de la hipótesis en la cual la Administración no se limita a permitir, estimular o ayudar, sino que se reserva el derecho de controlar la manera en la que se cumple el servicio; iii) El organismo encargado de la gestión del servicio público está investido de prerrogativas de poder público; iv) La contrapartida a estas prerrogativas, la administración dispone de un poder de tutela que ejerce respecto al nombramiento de los miembros del Consejo de administración, y por mediación de un comisario del gobierno, sobre las decisiones tomadas por los órganos de gestión”* (Vedel, 1980, p. 689).

visión, la delimitación de las reglas de los servicios públicos: continuidad, igualdad y adaptación⁶¹. Ahora bien, esta tercera etapa permitirá entender la armonización del servicio público como piedra angular del derecho administrativo, pero permeando el poder de policía.

Como se ha indicado, el ordenamiento jurídico colombiano no solo se nutrió de la doctrina francesa, sino también de la norteamericana en lo concerniente a las actividades de vigilancia⁶². No obstante, existen criterios propiamente elaborados en nuestro ordenamiento; basta referirse al artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, 1991, que establece que *“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”* (art. 365).

Esta precisión constitucional permite replantear la famosa huida del derecho administrativo del servicio público. Si bien es cierto que la administración encontró un uso desmedido del concepto de servicio público, que implicaba un modelo absolutista⁶³, también es cierto que nunca se desligó totalmente de este concepto, pues mantuvo la descentralización por servicios —servicio público industrial y comercial: objetivo— con base en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades Públicas y Sociedades de Economía Mixta. También se mantuvo el servicio público directo de

⁶¹ En el ordenamiento jurídico colombiano, la falla en la prestación del servicio público domiciliario se remonta a calidad y continuidad, sin embargo, la igualdad y adaptación se entenderán como características propias del servicio público, además se introducen aspectos relevantes de otras características como la gratuidad, uniformidad (asimilable a la igualdad) y legalidad.

⁶² Particularmente en el ejercicio de funciones de las superintendencias (Valencia Cobo, 1987).

⁶³ Sobre este punto en particular se debe llamar la atención en que las dinámicas del derecho administrativo resultan exógenas a la tipología de Estado, es decir, el derecho administrativo nace de las connotaciones propias del Estado de Derecho (Restrepo Medina, 2007), sin embargo, son una respuesta a la relación de poder-sociedad, sociedad-Estado, Estado-Sociedad. Por lo que resulta propio apresurarse a realizar aseveraciones en la independencia del derecho administrativo y más particularmente en la forma en relacionarse este con la sociedad. Bajo la teoría clásica se entendería como el servicio público, inicialmente concebido como un deber prestacional, sin embargo, la mutación sería tal que se encausaría en la regulación de la prestación del servicio público, como un escalón propio de la evolución natural a las libertades y necesidades sociales, así como a las vertientes económico-políticas globales.

órganos constitucionales, centralizado y descentralizado por servicios —servicio público subjetivo— con base en los Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Agencias Especiales y Superintendencias, con o sin personería jurídica, entre otras. Finalmente, se mantuvo una descentralización por servicios y por colaboración —servicio público mixto— con base en las empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos, actividades derivadas de la descentralización por colaboración y contratos o convenios administrativos.

Con base en lo anterior, se debe indicar que no es cierto que existiera una huida del derecho administrativo del servicio público; por el contrario, se trató de una evolución tan lucida que permite entender la armonización casi perfecta de sus expositores primigenios y antagónicos. León Duguit planteó que la soberanía estatal se derivaba del servicio público, cuestión que es relativamente cierta, siempre y cuando el Estado no pretenda realizar la prestación de dicho servicio o cuando este desee que el mercado se encargue de dicha satisfacción, manteniendo siempre la facultad de regulación y tutela. Maurice Hauriou, por su parte, planteó que la soberanía estatal se derivaba del poder de policía, cuestión que es cierta bajo las directrices del *ius imperium*. Esto también permite entender que el fuero jurisdiccional se ajusta a una regla relativamente clara: las actividades de mercado corresponden al fuero ordinario, mientras que las funciones públicas se rigen por el fuero contencioso-administrativo.

Asimismo, como tercer elemento relevante, el Derecho Administrativo siempre ha mantenido la noción jurídico-social para preservar el interés general, en paralelo a la evolución de los derechos sociales en el Estado liberal de derecho.

Finalmente, desde un punto de vista abiertamente empírico, pero de suficiente relevancia, se puede indicar que la aplicación keynesiana no fue del todo abandonada por la apreciación neoliberal derivada del Consenso de Washington. Esto se debe a que,

cuando el mercado no es capaz de prestar un servicio público, o cuando el Estado desea conservar un servicio público, el mismo Estado se convierte en prestador de este, independientemente de la actividad prestacional, conservando siempre la finalidad de la satisfacción del interés general. Este mismo fin se aplicaría incluso en condiciones de mercado, manteniendo la visión de los tratadistas franceses previamente estudiados respecto a la necesidad de la prestación del servicio público.

iii. La “nueva crisis” del servicio público

Este título abordará, como método de investigación, un análisis del lenguaje, relevante para sintetizar la explicación concerniente al servicio público y la eventual “nueva crisis” desde las ópticas europeas, como una aproximación de estudio de derecho comparado bajo un referente conceptual, y así intentar sintetizar la disparidad terminológica en el uso del servicio público. Hasta ahora, se ha estudiado la noción del servicio público y su traspolación al ordenamiento jurídico colombiano, la cual reposa en tres etapas iniciales desde la construcción francesa: edad de oro, primera crisis y segunda edad de oro, con sus elementos característicos resaltados en cada etapa: responsabilidad del Estado por fuero jurisdiccional, noción jurídico-social, derechos sociales, interrelación con el Estado liberal de derecho y sostenibilidad económica. No obstante, también se ha indicado que la noción del servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano no solo se ha nutrido de las nociones francesas, sino también de las norteamericanas —particularmente con la regulación y el ejercicio de funciones de las superintendencias— y de la española —derivada de la interpelación a la teoría de responsabilidad objetiva y a la noción de actos de gobierno y de administración.

El presente título pretende concluir de forma anticipada que la crisis del servicio público se vio arraigada en el ordenamiento francés; sin embargo, en Colombia no tuvo el mismo eco, sino meramente en la doctrina, pues tanto la jurisprudencia como la ley —

o sus decretos— variaron la aplicación de la noción del servicio público sin que existiese una mayor contravención sustancial desde las reformas administrativas de 1968. La crisis del servicio público, como punto intermedio, resulta ser de gran relevancia, ya que es allí cuando se matiza la huida del derecho administrativo. Esta “huida”, que se insiste para el ordenamiento jurídico colombiano no se dio, pues la prestación del servicio público de actividades que satisfacen el interés general, sin que medie la presencia del mercado, sigue en cabeza de esta área del derecho —o su regulación cuando se encuentra en el mercado.

Esta recapitulación del título anterior permite mencionar, con una cautela excesivamente mesurada, que se plantea una cuarta etapa o nueva crisis del servicio público en el ordenamiento jurídico francés, en relación con la segunda edad de oro. Esto se debe a la coyuntura que genera la noción del servicio público en la Unión Europea (en adelante, UE) respecto a la noción francesa. Mientras que la noción española dista parcialmente de la crisis y se asemeja más a la visión colombiana del servicio público.

Resulta relevante que, antes de hablar de la noción francesa y española, se aborde la noción de la UE, ya que la visión europea parte de una concepción distinta y propone una clasificación mucho más desarrollada bajo la óptica de un mercado liberal, que aborda el servicio público desde una perspectiva económica y que propondrá debates significativos en aspectos teóricos a los países que son fuente directa de traspolación del ordenamiento jurídico colombiano.

Para la Unión Europea, según los artículos 14⁶⁴ y 106⁶⁵ del apartado 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), se estableció un enfoque abiertamente económico del servicio público y se implementó una categorización distinta, distribuida en: (i) servicios de interés económico general^{66,67} —servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración—; (ii) servicios no económicos⁶⁸ —servicios

⁶⁴ El artículo en mención indica: “Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios” (Unión Europea, 2012).

⁶⁵ El artículo en mención indica: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas” (Unión Europea, 2012).

⁶⁶ Al respecto el TG determinó sobre Servicios de Interés Económico General -SIEG- lo siguiente: “el concepto de «actividad económica» deriva de elementos de hecho y, en particular, de la existencia de un mercado para los servicios de que se trate y no depende de decisiones o apreciaciones nacionales.” SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta ampliada). Asunto T-696/17 de 20 de septiembre de 2019 (Tribunal General de la Unión Europea, 2019).

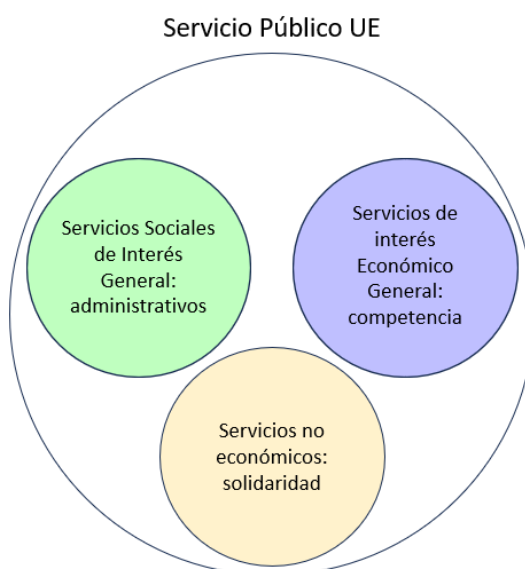
⁶⁷ Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue más certero en especificar que cualquier actividad que conlleve el ofrecimiento de bienes o servicios en un mercado, se entenderá actividad económica y esta a su vez le otorgará el criterio de servicio de interés económico general -SIEG-. Así lo dispuso la jurisprudencia de dicho tribunal: “Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, [C-82/01 P](#), [Rec. p. I-9297](#), [apartado 79](#); de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, [C-49/07](#), [Rec. p. I-4863](#), [apartado 22](#), y de 3 de marzo de 2011, *AG2R Prévoyance*, [C-437/09](#), [Rec. p. I-973](#), [apartado 42](#)). Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985, *Italia/Comisión*, [41/83](#), [Rec. p. 873](#), [apartados 16 a 20](#)).” SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, asunto C-138/11. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012)

⁶⁸ Por otro lado, los servicios de interés general no económico, se encuentran sometidos a la naturaleza indisoluble de las actividades, así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea “Es cierto que, como alegan las demandantes, según la jurisprudencia, en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede disociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que, si dicha actividad económica es indisoluble del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo se considerarán actividades vinculadas al

propios de la actividad estatal—; y (iii) servicios sociales de interés general⁶⁹ —que atienden las necesidades de los ciudadanos más vulnerables, basados en la solidaridad— (Comisión Europea, 2023). Esta delimitación resulta clara y contundente para entender la noción de cada servicio público, por lo que será oportuno proponer la siguiente figura para abordar una serie de conclusiones pormenorizadas que permitirán concentrar el esfuerzo teórico en el debate que se construye a partir de la UE y que no es ajeno a la consolidación del servicio público en Colombia.

Figura 5

Servicio público UE



Nota: elaboración propia.

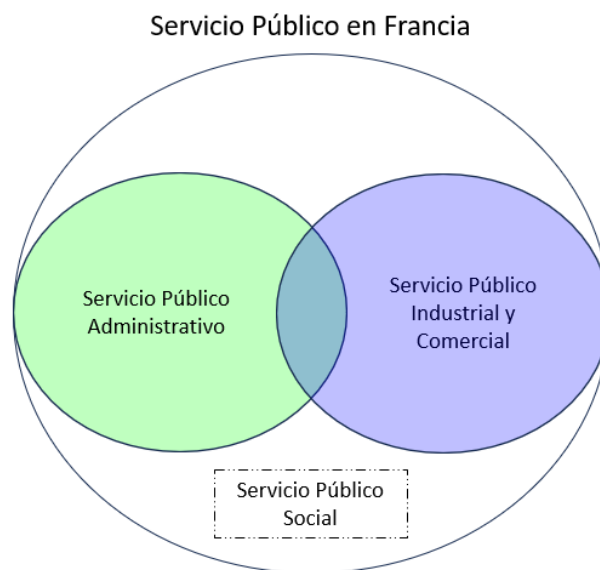
ejercicio de esas prerrogativas (sentencias de 12 de julio de 2012, Compass-Datenbank, [C-138/11](#), [EU:C:2012:449](#), apartado 38, y de 12 de septiembre de 2013, Alemania/Comisión, [T-347/09](#), no publicada, [EU:T:2013:418](#), apartado 29; véase también, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2009, SELEX Sistemi Integrati/Comisión, [C-113/07 P](#), [EU:C:2009:191](#), apartados 71 a 80)” SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta ampliada). Asunto T-696/17 de 20 de septiembre de 2019 (Tribunal General de la Unión Europea, 2019).

⁶⁹ Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222(INI)). Diario Oficial de la Unión Europea 2013/C 33 E/07 del 5 de febrero de 2013. (Parlamento Europeo, 2013)

Por otro lado, se debe indicar que el modelo francés prevé dos tipos de servicio público debidamente definidos: (i). administrativo; y (ii). industrial y comercial, sin embargo, existe una tercera tipología denotada en el ámbito social derivado de la solidaridad o fraternidad⁷⁰. Los dos primeros con un enfoque social cuya dirección está destinada a la satisfacción del interés general, partiendo del supuesto en que el mercado tiene el deber de demostrar que puede prestar un servicio público mejor a lo que lo haría el Estado (Garcerie, 1998). Sobre esta clasificación resultará oportuno proponer la siguiente figura para entender la visión del lenguaje francés y hacer antesala al debate previsto como la nueva crisis del servicio público que implica una ruptura a la fuente directa en el ordenamiento jurídico colombiano.

Figura 6

Servicio Público en Francia



Nota. elaboración propia.

En esta figura, podemos observar un servicio público general en Francia y las tres especies derivadas: industrial y comercial, administrativo y social. La nueva crisis,

⁷⁰ Que no ha jugado un papel relevante en la construcción teórica -que desde el inicio de este escrito se ha referido la influencia de Comte, Durkheim y Duguit entre otros-.

abordada como una cuarta etapa, se puede observar en el traslape entre el servicio público administrativo y el servicio público industrial y comercial, ya que la Unión Europea (UE) plantea una delimitación clara y prohíbe aquellos servicios que sean administrativos, es decir, prestados directamente por el Estado, en el marco de la competencia. Esta situación podría confundirse en el ordenamiento europeo, lo cual permeó la nueva crisis conceptual en el ordenamiento jurídico francés.

De esta distinción entre lo francés y lo europeo se derivan tanto similitudes como diferencias abismales. La primera indica que los servicios no económicos de la UE se asemejan al servicio público administrativo francés, mientras que los servicios públicos de interés económico general se asemejan al servicio público industrial y comercial francés. No obstante, estas similitudes se alejan sustancialmente de la satisfacción del interés general, que es observada en la UE como una condición de mercado, mientras que en Francia se aprecia como una condición prestacional estatal. El punto de quiebre de ambas visiones surge en la interpretación de la satisfacción del interés general, pues la tradición francesa prevé la posibilidad de que el mercado no cumpla con dicha satisfacción, lo que genera una tensión significativa sobre el cumplimiento de las finalidades de la UE.

Los párrafos anteriores son meramente ilustrativos en un debate que no aborda las aristas más profundas de los elementos axiológicos relacionados con dicho punto de divergencia. Por lo tanto, es necesario señalar que ambas posturas no se alejan de la aplicación del servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano, pues como se ha detallado en el título anterior, Colombia cuenta con elementos axiológicos propios que tienden a la satisfacción del interés general a través del servicio público de mercado, -con una regulación detallada y manteniendo siempre la sostenibilidad financiera, así como del

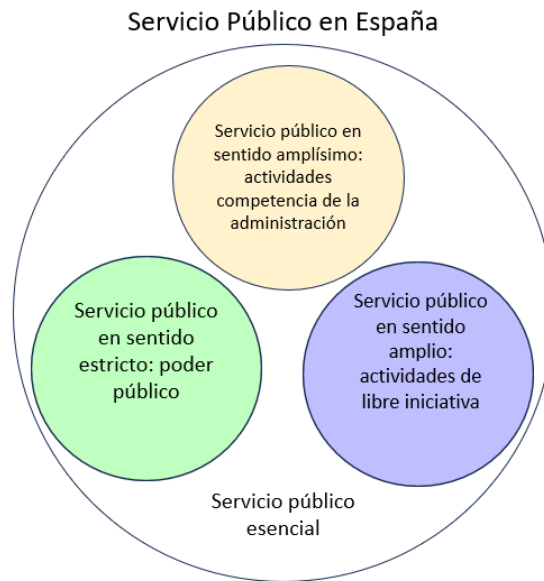
servicio público objetivo y mixto-, y de monopolio-, que se clasifica como servicio público subjetivo y mixto.

Ahora bien, el ordenamiento español prevé tres tipos de servicio público: (i) servicio público en sentido estricto, derivado de actividades prestacionales reservadas a los poderes públicos; (ii) servicio público en sentido amplio, que se refiere a la prestación efectiva de actividades por los medios que cada caso requiera (actividades de garantía pública); y (iii) servicio público en sentido amplísimo, que deviene del régimen de responsabilidad sobre las actividades competencia de la administración. Finalmente, se ha concebido el concepto de (iv) servicios esenciales como una praxis jurídica para garantizar la prestación de un servicio público cuando las razones circunstanciales así lo requieran y se presente una falla de mercado, siendo de libre iniciativa (Laguna de Paz, 2023).

Esta clasificación de servicio público puede observarse de mejor manera en la siguiente figura, que permite visualizar la aplicación de cada una de las formas organizativas del servicio público.

Figura 7.

Servicio Público en España



Nota: elaboración propia.

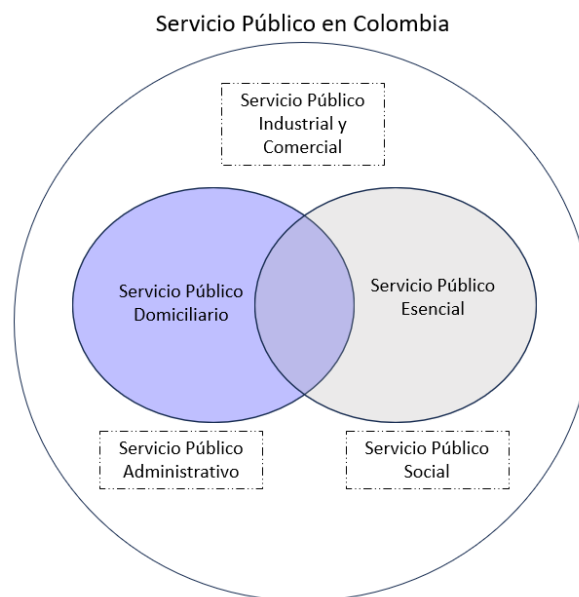
Ahora bien, esta distinción se puede apreciar de mejor manera cuando se estudia el *Libro Verde* a la luz del ordenamiento jurídico español, puntualmente en la interrelación que se hace respecto de la aplicación de estos y de los derechos fundamentales en el marco de la constitución política de 1978 en el amparo de un Estado Social y Democrático de Derecho: la satisfacción del interés general; tesis que se armoniza con la concepción del servicio universal dentro de un pensamiento dinámico de necesidades sociales (Rodríguez Arana, Jaime. 2005)

Dicho lo anterior, es menester aproximarse a la clasificación actual del servicio público en Colombia, la cual prevé: (i) el servicio público esencial, tal como lo establece el Código Sustantivo del Trabajo (Corte Constitucional, Sentencia C-075, 1997), que es muy similar a la visión española del servicio público esencial; (ii) el servicio público domiciliario, conforme a lo establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994 (Corte Constitucional, Sentencia C-389, 2002), que representa una visión propia del ordenamiento jurídico colombiano y es muy semejante a la clasificación industrial y comercial; y (iii) el servicio público en general, que se define como cualquier actividad requerida para la satisfacción del interés general (Corte Constitucional, SU-157, 1999).

Sin embargo, la doctrina también ha referenciado otras clasificaciones de la noción de servicio público que no presentan una delimitación clara y contundente en relación con la explicación del servicio público según su origen. En este contexto, se encuentran: (iv) el servicio público industrial y comercial, que hace alusión a la visión francesa; (v) el servicio público administrativo, derivado de las actividades del poder público español y francés; y (vi) el servicio público social, que se refiere a actividades de solidaridad que han sido abandonadas por la administración. Esta clasificación también puede ser apreciada en la siguiente figura

Figura 8.

Servicio Público en Colombia



Nota: elaboración propia

De la construcción teórica respecto del servicio público con cada una de las clasificaciones correspondientes, se puede concretar una aproximación práctica para delimitar el uso adecuado del lenguaje en cuanto a su similitud o analogía entre cada uno de los ordenamientos jurídicos referidos.

Tabla 1.

Comparación de la clasificación del servicio público

UE	España	Francia	Colombia
Servicios generales de interés económico	Servicio público en sentido amplio	Servicio público industrial y comercial	Servicios públicos domiciliarios e industrial y comercial
Servicios de interés general	Servicio público en sentido estricto	Servicio público administrativo	Servicio público administrativo
Servicios no económicos	Servicio público en sentido amplísimo	Servicio público social	Servicio público social

Nota: elaboración propia.

Dicho lo anterior, es importante matizar la similitud entre los tipos de servicio público según la apreciación doctrinal y el resultado de una construcción terminológica entre los ordenamientos jurídicos que han nutrido a Colombia (España y Francia), así como resaltar la diferenciación del servicio público esencial, que desempeña un rol jurídico indeterminado. Sin embargo, la nueva visión teórica tendrá como campo de batalla la visión europea, que prevé una delimitación concisa y enfocada en los servicios públicos industriales y comerciales o de interés económico general. El punto de quiebre radica en dejar de apropiarse aproximaciones terminológicas de la fuente (España y Francia) y en abordar un modelo propio. No obstante, esta breve reflexión no forma parte del objeto de investigación, razón por la cual solo servirá como una antesala a la reflexión correspondiente en torno al servicio público.

Resulta oportuno señalar, que más allá de las calidades de un servicio público objetivo o subjetivo, implica las condiciones de regulación en pro de la satisfacción del interés general. En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea que intenta mediar con los ordenamientos jurídicos de cada Estado europeo y la delgada línea del servicio de interés no económico o de servicio general de interés económico, resultaría derivando en condiciones de mercado y es allí donde las categorías entran a tener sentido pero a su vez

se difuminan cuando se propone la satisfacción del interés general (Parejo Alfonso, Luciano. 2004).

iv. Conclusiones

Como se ha evidenciado a lo largo de este capítulo —en consonancia con los métodos aplicados en cada título: lógico, ideológico y del lenguaje— y con el objetivo de resolver la pregunta formulada respecto a ¿cuál es la noción actual del servicio público subjetivo en Colombia?, se puede apreciar que la noción actual nace de un proceso evolutivo revolucionario.

El primer paso consiste en entender la soberanía como ejercicio del interés público y como consecuencia del tránsito del poder que ostentaba el monarca hacia el pueblo. Así, surgen doctrinantes de envergadura significativa, como Jean Bonnin y Auguste Comte, quienes plantean los ánimos revolucionarios como consecuencia de acontecimientos históricos relevantes y de los cuales ambos fueron participes durante la primera y segunda repúblicas francesas. No obstante, el punto que los une no es solo el sentir revolucionario, sino la forma cómo abordan la nueva visión de la soberanía, que se entiende residente en la sociedad civil y con la finalidad de dicha sociedad civil, matizando la relevancia del Estado a una mera ficción jurídica de un cuerpo moral.

El segundo paso en la noción del servicio público es el gran debate doctrinal que surge entre León Duguit y Maurice Hauriou. El primero, inspirado en Émile Durkheim, no se alejaría de las nociones de solidaridad y el entendimiento del Estado a partir de la finalidad de la prestación del servicio público como la nueva concepción de soberanía, lo que representa una visión amplísima del servicio público subjetivo, que a la postre entraría en crisis con la declaratoria de los servicios industriales y comerciales. Por su parte, el segundo fundamenta su postura en que la soberanía se soporta en las concepciones clásicas del Estado, que tiene como finalidad la prestación del servicio

público, pero a partir de dos nociones de administración: de gestión (prestacional) o de autoridad (poder de policía o vigilancia).

Este primer método lógico permitirá aproximarse brevemente a las visiones doctrinales que supeditan la noción actual del servicio público. Sin embargo, deberá estudiarse simultáneamente el método ideológico desarrollado en el segundo título, el cual tendrá como elemento esencial la traspolación jurídica de Francia en Colombia y comprenderá los conceptos que nutrieron el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, se entenderá que el concepto parte de un Estado Social con una administración prestacional (servicio público subjetivo), noción sustentada en la teoría general de Keynes hasta la primera mitad del siglo XX, ya que, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se establecerían preceptos más liberales del mercado.

Resulta oportuno hacer un paréntesis respecto a la “huida” del derecho administrativo, pues la crítica que se logra observar en este segundo capítulo se fundamenta en la existencia de un mito que gira en torno a la huida del derecho administrativo del servicio público, situación que no es del todo cierta, ya que el derecho administrativo mutó hacia el ejercicio de un poder de policía sobre la prestación del servicio público y, de ninguna manera abandonó dicho servicio. Ahora bien, es pertinente ofrecer al lector una distinción relevante: aunque existió una mutación del derecho administrativo, también hubo, por ende, una mutación del servicio público que alejó dichos conceptos. Para rebatir esta “huida”, es necesario establecer los preceptos de la misma, los cuales se remontan a las actividades industriales y comerciales, sobre las cuales no habrá debate.

Sin embargo, las actividades prestacionales no se limitan únicamente a las actividades industriales y comerciales. En este sentido, Maurice Hauriou, al estipular que los servicios públicos son la finalidad del Estado para lograr la satisfacción del interés

general, permite deducir que la crisis del servicio público se dio a partir de los actos administrativos de gestión y nunca de los actos administrativos de autoridad. Esto permite entender que sobre estos últimos se matiza el poder de policía sobre quienes efectivamente prestan el servicio público, ya sea el propio Estado o no. Por lo tanto, la huida del derecho administrativo del servicio público fue parcial, lo que permitió mantener el derecho administrativo con actos administrativos de autoridad sobre la prestación del servicio público.

Superando este breve paréntesis, se puede abordar el tercer título con un análisis del lenguaje que permite consolidar la respuesta total a la pregunta planteada respecto al servicio público subjetivo, ya que existen diversas nociones de servicio público relevantes para el ordenamiento jurídico colombiano. La primera de ellas se prevé en un aspecto económico, donde la Unión Europea la concibe como SGIE, en España como servicio público en sentido amplio, en Francia como servicio público industrial y comercial (noción semejante a la colombiana) y en Colombia como servicios públicos domiciliarios. Ahora bien, desde un aspecto netamente administrativo (subjetivo), se concibe en la Unión Europea como SIG, en España como servicio público en sentido estricto, y en Francia y Colombia como servicio público administrativo. Finalmente, desde una óptica solidarista, se concibe en la Unión Europea a los servicios no económicos, en España como servicio público en sentido amplísimo, y en Francia y Colombia como servicio público social.

Por lo tanto, la respuesta a la pregunta *¿cuál es la noción actual del servicio público subjetivo en Colombia?* debe entenderse como una noción muy próxima al servicio público administrativo. No obstante, podría incluir ciertas actividades que se encuentran en cabeza de particulares, como se desarrollará en el capítulo siguiente. Para los efectos del presente escrito, es importante entender que el servicio público administrativo será, a

grandes rasgos, el servicio público subjetivo. Sin embargo, presenta matices claros de actividades descentralizadas que no son propiamente servicio público administrativo, pero sobre las cuales el Estado mantiene prerrogativas, interpelando los criterios orgánicos y materiales de la prestación.

Ahora bien, se debe precisar que el servicio público, como concepto amplio, no ha sido debidamente delimitado en nuestro ordenamiento y se confunde con diversos tipos que generan confusión, como es el caso de los servicios industriales y comerciales en relación con los servicios públicos domiciliarios. Asimismo, ocurre con los servicios públicos administrativos en comparación con los servicios públicos sociales. De igual forma, el servicio público esencial desempeña el papel de tipo jurídico indeterminado, entre otros múltiples ejemplos que se han podido apreciar a lo largo de este escrito.

Además, resulta relevante hacer una nueva apreciación para responder a la pregunta formulada: la noción de servicio público no está claramente delimitada en nuestro ordenamiento. La afirmación es tal que el servicio público esencial se encuentra matizado como un tipo jurídico indeterminado, lo que faculta entender que cualquier tipo de necesidad social pueda consolidar un papel de tal magnitud.

En este sentido, se puede apreciar que en el ordenamiento jurídico colombiano existen diversas categorías indeterminadas del servicio público, así como una clasificación doctrinal que no siempre se fundamenta en la razón legal o jurisprudencial de su correspondiente clasificación. Esto es relevante tanto para efectos de fuero jurisdiccional como para la responsabilidad estatal en el marco de la prestación del servicio público subjetivo.

Finalmente, y como cierre, resulta determinante observar la interrelación existente entre el servicio público subjetivo y la función pública (servidores públicos), así como con la teoría subjetiva de responsabilidad del Estado, donde el título de imputación es la

falla en el servicio público. Esto se deriva de una construcción jurisdiccional teórica para la determinación de las responsabilidades del Estado.

**SEGUNDA PARTE: APROXIMACIÓN FÁCTICA DEL SERVICIO PÚBLICO Y
PROPUESTA DE MEJORAMIENTO.**

CAPÍTULO III

CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA: EL OLVIDADO SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO A CARGO DEL ESTADO

*“Cuando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en
comprobar un hecho”*

- Immanuel Kant

A partir de las aproximaciones teóricas apreciadas en la primera parte de esta investigación, se plantean entonces varios interrogantes que deberán ser resueltos en este tercer capítulo. Por lo tanto, será necesario proponer una clasificación del servicio público, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, así como en una óptica mixta. Para ello, se aplicará una metodología dogmática crítica que utilizará dos métodos: uno de análisis lógico y otro ideológico, con el fin de identificar la clasificación ya construida y plantear una clasificación más acorde con el ordenamiento jurídico colombiano. Este capítulo se desarrollará mediante un trabajo de escritorio, donde se utilizarán como fuentes primarias los textos en los que reposan las ideas centrales de los principales exponentes, y las fuentes secundarias, la interpretación de los textos de reinterpretación realizada por los principales exponentes en Colombia.

El ordenamiento jurídico colombiano ha intentado matizar una clasificación del servicio público que parece ser insuficiente para el debate teórico en torno a dicho concepto, pues existe una notoria confusión en la delimitación de su aplicación y en la difusión que ha tenido a lo largo del tiempo, a la luz de la ley y la jurisprudencia, siendo a su vez ajena a la doctrina.

Desde la perspectiva legal, se plantean las disposiciones previstas en el *Código Sustantivo del Trabajo* (Congreso de la República, 1951), que considera que el servicio público es cualquier actividad de las ramas del poder público, incluyendo transporte, servicios públicos domiciliarios, establecimientos sanitarios, asistencia social, caridad y beneficencia, abastecimiento, aseo y transporte de combustibles. Esta noción legal tendría incidencia en la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República, que recalca las actividades de acueducto, energía eléctrica, aseo y telecomunicaciones como servicios públicos. Asimismo, la Ley 105 de 1993, modificada por la Ley 276 de 1996 del Congreso de la República, profundiza esta noción en las actividades de transporte. Finalmente, respecto a los establecimientos sanitarios, se reiteraría mediante la Ley 100 de 1993 del Congreso de la República, lo que conllevaría a una discontinuidad en la ratificación de las actividades de asistencia social, caridad y beneficencia, abastecimiento y transporte de combustibles como servicios públicos.

Ahora bien, desde la perspectiva jurisprudencial constitucional, la clasificación del servicio público ha sido aún más confusa, pues no solo se desarrolla el concepto amplio de servicio público como cualquier actividad requerida para la satisfacción del interés general (Corte Constitucional, SU-157, 1999), sino que también se desarrolla el concepto de servicio público esencial, entendiendo por este aquellas actividades que *“contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores (...) de los derechos y libertades fundamentales”* (Corte Constitucional, Sentencia C-450, 1995). Esta clasificación ha llevado a exhortar al Congreso para que defina qué es el servicio público esencial por vía legal (Corte Constitucional, Sentencia C-075, 1997).

La notoria confusión jurisprudencial se puede apreciar al momento de catalogar toda la actividad bancaria como un servicio público amparado en el interés público (Corte

Constitucional, Sentencia SU-157, 1999)⁷¹, actividad que había sido clasificada como tal en el Decreto 1593 de 1959 del Gobierno Nacional.

Esta aproximación permite dilucidar que en Colombia la confusa clasificación actual se fundamenta, por un lado, en el servicio público como género, y por el otro, en el servicio público domiciliario y el servicio público esencial como especies. Sin embargo, esta clasificación mantiene en un limbo la noción del servicio público esencial y no aborda la distinción entre servicio público objetivo y subjetivo.

Ante la ausencia de claridad respecto a la clasificación del servicio público en Colombia, se puede observar que han existido intentos fallidos, tanto jurisprudenciales como legales, que no dan tregua en la parametrización de una línea clara. Por ello, el presente capítulo permite formular el siguiente problema jurídico: *¿cómo se clasifica el servicio público en Colombia?* En consecuencia, este capítulo planteará una propuesta de clasificación que abordará tanto lo subjetivo como lo objetivo, para entender cómo operaría la caracterización jurisprudencial de lo esencial.

i. El servicio público industrial y comercial: óptica objetiva

A lo largo de este escrito se ha hecho referencia a la distinción existente entre el servicio público objetivo y el subjetivo. Se entiende que, bajo el criterio orgánico de quien realiza la prestación, el modelo de mercado se fundamenta en la óptica objetiva. Por ello, se considera que las actividades sometidas al mercado operan bajo una suerte de eficiencia en la prestación, como consecuencia del presupuesto neoliberal (Aparicio Cuervo y Fernández Pinto, 2022). Esta condición de mercado será el criterio diferenciador para entender la óptica objetiva.

⁷¹ Al respecto, la honorable Corte Constitucional refirió en la Sentencia SU 157 de 1999 que la actividad bancaria sería considerada como un servicio público ya que “*La importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción*”. Este fallo se da en el marco de un proceso de cuenta de corriente para personas investigadas en la famosa lista Clinton.

Antes de abordar los elementos materiales del servicio público industrial y comercial, es menester examinar los supuestos filosóficos e históricos de este. Se parte de entender que la transición estatal del servicio público subjetivo deviene del denominado Estado de Bienestar, que fue consolidado, en gran parte, por Keynes al abordar el debate teórico del salario en la aproximación a las teorías clásicas económicas⁷² en su obra *La Teoría General* (Keynes et al., 1983). En este contexto, el Estado de Bienestar se centraría en el acercamiento de clases sociales para disminuir la brecha económica a partir de impuestos progresivos, seguridad social, reducción de la tasa de interés, movimiento obrero (entendido como empleos colectivos), legislación de salarios mínimos, ayudas federales (subsidios), asignación de alimentos, control de alquileres, vivienda e impuestos sucesorios (Samuelson *et al.*, 1962).

Este Estado de Bienestar no sería perpetuo, pues al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la crisis económica conllevaría a un replanteamiento de la función estatal, donde se plantea una disminución del tamaño del Estado desde las teorías de Hayek, Milton Friedman y Buchanan (Barrera Algarín *et al.*, 2013). En este contexto, se matizan los preceptos de la gerencia que propugnan por la eficiencia del Estado (optimización de los recursos), y nacería una nueva visión económica en donde los particulares tendrían una participación activa junto al Estado (Samuelson et al., 1962). Esta visión se traduciría en las empresas industriales y comerciales que buscan la satisfacción del interés general.

Resulta entonces oportuno señalar que existe una aproximación entre las ideas jurídicas y las económicas, pues el Estado de Bienestar keynesiano respondería a la lógica jurídica de León Duguit, donde el Estado sería garante y prestador de la satisfacción del interés general, pues Keynes propone una intervención contracíclica del Estado en la

⁷² Keynes fue uno de los economistas más renombrados de Cambridge, alumno de Marshall y propendió por la construcción de su filosofía económica a partir del cierre de brechas existentes en el libre mercado y en el costo de la desigualdad de la mano de obra, sin embargo, mantuvo su construcción teórica a partir del respeto al empresario en fluctuación con la oferta y demanda global.

economía para lograr la disminución de las brechas sociales. Por otro lado, el Estado neoliberal de Hayek se alinearía con la lógica jurídica de Maurice Hauriou, donde el Estado sería garante de la satisfacción del interés general a partir del ejercicio de la policía —regulación, vigilancia, inspección y control—, disminuyendo el tamaño estatal y compartiendo la prestación con el particular en algunos casos. Si bien las ideas de Hayek se fundamentan en la gerencia para lograr la eficacia en el mercado, estas se hacen con una regulación claramente delimitada.

Colombia no sería ajena a esta evolución jurídico-económica, ya que matizaría el concepto de descentralización⁷³ por servicios a partir de las reformas administrativas de 1968 previamente mencionadas —los Decretos 3130 y 1050 de 1968 del Gobierno nacional—, donde se encontrarían los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta que suplirían la prestación del servicio público de forma directa por parte del Estado, a través de diversos entes. No obstante, esta clasificación se tornó insuficiente, ya que había sido considerada por la jurisprudencia como meramente enunciativa (Penagos, 1994, p. 522). Por lo tanto, en 1998 se planteó una nueva reforma administrativa mediante la Ley 489 de 1998⁷⁴ del Congreso de la República.

En este punto, resulta pertinente recordarle al lector que la clasificación objetiva denota el criterio orgánico —quien realiza la actividad o quien presta el servicio—,

⁷³ Resulta oportuno exponer un punto de vital trascendencia que, aunque parezca excesivamente lógico, es necesario puntualizar. La descentralización tiene por objeto disminuir el centralismo, lo que implica que el poder central se diluya a otros entes, esta figura procede entonces a entenderse como una distribución de poder, el mismo poder estatal que prestaba el servicio público de forma directa a la prestación del servicio público por medio de diversos entes.

⁷⁴ El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 estableció: "*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 (...) 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*".

haciendo hincapié en que esta prestación debe realizarse bajo una lógica de mercado, armonizando la construcción jurídico-económica indicada en los párrafos anteriores. Así las cosas, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que en la primera clasificación del servicio público industrial y comercial se encuentran: (i) las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; (ii) las Sociedades Públicas; y (iii) las Sociedades de Economía Mixta⁷⁵.

Así pues, se inicia la aplicación de la teoría de Maurice Hauriou respecto del poder público a partir de la empresa del gobierno, entendida como un cuerpo colectivo que ostenta libertad y autodeterminación, teniendo como finalidad el bien público (Porrúa Pérez, 1985). Ahora bien, la clasificación antes descrita tiene un carácter predominante que se enfoca en la empresa del gobierno bajo las dinámicas de mercado, aplicándose sobre estas las reglas del Derecho Privado. Esta es la primera gran característica que atañe al régimen jurídico del servicio público objetivo en cuanto a la prestación del servicio (Rodríguez, 2011).

Este carácter conlleva, de forma lógica y consecuente, la aplicación de la segunda característica, la cual se supedita al régimen de responsabilidad ordinaria derivado de la prestación del servicio⁷⁶, por lo que allí toma sentido el "*Arret bac d'Eloca*" previamente referido (Boletín Oficial del Estado, 2017). La tercera característica, que también nace de la aplicación del Derecho Privado, derivará en que se encuentren bajo un modelo de

⁷⁵ Es pertinente indicar que el régimen de las Sociedades Industriales y Comerciales del Estado se caracterizan porque su capital se representada en cuotas o acciones del Estado pero que compiten en el sector privado incluyéndose secretos e información; las sociedades públicas al ser constituidas por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado bajo la calidad de filial, lo que conlleva a que su patrimonio sea público y se aplique un régimen derivado de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; y las Sociedades de Economía Mixta son aquellas que tienen un porcentaje de participación del Estado inferior al 90% compartido con particulares para que de forma conjunta se busque el desarrollo de objetivos, cuando se supera este porcentaje serán tratadas como Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

⁷⁶ Se debe indicar aquí que el juez natural para el ordenamiento jurídico colombiano será la jurisdicción ordinaria y no la contencioso-administrativa, teniendo en cuenta que el conflicto se supedita en normas de derecho privado y aunque la naturaleza jurídica de la entidad devenga de la descentralización administrativa, esta no se remonta a ser un criterio predominante respecto de la prestación.

mercado regulado por el mismo Estado (Amador Cabra, , 2011) y sobre el cual recae la vigilancia de la superintendencia competente.

Ahora bien, la cuarta y última característica se presenta como una serie de prerrogativas legales previstas en la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, que se resumen en que ostentan personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y capital independiente.

De la anterior caracterización se excluyen las Empresas Sociales del Estado y las Empresas Oficiales de Servicios Públicos, ya que el primer tipo, por mandato legal⁷⁷, tiene como objeto la prestación del “*servicio público a cargo del Estado*” (Ley 100 de 1993 del Congreso de la República). Además, no cuentan con autonomía financiera y, en la prestación del servicio, su régimen de responsabilidad se supedita a la jurisdicción contenciosa, lo que caracteriza esta tipología fuera de la clasificación del servicio público objetivo. Por otro lado, el segundo tipo, a pesar de ser gemelo de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en virtud del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República, se diferencia en que su capital se representa en acciones, no cuenta con autonomía financiera y tienen un fuero jurisdiccional preadministrativo y contencioso administrativo. Ambos tipos de empresas serán clasificados dentro del servicio público administrativo impropio que se desarrollará en el título tercero de este capítulo.

Es posible determinar una conclusión parcial: la autonomía financiera, como prerrogativa legal, jugará un papel determinante, ya que esta característica abrirá la "caja de Pandora" para entender el régimen de prestación del servicio público objetivo. Esta cualidad conllevará, consecuentemente, a la autonomía administrativa y al capital

⁷⁷ El artículo 195 numeral 2 de la Ley 100 de 1993 del Congreso de la República estableció: “*Artículo 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social*”, reconociendo entonces que es un servicio público a cargo del Estado.

independiente, lo que, a su vez, permitirá la aplicación de reglas de derecho privado, un régimen de responsabilidad ordinaria en la prestación del servicio y, finalmente, un modelo regulado sujeto a vigilancia.

Ahora bien, la autonomía financiera también es una característica de las entidades que conforman el servicio público subjetivo. Sin embargo, en virtud del párrafo del artículo 50 de la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades Públicas y las Sociedades de Economía Mixta estarán vinculadas a ministerios o departamentos administrativos, lo que representa una mayor autonomía por tratarse de un grado medio de transferencia de poderes de decisión, resolución, proposición e información⁷⁸ (Penagos, 1994, p. 579). Esta situación difiere de las entidades que conforman el servicio público subjetivo, las cuales estarán adscritas con una menor autonomía y con un grado mínimo de transferencia de poderes⁷⁹.

⁷⁸ El profesor Roberto Dromi hace alusión a las personas jurídicas públicas no estatales -que no hacen parte del Estado Central por su carácter descentralizado- impartiendo unas características jurídicas y definiéndolas como “e) Control de la Administración Central. El Estado, en la medida en que les transfiere potestades o competencias públicas, tiene a su cargo la fiscalización de la legalidad y gestión de la actividad que cumplen. El alcance del control depende de las disposiciones específicas de la creación de la entidad, así como también de las prerrogativas que el Estado le haya asignado.

Dicho control puede comprender: la verificación de la legitimidad del obrar de la entidad por parte del PEN ante la impugnación por vía de recurso de alzada que interpongan los terceros afectados; el control de la cuenta de inversión, balances, memorias, etc.; la intervención administrativa en los casos previstos por la Ley de procedimientos administrativos, de aplicación analógica; control de presupuesto, aunque generalmente no son de aplicación de normas de la materia propia de los entes estatales por ser la asamblea de la entidad la autoridad que lo aprueba, lo cual impide que el acto estatal de creación de la administración se reserve facultades en tal sentido, ya sean de previa autorización o de aprobación ulterior” (Dromi, 2004, p. 729).

⁷⁹ En el ejercicio de la descentralización se encuentran 3 tipos de graduación de transferencia de poderes: “a) mínima, burocrática o desconcentración, que importa una transferencia limitada de los poderes de decisión a otros órganos inferiores con fuerte control del órgano central; b) media o normal, autárquica, caracterizada por la transferencia amplia de los poderes de decisión con control del órgano superior; c) máxima, plena o autónoma, implica una transferencia total de poderes de decisión como mínimo control” (Penagos, 1994). En esta graduación de descentralización se podría plantear como mínima los establecimientos públicos, superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, los institutos científicos y tecnológicos, las empresas sociales del estado y las empresas oficiales de servicios públicos; media las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y sociedades públicas; y mínima los entes autónomos constitucionales.

A pesar de lo anterior, no se debe abordar a la ligera la clasificación del servicio público objetivo. El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 5°, inciso segundo⁸⁰, establece que el régimen de la función pública de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado será el de trabajadores oficiales, salvo en las actividades de dirección o confianza, que serán consideradas como empleados públicos. Este punto de tensión es considerable, ya que la convivencia de ambas figuras no debe confundirse con la actividad prestacional que se ha indicado a lo largo de este escrito. La prestación del servicio público no debe ser entendida por quien la dirige (empleado público), sino por la naturaleza jurídica de la entidad que la presta, de acuerdo con el criterio orgánico ya referido.

Corolario de lo anterior, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades Públicas y las Sociedades de Economía Mixta, a pesar de clasificarse dentro del servicio público objetivo por su calidad prestacional en el mercado y régimen privado, también están sujetas a la aplicación de las disposiciones especiales de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Esto se establece en virtud del inciso final del artículo 85 de la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, que remite a la Ley 142 de 1994 del mismo Congreso. Esta última, en términos generales, plantea: (i) la aplicación en materia societaria a su consolidación accionaria o de cuotas, así como su objeto social⁸¹;

⁸⁰ El inciso 2° del artículo 5° estableció: *“Artículo 5º Empleados públicos y trabajadores oficiales. (...) Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*.

⁸¹ A pesar de la dificultad que amerita la presente consideración, se hará un esfuerzo para simplificar la idea a expresar: existe una doble remisión normativa por un lado el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, remite a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República y esta a su vez mediante el artículo 19.12 remite las causales de disolución previstas en el Código de Comercio (Gobierno nacional, 1971) en su artículo 457 que tiene su régimen de disolución en el artículo 218 y allí se dispone que cualquier sociedad se podrá disolver por: *“(…) 1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración; 2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto; 3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley; 4) Por la declaración de quiebra de la sociedad; 5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato; 6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y*

(ii) reglas especiales sobre la participación de entidades públicas respecto del objeto prestacional del servicio y la vigilancia de la Contraloría, dado que se trata de bienes de la Nación; y (iii) el régimen de capitalización societaria, debido a la naturaleza especial de los recursos públicos de la Nación.

Nótese que la descentralización por servicios de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las Sociedades Públicas representa la forma en que el Estado ingresa al mercado, alejándose de la teoría del Estado de Bienestar, pero continuando con la lógica jurídica de Duguit (1908, p. 191) en cuanto a la participación del Estado en la satisfacción del interés general.

Ahora bien, el punto de quiebre radica en que la descentralización operará en el mismo tablero que el sector privado; es decir, el interés general será satisfecho por el servicio público objetivo, que estará compuesto por el Estado —mediante la descentralización por servicios mencionada a lo largo de este apartado— y por los particulares. Esta igualdad entre el Estado y los particulares en la prestación del servicio público objetivo, que tiene como finalidad la satisfacción del interés general, conllevará la aplicación de la teoría de Hauriou sobre las disposiciones policivas que se reserva el Estado (Hauriou, 1918).

Así, todas las actividades que realicen los particulares o el Estado a través de la descentralización serán objeto de vigilancia estatal objetiva —en relación con su objeto social— y subjetiva —en cuanto a la calidad personal de quien presta el servicio—, bajo una misma superintendencia o por diversas superintendencias (Consejo de Estado, 2020). Por ello, el Decreto 2153 de 1992 del Gobierno nacional prevé en su artículo 44 el ámbito

al contrato social; 7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y 8) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código”.

funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las relaciones de mercado en ejercicio de una libre competencia.

Considero oportuno proponer la armonización teórica de Duguit y Hauriou a partir del análisis de la contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano. La Ley 80 de 1993 del Congreso de la República dispone en su artículo 2°, numeral 3°, que se denominarán servicios públicos: *“Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado (...)”*. Además, en el artículo 3° se plantea que la finalidad de la contratación estatal es *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Se entiende, entonces, que la actuación de los particulares conlleva la satisfacción del interés general a través del servicio público, el cual, a todas luces, estará sujeto a la dirección, regulación y control del Estado. Por ello, se propone que el Estado busca satisfacer el interés general a partir del servicio público objetivo cuando este se encuentre por fuera de las actividades propias que él mismo presta.

ii. El servicio público administrativo directo: óptica subjetiva

De conformidad con lo indicado en el título anterior, resulta importante destacar que existe otra clasificación del servicio público, donde reposa la actividad netamente estatal como criterio orgánico de la Administración Pública para el funcionamiento propio del Estado y como criterio funcional de satisfacción del interés general, a cargo de la prestación directa del Estado, sin que medien condiciones de mercado o prestación por parte de particulares. La ausencia de mercado o monopolio estatal en el servicio público será el criterio diferenciador para entender la óptica subjetiva, teniendo clara la aproximación filosófica de León Duguit respecto de la guerra exterior, la policía y la

justicia como servicios públicos que reemplazan el concepto de soberanía⁸² (Duguit, 2011).

Tal como se ha mencionado, la evolución jurídico-económica en Colombia con las reformas administrativas de 1968, permitió la existencia y posterior perdurabilidad del concepto de descentralización por servicios. Este concepto se matizaría con la vigencia del Decreto 3135 de 1968 del Gobierno Nacional, en relación con el régimen de los servidores públicos, y con la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, previamente citada, en lo que respecta a la organización del Estado. Esto permitiría entender una configuración amplia del servicio público, ya que todos los servidores públicos prestan un servicio público. Sin embargo, esta interpretación puede generar una gama infinita de confusiones en torno al concepto estudiado y permea una desorientación provocada por el legislador al entender apresuradamente que las ramas del poder público son servicios públicos.

Esta orientación hacia la clasificación legal, a pesar de concebirse sobre un criterio determinante (Jéze, 2010), se aleja de un estudio sustancial del concepto. Por lo tanto, no se compartirá este criterio orientador; por el contrario, se estudiarán los elementos esenciales del servicio público, especialmente bajo el criterio funcional de la prestación del servicio.

Así las cosas, resulta claro precisar al lector que, a lo largo del escrito, se ha partido del establecimiento del criterio orgánico como punto de partida para determinar quién presta el servicio público, lo que ha permitido establecer las ópticas subjetiva y objetiva. Sin embargo, para efectos de la clasificación y conforme se indicó en el capítulo

⁸² El pensamiento de Duguit es relevante, ya que plantea: *“De esta manera, la noción de servicio público viene a reemplazar a la de soberanía. El Estado ya no es un poder soberano que ordena, es un grupo de individuos que ostentan una fuerza que deben emplear para crear y para gestionar los servicios públicos. La noción de servicio público se convierte así en la noción fundamental del Derecho público moderno”* (Duguit, 2011, p. 109).

anterior⁸³, este criterio en abstracto genera una crisis teórica que no permite desarrollar claramente la clasificación. Por lo tanto, es necesario aplicar también un criterio funcional derivado de la actividad prestacional. Nótese que la clasificación legal bajo el criterio orgánico permitiría entender que la expedición de una ley o un decreto son servicios públicos, entre otros múltiples ejemplos de actividades que no son propiamente prestacionales⁸⁴.

Para entender la aplicación del criterio funcional en esta clasificación, es menester resaltar que el servicio público impone la prestación directa como característica esencial para la satisfacción del interés general cuando es prestado por el Estado, según la Sentencia C-075 de 1997 de la Corte Constitucional. Es decir, se trata del despliegue de una actividad satisfactoria que realiza el Estado directamente al ciudadano (Ariño Ortiz, 2016). De lo anterior, se permite entender el surgimiento de las características del servicio público administrativo propio. La primera es derivada del criterio orgánico, en cuanto a que es una actividad que proviene del monopolio estatal; la segunda, como consecuencia de la primera, se basa en un criterio funcional que conlleva una actividad prestacional del servicio público a cargo del Estado de forma directa, mediante el despliegue de actividades satisfactorias. Esta aplicación permite entender la tercera característica, que se supedita al fuero de la jurisdicción contencioso-administrativa, plasmando allí la teoría del "*arret blanco*", que funge como la teoría de responsabilidad subjetiva en la culpa de la administración o falla en la prestación del servicio público. Finalmente, el régimen legal aplicable a cada organismo que preste el servicio público para la satisfacción del interés general.

⁸³ La crisis teórica respecto de las actividades industriales y comerciales del Estado que serían tratadas bajo el derecho privado y siendo juzgadas a su vez por la jurisdicción ordinaria y no por la jurisdicción contencioso-administrativo.

⁸⁴ Resulta interesante si quiera pensar que la "crisis del servicio público" se dio únicamente en el criterio orgánico y no en el funcional, pues la crisis derivó del fuero jurisdiccional y las consecuencias de este respecto de la obligación prestacional.

La clasificación propuesta tiene una connotación de doble vía respecto a la teoría de León Duguit, ya que, por un lado, se aleja del entendimiento de que toda actuación estatal es servicio público —pues se deberá estudiar de forma independiente cada función prestacional del Estado— y, por otro lado, se acerca en cuanto a que su indeterminabilidad jurídica permite acoplarse a las necesidades sociales. Esto implica que existirán actividades que hoy no son servicio público, pero que mañana sí lo sean, y viceversa. Ahora bien, se aleja totalmente de la teoría de Gastón Jéze y Jacques Chevallier, porque no entiende que el criterio delimitador del servicio público sea la reserva legal o la voluntad del legislador, lo cual interpela a un criterio de autoridad socio-jurídica sin un estudio detallado del concepto de servicio público. Finalmente, la clasificación propuesta nada controvierte a Maurice Hauriou, porque se mantiene al margen de las actividades estatales, pues entiende que estas se derivan en actividades prestacionales, de vigilancia y reguladoras. Al respecto, el profesor Garrillo Falla en el ordenamiento jurídico español da unas luces interesantes para entender el supuesto jurídico al indicar que:

La función del Gobierno (...) consistirá en establecer los objetivos de la <<política interior y exterior>> y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (...); y a la Administración se le reserva el papel subordinado de implementar la consecución de tales objetivos políticos o de gobierno (...) (Garrido Falla, 1994).

Es entonces comprensible que las actividades prestacionales y de vigilancia se relacionen, por analogía, con el concepto de administración, mientras que las actividades de regulación se entiendan como derivadas del Gobierno, que actúa dentro de los límites establecidos por el legislador. Se supone, entonces, que los actos de naturaleza prestacional que implementen los objetivos políticos o de gobierno serán considerados servicio público administrativo directo, abrigando las actuaciones de la administración y

del Estado. Por ello, se aproxima a la visión del servidor público en el contexto del cumplimiento de los fines del Estado para la satisfacción del interés general.

Esta breve síntesis invita al lector a diversificar la clasificación del servicio público subjetivo según la naturaleza jurídica de la actividad prestacional. De este modo, surge el entendimiento de la descentralización funcional hacia entes territoriales que pueden prestar el servicio público de conformidad con una actividad determinada.

Como corolario de lo anterior, se configurarán dentro de este servicio público administrativo directo o subjetivo todas aquellas actividades que impliquen una prestación directa del servicio para la satisfacción material del interés general. Estas son: (i) las ramas del poder público: Rama Judicial (incluyendo también a la Fiscalía) y gran parte de la Rama Ejecutiva (Ministerios sin Superintendencias y Superintendencias sin personería jurídica); (ii) los órganos de control: Procuraduría, Contraloría, Registraduría y Consejo Nacional Electoral; (iii) los órganos independientes: Corporaciones Autónomas Regionales, Entes Universitarios Autónomos, Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil y Autoridad Nacional de Televisión; (iv) los establecimientos públicos; (v) las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica; (vi) los institutos científicos y tecnológicos; y (vii) demás entidades de naturaleza especial (fondos, agencias especiales y entidades de naturaleza única).

Eventualmente, también se aplicaría al servicio público subjetivo lo concerniente a la descentralización territorial. Sin embargo, sobre este aspecto, solo bastará precisar que fungirá en calidad excepcional de la autonomía territorial y bajo el precepto de reserva legal para la prestación del servicio que corresponda.

Antes de continuar con el desarrollo de la clasificación del servicio público administrativo directo, resulta oportuno hacer una precisión metodológica. Esta consiste

en explicar que el problema jurídico de la investigación se fundamenta en responder a la pregunta: ¿Por qué la función reguladora y policiva también debe recaer sobre el servicio público subjetivo a cargo del Estado? En este apartado, ya se mencionó que tanto el Gobierno como el Legislador cumplen funciones como entes reguladores; sin embargo, esta mención no implica que exista una regulación sobre la prestación del servicio público. La regulación existente deriva al control fiscal, disciplinario y penal del servidor público en el ejercicio de sus funciones, y no a la calidad de la prestación del servicio público, que es lo que plantea la pregunta de investigación antes citada.

Precisado lo anterior, se extiende una invitación al análisis del servicio público que presta el Estado, en su sentido amplio, partiendo de su elemento esencial, que implica la prestación directa, entendida como el despliegue de una actividad satisfactoria que realiza el Estado directamente al ciudadano (Ariño Ortiz, 2016).

Es por ello que la primera actividad del servicio público es la justicia y así lo delimita la base teórica del mismo León Duguit (1908), ya que tiene unas implicaciones de Teoría de Estado pues somete la teoría contractualista de justificación del Estado al orden social (Rousseau, 1983). En este sentido, la Rama Judicial tiene, en esencia, la función de administrar justicia. Este criterio funcional del servicio público permea de forma particular dicha prestación, ya que busca la resolución de conflictos entre ciudadanos. Se deben hacer cuatro precisiones: (i) las funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas también constituyen un servicio público, por su criterio funcional y no orgánico (Franco Gómez, 2022); (ii) no todas las actuaciones de la Rama Judicial son servicio público, pues en algunos aspectos funcionales no imparten justicia; (iii) la Fiscalía se convierte en un ente acusador y auxiliar de la Rama Judicial en la investigación de delitos; por ello, se está en presencia de un servicio público debido a la relación directa

con el ciudadano; y (iv) el arbitraje se encuentra sometido a la nulidad ante la Rama Judicial, manteniendo el monopolio estatal.

Sobre este aspecto, se debe destacar que la Ley 270 de 1996 del Congreso de la República prevé varios elementos que establecen parámetros de eficacia en la administración de justicia: (i) en el título primero, el artículo 4° dispone la celeridad y oralidad; (ii) el artículo 63 establece los planes y medidas de descongestión; (iii) se incluye un plan de desarrollo de la Rama Judicial para el eficaz y equitativo funcionamiento del aparato estatal; y (iv) se contempla un sistema nacional de estadísticas judiciales. A pesar de que estas disposiciones cumplen con los parámetros de regulación, no son suficientes en relación con las actividades de inspección y control sobre la prestación del servicio público de administración de justicia, es decir, existe una ausencia de medidas coercitivas para los funcionarios que no cumplen con estos parámetros respecto a la prestación del servicio.

Por otro lado, la Rama Ejecutiva tiene dos funciones: la primera, derivada de los actos de Gobierno que implican la política y regulación (las cuales no se consideran servicio público), y la segunda, derivada de las actividades de la Administración, donde se ejecuta dicha regulación a partir de la prestación (que es donde rige el servicio público). Por lo anterior, aquellos ministerios que no tienen superintendencias o que, teniéndolas, carecen de personería jurídica, asumen la doble función de regulación y ejecución, matizando así la presencia de una prestación directa del servicio público. Existe, por tanto, una equiparación entre ejecución y vigilancia, dado que ambas tienen como finalidad la satisfacción del interés general como una obligación estatal; si el Estado no presta el servicio directamente, tiene la obligación de que sea garantizado. Esto se puede apreciar en la Constitución Política, donde se establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y se le impone el deber de asegurar su prestación

(Constitución Política de Colombia, 1991, art. 52), permeada por la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República y en la toma de posesión, que es una medida de control del Estado sobre la garantía prestacional de la actividad a satisfacer.

Esta misma equiparación se aplicará a los entes de control que, desde su criterio funcional, ejercen vigilancia, inspección y control, dependiendo de su propia naturaleza jurídica. La Procuraduría tiene una connotación derivada de la prestación del servicio para la protección de las garantías mínimas de los ciudadanos; por ello, realiza conciliaciones, garantiza la participación de los ciudadanos en los procesos judiciales de naturaleza penal, propende la protección de los derechos humanos e investiga y sanciona a los funcionarios públicos.

La Contraloría cumple una función derivada de la protección del erario público, por lo que también desempeña un papel de vigilancia. La Registraduría también se abriga dentro de la prestación del servicio público, no solo por las actividades de registro, sino también por el escrutinio, que debe considerarse un servicio público. Finalmente, el Consejo Nacional Electoral deriva su función de vigilancia exclusivamente hacia los partidos políticos, por lo que estos actores son los prestadores del servicio público de interés general en el marco de la democracia, siendo el Consejo Nacional Electoral responsable de dicha prestación.

Por otro lado, los órganos independientes también están comprometidos con la prestación del servicio público. Esto ocurre con las Corporaciones Autónomas Regionales, que tienen como finalidad la administración del medio ambiente y los recursos naturales, elementos propios del interés general, además de ejercer funciones de policía administrativa en materia medioambiental. Asimismo, los Entes Universitarios Autónomos no se quedan atrás, ya que tienen como función la educación superior, un servicio público que se presta directamente. En este mismo contexto se encuentra el

Banco de la República, que tiene como servicio público directo la prestación material del servicio al controlar la emisión de moneda, otorgar préstamos a bancos, manejar la política monetaria y realizar transferencias de divisas, actividades propias del interés general. Finalmente, se encuentra la Comisión Nacional del Servicio Civil, que cumple con el servicio público directo del empleo público.

Es necesario hacer una pausa para plantear al lector una óptica sustancialmente distinta a la estudiada en el Derecho Administrativo, introduciéndose en la organización de la Rama Ejecutiva y no en los entes constitucionales analizados anteriormente. Nótese cómo existe total coherencia y vehemencia en el ordenamiento jurídico y en la claridad conceptual delimitada hasta ahora, lo que permite entender que las actividades del Estado que tienen vocación prestacional o de vigilancia son, a la postre, servicio público subjetivo, a pesar de que el mismo Derecho Administrativo se aleje del concepto prestacional y de la regulación del Estado. El punto de quiebre vendrá a continuación con el estudio de las demás formas de prestar el servicio público a cargo del Estado, ya que es allí donde entró en crisis el concepto de servicio público, pues su aplicación entendió que la mejor forma de prestar el servicio público era mediante la figura de los establecimientos públicos.

Los establecimientos públicos se convierten, entonces, en el eje central del servicio público, entendidos como la herramienta idónea para lograr la satisfacción del interés general, cuestión que, a la postre, permeará la misma óptica del Derecho Administrativo —entendida como una huida—. Por ello, se despliegan dos características esenciales sobre los establecimientos públicos: (i) se refieren a un servicio público; y (ii) gozan de patrimonio propio⁸⁵ (Jéze, 2010). Este patrimonio propio concede otras características

⁸⁵ Sobre este punto particular se debe hacer una precisión que realiza el mismo autor, si bien es cierto tienen un patrimonio propio, sus actuaciones patrimoniales al ser adscritas a un ente territorial o nacional, tienen injerencia directa con el patrimonio general de dicho ente para lo cual se aplican dos excepciones:

relevantes: (iii) personería jurídica; y (iv) autonomía administrativa y financiera. Es prudente referir que la doctrina francesa ha entendido que la actividad judicial es un establecimiento público, una aproximación que resulta lógica para la clasificación del servicio público subjetivo. Sin embargo, se aleja de la Rama Ejecutiva, por lo que no es idóneo compartir completamente este entendimiento. Así, cobra relevancia la presente clasificación, alejada de la célebre frase “*juzgar a la Administración es administrar*” (Aragón, 1996), ya que se trata de una función propiamente de juicio y no de coadministración, a pesar de que el ejercicio judicial resuelva errores de la Administración.

Los establecimientos públicos en el ordenamiento jurídico colombiano han tenido una gran relevancia para el cumplimiento de los fines estatales en lo que respecta al interés general. La importancia es tal que la comprensión del primer capítulo se convierte en una guía casi innecesaria ante la lectura literal del artículo 70 de la Ley 489 de 1998, el cual dispone que “*los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de (...) prestar servicios públicos (...)*”. Así, la teoría de los servicios públicos tendrá un papel importante; por ello, se encuentran los establecimientos públicos relevantes como el SENA⁸⁶, que se encarga de la formación técnica; el ICBF⁸⁷, para la protección de la

(i) cuando deviene de la afectación pura y simple de recursos que tienen ocasión a un impuesto o tasa que se direcciona a dicho establecimiento público (como podría ser el caso de las estampillas); y (ii) que las rentas de la actividad del servicio público prestado por el establecimiento público ingresen directamente a dicho establecimiento y no al patrimonio general (Jéze, 2010, p.253).

⁸⁶ El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA por sus siglas), fue creado mediante el Decreto -Ley 118 de 1957 de la Presidencia de la república, con aportes de empleadores para que un organismo estatal se encargara de la capacitación técnica de los empleados, sin embargo fue reestructurado y debidamente clasificado mediante la Ley 119 de 1994, la cual le dio la calidad de establecimiento público con la función de “*(...) invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos (...)*” (Ley 142 de 1994-Congreso de la República).

⁸⁷ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF por sus siglas), deviene desde las reformas administrativas de 1968 y fue creado mediante la Ley 75 del mismo año (Congreso de la República, 1968) como centralización del servicio público de asistencia social al menor derivado del extinto Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y demás entidades territoriales. Permeando su calidad de establecimiento público desde su creación para la protección de la niñez y la familia. Siendo

niñez; el ICA⁸⁸, en lo relacionado con la producción, generación y transformación de alimentos; el INPEC⁸⁹, con la custodia de reos; el INVIMA⁹⁰, para los productos que tienen relación directa con la salud; y el INVIAS⁹¹, en la construcción de carreteras, entre otros de gran relevancia. Se entiende, entonces, que estas actividades prestadas por estos establecimientos públicos tienen una connotación prestacional de servicios públicos (Vidal Perdomo y Molina Betancur, 2019).

En este mismo sentido, las superintendencias con personería jurídica se diferenciarán de aquellas que no la tienen en cuanto a la autonomía patrimonial. Por esta razón tienen un régimen jurídico legal especial en cada ley que las crea; en lo no previsto en la ley, se aplicará lo relacionado con el régimen jurídico de los establecimientos públicos. La diferencia con estos últimos radica en que las superintendencias se encargan de la vigilancia del servicio, mientras que los establecimientos públicos se ocupan de la prestación del mismo.

Por otro lado, las unidades administrativas especiales con personería jurídica se caracterizan, además de por su autonomía patrimonial, por el cumplimiento de funciones

adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social mediante el Decreto 4156 de 2011 de la Gobierno nacional.

⁸⁸ El Instituto Colombiano Agropecuario (ICA por sus siglas), inició concebido como una institución de utilidad común (Congreso de la República, Ley 93 de 1938), mediante el Decreto 1562 de 1962 de Presencia de la república, pero organizada en forma de establecimiento público, ratificándose así hasta su reestructuración en el Decreto 4765 de 2008 de la Gobierno nacional, y teniendo como *objeto* “(...) contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario, pesquero y acuícola, mediante la prevención, vigilancia y control de los riesgos sanitarios, biológicos y químicos (...)”.

⁸⁹ El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC por sus siglas), tiene su origen como servicio público desde la Ley 35 de 1914 del Congreso de la República, entendida como la Dirección General de Prisiones, sin embargo la noción de establecimiento público se generó hasta 1992 con la fusión de esta dirección y el Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia para la creación del INPEC (Decreto 2160 de 1992, Gobierno nacional), teniendo como función el desarrollo de las políticas carcelarias y penitenciarias, medidas de aseguramiento y demás representativas a la custodia de reos.

⁹⁰ El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA por sus siglas), tiene su origen en la Ley 100 de 1993 del Congreso de la República, desde su origen se concibió como un establecimiento público, el cual tiene por objeto la ejecución de políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas y demás relacionados con la salud.

⁹¹ El Instituto Nacional de Vías (INVIAS por sus siglas), nace como un establecimiento público mediante el Decreto 2171 de 1992 de la Gobierno nacional reestructurando el antiguo Fondo Vial Nacional, estableciendo como objetivo la ejecución de políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo relacionado a carreteras.

administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo. Esta especialidad es similar a la de las unidades administrativas especiales sin personería jurídica, salvo en lo que respecta a la autonomía patrimonial; decir, adelantar la ejecución de políticas públicas, lo que les confiere una connotación abiertamente prestacional.

Asimismo, los institutos científicos y tecnológicos se distinguen por poseer autonomía patrimonial; sin embargo, sus fuentes de financiación provienen de los aportes del presupuesto general de la nación, utilidades societarias, ingresos por prestación de servicios, donaciones públicas o privadas (nacionales o internacionales), usufructos de patentes y regalías de descubrimientos o inventos, así como de otros recursos que señale la ley. Esto permite que su autonomía patrimonial sea mucho más autosuficiente.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano permite que algunos establecimientos públicos puedan ser catalogados como institutos científicos y tecnológicos, como es el caso del INVIMA en lo relacionado con las actividades de investigación. También se permite la coexistencia con institutos científicos y tecnológicos, como es el caso del INS⁹². La diferenciación radica en su pertenencia al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Decreto 1666 de 2021, Gobierno Nacional), lo que conlleva elementos de competitividad de fuentes patrimoniales privadas.

Finalmente, dentro de esta misma clasificación, se encuentran las demás entidades de naturaleza especial —fondos, agencias administrativas y entidades de naturaleza única— que, dependiendo de su creación, tendrán características particulares derivadas de su patrimonio propio o de su autonomía administrativa y financiera. Una excelente

⁹² Así se pudo apreciar en el Decreto 4109 de 2011 de Gobierno nacional que permitió que el Instituto Nacional de Salud (por sus siglas INS) se transformara de Establecimiento Público a Instituto Científico y Tecnológico.

tabla resumen de las características de las entidades que prestan servicio público administrativo directo es el aplicado por la profesora María Clara Garrido en su tesis de maestría en Derecho de la Universidad Externado, titulada “*Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia*” (2017).

Tabla 2.

Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia

Unidad administrativa especial (sector central)	Unidad administrativa especial (sector descentralizado por servicios)	Establecimiento público	Agencia estatal
Creadas por ley	Creadas por ley o con su autorización	Creados por ley, ordenanza o acuerdo	Creadas por ley o con su autorización
Marco jurídico: derecho público	Marco jurídico: derecho público	Marco jurídico: derecho público	Marco jurídico: derecho público
Autonomía administrativa y financiera, según acto de creación	Autonomía administrativa y patrimonial	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera
Sin personería jurídica	Personería jurídica	Personería jurídica	Personería jurídica
Adscritas a ministerio o departamento administrativo	Adscritas a ministerio, departamento administrativo o entidad descentralizada	Adscritas a ministerio, departamento administrativo o entidad descentralizada	Autónomas o adscritas a ministerio, departamento administrativo
Funciones administrativas	Funciones administrativas, potestades regulatorias	Funciones administrativas y prestación de servicios públicos	Funciones administrativas, potestades de autoridad
La dirección y administración estará a cargo de un consejo directivo y de un director general o ejecutivo	La dirección y administración estará a cargo de un consejo directivo y de un director general o ejecutivo	La dirección y administración estará a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente	La dirección y administración estará a cargo de un consejo directivo y de un director o presidente

Nota: tomado de Garrido (2017, p. 139).

Resulta oportuno indicar que la tabla anterior no tuvo por objeto estudiar las superintendencias y los institutos científicos y tecnológicos, por lo que será necesario complementarlos más adelante en la Tabla 2. No obstante, también se considerará pertinente incluir aquellas entidades que presten servicio público.

iii. El servicio público administrativo indirecto: óptica mixta

Hasta este momento, se han desarrollado dos ópticas del servicio público: la primera, objetiva, se caracteriza por derivarse del mercado; mientras que la segunda, subjetiva, se fundamenta en el monopolio estatal. Dentro de cada una de estas ópticas, existen clasificaciones particulares de diversas entidades públicas que realizan la prestación de la actividad correspondiente. Esta tercera clasificación parte de armonizar las dos ópticas — objetiva y subjetiva—, ya que surge de una actividad plenamente monopolizada por el Estado, pero que es entregada a los particulares en un modelo de mercado o competencia para la realización de la actividad prestacional, en algunos casos.

En el primer título de este capítulo se hace referencia al servicio público industrial y comercial, donde se denota una óptica objetiva de conformidad con el criterio orgánico, resaltando que la caracterización primordial se fundamenta en el libre mercado. Por su parte, el servicio público administrativo directo se basa en la óptica subjetiva, de conformidad con la aplicación del criterio orgánico de forma inicial y, posteriormente, el criterio funcional, que destaca la caracterización primordial en el monopolio estatal. Sin embargo, esta clasificación dejaría por fuera la denominada descentralización por colaboración y, lo que es peor aún, la celebración de contratos estatales con particulares para satisfacer el interés general. No obstante, es menester destacar que la característica principal de este servicio público administrativo indirecto deriva del monopolio estatal, entregado de forma exclusiva a un particular para la satisfacción del interés general, confluyendo así las dos características esenciales del servicio público industrial y comercial y del servicio público administrativo directo.

Continuando el hilo argumentativo del acápite anterior respecto de la óptica objetiva, se puede observar que la prestación del servicio público administrativo indirecto se encuentra en las entidades integradoras de dicha clasificación: (i) las Empresas Sociales

del Estado; (ii) las Empresas Oficiales de Servicios Públicos; (iii) las actividades derivadas de la descentralización por colaboración —notarías, cámaras de comercio y arbitraje, entre otros—; y (iv) los contratos y convenios administrativos (contratos de obra, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios, APPS y demás).

Como se indicó en el primer acápite de este capítulo, las Empresas Sociales del Estado y las Empresas Oficiales de Servicios Públicos se diferencian en que no cuentan con autonomía financiera y su régimen de responsabilidad se funda en lo contencioso administrativo. Además, tienen instancias prejudiciales bajo la vigilancia de superintendencias, lo que plantea la posibilidad de competencia de mercado. Esto permite entender una tensión de doble vía: por un lado, su naturaleza jurídica es asimilable a la de los establecimientos públicos y debería clasificarse como un servicio público administrativo directo; sin embargo, al contar con un ente vigilante de la prestación del servicio público, entran en una condición de regulación de mercado —aun cuando el mismo Estado sea quien lo preste—, asimilándose así a una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta doble similitud implica que se considera un servicio público administrativo indirecto, conservando el fuero jurisdiccional y la falta de autonomía financiera (óptica subjetiva), pero prestando el servicio bajo condiciones de mercado y con la vigilancia de una superintendencia (óptica objetiva).

Dicho lo anterior, la primera característica del servicio público administrativo indirecto, que se deriva de la óptica mixta, parte de un régimen jurídico de derecho público como punto de partida. Es decir, tanto la creación como la delegación del servicio público correspondiente nacen en un régimen jurídico de derecho público. Una vez creado o delegado el servicio, surge la segunda característica, que se sustrae en su fuero jurisdiccional, pues se aplicará el régimen jurídico del derecho público para las actividades propias del servicio público, incluyendo el régimen de responsabilidad penal,

disciplinaria y fiscal. No obstante, también es válido que, para la competencia en el mercado o para la eficacia prestacional, se aplique el régimen del derecho privado. La tercera característica supedita un régimen regulatorio claramente definido por el ordenamiento jurídico, permitiendo el ejercicio del poder de policía del Estado. Finalmente, como cuarta característica, estas entidades tienen personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y su patrimonio podrá ser independiente según la tipología del servicio público administrativo indirecto que se vaya a aplicar.

Ahora bien, se debe resaltar que la comunión del fuero jurisdiccional ordinario y contencioso administrativo, como característica esencial, es la que permite entender la óptica mixta, la cual se observa con la descentralización por servicios y la descentralización por colaboración. Dicho esto, las Empresas Sociales del Estado, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, dependen de la nación o del ente territorial que las haya creado y tienen como objeto de conformidad al artículo 195 de la Ley 100 de 1993 del Congreso de la República, como objeto la prestación del servicio público de salud o de seguridad social. Estas entidades hacen parte de la descentralización por servicios y, dependiendo de su acto de creación, podrán ser de orden territorial o nacional. Ostentan personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Esta tipología de entidad pública está sujeta a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia Nacional de Salud, derivada de las actividades que presta; por lo tanto, antes del agotamiento de la vía judicial en materia prestacional, se puede agotar la vía administrativa.

En este mismo sentido, las Empresas Oficiales de Servicios Públicos, a la luz del artículo 84 de la Ley 489 de 1998 del Congreso de la República, tienen como objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se realiza una remisión normativa a la Ley 142 de 1994 del Congreso de la República en cuanto a su calidad prestacional. Esto

matiza, a su vez, la calidad de descentralización por servicios y, dependiendo de su acto de creación, podrán ser de orden territorial o nacional. Estas empresas ostentan personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Podría interpretarse de forma hermenéutica que, al ser una empresa oficial hace alusión a que su capital será cien por ciento público, aunque tiene naturaleza jurídica privada. Otro carácter relevante es la aplicación del fuero jurisdiccional privado para las actividades de funcionamiento, es decir, un régimen societario, creación mediante estatutos, suscripción de contratos civiles y mercantiles, régimen laboral ordinario para sus empleados, entre otros aspectos. Finalmente, esta tipología de entidad pública está sujeta a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, derivada de las actividades que presta; por lo tanto, antes del agotamiento de la vía judicial en materia prestacional, se puede agotar la vía administrativa.

Dentro de esta connotación de *servicio público administrativo indirecto*, también se deben considerar las actividades derivadas de la descentralización por colaboración, entendiendo que es un servicio público monopolizado por el Estado, pero entregado a un particular para que este lo preste en los términos dispuestos en la ley. La mejor forma de ejemplificar esta clasificación se encuentra en las actividades de fe pública⁹³, como aquellas que realizan las curadurías urbanas⁹⁴, el ejercicio de capitanes (naves y aeronaves)⁹⁵ durante un viaje y actividades de registro⁹⁶, entre otras disposiciones, las

⁹³ En esta lista se pueden encontrar: (i) a los notarios, de conformidad con el artículo 131 de la Constitución Política de Colombia, 1991, y el Decreto 960 de 1970 de Gobierno nacional; y (ii) los contadores, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 43 de 1990 del Congreso de la República.

⁹⁴ De conformidad con el artículo 101 de la Ley 388 de 1997 del Congreso de la República.

⁹⁵ A pesar de ser debate jurídico, los capitanes ostentan autoridad administrativa en la embarcación durante el desplazamiento, para ello se aplica lo concerniente a las disposiciones civiles y mercantiles, particularmente los artículos 1495, 1498, 1499, 1501, 1805 y 1807 del Código de Comercio y artículo 1112 del Código Civil.

⁹⁶ En esta lista se pueden encontrar: (i) cámaras de comercio, de conformidad con el artículo 78 del Código de Comercio (Presidencia de la República., 1971); (ii) registros genealógicos oficiales de animales de razas puras de conformidad con el artículo 4° de la Ley 427 de 1998 del Congreso de la República que reglamentó los títulos genealógicos del sector equino y bovino; (iii) entidades que agremian profesionales según lo estipula el artículo 26 de la Constitución Política de 1991.

cuales permiten entender las actividades del servicio público administrativo indirecto derivado de la descentralización por colaboración. Así las cosas, las actividades derivadas de la descentralización por colaboración tienen un margen de derecho público para las funciones administrativas y derecho privado para sus actividades de funcionamiento., ostentan personería jurídica, gozan de autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente. Se debe precisar que, dependiendo de la actividad derivada de la descentralización por colaboración, podrá aplicarse una vigilancia subjetiva a la actividad prestada derivada del poder de policía del delegante o del vigilante particular.

Finalmente, los contratos o convenios administrativos ostentan una caracterización particular derivada de la Ley 80 de 1993 del Congreso de la República. Como se mencionó anteriormente, el artículo 2°, numeral 3°, establece que se denominarán servicios públicos: *“Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado...”* (Congreso de la República, 1993). Además, el artículo 3° plantea que la finalidad de la contratación estatal es “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines”, entendiéndose entonces que la actuación de los particulares conlleva la satisfacción del interés general a través del servicio público.

En este sentido, la primera característica implica que, cuando el particular desempeñe funciones públicas, será aplicable el fuero jurisdiccional contencioso administrativo; sin embargo, cuando no actúe en el marco administrativo, será aplicable el régimen del derecho privado. La segunda característica implica el cumplimiento del objeto contratado, es decir, existe autonomía administrativa y financiera, conformada por un capital privado o mixto (en los casos de asociaciones público-privadas en contrato de obra). Los

particulares que satisfacen la prestación de un servicio público ostentan personería jurídica y dependen de un proceso contractual adjudicatario.

Resulta pertinente indicar que existe una vigilancia objetiva aplicable a los contratos o convenios administrativos, derivada de los poderes exorbitantes de la administración para la coacción del cumplimiento contractual.

iv. Conclusiones

El objeto del presente escrito es resolver la pregunta: ¿cómo se clasifica el servicio público en Colombia? Por lo que es palpable la adecuada identificación del servicio público, catalogado como género, y considerado como un puente entre la satisfacción del interés general y las actividades prestacionales que permiten lograr dicha satisfacción. De allí se desprende la característica esencial derivada de la prestación satisfactoria de la actividad, lo que permite entender con suficiente precisión la identificación del servicio público como una actividad que implica el despliegue de acciones materiales del Estado o de los particulares en pro de la satisfacción del interés general.

Ahora bien, este servicio público se clasifica en tres especies que se armonizan con la descentralización por servicios y por colaboración. Dentro de la descentralización por servicios, en consonancia con las actividades previstas por la ley a cargo de la Rama Ejecutiva y que tienen un menor grado de dependencia por su calidad de vinculadas, se encuentra la primera especie, denominada Servicio Público Industrial y Comercial. Esta se supedita a una óptica objetiva, donde se identifican como subespecies las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las Sociedades Públicas. Cada uno de estos tipos de entidades tendrá funciones distintas, las cuales se pueden apreciar en la Tabla 3 y en la Figura 2.

Por otro lado, dentro de la misma óptica de descentralización por servicios y en paralelo a la descentralización por colaboración, en consonancia con las actividades

previstas por la ley o por autorización de estas en cabeza del Estado, y en armonía con los particulares, compartiendo una vigilancia con un grado intermedio de dependencia, se encuentran el Servicio Público Administrativo Indirecto fungiendo dentro de la óptica mixta, pues ostenta calidades subjetivas y objetivas, como el fuero jurisdiccional, según las actividades realizadas y el marco regulatorio y de vigilancia que propone el Estado sobre dichas actividades. En esta especie se identifican cuatro subespecies: las Empresas Sociales del Estado, las Empresas Oficiales de Servicios Públicos, las actividades derivadas de la descentralización por colaboración y los contratos o convenios administrativos. Las características de estas subespecies se pueden observar con mayor detenimiento en la Tabla 3 y en la Figura 2.

Finalmente, dentro del grueso de la investigación se encuentran las actividades de servicio público que presta el Estado de forma directa bajo un monopolio. No obstante, para evitar el debate sobre la crisis del servicio público al considerar que cualquier actividad estatal es servicio público, se debe interpelar a la aplicación de dos criterios: (i) criterio orgánico: que sea el Estado quien lo preste; y (ii) criterio material: que implique el despliegue de actividades prestacionales en pro de la satisfacción del interés general. Haciendo esta precisión, se encuentra la tercera especie, la cual se denomina servicio público administrativo directo, bajo una óptica netamente subjetiva, donde se presenta una clasificación de orden constitucional y otra legal.

En la clasificación constitucional se encuentran como subespecies los Órganos de Control, las Corporaciones Autónomas Regionales, los Entes Universitarios Autónomos, el Banco de la República, la Autoridad Nacional de Televisión y la Rama Judicial. En la clasificación legal se identifican dos tipologías: (i) del sector descentralizado, las subespecies: Establecimientos Públicos, Superintendencias con Personería Jurídica, Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica, Institutos Científicos y

Tecnológicos, y Agencias Especiales y Entidades de Naturaleza Única; (ii) del sector central, las subespecies: Superintendencias sin Personería Jurídica y Unidades Administrativas Especiales sin Personería Jurídica. Cada una de estas tipologías puede ser observada con mayor detenimiento en la Tabla 3 y en la Figura 1.

A modo de síntesis, es pertinente analizar la Tabla 2 que se expone a continuación, donde se puede observar el servicio público como género y la primera clasificación de especies: Industrial y Comercial, Administrativo Directo y Administrativo Indirecto, con sus características correspondientes.

Tabla 3.

Tipologías del Servicio Público

Servicio Público	Criterio diferenciador	Características
Industrial y comercial (Objetivo)	Mercado	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mercado 2. Régimen de responsabilidad derivado de la prestación del servicio público (jurisdicción ordinaria). 3. Regulación del Estado. 4. Ostentan personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente.
Administrativo directo (Subjetivo)	Monopolio estatal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Monopolio estatal de actividades prestacionales a cargo del Estado. 2. Régimen de responsabilidad contencioso-administrativo (acto y hecho -responsabilidad extracontractual de falla en la prestación del servicio). 3. Características legales para cada tipología en particular.
Administrativo indirecto (Mixto)	Mercado y monopolio	<ol style="list-style-type: none"> 1. Monopolio estatal entregado al particular. 2. Régimen de responsabilidad contencioso administrativo para actividades derivadas de la prestación; régimen de responsabilidad de derecho privado para actividades derivadas del mercado. 3. Regulación del Estado. 4. Ostentan personería jurídica, una relativa autonomía administrativa y financiera (dependiendo de la clasificación) y capital independiente (dependiendo de la clasificación).

Nota: elaboración propia.

La tabla anterior permite observar brevemente la connotación de cada una de las tipologías estudiadas, junto con sus características generales. No obstante, a continuación, se presentan la Tabla 3 y las Figuras 2 y 3.

Ahora bien, este servicio público se clasifica en tres especies que se armonizan con la descentralización por servicios y por colaboración. Dentro de la descentralización por servicios, en consonancia con las actividades previstas por la ley a cargo de la Rama Ejecutiva y que tienen un menor grado de dependencia por su calidad de vinculadas, se encuentra la primera especie, denominada Servicio Público Industrial y Comercial, que se supedita a una óptica objetiva. En esta categoría se identifican como subespecies las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las Sociedades Públicas.

Así las cosas, se logra resolver la pregunta de investigación propuesta, identificando, caracterizando y clasificando el servicio público en Colombia, con un énfasis especial en el servicio público subjetivo. Se propone dogmáticamente el entendimiento del servicio público como género y, como especies, el Servicio Público Industrial y Comercial, el Servicio Público Administrativo Directo y el Servicio Público Administrativo Indirecto, cada uno con sus correspondientes tipologías, clasificaciones y subespecies, de acuerdo con el marco jurídico particular.

Tabla 4. Características del Servicio Público según la clasificación y subespecie

SERVICIO PÚBLICO																			
SERVICIO PÚBLICO INDUSTRIAL Y COMERCIAL: ÓPTICA OBJETIVA			SERVICIO PÚBLICO ADMINISTRATIVO INDIRECTO: ÓPTICA MIXTA				SERVICIO PÚBLICO ADMINISTRATIVO DIRECTO: ÓPTICA SUBJETIVA												
Legales - Rama Ejecutiva - Vinculadas			Legales				Constitucionales						Legales - Rama Ejecutiva - Adscritas (Ministerios y Departamentos Administrativos)						
Sector Descentralizado por servicios			Sector Descentralizado por servicios		Sector descentralizado por colaboración		Órganos de Control	Corporaciones Autónomas Regionales	Entes Universitarios Autónomos	Banco de la República	Comisión Nacional de Servicio Civil	Rama Judicial	Sector Descentralizado por servicios					Sector Central	
Empresas Industriales y Comerciales del Estado	Sociedades Públicas	Sociedades de Economía Mixta	Empresas sociales del Estado	Empresas oficiales de servicios públicos	Actividades derivadas de la descentralización por colaboración	Contratos o convenios administrativos							Establecimientos Públicos	Superintendencias con personería jurídica	Unidades Administrativas Especiales con Personería	Institutos Científicos y Tecnológicos	Agencias Especiales y Entidades de naturaleza única		Unidades Administrativas Especiales sin Personería
Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	Creación	
Creación por Ley o con su autorización	Creación por autorización legal	Creación por autorización legal	Creación por Ley, ordenanza o acuerdo	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley o con su autorización	Creación por mandato constitucional	Creación por Ley	Creación por Ley	Creación por Ley	Creación por mandato constitucional	Creación por mandato constitucional	Creación por mandato constitucional	Creación por Ley, ordenanza o acuerdo	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley o con su autorización	Creación por Ley
Marco Jurídico: derecho privado	Marco Jurídico: derecho privado	Marco Jurídico: derecho privado	Marco Jurídico: derecho público y privado	Marco Jurídico: derecho público y privado	Marco Jurídico: derecho público y privado	Marco Jurídico: derecho público y privado	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público	Marco Jurídico: derecho público
Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente conformado por más del 90% del Estado	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente, siendo filial de una Empresa Industrial y Comercial del Estado	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente conformado por menos del 90% del Estado	Autonomía administrativa y financiera, según acto de creación, capital cien 100% público, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, según acto de creación, capital cien 100% público, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, capital cien 100% privado, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, capital privado o mixto, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente	Autonomía administrativa y patrimonial	Autonomía administrativa y patrimonial	Autonomía administrativa y patrimonial	Autonomía administrativa y patrimonial	Autonomía administrativa y financiera, según acto de creación
Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Con personería jurídica	Sin personería jurídica
Vinculada a ministerios o departamentos administrativos	Vinculada a ministerios o departamentos administrativos	Vinculada a ministerios o departamentos administrativos	Dependen de la Nación o del Ente territorial que las haya creado	Dependen de la Nación o del Ente territorial que las haya creado	Dependen de la Nación o del Ente territorial que las haya creado	Dependen de un proceso contractual adjudicatario	Autónoma	Autónoma	Autónoma	Autónoma	Autónoma	Autónoma	Autónoma	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos o entidad	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos o entidad	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos o entidad	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos	Adscritas a ministerios o departamentos administrativos
Desarrollo de actividades comerciales, prestación de servicios públicos	Desarrollo de actividades comerciales, prestación de servicios públicos	Desarrollo de actividades comerciales, prestación de servicios públicos	Prestación de servicio público de salud	Funciones Administrativas y prestación de servicios públicos domiciliarios	Funciones Administrativas y prestación de servicios públicos	Prestación de servicios públicos	Funciones Administrativas, potestades de autoridad	Funciones Administrativas, potestades de autoridad	Prestación de servicio público de educación	Funciones Administrativas, potestades regulatorias	Funciones Administrativas y prestación de servicio público de empleo público	Prestación de servicio público de justicia	Funciones Administrativas y prestación de servicios públicos	Funciones Administrativas, potestades de autoridad, potestades regulatorias	Funciones Administrativas, potestades regulatorias	Funciones Administrativas, potestades regulatorias	Funciones Administrativas, potestades regulatorias	Funciones Administrativas, potestades de autoridad	Funciones Administrativas
La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente	La dirección dependerá de sus estatutos	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director general	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un representante legal	La dirección dependerá del acto de creación o delegación correspondiente	La dirección dependerá del contrato o convenio celebrado	La dirección dependerá de cada criterio orgánico que disponga la Ley	La dirección dependerá de cada criterio orgánico que disponga la Ley	La dirección dependerá de cada criterio orgánico que disponga la Ley	La dirección a cargo de un consejo directivo y del presidente del Banco de la República	La dirección estará a cargo de una sala plena conformada por 3 miembros	La dirección dependerá del Consejo Superior de la Judicatura con base a las disposiciones particulares dispuestas en la Ley	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente	La dirección a cargo de un superintendente	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director general o ejecutivo	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director general	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director o presidente	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director o presidente	La dirección a cargo de un consejo directivo y de un director general o ejecutivo

Figura 9. Servicio Público Administrativo Directo en Colombia: Óptica Subjetiva

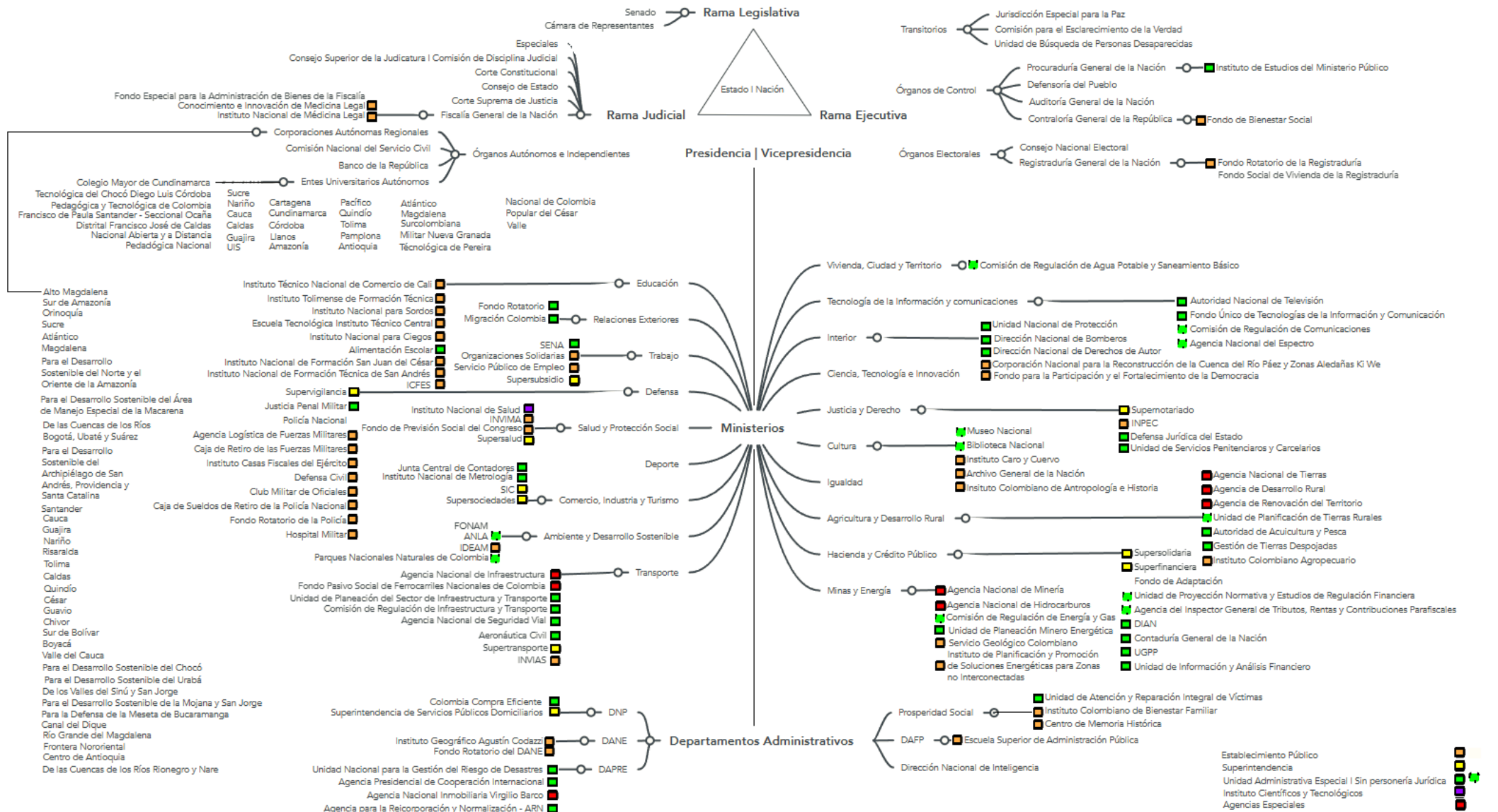
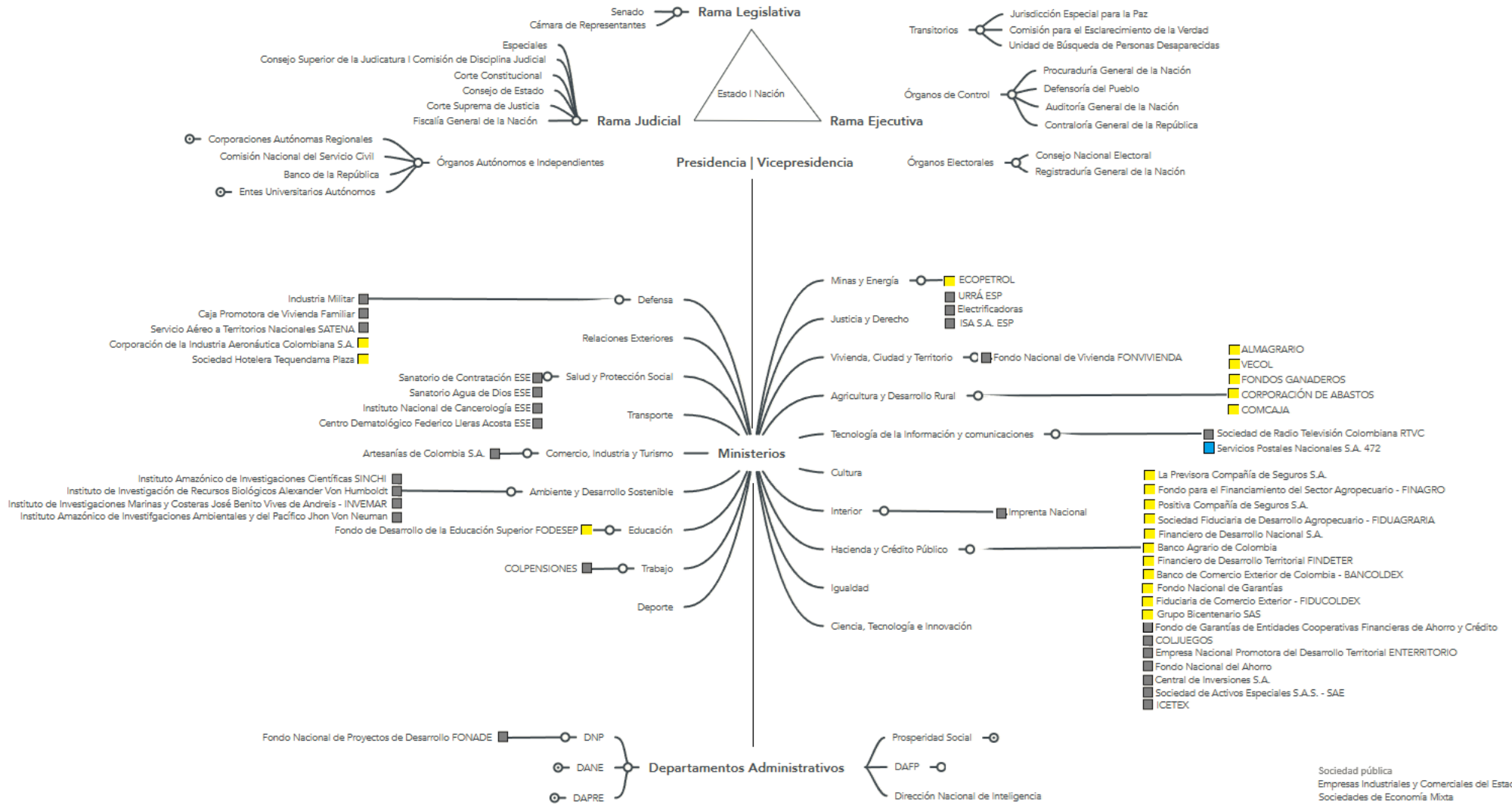


Figura 10. Servicio Público Industrial y Comercial de Orden Nacional y Servicio Público Administrativo Indirecto: Ópticas Objetiva y Mixta



CAPÍTULO IV

APROXIMACIÓN AL PODER DE POLICÍA: REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SUBJETIVO EN COLOMBIA

“El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia”

- Jeremy Bentham

Este capítulo se fundamentará en el estudio de la esencia de la regulación como consecuencia teórica del poder de policía, en reciprocidad a los derechos de los ciudadanos, resultado del reconocimiento de la soberanía. Por ello, se abordará desde un enfoque prescriptivo y argumentativo, donde dialogan la calidad del servicio público subjetivo y el modelo policivo.

Es indispensable retomar la metodología dogmática, apoyándose en el trabajo de escritorio y aplicando el método de análisis de lenguaje sobre las teorías de regulación en el servicio público. Para ello, se estudiarán fuentes primarias y secundarias de diversos autores que han desarrollado estas teorías.

En este punto, y teniendo claridad sobre la necesidad legal de la regulación del servicio público subjetivo en Colombia, se propondrá al lector la siguiente subpregunta de investigación: *¿Qué relación tiene la regulación en el servicio público subjetivo en Colombia?* Esta pregunta resolverá el cuarto y último objetivo específico, que consiste en analizar la relación de la regulación en el servicio público subjetivo a partir del

establecimiento de parámetros teóricos de garantía a los derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico colombiano.

i. **Aproximación teórica de la regulación**

Tal como se ha indicado a lo largo del presente escrito, resulta oportuno mencionar que el primer antecedente jurídico de la regulación se manifiesta en el poder regulatorio, entendido como un derecho que asiste a la administración en la relación Estado-sociedad, con la finalidad de preservar el interés público —ejercicio de soberanía—, el cual reposa en la noción de poder de policía⁹⁷ propuesta por Maurice Hauriou, entendida a su vez dentro de los actos de autoridad que emanan de la administración (Hauriou, 1893). No obstante, como se ha señalado previamente, la noción de Estado Social alcanzó su máximo auge a comienzos del siglo XX, por lo que los esfuerzos teóricos se cimentaban en los actos de gestión, donde la administración era responsable de realizar actividades para la satisfacción del interés general (Villar Borda, 2007). Esto desplazó los actos de autoridad y, por ende, el poder de policía, reduciendo la noción a un simple poder de policía especial —fuerza pública— y a los elementos esenciales y de validez del acto administrativo.

⁹⁷ Al respecto, este identifica que la noción de policía administrativa -mantener el orden público- se subdivide en: (a). policía estatal; y (b) policía municipal -dentro de las cuales se encuentran el concepto de policía general -mantener el orden público territorial de actividades cotidianas- y policía especial -mantener el orden público de actividades que se prevén que podrían generar ciertas perturbaciones al poder del Estado- (Hauriou, 1893); así pues, el poder de policía se ejerce mediante actos de autoridad para los administrados. Ahora bien, resulta relevante indicar que el poder de policía concede unos derechos al Estado para el mantenimiento del orden público y lo que a la postre será la satisfacción del interés público -recordando la relevancia que esta noción tiene con el concepto de soberanía-, estos derechos son: (i) el poder reglamentario; (ii) el derecho a disponer de la fuerza pública -fuerza policial y la fuerza armada-.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, las dinámicas sociales, culturales y, especialmente, las globales y económicas llevaron a entender que el Estado Social⁹⁸ — con una administración prestacional mediante actividades propias de los actos de gestión— tendría graves consecuencias de sostenibilidad (Ariño Ortiz, 1996). Por lo tanto, este se transformaría en un Estado Garante, el cual ejercería los referidos actos de autoridad con el poder reglamentario —como derecho que le asiste al Estado—, siendo a su vez “*antagónico*” de los actos de gestión y desplazando dicha noción con desdén.

Es indispensable no perder de vista el concepto de servicio público que planteó Hauriou como finalidad estatal, el cual abarcaría ambos tipos de actos —de gestión y de autoridad—.

Bajo este contexto, surgiría la teoría económica de Hayek, crítico del Estado Social⁹⁹ y las posturas económicas estatistas de Keynes¹⁰⁰, que darían pie a la autorregulación

⁹⁸ Al respecto, se debe indicar que el Estado Social resultó siendo una consecuencia jurídico-política en donde se matizan los fines sociales y el papel del Estado aparecería en su condición prestacional garante de la convivencia en donde participaría cerrando las brechas de las fallas del mercado (Guinard, 2017).

⁹⁹ Sobre Hayek resulta oportuno indicar que en su texto “*La redistribución de la riqueza y la política tributaria*” es excesivamente crítico a los impuestos progresivos por la naturaleza jurídica de los mismos y el despojo de la propiedad, al respecto relaciona el debate -de la época- a la individualización de actividades que tendrían impuestos más costosos que otros o con una “injusticia” democrática partiendo del principio de libertad absoluta para la redistribución de ingresos, los cuales a la postre terminarían en la satisfacción del interés público a partir de los servicios públicos. La crítica es sustancial e inminente: “*Es injusto pretender que a la mayoría le está permitido transferir, mediante discriminación, las cargas fiscales a la minoría; que un mismo servicio pueda retribuirse de forma diferente según quien lo preste; y que todo un estamento, simplemente por tener unos ingresos distintos a sus semejantes, se vea privado de los incentivos y compensaciones que proporciona el actuar de otros*” (Hayek, 2021, p. 404).

¹⁰⁰ Es importante contextualizar al lector acerca del debate teórico que se matizaba en pleno auge de la segunda guerra mundial, no solamente se encontraban en disputa pensamientos políticos respecto de las obligaciones estatales con sus ciudadanos, sino que también se encontraba en debate el pensamiento económico encabezado por las ideas de Keynes -defensor de la teoría económica que fundaba el Estado Social en donde este tenía la obligación de la protección del capital del trabajo, en consonancia con las teorías marxistas- y Hayek -padre del neoliberalismo económico-. Al respecto se puede observar el debate en las siguientes líneas “Esto significa que el volumen del flujo generalmente reducirá o aumentará en cierta medida, debido a que se producen modificaciones en la demanda final y la demanda de factores primarios, en distinta medida e incluso en dirección opuesta. Es por ello que la visión usual, basada en el análisis keynesiano, que representa la relación entre demanda final y ocupación como relación existente entre la succión ejercida desde el extremo de un caño y el flujo que se genera en el otro extremo, es muy confusa. Entre ambos extremos hay un reservorio elástico o cambiante cuyo tamaño depende de las circunstancias, y que es dejado de lado en el análisis keynesiano.

como medida desestatizante. Las posturas económicas siempre han girado en torno a la eficiencia como principio económico: mayor beneficio a menor costo.

Estas medidas desestatizantes se entienden hoy dentro del nuevo modelo de estructuras de gobernanza a partir de un Estado regulador. Esto implica comprender la dicotomía de la desregulación, que propugna que “*freer markets’ mean ‘more rules’*”, donde el Estado cumple una función netamente activista a partir de la formulación de un marco completamente regulatorio en pro del interés público, sobre el cual se puede apreciar el siguiente apartado conceptual:

Far from removing the state from the market, the neoliberal drive has required national authorities to set new rules of the economic game (...) in this context, a number of studies draw attention to the plethora of decentralized regulatory agencies and hybrid public-private structures which, being effectively removed from democratic oversight, in principle give the state more rather than less scope for action (Weiss, 2011, p. 192)

No obstante, este afianzamiento de las medidas neoliberales propuestas por Hayek haría un elogio a la política jurídico-económica que tenía Colombia, desde el punto de

Lord Keynes ha demostrado que no es capaz de entender esto en su comentario despectivo a la correcta afirmación de Leslie Stephens sobre ‘la doctrina, que tan rara vez es comprendida, que tal vez su comprensión cabal sea el mejor examen para un economista que la demanda por bienes no es demanda de trabajo’ Keynes con seguridad no pasó esta prueba. Su visión excesivamente simplista y unidimensional de la relación entre la demanda de productos finales y el empleo es consecuencia de su falta de comprensión de los factores que afectan las distintas fases del flujo de producción y que producen, alternativamente, acumulación y desacumulación de capital a tasas cambiantes. El sistema de producción capitalista se caracteriza por la necesidad de mantener el flujo de bienes, provisiones herramientas e infraestructura, o aumentar el volumen de los mismos si se quiere lograr un crecimiento de producción en el futuro. (...) Los métodos alternativos al ‘capitalismo’ que han sido propuestos requieren, al contrario, que el uso de todos los recursos de capital sea decidido por una agencia central” (Hakey, 2002).

vista regulatorio, que antecedió a la misión Kemmerer¹⁰¹ (Valencia Cobo, 1987), cuyo objetivo fue solventar la crisis económica de los años veinte (Peña Sepúlveda, 2011).

Ahora bien, antes de abordar la construcción jurídico-económica de la regulación que se plantea con la intervención del Estado en la economía, es indispensable entender que el uso actual del concepto deviene de dos vías: una económica y otra jurídica. En cuanto a la vía jurídica, basta mencionar las disposiciones de Hauriou ya referidas —ejercicio de soberanía—; sin embargo, la vía económica tendrá otra suerte, por lo que se deberá desarrollar a continuación.

Para abordar una construcción teórica de las ideas liberales de economía que darían soporte a la regulación, es necesario hacer referencia a la comunión de varias escuelas de pensamiento económico¹⁰² sobre la regulación, exceptuando la austriaca y la

¹⁰¹ No es ajeno reflexionar sobre el pensamiento avanzado que tenía Kemmerer en el direccionamiento de la economía, no solamente resultó ser un economista muy influyente para Suramérica siendo asesor de los gobiernos Colombia, Chile, Ecuador, Bolivia y Perú (Paul, 2004), sino que también abordó de forma crítica el modelo de bancarización en Estados Unidos a partir de la crisis de 1907, en donde analizó el modelo bancario vigente en la época y propuso un sistema de banca central que fuese independiente al gobierno pero estatal y que tuviese participación de los bancos para contrarrestar el modelo autónomo que tenían para la época -un control entre los propios bancos- (Kemmerer, 1913); así mismo, planteó estudios avanzados de las causas de la inflación, analizando factores propios como la moneda en circulación, el oro de la nación como parámetro de medida para la capacidad de pago de deudas nacionales, las reservas bancarias, precios y la regulación bancaria como consecuencia de la guerra (Kemmerer, 1918). Por lo que los países suramericanos tendrían un voto de confianza en sus estudios y análisis de macroeconomía aplicada a los modelos de cada Estado.

¹⁰² Es prudente realizar una mera delimitación a las escuelas de pensamiento económico, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (i). La escuela clásica: tiene filósofos de gran envergadura -en su mayoría británicos- como lo son David Hume (1711-1776), Adam Smith (1723-1790), Thomas Malthus (1766-1834), David Ricardo (1772-1823), James Mill (1773-1836), John Ramsay McCulloch (1789-1864), John Stuart Mill (1806-1873), William Jevons (1835-1882), Alfred Marshal (1842-1924), Arthur Pigou (1877-1959), John Maynard Keynes (1883-1946), sin embargo también se encuentra influencia de otros filósofos que a pesar de no ser británicos nutrieron en esta escuela como es el caso de François Quesnay (1694-1774) -de la escuela fisiocrática pero que estudiaría la agricultura como elementos de la sobreproducción-, Jean Baptiste Say (1767-1832), Antoine Agustín Cournot (1801-1877), León Walras (1834-1910) e incluso a Karl Marx (1818-1883) -ya que su método de crítica a la escuela clásica lo convertiría a la postre en un clásico, sin embargo hay quienes lo consideran de su propia corriente filosófica por estudiar aspectos políticos y sociales al margen de la economía- entre otros; esta escuela se caracterizaría por estudiar la producción, la moneda y la oferta y demanda. (ii). La escuela austriaca: tiene filósofos como Carl Menger (1840-1921), Friedrich von Wieser (1851-1926), Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), Ludwig Von Mises (1881-1973), Friedrich August von Hayek (1889-1992) -este último influenciaría a Milton Friedman (1912-2006) en la escuela norteamericana- entre otros; esta escuela se caracterizaría por realizar una crítica a la escuela clásica a partir de nociones propias de producción y la

norteamericana moderna, ya que esta última se influenció de la austriaca a partir de la Segunda Guerra Mundial y plantea una postura “*extrema*” de libre cambio, donde autores de las escuelas clásica —inglesa, alemana, francesa y americana— jugarían un papel relevante en el entendimiento de la regulación.

El punto de partida será, entonces, el economista estadounidense Alexander Hamilton, quien planteó ideas propias de un banco nacional y lo que, a la postre, derivaría en la regulación de la moneda (Hamilton, 1885). No obstante, este no fue su único aporte a las ideas económicas de la regulación, pues también estableció las bases de un “*Estado Desarrollador*” mediante incentivos fiscales y una política industrial (Suárez, 2019), así como las nascentes ideas de nacionalismo económico aplicado.

Las teorías de Hamilton serían desarrolladas también por el norteamericano Henry Carey, quien sembraría las primeras semillas de la economía política —nación, sociedad y Estado— con su libro *The Principles of Political Economy*, donde plantearía diversos puntos en relación con el mercado, estableciendo que la intervención económica primaría por proteger tanto al productor como al consumidor (Meardon, 2011), manteniendo siempre el libre mercado y priorizando la protección de la industria nacional (Rossi, 2019). Este acercamiento al consumidor será relevante más adelante para observar cómo varían los intereses económicos en los derechos subjetivos.

relación entre demanda y oferta -inversamente- en donde su pensamiento más liberal los llevaría a ser considerados un libre mercado ortodoxo. (iii) las escuelas alemana y francesa -Lausana-: que tendrían autores como Adam Müller (1779-1829), Frederick List (1789-1846), Wilhelm Roscher (1817-1894), Bruno Hildebrand (1812-1878) y Karl Knies (1821-1898) -por el lado de Alemania; y -los ya referidos- François Quesnay (1694-1774), Jean Baptiste Say (1767-1832), Antoine Augustin Cournot (1801-1877), León Walras (1834-1910) y Wilfredo Pareto (1848-1923), entre otros -por el lado de Francia-. (iv) la escuela norteamericana que fue influenciada por Alexander Hamilton (1757-1804), Henry Carey (1777-1852) y Frederick List (1789-1846) -este último alemán-.

Sin embargo, la economía política, como vertiente de pensamiento, sería afianzada por el pensamiento de Frederick List¹⁰³, de la escuela histórica alemana, al proponer que los intereses de la nación se relacionan con los intereses privados y el poder público. Este último, a la postre, matizaría la intención de una regulación en pro del interés público (List, 1856). Así, realiza una crítica considerable al absolutismo liberal¹⁰⁴ y a las consecuencias del despotismo del libre mercado, lo cual equilibraría la balanza entre naciones; estas ideas fueron pilares para la consolidación de la Unión Europea.

En este momento histórico en que confluyen Carey y List, Estados Unidos experimentaría la creación de la primera superintendencia de escuelas en el año 1812 en el estado de Nueva York, la cual cumpliría tres propósitos: (i) planificar un sistema escolar común; (ii) informar sobre la gestión de fondos públicos; y (iii) proporcionar información relacionada con la legislación estatal en materia escolar (Kowalski y Brunner, 2011). Esta superintendencia de escuelas fue posteriormente replicada en todos los demás estados norteamericanos. Sin embargo, resulta relevante señalar que esta superintendencia propondría un modelo de vigilancia, inspección y asistencia para cumplir los fines estatales, es decir, garantizar la satisfacción del interés público, siguiendo de cerca el pensamiento nacionalista, donde la educación sería el medio más idóneo para formar ciudadanos competentes —mano de obra calificada—.

¹⁰³ A pesar de ser alemán, por encontrarse exiliado en Estados Unidos hizo parte de la escuela norteamericana y tuvo influencia indirecta de Hamilton y directa de Carey, lo cual permitió plantear una crítica contundente contra la escuela de economía clásica -inglesa- y particularmente el pensamiento de libre cambio ortodoxo de David Ricardo, al establecer la importancia de la intervención del Estado en aspectos excepcionales de los intereses públicos.

¹⁰⁴ Al interior del liberalismo clásico y lo que a la postre se considerará el neoliberalismo, se encuentran dos vertientes claras, la primera se denominará para el presente escrito liberalismo ortodoxo -entendido como el absolutismo liberal- el cual consiste en la disminución del Estado en donde se otorgue una libertad casi absoluta al libre mercado, mientras que la segunda vertiente se denominará liberalismo conservador, el cual consiste en una intervención media del Estado.

Entonces, resulta curioso observar que las ideas principales de Hamilton —banco central autónomo y vigilancia de la banca— sean absorbidas en Colombia con la *Misión Kemmerer*, más de un siglo después, así como que la superintendencia de educación aún no exista dos siglos después de haber sido establecida.

En este contexto, tomaría un papel predominante la escuela clásica, representada por uno de sus máximos exponentes, John Stuart Mill, famoso por su texto *Utilitarianism*, publicado en 1863 —más allá de su gran obra sobre principios de economía política¹⁰⁵—, el cual pondría un escenario de la utilidad marginal aplicada a la vida en sociedad, a partir de los preceptos de mayor felicidad con criterio moral (Mill, 1980). No obstante, es interesante observar un distanciamiento de Mill en *Principles of Political Economy* respecto a Carey y List, pues considera que la protección a la industria nacional es un error económico y califica estas ideas como falsas teorías porque se alejan del libre cambio. Sin embargo, a su vez, propone un punto teórico en el que converge con estos autores, el cual se fundamenta en un límite al Laissez-Faire o no intervención, donde el Estado deberá intervenir en (i) educación; (ii) contratos irrevocables que afecten al consumidor; (iii) cuando el consumidor requiera protección por medio de agencias delegadas, especializadas en el conocimiento del tema; (iv) cuando se requiera una disposición legal para materializar un derecho subjetivo; y (v) intervención por agencias de caridad pública (Mill, 2004).

La construcción teórica hasta aquí desarrollada permite delimitar cómo confluyen los pensamientos de cada escuela en torno a la regulación. La primera aproximación proviene de la escuela norteamericana, en cabeza de Hamilton, con la moneda y el banco federal —así como el valor de las cosas—, seguido por Carey, quien estableció los parámetros

¹⁰⁵ Así mismo lo cita el autor en su autobiografía (Mill, 2008), pues irónicamente resultó que el texto que más lo hizo reconocido mundialmente fue *Utilitarianism*, siendo este un libro al que este no le habría prestado mucha atención.

de protección de la industria nacional, del consumidor y del productor. La segunda aproximación se entiende a través de List, quien matizó que el Estado cumple un rol importante en los intereses de la nación mediante la satisfacción del interés público. La tercera aproximación se fundamenta en la escuela clásica con las ideas de Mill, quien sugirió que el Estado debe intervenir en el mercado de forma excepcional, sustrayéndose de su propia escuela.

Estas primeras posturas son contrarias a las ideas fundacionales de la escuela clásica, ya que se alejan de las ideas absolutistas del libre mercado que defendían Adam Smith, David Ricardo y McCulloch, entre otros. Esto no implica que Mill sea contradictorio con respecto a sus antecesores, sino que propone un punto de excepción aplicado a las teorías absolutistas del libre mercado, postura que cobraría fuerza más adelante.

Las dinámicas comerciales de globalización en el siglo XIX, relacionadas con bienes y servicios en el ámbito del transporte —desarrollo ferroviario— y de los servicios públicos domiciliarios —desarrollo de energía eléctrica y gas, así como la necesidad básica de agua— plantearían un ejercicio mancomunado entre el Estado y el sector privado, donde ambos trabajarían en pro del interés público (Gray, 1907). Así, estas dinámicas posicionarían al Estado como un actor más activo en la filosofía clásica económica, allí. En este contexto, se encuentran dos grandes autores que se distancian de las ideas de libre cambio absolutista y continúan el pensamiento de Stuart Mill, constituyendo así una excepción a la regla mencionada en párrafos anteriores.

En un primer escenario de globalización, se observa a León Walras (2008), de la escuela francesa, quien influyó en la escuela neoclásica. Walras planteó los modelos de microeconomía aplicada en su obra *"Elementos de economía política pura (o Teoría de*

la riqueza social)" (1987), aunque no debe dejarse llevar por el título de esta obra¹⁰⁶. También formuló preceptos de justicia económica¹⁰⁷ en su texto "*Teoría de la propiedad*", en el cual define la propiedad como un derecho natural del ser humano, replicando así a Adam Smith. Además, establece las condiciones de mercado (in)completas bajo tres puntos esenciales: (i) existencia de un precio corriente en el mercado; (ii) intervención de la moneda con la fijación de su valor; y (iii) productos fabricados en el mejor mercado posible. Estas condiciones de mercado se atribuyen a la

¹⁰⁶ El título de la obra de Walras es sugestivo cuando refiere a la "*riqueza social*", no obstante, esta no es entendida en un sentido altruista de bienestar social, sino que refiere a elementos propios de escasez de bienes y servicios que puedan existir en la economía equilibrada -teoría que realmente lo haría reconocido-, para lo cual plantea un modelo de econometría aplicada a casos microeconómicos y como estos podrían tener un efecto en lo macroeconómico.

¹⁰⁷ Al respecto resulta oportuno citar un apartado de gran relevancia respecto de la visión e Walras "El interés y la justicia demanda entonces que el precio del servicio de la tierra vaya al Estado y cubra sus gastos. Esa era la idea de los fisiócratas, de Quesnay y de Turgot, cuyo único error fue dar una base demasiado amplia a su teoría del impuesto único sobre la renta, viendo en la tierra toda la riqueza social. Es doblemente halagador haber llegado, por los más serios motivos, a la doctrina que profesaron los hombres que fundaron la economía política en Francia y haber sido, por ello, marginado de la ciencia por aquellos que la han llevado al punto de postración o de descrédito en el que hoy se encuentra. Hace treinta años existían dos teorías de la propiedad en la economía política francesa: la de los individualistas-moralistas que fundamentaban la propiedad en la personalidad del hombre y negaban el valor de la tierra, y la de los individualistas-utilitaristas que reconocían el valor de la tierra y fundamentaban la propiedad en las necesidades de la producción. Los economistas contemporáneos no tienen ninguna teoría de la propiedad. Son la escuela liberal, la escuela de la libertad y del liberalismo, los adversarios del estatismo y del socialismo de Estado. Eso les basta para todo, y del principio de la libertad de industria deducen, sin orden ni lógica, la libre competencia y el libre cambio, los monopolios privados para la explotación de las minas y de los ferrocarriles y para la emisión de los billetes de banco, la propiedad territorial individual (¿por qué no la esclavitud?). Es cierto que esta manera de proceder es aceptable en la propaganda electoral, los informes y discursos académicos, las alocuciones presidenciales o los prospectos inaugurales de las ligas de beneficencia, y otros ejercicios de "defensa social"; pero también es cierto que sólo tiene una relación lejana con la búsqueda científica de la verdad. Es por ello que, remontándonos a la generación anterior para encontrar con quién hablar, nos dirigimos a los economistas individualistas, bien sean utilitaristas o moralistas, y diremos a los unos que las necesidades de la producción no sólo no implican la propiedad territorial sino que la excluyen, y a los otros que si su teoría de la propiedad se basa en el hecho de que la tierra no tiene valor, está en ruinas, puesto que el valor no proviene del trabajo sino de la escasez, o de la utilidad combinada con la limitación de la cantidad. Así sucede con la doctrina de la propiedad territorial individual de Bastiat y con la doctrina aristotélica de la esclavitud: la destruyen queriendo consolidarla. Si los bárbaros no son hombres, la esclavitud es inquebrantable; si lo son, no se sostiene en pie respecto a la justicia. Lo mismo ocurre con la apropiación individual del suelo, si la tierra puede tener un valor intrínseco. El interés, igual que la justicia, demanda, por otra parte, que el precio del servicio de las facultades personales vaya al individuo y le permita vivir" (Walras, *Teoría de la propiedad*, 2008, p. 365).

competencia y desarrollan los principios del ser humano —justicia, asociación, aseguramiento y solidaridad— aspectos filosóficos que resultan relevantes.

En un segundo escenario de globalización matizó la teoría de Arthur Pigou —de la escuela neoclásica influenciado por Walras- particularmente en su libro *“La economía de bienestar”* donde plantearía la importancia de intervención del Estado¹⁰⁸ en la economía para proteger el derecho de propiedad del consumidor principalmente ante los monopolios -esta sería la primera falla en el mercado detectada y construida teóricamente contra las posturas absolutistas de libre cambio, la ausencia de competencia por desequilibrio del mercado y abuso del derecho de propiedad-. Así se construiría un argumento circular en torno a la propiedad individual afectada en colectivo -sociedad- contra la propiedad particular -empresa-, no obstante plantearía una reflexión sobre la intervención del Estado en cuatro retos: (i) las entidades gubernamentales se dedican fines distintos de la intervención económica; (ii) exceso de burocracia -cuerpos colegiados demasiado grandes-; (iii) la autoridad pública no tiene en cuenta los factores económicos; y (iv) presión electoral a los entes gubernamentales. Retos que serían superados con las comisiones de regulación técnica, conformada por hombres ajenos al Gobierno pero que este hiciera parte (Pigou, 1946).

A la par de Pigou, la escuela neoclásica aportaría un teórico de relevancia significativa: John Maynard Keynes, quien mantendría las ideas de economía social y sería un exponente de una visión estatal diferente, donde primaría el gasto público en relación con la moneda y el control financiero bancario a cargo del Estado, así como la

¹⁰⁸ La teoría de Pigou planteará entonces “La única deducción que podemos hacer, al igual que establecimientos entre ambos tipos de gestión -pública o privada-, es que probablemente la eficiencia técnica será mayor en el caso de la gestión pública que no en el de la privada en régimen de libertad” (Pigou A. , 1946, págs. 331-332) haciendo alusión a que la libertad derivaría de la falta de presión a la que se someten los órganos gubernamentales, en la gestión pública y en la propiedad pública, sin embargo considera que esta gestión se debe dar por sociedades públicas en el marco de competencia, lo que hoy entenderíamos como empresas industriales y comerciales.

gestión de lo público a través de empresas estatales y el control del consumo (Bittes Terra y Ferrari Filho, 2012). No se puede perder de vista, de ninguna manera, que el presente escrito propone una estructuración de las teorías de regulación, siendo la de Keynes una teoría sumamente excesiva, ya que implica más intervención que regulación. Por lo tanto, se debe continuar con el hilo argumentativo y no profundizar en la teoría general que él propuso. Así las cosas, la regulación que plantearía Keynes en el último capítulo de su obra más famosa, *"The General Theory of Employment, Interest and Money"*, cimentaría argumentos invaluable de su teoría, que, a la postre, soportarían las teorías de regulación.

Así las cosas, el primer punto de partida de la teoría de Keynes se fundamenta en el valor axiológico del capitalismo, que tiene su esencia en una teoría individual, tesis que él refuta. Por otro lado, este mismo individualismo buscará la concentración y acumulación de capital, lo cual disminuirá la posibilidad de crecimiento económico. Por ello, Keynes propone que el Estado debe fomentar el gasto público a través del consumo y retribuir la construcción de un modelo económico dinámico¹⁰⁹, pero netamente intervencionista, en el que el Estado cumpliría un papel activista (Keynes, 1926).

¹⁰⁹ Al respecto, resulta oportuno tener en cuenta la siguiente cita del autor para entender su posición respecto de estas posturas: *"At the same time we must recognize that only experience can show how far the common will, embodied in the policy of the State, ought to be directed to increasing and supplementing the inducement to invest; and how far it is safe to stimulate the average propensity to consume, without foregoing our aim of depriving capital of its scarcity-value within one or two generations (p.335) (...) The State will have to exercise a guiding influence on the propensity to consume partly through its scheme of taxation, partly by fixing the rate of interest, and partly, perhaps, in other ways. Furthermore, it seems unlikely that the influence of banking policy on the rate of interest will be sufficient by itself to determine an optimum rate of investment. I conceive, therefore, that a somewhat comprehensive socialization of investment will prove the only means of securing an approximation to full employment; though this need not exclude all manner of compromises and of devices by which public authority will co-operate with private initiative (p. 336) (...) Let us stop for a moment to remind ourselves what these advantages are. They are partly advantages of efficiency—the advantages of decentralization and of the play of self-interest. The advantage to efficiency of the decentralization of decisions and of individual responsibility is even greater, perhaps, than the nineteenth century supposed; and the reaction against the appeal to self-interest may have gone too far. But, above all, individualism, if it can be purged of its defects and its abuses, is the best safeguard of personal liberty in the sense that, compared with any other system, it greatly widens the field for the exercise of personal choice. It is also the best safeguard of the variety of life, which emerges precisely from this extended field of personal choice, and the loss of which is the greatest of all the losses of the homogeneous or totalitarian state. For this variety preserves the traditions*

Esta tesis sería también reflexionada por Pigou, quien prevé que el gasto público propuesto por Keynes afectaría sustancialmente la economía, generando deflación, y que la intervención del Estado en la economía no resultaría favorable, salvo en excepciones puntuales ya expuestas (Pigou, 1973). Por lo tanto, las teorías económicas de Keynes quedarían sin respaldo y con un desarrollo intelectual precario.

La escuela neoclásica no sería la única que atacaría a Keynes por su intervencionismo; también lo haría la escuela austriaca, encabezada por Friedrich Hayek, quien, como se mencionó anteriormente, tendría un papel relevante en la escuela norteamericana moderna. Hayek sería un acérrimo defensor del libre mercado, y la postura intervencionista de Keynes resultaría contraria a su visión.

Terminada la Segunda Guerra Mundial y entendiendo la crisis fiscal que conllevaría un modelo intervencionista, con un Estado de bienestar bajo una administración prestadora, tomaría fuerza la teoría económica de Hayek, que posteriormente influiría en la famosa escuela de Chicago y en las teorías de Milton Friedman, donde el mercado se autorregularía y la intervención del Estado en la economía no sería posible (Núñez Errázuriz, 2000).

which embody the most secure and successful choices of former generations; it colours the present with the diversification of its fancy; and, being the handmaid of experiment as well as of tradition and of fancy, it is the most powerful instrument to better the future (p. 337-338) Whilst, therefore, the enlargement of the functions of government, involved in the task of adjusting to one another the propensity to consume and the inducement to invest, would seem to a nineteenth-century publicist or to a contemporary American financier to be a terrific encroachment on individualism, I defend it, on the contrary, both as the only practicable means of avoiding the destruction of existing economic forms in their entirety and as the condition of the successful functioning of individual initiative. For if effective demand is deficient, not only is the public scandal of wasted resources intolerable, but the individual enterpriser who seeks to bring these resources into action is operating with the odds loaded against him. The game of hazard which he plays is furnished with many zeros, so that the players as a whole will lose if they have the energy and hope to deal all the cards. Hitherto the increment of the world's wealth has fallen short of the aggregate of positive individual savings; and the difference has been made up by the losses of those whose courage and initiative have not been supplemented by exceptional skill or unusual good fortune. But if effective demand is adequate, average skill and average good fortune will be enough (p. 338)" (Keynes, 2018)

Es importante realizar una recapitulación de las ideas estudiadas sobre la regulación y cómo se armonizan. Desde el ámbito jurídico, se encuentra la noción del poder de policía, que entiende la intervención del Estado como una garantía del interés público. Por otro lado, desde el ámbito económico, se presenta la noción de regulación, que surge en los modelos nacionalistas y se transforma con las ideas del libre cambio, enfocándose en asuntos puntuales como las fallas del mercado, la relación entre consumo y monopolios.

Paralelamente, las ideas de regulación giran en torno a la eficiencia y al papel que desempeñaría el Estado en el marco de las relaciones de mercado. Esta situación da pie al desarrollo del Derecho Económico, que posteriormente se convertirá en el Derecho Administrativo Económico.

ii. **Calidad en la administración pública**

La comunión de las ideas económicas y jurídicas de la regulación plantea un ejercicio práctico que abarca el interés público como fin y propone diversos "medios" de actividad privada y pública para el cumplimiento de dicha finalidad. En este contexto, la actuación estatal se enfocaría en dos medios particularmente: (i) garantizar el libre mercado, pero regulando sus mínimos —poder de policía o actos de poder en las fallas de mercado—; y (ii) mantener ciertas actividades bajo su control debido a la imposibilidad de que sean prestadas por el sector privado —monopolio estatal—. Ambas vías cuentan con soporte en los derechos subjetivos, como un ejercicio de garantía mínima de satisfacción para el ciudadano como consumidor, por ello la importancia de la regulación (Darnaculleta Gardella, 2003).

Inicialmente, la regulación se enfocaría en la garantía del libre mercado para satisfacer el interés general y establecer límites a la actuación de los particulares, lo cual se llevaría a cabo mediante actos de autoridad ante las denominadas fallas de mercado.

En la teoría económica, estas fallas incluyen: la falta de competencia, la presencia de externalidades —positivas o negativas—, mercados incompletos, la existencia de bienes públicos, asimetrías en la información —riesgo moral y selección adversa—, y el déficit público —paro, inflación y desequilibrio— (Rodríguez Cairo, 2013). Así, el Estado plantea un derecho legítimo de intervención mínima en la economía para la protección de los derechos humanos subjetivos, fundamentándose en una noción básica de satisfacción a partir del principio de eficiencia (Massimino, 2015).

Paralelamente y ajeno a la regulación, aunque cercana a la intervención económica, el Estado mantiene los monopolios estatales mediante actos de gestión que buscan satisfacer el interés público no cubierto por el mercado o que, por su importancia estatal, no se entregó a los particulares, como es el caso de la seguridad y la justicia. Sobre este particular, se plantea un escenario de crítica jurídico-económica, donde la teoría de Hayek cobra relevancia al percibir que el Estado de bienestar a partir de una administración prestacional debía ser desmantelado en pro del interés general, lo que implicaría la desaparición de actos de gestión. Esto permitiría que el mercado asuma dichas actividades en competencia (Friz, 2016), bajo el argumento jurídico de la libertad. Esta situación que se vería durante los gobiernos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, y posteriormente en otros gobiernos que comparten una ideología o trayectoria neoliberal.

Es importante señalar que la esencia de la regulación se matiza en los derechos subjetivos, para lo cual también se inmiscuyen argumentos de dos vías: la primera, de carácter jurídico, propone que el Estado, en relación con la soberanía que ejerce sobre la sociedad, tiene la obligación de satisfacer adecuadamente las necesidades colectivas a través de actividades altamente técnicas, ya sean propias o de particulares (Forsthoff, 2013). La segunda de carácter económico, argumenta que la eficiencia y la competencia

garantizarían la satisfacción de las necesidades por parte del mercado, ofreciendo mejor calidad a menor costo, lo que incluye la relación de consumo (Guinard H., 2017).

Ambas vías de la esencia de la regulación coinciden en que la regulación económica debe fundamentarse en el papel del Estado para promover la satisfacción del interés público, estableciendo parámetros mínimos de calidad (Núñez Errázuriz, 2000).

El punto neurálgico aterriza en que el Estado colombiano no ha realizado ningún tipo de regulación para garantizar la satisfacción del interés público en relación con los actos de gestión que son monopolio estatal. Esto deslegitima los argumentos económicos y jurídicos que se han aplicado para regular las actividades de mercado.

Es importante destacar las críticas planteadas por profesores como Juan Carlos Cassagne¹¹⁰ y Gaspar Ariño Ortiz (2005) respecto a la visión de la regulación económica, ya sea en términos de desregulación o neoregulación. Estas críticas surgen de un desconocimiento de la soberanía como esencia del Estado, ya que fundamentan su argumentación en las libertades individuales, como la libertad de empresa y de asociación, con la finalidad de competir para prestar un servicio de calidad mínima. Al mismo tiempo, critican los actos de gestión por "desplazar" el libre mercado bajo la excusa del servicio público, aunque también reconocen que los actos de autoridad son, en sí mismos, un servicio público teoría expuesta por Maurice Hauriou.

¹¹⁰ Así lo refiere también de manera puntual Juan Carlos Cassagne: "El servicio público (en su versión amplia o restringida) es una institución con caracteres típicos y definidos, mientras que la regulación constituye una función o actividad englobada en el poder de policía. En cualquier caso, el servicio público es el objeto de la regulación, por lo que esta noción que juega en el plano de la competencia y de los poderes o facultades de los órganos estatales nunca puede confundirse con la institución que regula. En tal sentido, la institución, en su función actual, no se diferencia de la regulación (17)." (Cassagne J. C., 2002)

Por otro lado, el Estado ha planteado la necesidad de regular el mercado cuando existen las fallas de mercado. Dentro de estas, se pueden identificar tres que tienen relación directa¹¹¹ con el consumo, actividad prestacional dentro del criterio material: (i) falla de la competencia (monopolios), (ii) mercados incompletos y (iii) existencia de bienes públicos. Esta regulación estatal sería liderada por el gobierno, en el contexto de las tres funciones esenciales que tiene respecto a la intervención en la economía, las cuales se han recopilado en términos de eficiencia (evitar monopolios), igualdad (redistribución económica) y estabilidad (reducción de inflación y desempleo) (Samuelson y Nordhaus, 1989).

Con base en el párrafo anterior, se puede formular entonces que la relación de consumo, orientada a la satisfacción del interés público, también se aplica a los actos de gestión que realiza el Estado. Por ello, resulta interesante establecer una analogía sobre la forma en que el Estado aborda las fallas de mercado. Consecuentemente, este mismo ejercicio de análisis debe aplicarse a sus actividades. Sin embargo, este ejercicio se realizará bajo la función esencial de la eficiencia, y no de la igualdad o de la estabilidad, ya que estas dos últimas no generan una actividad prestacional a favor de la sociedad cuando se trata de actividades de monopolio estatal.

Resulta oportuno precisar que la igualdad y la estabilidad, como medidas de intervención, son inoperables ante el monopolio estatal. La igualdad se aplica como una medida de equilibrio en relación con el consumidor, mientras que la estabilidad se considera como una medida social; ambas están dirigidas al mercado y no se aplican al monopolio estatal, recordando que este último es un poder que se atribuye al Estado, alejándolo así del mercado.

¹¹¹ Sobre la relación indirecta de consumo existen la presencia de externalidades -positivas o negativas-, asimetrías de la información -riesgo moral y selección adversa- y déficit público -paro, inflación y desequilibrio-.

Dicho lo anterior, es fundamental resaltar la necesidad de regular el monopolio estatal para garantizar una adecuada prestación de un servicio público mínimo de calidad. Esto implica que se deba partir por el monopolio estatal, derivado de fallas de competencia y mercados incompletos. En cuanto a las primeras, las fallas de competencia, es decir, los monopolios, han sido contrarrestadas por diversas teorías, entre las cuales llaman la atención las siguientes: (i) No intervención: esperar que el mercado lo evite; (ii) legislación antitrust: disponer legislación que lo prevenga; (iii) establecimiento de impuestos: plantear cargas tributarias; y (iv) fijación de un límite de beneficios: plantear un margen máximo de utilidad marginal¹¹².

Se propondrá un ejercicio reflexivo sobre esta situación particular de las fallas de competencia en deconstrucción. La relación entre la sociedad y el Estado implica una carga para este último, que debe satisfacer el interés público —la sociedad— con estándares mínimos de calidad. Este interés público puede surgir tanto de actividades propias del Estado como de particulares. Sin embargo, en el caso hipotético de un monopolio estatal, este decide prestar el servicio directamente a través de la actividad que se denomina servicio público, mediante actos de gestión que no deben confundirse con actividades industriales y comerciales del Estado.

En este contexto, la primera medida, "*no intervención*", no tendría éxito para el monopolio estatal, ya que no existe riesgo de pérdida en el mercado por la ausencia de

¹¹² Sobre las medidas tomadas, se pueden especificar de la siguiente manera: (i). No intervención: hace alusión a que el mercado mismo, bajo la teoría de mercados disputables, permita que el monopolio tenga riesgo de perder el mercado y mantenga por sí mismo un mercado competente de buena calidad de bienes y servicios a menor costo para evitar la competencia; (ii) Legislación antitrust: implica dos teorías, la primera se fundamenta en la *rule of reason* la cual prevé que no se pueden constituir monopolios que no fueran razonables, la segunda implica una formulación de leyes que impidan la fusión y/o adquisición de empresas independientes para tomar el mercado; (iii). Establecimiento de impuestos: creación de impuestos a los monopolios fiscales en donde se realiza un costo tributario para que el empresario busque evitar la consolidación de monopolios que lo afectarían o no serían rentables; y (iv). Fijación de un límite de beneficios: fijar los precios de consumo para evitar los costos de venta y que la utilidad marginal del monopolio no sea gravosa al consumidor (Busstos Gisbert, 2007)

competencia, y solo se sujetaría a un deber ético (Ara Pinilla, 2010). La tercera medida, "*establecimiento de impuestos*", resulta inoperante, ya que implica un ejercicio de la soberanía estatal. Es relevante señalar que el establecimiento de impuestos en el mercado opera para el productor; por lo tanto, en el escenario de un monopolio estatal, atribuir impuestos al mismo Estado por su misma actividad no generaría una medida que contrarreste el monopolio estatal, y, por el contrario, sería una "*sanción*" presupuestal. La cuarta medida, "*fijación de un límite de beneficios*", tampoco resulta viable, ya que el acto de gestión en el monopolio estatal no genera utilidad marginal en un sentido económico.

La segunda medida, "*legislación antimonopolio*", abriría una puerta interesante para la formulación del interés público, al establecer un límite que propondría el mismo Estado a través de una ley que indique los estándares mínimos de calidad —autorregulación legislativa—, aunque no sería propiamente derivada de la actividad preventiva, sino enfocada en la actividad prestacional.

Por otro lado, en relación con la segunda medida de "*mercados incompletos*" —la legislación *antitrust*—, el Estado tendría la obligación de realizar la actividad prestacional de satisfacción del interés general mediante actos de gestión. Así, se aplicaría a cabalidad la facultad legislativa correspondiente a la "*legislación antimonopolio*", es decir, esta también serviría como remedio para los mercados incompletos que se proponga un estándar mínimo de calidad, pero sujeto a que lo endose al particular cuando exista un mercado.

Finalmente, la cuarta medida, referida a la "*existencia de bienes públicos*" o bienes no rentables, acarrea una connotación de mayor envergadura, ya que son bienes cuya administración la ostenta el Estado y que generan una situación de disfrute, independientemente de que su beneficiario pague o no por ellos. Por lo tanto, la existencia

de estos bienes no implica, per se, una situación de afectación a la competencia, sino todo lo contrario.

Después de realizada esta analogía sobre las medidas estatales adoptadas para evitar las fallas de mercado y así garantizar la satisfacción del interés público con parámetros mínimos de calidad —que tienen ocasión al derecho del consumidor—, se concluye que, en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, solo se tiene un deber moral en la adecuada prestación del servicio público bajo estándares mínimos de satisfacción. Esto se debe a que no existen medidas semejantes a la “*legislación antimonopolio*” que obliguen un estándar mínimo de calidad.

Dicho esto, se debe abordar otro tema relevante que se desprende de la delimitación de los parámetros mínimos de calidad, los cuales plantea el profesor José Antonio Bonilla Castillo en su texto “*Gestión de la calidad total en el servicio público*” (2014). Este texto contiene cinco parámetros: (i) calidad del producto o servicio; (ii) costo del producto o servicio; (iii) atención; (iv) seguridad; y (v) disposición¹¹³.

¹¹³ La referencia particular que realiza el autor sobre la calidad de la gestión del servicio público, se sintetiza en el siguiente apartado: “*a) Calidad intrínseca del producto (o servicio). En sentido amplio, se relaciona específicamente con las características inherentes al producto (o servicio) y por eso el nombre de intrínsecas, capaces de dar satisfacción al consumidor. En el caso del servicio público, esto implica una serie de aspectos tales como: ausencia de defectos, fallas o errores, adecuación al uso, características agradables al usuario, confiabilidad, previsibilidad, etc. Estas características pueden ser medidas a través de indicadores, tales como número de facturas erradas, tasas de infección hospitalaria, de reclamaciones, de cortes en el abastecimiento de agua o luz, magnitud de desperdicios, etc. b) Costo del producto o servicio. Se refiere básicamente al costo de producción, tanto al costo final como a los intermediarios (insumos, mano de obra, transporte, etc.). Pero según Campos (13) el precio es también importante pues “él debe reflejar la calidad. Se cobra por el valor agregado”. Naturalmente que cuanto menor sea el precio del producto o servicio, mayor será la satisfacción del consumidor. Pero eso no implica en una relación lineal perfecta. Ocurre que un elemento fundamental es el concepto de valor*, o sea lo que el consumidor estaría dispuesto a pagar por el producto (o servicio). Por lo tanto, su precio deberá llevar en cuenta el valor que el producto tiene para el usuario. Lo ideal es que el precio sea igual o algo menor al valor establecido. Ejemplos de esta dimensión son: costo de elaboración de un estudio o proyecto, costo de materiales (papel, tinta), costo de capacitación de funcionarios, entre otros. c) Atención. El cliente debe recibir el producto en el plazo cierto, en el local cierto y en la cantidad cierta. Además de eso debe ser atendido con buena voluntad, cortesía y amabilidad. Algunos indicadores podrían ser: atraso en la entrega de documentos o correspondencia, atraso en la entrega de material fotocopiado, demora en la atención al usuario. d) Seguridad. Es fundamental que el producto o servicio no amenace la salud física o psicológica del usuario. e) Disposición. Se refiere a la motivación que los empleados de la empresa manifiestan. Una*

Otra opción para considerar los parámetros mínimos de calidad se refleja en el ordenamiento jurídico español, que también ha influido en el colombiano. Este ordenamiento prevé su estructuración a partir de los principios establecidos en el artículo 3° del “*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”¹¹⁴ (Jefatura del Estado, 1992), lo que implica un desarrollo de principios. No obstante, esta disposición legal requiere de dos notas apreciativas. La primera de ellas es la derogatoria de la misma bajo el nuevo “*Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*” (Jefatura del Estado, 2015). Sin embargo, en la disposición que la derogó se desarrolló lo correspondiente a la buena regulación como concepto jurídico previsto en los artículos 129 y 130¹¹⁵ de dicha norma,

de las formas de evaluar la disposición es a través del nivel de ausentismo. Según Campos (13), para que ocurra motivación en las organizaciones, estas “deben esforzarse en pagar bien los empleados, respetándolos como seres humanos y dándoles oportunidad de crecer como personas y en el trabajo, viviendo una vida feliz” (Bonilla Castillo, 2014, p. 33).

¹¹⁴ El artículo en mención que desarrolla los principios es el siguiente: “Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. 2. Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos. 3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico. 4. Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única. 5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.” No obstante, se debe indicar que esta disposición fue derogada en el año 2015.

¹¹⁵ Es menester citar los artículos 129 y 130 de la disposición para entender cómo se armoniza la buena regulación y cual sería la finalidad de esta como parámetro de evaluación del Estado para verificar el cumplimiento de los fines de satisfacción del interés público. Así las cosas, los artículos en mención establece: “Artículo 129. Principios de buena regulación. 1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios. 2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. 3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. 4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa

planteando una autorregulación del monopolio estatal. La segunda apreciación debe evaluarse a partir de la “*Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*” (Jefatura del Estado, 1997), que estableció las bases de la calidad en el funcionamiento del Estado. Esta disposición también fue derogada; no obstante, fue sustituida por el “*Régimen Jurídico del Sector Público*” (Jefatura del Estado, 2015), el cual establece todo lo relacionado con la calidad del servicio público.

Nótese que tanto la buena regulación como la calidad del servicio público nacen de un principio que debe ser matizado con el fin de satisfacer el interés público. Así, los fines altruistas de los principios de buena administración se materializan con estándares

normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas. Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, estos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta. Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante. Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exijan. 5. En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas. 6. En aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. 7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Artículo 130. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación. 1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente. 2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica”.

regulatorios de calidad para la adecuada prestación del servicio público. Se puede observar que los parámetros de calidad establecidos se logran apreciar a través de un sistema propio de principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. No obstante, estos principios tendrían a su vez un desarrollo con estándares de evaluación cualitativa y cuantitativa¹¹⁶.

Por otro lado, la sociedad cuenta con otra herramienta para establecer los parámetros de calidad del servicio público, la cual se desarrolla a partir de múltiples programas, entre los cuales se encuentran: (i) Programa de análisis de la demanda y de evaluación de la satisfacción de los usuarios de los servicios; (ii) Programa de cartas de servicios; (iii) Programa de quejas y sugerencias; (iv) Programa de evaluación de la calidad de las organizaciones; (v) Programa de reconocimiento; (vi) Programa del Observatorio de la Calidad de los Servicios Públicos.

Así las cosas, es absolutamente palpable que, para lograr la satisfacción del interés público, se deben llevar a cabo actividades que satisfagan las necesidades, en las que gocen estándares mínimos de calidad, incluyendo, por supuesto, las actividades del

¹¹⁶ Sobre esta disposición, se deberá observar el artículo 3° de la Ley 40 de 2015, que estableció: “*Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos. b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos. c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa. d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. f) Responsabilidad por la gestión pública. g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas. h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales. j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas. 2. Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados. 3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades Locales, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico. 4. Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”.*

monopolio estatal o de la actuación de los particulares. Por ello, no se debe olvidar que los grandes cambios en la transformación del derecho público se vieron plasmados en las agencias de regulación mixtas —particulares y públicas— para la satisfacción del interés público, dejando de lado las actividades prestacionales en cabeza del Estado (Stolleis, 2017). Esto implica que el Estado debe salvaguardar sus propios intereses y los de la sociedad a partir de criterios que permitan evaluar o medir la calidad del servicio público que presta.

iii. **Insuficiencia de los modelos regulatorios vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano para el servicio público subjetivo**

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se avizora que la prestación del servicio público subjetivo no cuenta con un marco regulatorio propio sobre las actividades prestacionales. Es decir, existen casos puntuales en los que se puede plantear un proceso mínimo de regulación que tenga como intención prestar un servicio de calidad. No obstante, incluso en aquellos casos en que se prevé un ejercicio mínimo regulatorio, este resulta insuficiente para la adecuada prestación del servicio público o para el fin último de la regulación en la relación usuario-servicio-calidad.

A manera de ejemplo, es factible plantear dos casos esenciales para el desarrollo de actividades propias del interés general. El primer ejemplo recae sobre la justicia, vista como un servicio público subjetivo, en la cual la Rama Judicial propone un modelo de evaluación para todos los servidores judiciales vinculados al servicio a través del sistema de carrera. En este modelo, solamente se evalúan principios, y los efectos de dicha calificación recaen únicamente en la posibilidad de ser promovidos o de recibir

estímulos¹¹⁷, entre otros (Consejo Superior de la Judicatura, 2016). El segundo ejemplo se supedita en la seguridad derivada de los centros de reclusión, donde se presenta una dicotomía funcional de relevancia. La primera de ellas se refiere a las actividades propias del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), que no cuentan con estándares de calidad delimitados en la Ley 65 de 1993 para la atención de reclusos, lo que conlleva al hacinamiento carcelario. Asimismo, se observa que el INPEC, a pesar de emanar los lineamientos necesarios, no tiene coacción en la calidad del servicio público en las cárceles departamentales y territoriales (Instituto Rosarista de Acción Social, 2011).

Podría plantearse un último ejemplo de un tema también transversal: la educación básica, que a todas luces genera una brecha significativa de calidad. Es menester dividir este argumento en dos premisas. La primera es la medición de estándares internacionales —pruebas PISA— que acreditan falta de competencias de los estudiantes (La República, 6 de diciembre de 2023). La segunda premisa, ante la falta de una Superintendencia de Educación que realice las funciones de vigilancia, inspección y control —necesarias últimamente (Casas Mogollón, 2023)—, es que el ordenamiento jurídico colombiano prevé que estas actividades de supervisión recaigan en las Secretarías de Educación territoriales, según el Decreto 1075 de 2015 del Gobierno Nacional. No obstante, este

¹¹⁷ Al respecto, se debe indicar varios elementos críticos que plantea esta regulación: (i). se deriva de una actuación administrativa mediante un acto administrativo, es decir, la formulación legal no es genérica para todos los servicios públicos -subjettivos- sino para uno en particular; (ii). el modelo de evaluación no contiene elementos propios de la prestación del servicio, sino que recae sobre los servidores públicos para evaluarlos independientemente a cada uno y no a la actividad prestacional; y (iii). los efectos de la evaluación no prevalecen sobre medidas correctivas sino sobre medidas de incentivos personales tal y como lo prevé el artículo 8 que indica: *“Efectos de la calificación integral de servicios. La calificación integral de servicios tiene efectos para: a. Analizar la prestación del servicio para buscar el mejoramiento continuo. b. Obtener estadísticas que contribuyan al seguimiento, medición y elaboración de políticas en materia de administración de justicia. c. Ser promovidos, en los términos y condiciones que establezca la ley. Hoja No. 6 Acuerdo No. PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016 - “Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial” Calle 12 No. 7 - 65 Conmutador - 5 658500 www.ramajudicial.gov.co d. Recibir estímulos y distinciones. e. Participar en los programas de capacitación y formación. f. Evaluar la procedencia o improcedencia de traslados. g. Determinar la permanencia o retiro del servicio.”*. Dicho esto, no se observa un poder coactivo del Estado direccionado al mejoramiento de la actividad prestacional.

decreto prevé un modelo de evaluación para los docentes que no cumplan con los estándares mínimos para acreditar la enseñanza (Ley 115 de 1994 del Congreso de la República). Se debe insistir al lector que la actividad de evaluación no recae sobre los modelos prestacionales, sino sobre el desempeño individual del funcionario público.

Dicho lo anterior, se podría realizar un ejercicio plenamente individualizado para cada una de las actividades prestacionales del Gobierno nacional. No obstante, este ejercicio académico no busca desarrollar esta propuesta; de hecho, pretende plantear los cimientos generales de una reflexión en torno a la determinación de la necesidad de regulación en pro de una calidad para el ciudadano, de conformidad con el servicio público subjetivo en Colombia.

Lo más cercano a una generalización de la adecuada prestación del servicio público subjetivo reposa en el principio de la “buena administración”, que es una extensión del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia (1991), el cual ha tenido un desarrollo relevante en el ámbito de la jurisprudencia. Al respecto, este principio ha sido entendido como:

La cláusula de Buena Administración como principio y derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano. Por averiguado se tiene que la Administración está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración (Consejo de Estado, Fallo 55813 del 10 de octubre de 2016).

Nótese que este apartado jurisprudencial, fuera de los múltiples pronunciamientos que ha tenido la Jurisprudencia contencioso-administrativa para el desarrollo de este principio en particular (Arenas Mendoza, 2020), denota la finalidad del interés general o bien común, cuestión que tiene una incidencia directa en el servicio público subjetivo expuesto previamente en capítulos anteriores, así como en la regulación referente a la calidad para la adecuada satisfacción del usuario.

Este principio de “buena administración” también ha planteado un cambio de paradigma, mutando para ser considerado, además, un derecho, derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000 (Milkes, 2019). La concepción del derecho prevé una nueva delimitación de las facultades discrecionales de la Administración, que, como se indicó en el capítulo anterior, se materializa a partir de los actos administrativos, en contraposición a los actos de gestión, que implican una

actuación prestacional. Así las cosas, se puede apreciar que los actos de poder o discrecionales se limitan constantemente e incluso se aplican de forma directa a la actuación administrativa; sin embargo, no corre la misma suerte los actos de gestión — prestación del servicio público administrativo directo—, donde la limitación de estos se encuentra a la deriva.

De una u otra vía, se puede apreciar que la regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano no goza de unos límites o mínimos reales y adecuados para las actividades prestacionales. Es decir, no existen parámetros claros que identifiquen la calidad prestacional del servicio público subjetivo ante la ausencia de medidas regulatorias, de inspección, vigilancia y control sobre estas actividades. No se evidencia de forma clara que las medidas tengan como finalidad la prestación del servicio público, sino la evaluación del funcionario público respecto a sus deberes legales. Esta misma suerte corre el principio o derecho de la buena administración, que no propone estándares mínimos de prestación y se encuentra sujeta al deber ser aristotélico de lo que la administración considere interés general o bien común.

En palabras de Joseph Stiglitz “(...) una regulación impone a un individuo o empresa una restricción a lo que de otro modo habría hecho (...) La regulación adecuada puede incluso proponer innovaciones que mejoren el bienestar (...) la regulación es necesaria debido a que los costos y beneficios sociales y privados, y por tanto los incentivos, están mal alineados (...)” (2010). Esta noción básica de regulación no es menor, ya que propende por explicar como la regulación entra a convertirse en una herramienta para el beneficio social cuando la prestación del servicio la hace el mismo Estado y no un particular.

Es necesario aclarar para efectos de la presente investigación dos momentos de la regulación, el primero de ellos se deriva de la escuela neoclásica que abordaría la

regulación a partir de las fallas de mercado y puntualmente el monopolio (Apella I. & Maceira D., 2005); mientras que el segundo momento derivaría de la consolidación de la escuela de la regulación de origen francés para la década del 70 del Siglo XX (Gutiérrez E., 1986) y estudiaría el desarrollo del capitalismo en su edad de oro, así como la resiliencia para adaptarse a las condiciones de mercado a partir de estándares de regulación (Lipietz A. 1994). Precisamente en dicha edad de oro (1945-1973) fue que se concibió al Estado como el garante del crecimiento económico a partir de la generación de empleo, así como el único capaz de estimular o contraer la demanda bajo un modo “fordista” (Ormaechea E., Sidler J. y Almada J, 2021).

El punto de relevancia de la escuela de la regulación, radica en su noción, la cual se aproxima a “una constelación, aquella que implica los siguientes elementos: relación-reproducción-contradicción-crisis” (Lipietz, 1986). Esta noción de regulación, entendería que el Estado colombiano se encuentra, dentro de la constelación de la regulación, bajo el elemento de contradicción y crisis -relación social quasi catastrófica respecto de la prestación del servicio público-.

Los ejemplos considerados al iniciar este subtítulo demuestran que, en actividades esenciales como la educación básica, la seguridad penitenciaria y la justicia no existe un parámetro claro de calidad en el servicio público. Por el contrario, se enfoca puntualmente en la función pública derivada del funcionario, y no en la actividad prestacional en pro del interés general. Esta carencia permite concluir que el servicio público subjetivo no solo ha sido olvidado como un servicio público, sino que también ha carecido de desarrollo constitucional, jurisprudencial, normativo y doctrinal respecto a los estándares mínimos de calidad en la prestación del servicio público. En particular, el servicio público administrativo directo se ha encontrado en el olvido y parece sobrentender la existencia del Estado en el cumplimiento de sus finalidades, obviando la relación adecuada en lo

concerniente a la prestación y, consecuentemente, lo que sería considerado como la real satisfacción del usuario o ciudadano. Esto implica cumplir con unos estándares mínimos de calidad a partir de la regulación de la actividad, donde exista vigilancia, inspección y control de estas actividades, y no solo incentivos o medidas propias del derecho blando, que, al no tener coacción, denotan una insuficiencia.

iv. **Conclusiones**

En consonancia con la metodología que se enfoca en un ejercicio de dogmática, mediante el mencionado trabajo de escritorio y aplicando el método de análisis del lenguaje sobre las teorías de regulación bajo un enfoque prescriptivo y argumentativo, se busca responder la pregunta de investigación del presente capítulo, que se limita a la formulación de la cuestión: *¿Qué relación tiene la regulación en el servicio público subjetivo en Colombia?* Se puede concluir, en primer lugar, que la relación de la regulación en el servicio público subjetivo es la calidad prestacional del servicio, la cual conllevaría la satisfacción del interés general bajo unos parámetros mínimos que actualmente carecen en el ordenamiento jurídico colombiano.

A esta conclusión se llega con facilidad al estudiar la aproximación teórica de la regulación, la cual demostró a partir de diversos autores que han analizado la regulación desde los aspectos jurídicos y económicos. En cuanto a los primeros, se puede apreciar una connotación propia del poder de policía para las actuaciones de los particulares, lo que conlleva un control estatal que busca la satisfacción del interés general. Vale la pena aclarar en este aspecto que se acerca al servicio público administrativo indirecto (óptica mixta) y al servicio público industrial y comercial (óptica objetiva).

Respecto a los aspectos económicos de la regulación, se han apreciado con precisión los puntos de diversas escuelas de teoría económica, siendo de especial relevancia la escuela clásica inglesa, que prevé una visión de intervención estatal enfocada en los

parámetros de cumplimiento mínimos para la satisfacción del servicio al usuario en un modelo de mercado.

Sobre estas dos visiones, se sostiene la propuesta de estas conclusiones, que, como ya se ha indicado a lo largo de este escrito, es necesario mantener una regulación estatal para las actividades prestacionales que presta el mismo Estado, pues ante la carencia de estos parámetros regulatorios, se generan tensiones significativas de despotismo por parte del Estado.

Al plantear como ejercicio reflexivo la inexistencia real, adecuada y mínima de regulación en la prestación del servicio, se aprecia que se atenta contra los derechos subjetivos de los ciudadanos, quienes están a merced de lo que el Estado considere como una adecuada prestación del servicio público. Esto se traduce, en términos prácticos, en una insuficiencia en las actividades prestacionales, lo cual se resume en la falta de calidad que generan estas actuaciones y que, a su vez, plantean una dinámica de insatisfacción del interés general o del bien común.

El punto de tensión radica en los actos de gestión de la administración, teniendo incidencia el principio y derecho de la buena administración —que se aplica en su máximo esplendor en los actos discrecionales o de autoridad—, los cuales prevén algunos insumos que ha de considerar el Estado al momento de ejecutar dichas actividades prestacionales. Sin embargo, estos parecen ser insuficientes, en el entendido que no proponen estándares de evaluación de la actividad prestacional, lo que nuevamente traduce unas facultades propias de insuficiencia en la prestación del servicio público.

Se estudiaron consideraciones particulares sobre servicios esenciales en este capítulo, donde se puede apreciar el hacinamiento carcelario, las pruebas de educación básica con bajos estándares internacionales y lo que eventualmente sería una mora en la administración de justicia, entre otros múltiples ejemplos relevantes para determinar la

insuficiencia regulatoria del servicio público subjetivo. Estos son solo ejemplos empíricos que denotan la necesidad de regulación del servicio público subjetivo, ya que estas actividades prestacionales en cabeza del Estado colombiano no logran cumplir un mínimo en la satisfacción del interés general y dejan en duda lo concerniente a la calidad, que se sobreentiende como abandonada ante la ausencia de regulación correspondiente.

Ahora bien, lo más cercano a la regulación del servicio público subjetivo se denota en la delimitación del principio y del derecho de “buena administración”. A pesar de esta doble connotación, no resulta suficiente para la delimitación de presupuestos claros y medibles que permitan lograr una prestación del servicio público de calidad. Por un lado, al considerarse como un principio que abriga toda la actuación administrativa, es insuficiente en factores propios regulatorios y se resume a ser una prerrogativa que implica un deber ético de la administración en el cumplimiento de unos parámetros axiológicos y no naturales, siendo una antítesis al despotismo que se aplica esencialmente en los actos de autoridad o poder. Por otro lado, al ser considerado un derecho dentro de la Unión Europea, se esperaría que fuera objeto de trasplante jurídico normativo; sin embargo, ha tenido cierto juego vía jurisprudencial, pero resulta nuevamente insuficiente en la delimitación de elementos propios regulatorios que puedan ser objeto de medición.

De esta forma, no solo se aprecia la necesidad de que se aplique desde las aproximaciones teóricas jurídicas y económicas, sino que también se observan las consecuencias de la ausencia de regulación en algunas actividades prestacionales esenciales, que, como se ha indicado a lo largo de este escrito, denotan una falta de cumplimiento de los fines estatales, razón por la cual surge espontáneamente la necesidad de una regulación sólida.

A manera de ejemplo, se puede apreciar cómo el ordenamiento jurídico español prevé un modelo de calidad en la prestación del servicio público, basado en parámetros

regulatorios previamente establecidos que han sido planteados de forma autónoma por la misma entidad objeto de revisión. Este modelo puede ser considerado como un ejemplo, sin que constituya propiamente una delimitación o guía para un trasplante jurídico, ya que carece de contrapeso en su propia estructura. Es decir, la calidad apropiada por los aspectos regulatorios debe ser propuesta por un ente independiente; de igual manera, la vigilancia, inspección y control también deben ser propuestas por un tercero para mantener un contrapeso adecuado. Sin embargo, el ordenamiento español no ostenta, pues carece de elementos de inspección y control, lo que hace que las medidas regulatorias sean de tipo incentivo y no coactivo.

CONSIDERACIONES ESPECIALES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de este escrito, se han podido apreciar varias cuestiones particulares que no deben quedar en el aire o que merecen una atención especial por sintetizarse en este trabajo de investigación doctoral. Cada una de estas cuestiones será abordada de manera crítica y reflexiva. No sin antes indicar que el objeto de la presente tesis se fundamenta en un diagnóstico -ausencia de regulación en el servicio público subjetivo- y no en la resolución de dicho diagnóstico, el cual podría desarrollarse a posteriori, pero este es solo el inicio.

La primera consideración especial se fundamenta en el olvido que se ha tenido respecto al servicio público subjetivo, derivado de las actividades de beneficencia. Esta cuestión resulta relevante porque se construyó a partir de la obligación del Estado hacia las personas más vulnerables. Para el ordenamiento jurídico colombiano, estas actividades se vieron inicialmente en cabeza de los entes territoriales locales; no obstante, se endosaron a las actividades propias de los particulares, lo que permitió que el Estado dejara de ejercer dichas funciones.

La segunda consideración relevante implica un desarrollo histórico sobre la creación de las superintendencias en el mundo. La primera superintendencia se creó en el estado de Nueva York para las actividades de educación (Kowalski, 2011). En contraposición, en Colombia ni siquiera existe una superintendencia de educación, lo que nuevamente resulta llamativo al momento de hacer una apreciación particular.

El tercer elemento a considerar implica el trasplante jurídico del concepto de servicio público, desde el centro hasta la periferia, en donde nuestro modelo jurídico permite la introducción del concepto sin su adecuado entendimiento o, al menos, sin abordarlo en plenitud, más allá de las crisis que ha tenido dicho concepto en el centro del trasplante

jurídico. Es decir, no se entendió la crisis del servicio público y, aun así, la seguimos manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo más grave no es este entendimiento, sino que ese concepto nuevamente entrará en crisis en el centro, debido a las visiones de la Unión Europea, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado desapercibido.

Finalmente, existe otro elemento relevante a considerar: el ordenamiento jurídico español ostenta parámetros de calidad en la prestación del servicio público a cargo del Estado, en un sentido subjetivo. Lo relevante resulta ser una apreciación crítica a dichos parámetros, que juegan una suerte de incentivos para cada entidad que lleva a cabo la actividad prestacional y que se rigen por modelos propios de regulación. Esto plantea un ejercicio dinámico de regulación autónoma; sin embargo, no se aprecian modelos coactivos ante la falta de cumplimiento de estos parámetros mínimos de regulación. Por lo tanto, el modelo español es un referente por el reconocimiento y establecimiento de parámetros de regulación para el servicio público subjetivo, aunque su modelo de vigilancia, inspección y control resulta insuficiente.

Por otro lado, haciendo antesala a lo mencionado sobre el ordenamiento jurídico español, que evalúa la prestación del servicio público a partir de principios que, a la postre, serán evaluables por estándares cuantificables, se recomienda plantear en el ordenamiento jurídico colombiano un modelo de vigilancia, inspección y control derivado de una regulación del servicio público subjetivo al amparo de estándares regulatorios propios de factores cuantificables y de satisfacción del ciudadano. Es decir, se deben proponer parámetros de cumplimiento mínimos en la prestación del servicio público a cargo del Estado, donde, bajo estándares medibles y cuantificables, se aprecie la calidad en la prestación del servicio y no se incurra en elementos tan heterogéneos como el concepto de buena administración.

En cuanto al establecimiento de factores de regulación, el modelo español propone factores autónomos, lo cual podría ser tenido en cuenta por el mismo ente estatal que realice la actividad prestacional. Es decir, se podría aplicar, bajo la óptica del modelo español, un modelo de regulación en el que cada entidad plantee sus propios parámetros.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la diferencia radica en la vigilancia, inspección y control, ya que no se llevarían a cabo bajo el mismo ente estatal, sino que se someterían a un ente tercero encargado de las actividades propias de la vigilancia del cumplimiento de dichos parámetros. Resulta oportuno mencionar aquí, que en nuestro ordenamiento existe vigilancia, inspección y control al servicio público objetivo mediante la coordinación de actividades intersectoriales, donde una entidad plantea la regulación y otra plantea la vigilancia, inspección y control, independientemente de que estén o no en el mismo sector.

Este modelo podría aplicarse bajo la visión de entidades como la Procuraduría General de la Nación, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ya que son entes de carácter estatal que no dependen del poder central. Esto facultaría que se dé independencia en las actividades y permitiría ejercer un control pormenorizado sobre cada ente que realice una actividad prestacional del servicio público.

Nótese que la propuesta de vigilancia, inspección y control va mucho más allá de la planteada en el ordenamiento jurídico español y tiene como robustecimiento la teoría de los pesos y contrapesos. En este modelo, una entidad formula la regulación a partir de los preceptos propios de cada entidad, y posteriormente, otra entidad se encarga de realizar la vigilancia, inspección y control correspondientes a dichos preceptos de cumplimiento. Esto es similar a lo que sucede con la abogacía de la competencia y el concepto de función

pública en regulaciones que modifican la estructura de la entidad y en los ejercicios propios de impacto normativo.

Existe otra posibilidad respecto a la regulación, vigilancia, inspección y control, pero aplicada de forma concentrada, la cual se tendrá en cuenta únicamente para delimitar las diversas opciones. La primera forma de realizarlo de manera concentrada es aplicarla exclusivamente a una entidad estatal que lleve a cabo todas las actuaciones de revisión del servicio público subjetivo. La segunda opción consiste en crear una nueva superintendencia que no dependa del poder central y que, por el contrario, pueda realizar las actividades propias de regulación, vigilancia, inspección y control del servicio público subjetivo.

Tal como se puede apreciar, cualquiera de las nociones previstas podría aplicar en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, la regulación, vigilancia, inspección y control jugarían un papel predominante para la adecuada satisfacción del interés general, lo que a su vez matizaría la interrelación en la calidad del servicio público que presta el Estado y conllevaría, de forma consecuente, a mejores estándares de satisfacción. Esto evitaría incurrir en situaciones arbitrarias por parte del Estado o, lo que es peor, en no satisfacer adecuadamente los parámetros mínimos de cumplimiento, como el hacinamiento carcelario o la mora judicial, entre otros.

CONCLUSIONES GENERALES

Antes de abordar los aspectos sustanciales de la presente tesis doctoral, resulta oportuno reiterar algunos aspectos formales relevantes para entender el aporte al conocimiento, con esfuerzo y dedicación, logrado en esta investigación, al intentar ampliar cualquier ejercicio reflexivo que conlleve al infinito mar del estado del arte de la materia investigada.

El problema de investigación propuesto se delimitó en establecer *¿Cuál es la importancia de superar el déficit en la regulación del servicio público subjetivo en la legislación colombiana?* Teniendo en cuenta que la pregunta “cuál” es de tipo explicativa, implica realizar un ejercicio lo suficientemente amplio que aborde una gran parte de la reflexión teórica en torno a la consolidación del objetivo general propuesto, que se sintetiza en demostrar la necesidad de la regulación del servicio público subjetivo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para lograr la resolución de la pregunta general, *¿Cuál es la importancia de superar el déficit en la regulación?*, y a su vez la consolidación del objetivo general de “demostrar la necesidad de regulación”, se planteó una metodología dogmática con un modelo de trabajo de escritorio, donde cada capítulo tendría su propio método de investigación.

Así entonces, se formula un trabajo de investigación dividido en dos partes que conducen al lector al entendimiento de las ideas planteadas bajo un hilo conductor argumentativo de relevancia y coherencia. La primera parte se encuentra estructurada en la *“Aproximación teórica al servicio público subjetivo en Colombia”*, la cual estudia el servicio público y la clasificación subjetiva desde aspectos generales, y se divide en dos capítulos. La segunda parte se encuentra estructurada en la *“Aproximación práctica del servicio público y propuesta de mejoramiento”*, que estudia el servicio público subjetivo

y su propuesta de clasificación, así como la regulación como una propuesta de mejora en la calidad de las actividades prestacionales que se encuentran en cabeza del Estado, y también se divide en dos capítulos.

Dicho lo anterior, el “*Capítulo I – Nociones fundamentales del concepto de servicio público*” se delimitó para responder a dos preguntas de investigación: *¿Qué es el servicio público subjetivo?* y *¿Cuál ha sido su genealogía en Colombia?* Para sintetizar el primer objetivo específico, que consistió en analizar el servicio público subjetivo en Colombia desde un enfoque genealógico, se abordaron aspectos teóricos de la crisis del servicio público y el abandono de su regulación en el contexto colombiano. Este análisis se realizó mediante un método lógico de contenido de la literatura, utilizando material de consulta de fuentes primarias de los autores más reconocidos en la materia, así como un método de análisis sistemático que entrelazó investigaciones conceptuales en la doctrina, *legisferenda* y jurisprudencia, a partir de diversos materiales secundarios.

Por otro lado, el “*Capítulo II – La noción del servicio público subjetivo en Colombia*” se delimitó para responder a la pregunta de investigación: *¿Cuál es la noción actual del servicio público subjetivo en Colombia?* El objetivo específico de este capítulo fue realizar una aproximación conceptual a la noción del servicio público y su aplicación en Colombia, con el fin de plantear un aspecto crítico sobre dicha noción. Este capítulo utilizó una metodología dogmática crítica, al igual que el capítulo I, mediante material de consulta de fuentes primarias. Sin embargo, se emplearon tres métodos de investigación que se entrelazaron: análisis lógico, análisis ideológico y análisis del lenguaje, para entender la noción actual de este concepto bajo una revisión crítica.

Ahora bien, para dar paso a la segunda parte que propone una aproximación práctica al servicio público subjetivo, se planteó el “*Capítulo III – Clasificación del servicio público en Colombia: el olvidado servicio público subjetivo a cargo del Estado*”, fue

delimitado para responder a la pregunta de investigación: *¿Cómo se clasifica el servicio público subjetivo en Colombia?* Este capítulo da paso al tercer objetivo específico, que consiste en identificar, caracterizar y clasificar el servicio público subjetivo en Colombia como una propuesta dogmática para entender el servicio público como género y lo subjetivo como subespecie. Se desarrolló mediante una metodología dogmática crítica, utilizando dos métodos: uno de análisis lógico y otro ideológico, que identificaron la clasificación de la doctrina y propusieron una clasificación más acorde con el ordenamiento jurídico colombiano. Este trabajo se llevó a cabo mediante un trabajo de escritorio, en el que se utilizaron fuentes primarias y secundarias.

Finalmente, el “*Capítulo IV - Aproximación al poder de policía: regulación del servicio público subjetivo en Colombia*” se delimitó para responder a la pregunta de investigación: *¿Qué relación tiene la regulación en el servicio público subjetivo en Colombia?* Esta pregunta conlleva al cuarto objetivo específico, que se fundamenta en determinar la relación de la regulación continental europea en el servicio público subjetivo, a partir del establecimiento de parámetros teóricos que garanticen los derechos subjetivos. Este capítulo tuvo un enfoque prescriptivo y argumentativo que permitió el diálogo sobre la calidad del servicio público subjetivo con el modelo policivo. Se utilizó la metodología dogmática, junto con el mencionado trabajo de escritorio, y se aplicó el método de análisis de lenguaje sobre las teorías de regulación en el servicio público, para lo cual se estudiaron fuentes primarias y secundarias de diversos autores que han desarrollado estas teorías.

Superados estos aspectos formales, es menester plantear un ejercicio íntegro al lector sobre los aspectos sustanciales. Por ello, no se debe olvidar la pregunta de investigación formulada: *¿Cuál es la importancia de superar el déficit en la regulación?* Esta pregunta

tuvo un hilo conductor relevante en las dos partes de la presente tesis de investigación doctoral, por lo que se adentrará en la primera parte.

Respecto a la aproximación teórica del servicio público subjetivo en Colombia, fue necesario abordar inicialmente el concepto amplio del servicio público. En este sentido, el primer capítulo matizó fehacientemente la aproximación y origen del concepto de servicio público, por lo que se delimitó tanto la doctrina, como la jurisprudencia y la ley han abordado este concepto, teniendo como punto de partida las actividades en pro de la satisfacción del interés general. Se observaron dos ópticas relevantes: la primera de ellas es el servicio público objetivo, que se delimita en los criterios material y orgánico, donde el material consiste en la satisfacción del interés general a partir de actividades propias de prestación que se encuentran en el mercado, mientras que el criterio orgánico, como consecuencia de esta primera caracterización, que ostenten una vigilancia, inspección y control en la prestación. Por otro lado, el servicio público subjetivo se denota en su criterio material a través de actividades prestacionales monopolizadas y, en su criterio orgánico, también como consecuencia del primer elemento, se refiere a actividades que se encuentran a cargo del Estado.

No obstante, surge un tema particular de esta delimitación elemental. Se plantea, desde un punto de vista crítico, la conceptualización de Hauriou desde la doctrina, que es el punto de partida para el entendimiento actual del servicio público. Esta conceptualización sintetizó la actividad estatal enfocada particularmente en la vigilancia, inspección y control de las actividades prestacionales del servicio público objetivo, derivadas de los actos de autoridad. Sin embargo, esta óptica se acerca únicamente a la visión del servicio público objetivo —o, por lo menos, así se desarrolló—, teniendo una aplicación legal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano que ha desarrollado esta misma visión. El aspecto crítico es que ni la jurisprudencia ni la ley

desarrollaron el servicio público objetivo, lo cual es una cuestión crítica y fundamental para la satisfacción del interés general.

Ahora bien, resulta llamativo en esta primera parte y en este primer capítulo demostrar únicamente la existencia del servicio público subjetivo en Colombia, ya que la idea primaria y el objetivo específico consistieron en la identificación del servicio público subjetivo como una vertiente del servicio público, para así constatar un punto de partida sobre la resolución del problema de investigación general.

Por otro lado, el segundo capítulo no se queda atrás respecto al servicio público subjetivo, ya que se remite a estudiar diversos autores, tales como Jean Bonnin, Auguste Comte, Émile Durkheim, León Duguit y Maurice Hauriou, entre otros. Estos autores proponen un entendimiento sociológico de las necesidades sociales desde diversas ópticas, es decir, del interés público y la eventual necesidad de satisfacer dicho interés público.

Nótese que el ordenamiento jurídico colombiano gozó de una amplia influencia francesa sobre dicho concepto. Tan es así que también se vio inmiscuida la denominada crisis del servicio público, donde se planteó la huida del derecho administrativo de este concepto. A manera de crítica, se debe proponer que nunca se trató de una huida, sino más bien de una mutación del derecho administrativo hacia las dinámicas del poder de policía —o actos de poder, según la teoría de Hauriou—, dejando de lado las actividades prestacionales —actos de gestión—. Así las cosas, el servicio público se tornó hacia la óptica objetiva, dejando de lado la óptica subjetiva, lo cual es nuevamente relevante para la interpretación del concepto de servicio público.

Esta es la razón por la cual el servicio público subjetivo fue parcialmente olvidado y se nutrió el objetivo por los actos de poder. Esta connotación fue la que implicó que se diera la crisis del servicio público, crisis que se critica porque la mutación no implicó una

huida del derecho administrativo, sino una mutación hacía una sola óptica del servicio público.

Bajo estos preceptos, también se debe indicar que, para el caso europeo — particularmente en Francia—, se plantearía un giro rotundo en lo propuesto en la Unión Europea, la cual propondría una clasificación distinta del servicio público, incluyendo el servicio público general de interés económico, el servicio de interés general y el servicio público como concepto amplio. Si bien es cierto que esta clasificación no tiene una influencia directa en el ordenamiento jurídico colombiano, también es cierto que permite plantear la crisis que se generó en Francia y el retorno de dichas actividades prestacionales al ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, la noción actual del servicio público subjetivo en Colombia se aproxima al servicio público de interés general europeo, o lo que es lo mismo, a actividades prestacionales que se enfocan en el Estado en pro de la satisfacción del interés general. A modo de crítica, parece entonces insuficiente la delimitación del servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano, que propone un servicio público esencial, un servicio público domiciliario y un servicio público como género, pues esta delimitación conceptual queda corta en relación con las actividades propias del Estado. Lo que es más grave aún, no permite el establecimiento de actividades que se encuentren bajo un riguroso modelo prestacional propuesto con dinámicas de regulación para la concretización del establecimiento mínimo del interés general.

Por otro lado, la segunda parte del texto realiza una aproximación práctica al servicio público en Colombia —objetivo, subjetivo y mixto—, donde se propone una mejora. Así las cosas, el tercer capítulo presenta una clasificación del servicio público y genera una crítica al olvidado servicio público subjetivo. Dicho lo anterior, y retomando las nociones

básicas de los criterios orgánico y material del servicio público subjetivo, se prevé una clasificación relevante.

Por un lado, se encuentra el servicio público industrial y comercial, que se aprecia desde la óptica objetiva. En esta categoría se incluyen las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales se rigen por criterios orgánicos de actividades prestacionales que presta el Estado, pero bajo un régimen privado. El criterio material se refiere a las actividades que se desarrollan bajo un modelo de mercado, donde, a todas luces, se aplica una regulación, inspección, vigilancia y control por parte de las autoridades estatales. Es decir, coexiste una actividad prestacional por parte del Estado con la de los particulares, así como actividades propias del poder de policía en pro del interés general sobre estas actividades estatales, ya que se encuentran bajo unas dinámicas de competencia con los particulares.

Coexiste, entonces, una segunda clasificación derivada del servicio público administrativo indirecto, bajo una óptica mixta, donde se prevé la coexistencia de las empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios del Estado, las actividades derivadas de la descentralización por colaboración y las actividades derivadas de los convenios o contratos administrativos. Vale la pena hacer una precisión particular en este aspecto: el primer criterio orgánico se refiere a la prestación de actividades a cargo de particulares que cumplen funciones públicas o de entidades estatales que están sometidas a un régimen de vigilancia, inspección y control; y, bajo el criterio material, se considera la realización de actividades propias de la satisfacción general.

Finalmente, se matiza entonces el servicio público administrativo directo, donde se prevé una óptica subjetiva que contiene, como criterio orgánico, las actividades estatales y, como criterio material, el monopolio exclusivo de la prestación del servicio en cabeza

del Estado. Nótese que aquí es donde se deriva la teoría de Duguit sobre las actividades prestacionales y donde carece la aplicación de la teoría de Hauriou respecto del poder de policía sobre las mismas actividades estatales. Esta clasificación, mucho más concisa, contrarresta la clasificación del servicio público vigente en Colombia, pues la delimitación del servicio público no permite entender una distinción de elementos axiológicos de cada tipo de servicio público y no se puede observar con claridad el servicio público domiciliario en consonancia con el servicio público esencial.

Este capítulo aborda y concreta los elementos esenciales para entender de forma armónica los conceptos de servidor público, servicio público y falla en la prestación del servicio público, donde coexiste una responsabilidad del Estado en la satisfacción del interés general. Por un lado, esto se manifiesta en la prestación del servidor público y, por otro, en la responsabilidad estatal por la falla en el servicio derivada de los actos de gestión que realiza el Estado. Finalmente, se presenta el concepto amplio del servicio público, entendido como aquellas actividades que buscan satisfacer el interés general. Esto implica que la clasificación propuesta no solo concibe que el servicio público permea todas las actividades estatales, sino que también demuestra por qué existe responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria en todos los aspectos de la función pública en el marco del servicio público.

El cuarto y último capítulo propone entender la regulación del servicio público subjetivo en Colombia como una consecuencia del estudio de la aproximación a teorías jurídicas y económicas. En cuanto a las primeras, basta con referirse a lo ya indicado sobre los actos de poder que aplican la regulación como una dinámica propia del ejercicio del Estado. Las segundas, por su parte, van mucho más allá, pues permiten entender la relevancia de la regulación como la delimitación de estándares mínimos en la calidad del servicio prestado. Es decir, las teorías económicas entienden que la regulación se crea a

partir de dinámicas de mercado para satisfacer, con mejores características, el interés general.

Sobre esta posición, se debe reiterar que la regulación del servicio público subjetivo no tiene otro elemento que garantizar a la población la prestación adecuada bajo estándares mínimos de satisfacción. Esta cuestión ha sido desarrollada precariamente en Colombia, en casos puntuales y de forma más *sui generis*, bajo el concepto de la buena administración. Este concepto resulta, a todas luces, insuficiente para la construcción de un elemento propio de la actuación administrativa, y lo que resultaría peor aún, bajo el libre albedrío del funcionario público de turno en cuanto a la satisfacción del interés general.

Nótese que las condiciones regulatorias recaen sobre la conducta del funcionario y no sobre la conducta de la actividad prestacional del Estado. Es decir, coexiste entonces una forma indiscriminada en la que se matizan los elementos propios de la actividad prestacional y la inadecuada satisfacción del interés general, lo que permite prever, a todas luces, una ineficiencia e ineficacia en la prestación del servicio público subjetivo. Como consecuencia, se pueden observar la mora judicial, el hacinamiento carcelario, los precarios resultados internacionales en las pruebas de educación básica y, en general, un sinnúmero de casos ejemplificativos.

Así las cosas, resulta nuevamente oportuno proponer al lector un ejercicio básico de entendimiento. La tesis de investigación realizó un ejercicio preliminar de derecho comparado y abordó la existencia del servicio público subjetivo. Sin embargo, es pertinente puntualizar que no intenta destruir las teorías o posiciones ideológicas en torno al servicio público. La presente tesis de investigación doctoral solo intenta demostrar la existencia del servicio público subjetivo, aclarando que dicho concepto no implicó necesariamente la huida del derecho administrativo, sino que este mutó hacia los actos de

poder. Además, intenta proponer una nueva clasificación del servicio público —objetivo, subjetivo y mixto— y sugiere una regulación para dicho concepto.

Esta construcción teórica, ideológica y dogmática se fundamenta en la necesidad de regular las actividades prestacionales que presta el Estado bajo un monopolio estatal, cuestión que debe acarrear parámetros mínimos de prestación para la adecuada satisfacción del interés general. Así las cosas, se plantea, dentro de este ejercicio investigativo, la resolución a la pregunta general, la cual tiene una respuesta aparentemente notoria: se debe regular porque el servicio público subjetivo implica actividades prestacionales que, al ser monopolio del Estado por sus criterios orgánicos y materiales, acarrea que estas actividades se desplieguen en pro de la satisfacción del interés general, situaciones que en el ordenamiento jurídico colombiano no se divisan de manera idónea.

Dicho esto, la adecuada identificación del servicio público subjetivo como actividades propias del Estado, sin competencia, sin regulación y sin VIC, permea un ejercicio arbitrario de los actos de gestión que despliega la administración. Esta connotación juega en contra del interés general, pues las actividades se encuentran a merced de lo que la administración considere oportuno o no realizar, lo que a su vez va en contravía de los principios de eficiencia y eficacia en la administración.

Índice de figuras y tablas

Figuras

Figura 1. Ilustración metodológica del capítulo I.

Figura 2. Ilustración metodológica del capítulo II.

Figura 3. Ilustración metodológica del capítulo III.

Figura 4. Ilustración metodológica del capítulo IV.

Figura 5. Servicio Público en la UE.

Figura 6. Servicio Público en Francia.

Figura 7. Servicio Público en España.

Figura 8. Servicio Público en Colombia.

Figura 9. Servicio Público Administrativo Directo en Colombia: Óptica Subjetiva

Figura 10. Servicio Público Industrial y Comercial de Orden Nacional y Servicio Público Administrativo Indirecto: Ópticas Objetiva y Mixta.

Tablas

Tabla 1. Comparación de la clasificación del servicio público

Tabla 2. Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia

Tabla 3. Tipologías del Servicio Público

Tabla 4. Características del Servicio Público según la clasificación y subespecie.

Referencias

Libros

- Amador Cabra, L. E. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Amador Cabra, L. E. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Aparicio Cuervo, J. R., y Fernández Pinto, M. (2022). *Neoliberalismo en Colombia: contextos, complejidad y política pública*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Ara Pinilla, I. (2010). El retorno al fundamento del servicio público. Claves de rescate. En L. Peña, T. Ausín, & O. D. Bautista, *Ética y servicio público* (79-148). Madrid: Plaza y Valdez.
- Aragón, M. (1996). *Gobierno y Administración. Filosofía política II: Teoría del Estado*. Madrid: Trotta. Consejo Superior de Investigaciones.
- Arenas Mendoza, H. A. (2020). *El Derecho a la buena administración en la Jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en materia de responsabilidad estatal (tanto contractual como extracontractual)*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ariño Ortiz, G. (1996). *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Ariño Ortiz, G. (2016). Significado actual de la noción del servicio público. En J. Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo* (2015-263). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bonilla Castillo, J. A. (2014). *Gestión de la calidad total en el servicio público*. Córdoba: El cid editor.
- Bonnin, Ch. J. (1820). *Doctrine sociale, ou Principes universels des lois et des rapports de peuple à peuple: déduits de la nature de l'homme et des droits du genre humain*. Paris: La Librairie Constitutionnelle de Brissot-Thivars.
- Bonnin, J. C. (2004). *Principios de la Administración Pública*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Compilación y estudio introductorio de Omar Guerrero.
<https://omaguerrero.org/pdfs/libros/papEstudioIntro.pdf>
- Brewer-Carias, A. (2017). *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*. Santiago de Chile: Ars boni et aequi 7.2.

- Burzaco Samper, M., Magide Herrero, M., Codes Calatrava, J. M., Lavilla Rubira, J. J., y Vega Labella, J. I. (2022). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Dykinson.
- Busstos Gisbert, A. (2007). *Lecciones de hacienda pública*. Madrid: COLEX.
- Cassagne, Juan Carlos, and Gaspar Ariño-Ortiz. (2005). *Servicios Públicos: Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Chevallier, J. (1962). *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a nuestros días*. Madrid: Aguilar.
- Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 80-87.
- Chevallier, J. (2018). *El estado postmoderno*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Traducido al español por Oswaldo Pérez.
- Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP). (2013). *Informe Especial CINEP. Programa por la paz. Luchas sociales en Colombia*. CINEP.
- Comisión Europea, U. (2 de mayo de 2023). *Servicios de interés general*. Comisión Europea. https://commission.europa.eu/topics/single-market/services-general-interest_es#:~:text=Los%20servicios%20de%20inter%C3%A9s%20general%20son%20aquellos%20que%20las%20administraciones,Estado%20como%20el%20sector%20privado.
- Comte, A. (1848). *Le fundateur de la société positive, a quiconque désire s'y incorporer*. Paris: BnF Gallica. Notice du catalogue: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb34031493q>.
- Comte, A. (1875). *Principios de filosofía positiva*. Santiago de Chile: Imprenta de la Librería del Mercurio. Traducción de Jorge Lagarrigue. <file:///G:/Downloads/principios-de-filosofia-positiva.pdf>
- Darnaculleta Gardella, M., Esteve Pardo, J., y Ibler, M. (2020). *Nuevos Retos del Estado garante en el Sector Energético*. Madrid: Marcial Pons.
- Díaz, E. (2012). Estado de derecho y democracia. En J. J. Tamayo Acosta, *10 palabras clave sobre derechos humanos* (233-272). Navarra: Verbo Divino.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (1908). *Transformación del Estado*. Madrid: Librería Española y Extranjera y Editorial Francisco Beltrán.
- Duguit, L. (1924). *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia*. New York: Viuda de A.G Izquierdo. Traducido al español por: José Acuña.

- Duguit, L. (1927). *Traite de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C. Éditeurs.
- Duguit, L. (2006). *Las transformaciones del Derecho Público*. Pamplona: Librería General Enrique Prieto García. Traducción al español: Alfonso Posada.
- Duguit, L. (2011). *Lecciones de Derecho público general*. Madrid: Marcial Pons. Traducción, estudio preliminar y notas de Javier García Fernández.
- Duguit, L. (1908). *Transformación del Estado*. Madrid: Librería Española y Extranjera y Editorial Francisco Beltrán.
- Durkheim, E. (1997). *Antología de la teoría sociológica clásica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Echavarría Olózaga, H. (1990). *Cómo hacer la apertura económica*. Bogotá D.C.: Legis.
- Franco, J. C. (2017). *De la Independencia a la República. Memorias del VII encuentro del Instituto Colombiano de Historia del Derecho*. Chía: Universidad de la Sábana.
- Franco Gómez, J. C. (2022). Mecanismos alternativos de solución de conflictos: reflexiones en el derecho administrativo. En M. A. Restrepo Medina, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos* (125-152). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Friz E., C. (2016). Libertad e ignorancia, mercado y competencia: La normatividad antropológico-política neoliberal. En F. Hayek y M. Friedman. *Mendoza: Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 18(2).
- Forsthoff, E. (2013). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo - CEPC.
- Gabaudan, P. (1979). *El romanticismo en Francia (1800-1850)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Galindo Camacho, M. (2000). *Teoría de la Administración Pública*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- García de Enterría, E., y Fernández, T. R. (1988). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas S.A.
- García Villegas, M., y Jaramillo, J. F. (2006). *Los orígenes del constitucionalismo moderno en Inglaterra*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

- García Villegas, M., y Leyeune, A. (2010). La sociología jurídica en Francia. En M. García Villegas *Sociología y crítica del derecho* (124-147). México: Fontamara,
- Giannini, M. S. (1991). *El poder público. Estado y administraciones públicas*. Bogotá D.C.: Civitas.
- Gordillo, A. A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo
- Granados S. J., R. M. (1947). *Historia de América*. Bogotá: Editorial Pax, S.J.
- Gray, J. H. (1907). *Municipal and Private Operation of Public Utilities*. New York.
- Hamilton, A. L. (1885). *Works of Alexander Hamilton*. New York: G.P. Putnam's Sons.
- Hauriou, M. (1892). *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*. Paris: Larose & Forcel.
- Hauriou, M. (1893). *Précis de droit administratif: contenant le droit public et le droit administratif*. Paris: Larose & Forcel. Ed 2a..
- Hauriou, M. (1899). *La gestion administrative: étude théorique de droit administratif*. Paris: Librairie Dr La Société Du Recueil Général Des Lois & Des Arrêts.
- Hauriou, M. (1918). *An interpretation of the principles of public law*. Boston: The Harvard Law Review Association. <https://www.jstor.org/stable/1327706?seq=1>.
- Hauriou, M. (1917). *Interpretation of the principles of public law*. Boston: Harvard Law Review.
- Hauriou, M. (1929). *Driot Constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- Hauriou, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares S.L.
- Hispano, C. (1924). *Historia secreta de Bolívar*. Madrid: Ediciones Literarias.
- Instituto Rosarista de Acción Social, S. (2011). *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario colombiano entre 1995 y 2010 en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Jéze, G. (1928). *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Reus S.A. Traducido al español por Carlos García Oviedo.
- Jéze, G. (2010). *Principios generales del Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Axel Editores.
- Keynes, J. M. (1926). *Laissez-Faire and Communism*. New York: New Republic Inc.

- Keynes, J. M. (2018). *The general theory of employment, interest and money*. Cambridge: (eBook) <https://doi.org/10.1007/978-3-319-70344-2>
- Keynes, J. M., Friedman, M., Hansen, A., y Sewesy, P. (1983). *Crítica de la economía clásica*. Madrid: Sarpe. Traducción al español por Antonio Bosch.
- Laguna de Paz, J. C. (2023). *Tratado de derecho administrativo general y económico*. Madrid: Civitas.
- List, F. (1856). *National system of political economy*. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co.
- Macarel, L.A. (1843). *Elementos de Derecho Público y Político*. Madrid: Librería de los señores Viuda e Hijos de Calleja. Traducido al español por D.F. Enciso Castrillón.
- Maquiavelo, N. (2008). *El Príncipe*. Barcelona: Centro Editor PDA, Traducido al español por Alcantara, Francisco Javier.
- Marcou, G. y Moderne, F. (2009). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I. Comparaciones y Comentarios*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Marocu, G. y Moderne F. (2011). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo II. Experiencias Europeas*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Marx, C. (1979). *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850*. Moscú: Progreso.
- Mathiez, A. (2012). *Los orígenes de los cultos revolucionarios*. Zaragoza: Prensas de la Universida de Zagaroza. Traducido por Francisco Javier Ramón Solans.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Mercado, A. C. (2015). *La Influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Mill, J. S. (1980). *El utilitarismo*. Buenos Aires: Aguilar.
- Mill, J. S. (2004). *Principles of political economy*. Indianapolis: Hackett Publishing Company. Libro X, Cap. XI.
- Mill, J. S. (2008). *Autobiografía*. Madrid: Fundación ICO.
- Montaña Plata, A. (2005). *El Concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Morand-Devellier, J. (2017). *Derecho Administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Traducido al español por Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Pérez Gutiérrez.

- Navarro, K., y Moreno, L. F. (2018). *Teoría de los servicios públicos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Núñez Errázuriz, J. (2000). *La autorregulación como concepto regulatorio*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Penagos, G. (1994). *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Pigou, A. (1946). *La economía del bienestar*. Madrid: Aguilar. Traducido al español por F. Sanchez Ramos.
- Pigou, A. C. (1973). *Socialismo y capitalismo comparados*. Madrid: Ariel.
- Porrúa Pérez, F. (1985). *Teoría del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- Prince, R. (2016). *Historia de Francia*. Madrid: Ediciones Akal. Traducido al español por Beatriz Mariño.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Restrepo Medina, M. A. (2007). La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del estado social de derecho. *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 5.
- Rivero, J. (2002). *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2011). *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá: Temis
- Rodríguez Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del derecho administrativo. En M. A. López Olvera y D. Cienfuegos Salgado. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz*. (293-315) Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>
- Roger, J. (1949). *El concepto de la Libertad en la revolución francesa de 1848*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Rousseau, J. J. (1983). *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe, 40-43.
- Samuelson, P. A., y Nordhaus, W. D. (1989). *Economics*. New York: McGraw-Hill Irwin. https://moodle.estgv.ipv.pt/201920/pluginfile.php/59329/mod_resource/content/1/samunord19.pdf
- Samuelson, P. A., Bishop, R. L., y Coleman, J. R. (1962). *Tendencias del pensamiento económico*. Madrid: Aguilar. Traducido del inglés por Justo Fernández Bujan.
- Samuelson, P., Bishop, R.L., y Coleman, J.R. (1962). *Tendencias del pensamiento económico*. Madrid: Aguilar.

- Schmitt, C. (2009). *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra.
- Secondat, C. L. (1906). *Del Espíritu de las leyes. Traducido al español por Siro García Mazo*. Madrid: Biblioteca General de Victoriano Suarez (1er Edición).
- Stolleis, M. (2017). *Introducción al Derecho público alemán*. Madrid: Marical Pons.
- Unión Europea, U. (2012). *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*. Lisboa: Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/47.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Vidal Perdomo, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Vidal Perdomo, J., y Molina Betancur, J. (2019). *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Legis. Ed. 15. (138-182).
- Walras, L. (1987). *Elementos de economía política pura (o Teoría de la riqueza social)*. Madrid: Alianza. Traducido al español por Julio Segura.
- Weiss, L. (2011). *The State in the economy: neoliberal or neoactivist?* Oxford: The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis.
- Younes Moreno, D. (2023). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Temis.

Artículos Revistas

- Apella I. y Maceira D. (2005). Economía de la Regulación: Una Perspectiva Teórica. Buenos Aires. *Universidad de Buenos Aires*.
- Barrera Algarín, E., Malagón Bernal, J. L., y Sarasola Sánchez Serrano, J. L. (2013). La deconstrucción del Estado de bienestar: cambios en el ejercicio profesional de los trabajadores sociales y aumento del voluntariado social. *Cuadernos de trabajo social*, 26(1), 115-126.
- Barreto R., A. (2010). El proyecto constitucional de la administración del gobierno colombiano: apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo XX. *Pensamiento Jurídico*, 28, 237-277.
- Benetti, C. (2000). *La estructura lógica de la teoría general de Keynes*. Cuadernos de Economía, 19(33) Traducción de José Félix Cataño.
- Bittes Terra, F. H., y Ferrari Filho, F. (2012). Las políticas económicas de Keynes: Reflexiones sobre la economía brasileña en el período 1995-2009. *Revista CEPAL* 108.
- Bonnin, Ch. J. (1983). Principios de la Administración. *Revista de Administración Pública. Antología*, (1)54. 479-500.
- Calafell, J. E. (1988). Los servicios Públicos. Buenos Aires: Jurídica. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 19, 191-209.

- Cassagne, Juan Carlos. (2002). *EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y PROBLEMAS ACTUALES TRAS LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN*. Madrid: Revista de Administración Pública. No. 157. Enero-Abril 2002, 467-494.
- Díaz, E. (1963). Teoría General del Estado de Derecho. Madrid: *Revista de estudios político*, 21-48. [file:///G:/Downloads/Dialnet-TeoriaGeneralDelEstadoDeDerecho-2048229%20\(1\).pdf](file:///G:/Downloads/Dialnet-TeoriaGeneralDelEstadoDeDerecho-2048229%20(1).pdf)
- Durkheim, E. (1885). La propriété sociale et la démocratie by Alfred Fouillée. *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger* 19, 446-453.
<https://www.jstor.org/stable/41074496>
- Durkheim, E. (1886). Les études de science sociale. *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, <https://www.jstor.org/stable/41074730>
- Durkheim, E. (1897). *Le socialisme et la science sociale* by Gaston Richard. *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*. <https://www.jstor.org/stable/41076606>
- Durkheim, E. (1918). Le contrat social de Rousseau. *The Philosophical Review* 27.
<https://www.jstor.org/stable/40895520>
- Fuenmayor de Fernández, J. J. (2019). Aportes del pensamiento administrativo francés a la ciencia de la administración pública: De Jean Bodino a Charles-Jean Bonnin. *Encuentros*, (17) 2, 80-94. <https://doi.org/10.15665/encuent.v17i02.1067>
- Galetovic, A., y Sanhueza, R. (2002). Regulación de servicios públicos ¿hacia dónde debemos ir? *Revista CEP*, 85 (enero 2002).
- Garcerie, S. (1998). Service public et droit communautaire. Une nouvelle "crise" de la notion de service public en droit administratif français? *Sociétés contemporaines*, 32, 37-57.
https://www.persee.fr/doc/socco_1150-1944_1998_num_32_1_1762
- Garrido Falla, F. (1994). El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de Administración Pública*, 135.
- Garrido, M. C. (2017). Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 18, 117-152.
- González Martín, F. J. (2020). Eugenia de Montijo y la caída del II imperio francés. Las tres muertes de una emperatriz. *Cuadernos de Investigación Histórica*, 37, 137-176.
- Guillén Gómez, A. L. (2018). Crecimiento económico de Colombia durante el Keynesianismo y el neoliberalismo monetarista, 1960-2016. *Revista Contribuciones a la Economía (enero-marzo 2018)*. <file:///G:/Downloads/crecimiento-economico-colombia.pdf>

- Guinard H., D. (2017). La 'regulación económica' como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista digital de derecho administrativo*, 18, 177-224.
- Hakei, F. (2002). *El flujo de bienes y servicios*. Eseade. *Libertas*, 37.
- Hauriou, M. (1918). An interpretation of the principles of public law. *Harvard Law Review*, 31(6), 813-821. <https://www.jstor.org/stable/1327706?seq=1>
- Hayek, F. A. (2014). El flujo de bienes y servicios. *Revista procesos de mercado*, 11(2), 345-366. <https://www.procesosdemercado.com/index.php/inicio/article/view/531>
- Hayek, F. A. (2021). La redistribución de la riqueza y la política tributaria. Procesos de Mercado: *Revista Europea de Economía Política*, 18(1), 379-406.
- Hoyos E., J. F. (2013). Nariño el triunfo de las ideas. *Revista Semana. Edición Bicentenario de Cundinamarca 1813-2013*, 34-38.
- Kemmerer, E. W. (1913). Banking Reform in the United States. *The American Economic Review*, 3(1), 52-63.
- Kemmerer, E. W. (1918). Inflation. *The American Economic Review*, 8(2), 247-269.
- Kowalski, T., & Brunner, C. C. (2011). The School Superintendent: Roles, Challenges, and Issues. Dayton. *Educational Leadership Faculty Publications*. Paper 43.
https://ecommons.udayton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1042&context=eda_fac_pub
- Lipietz, A. (1986). Acumulación, crisis y salidas a la crisis: algunas reflexiones metodológicas en torno a la noción de 'regulación'. *ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS IV*: 11, 1986
- Lipietz, A. (1997). El mundo del postfordismo. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín.
- Loughlin, M. (2017). Droit politique. *Revue de Droit Politique*, 17, 295-335.
<http://eprints.lse.ac.uk/69402/>
- Malagón Pinzón, M. (2018). La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Diálogos de Saberes*, 23, 167-190. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4299>
- Massimino, L. F. (2015). La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias. Curitiba: *Revista Dereito Socioambiental*, 6(1), 36-63.
- Meardon, S. (2011). Reciprocity and Henry C. Carey's traverses on "the road to perfect freedom of trade". *Journal of the History of Economic Thought*, 33(3).

- Meisel Roca., A., y Romero Prieto. J. E. (2017). La mortalidad de la guerra de los mil días 1899-1902. *Cuadernos de Historia Económica y Empresarial* 43.
https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/chee_43.pdf
- Milkes S., I. (2019). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia*, 21, enero-junio.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5703>
- Ormaechea E, Sidler J, Almada J (2021). La teoría de la regulación: aportes para comprender las dinámicas de desarrollo económico y crisis en el capitalismo industrial del siglo xx. *Iberoamerican Journal of Development Studies* 10(1):34-57.
- Ortiz, C. H. (2014). Política y crecimiento económico en Colombia 1906-2009. Bogotá: Universidad Externado. *Revista de Economía Institucional*, 16(31), 195-222
- Parejo Alfonso, Luciano (2004). Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la renovada actualidad de los primeros. Madrid: Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 7-2 semestre 2004.
- Paul, D. (2004). La misión Kemmer era Chile: consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932. *Revista de Estudios Históricos*, 1(1), agosto.
- Peña Sepulveda, L. M. (2011). 1920: Colombia en plena crisis. *AD-minister*, 9, julio-diciembre.
- Pivert, M. (1945). Aspectos Económicos y Sociales de la Revolución Francesa. Ciudad de México: *Investigación Económica*, 5(3), 369-390.
- Rodríguez Arana, Jaime. (2005). Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo. Barcelona: Revista Catalana de dret públic, núm 31, 2005. P. 375-398
- Rodríguez Cairo, V. (2013). Fallas de mercado y regulación económica: ¿la regulación ejercida por el gobierno permite lograr un mejor funcionamiento de los mercados? *Quipukamayoc Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 21(39) 99-111
- Romero Pérez, J. E. (2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 138, 135-160.
- Rossi, M. M. (2019). Protecting America: Order, Nation and Exception in Henry Carey's Social Science. *USAbroad – Journal of American History and Politics*. 2.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2011). León Duiguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases de concepto de servicio público. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 5, primer semestre, 43-86.

Sen, A. (1999). El futuro del Estado del Bienestar. Barcelona: *La factoría*, No. 8.

<http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>

Stiglitz Joseph (2010) Revista de Economía Institucional, vol. 12, n.º 23, segundo semestre/2010, pp. 13-28

Stone, J. (1934). On the Division of Labour in Society by Emile Durkheim and George. *Harvard Law Review*, 47(8), 1448-1451. <https://www.jstor.org/stable/1331279>.

Suárez D., F. (2019). Alexander Hamilton: creador del Estado Desarrollador. *Economía UNAM.*, 16(48).

Valencia Cobo, J. A. (1987). La Misión Kemmerer y los intereses financieros británicos en Colombia durante la década de 1920. *Lecturas de Economía* 24.

<https://doi.org/10.17533/udea.le.n24a7767>

Vidal Perdomo, J. (2004). Reforma administrativa de 1968: antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias. *Universitas*, 108, 317-334.

Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de Derecho. Madrid: *Revista de Derecho del Estado*, 20.

Walras, L. (2008). Teoría de la propiedad. Madrid. *Revista de economía institucional*, 10(18). *Primer Semestre*. Traducido por Pedro Ignacio Bernal y Luis Felipe Camacho.

Prensa

Casas Mogollón, P. (2 de marzo de 2023). Revive la idea de crear una Superintendencia de Educación. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/educacion/revive-la-idea-de-crear-una-superintendencia-de-educacion/>

Diario La República. (6 de diciembre de 2023). Profesores son clave en mejora de pruebas Pisa. *Diario La República*. <https://www.larepublica.co/opinion/editorial/profesores-son-clave-en-mejora-de-pruebas-pisa-3762212>

Tesis

Darnaculleta, Gardella, M. (2003). *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. [Tesis de doctorado]. Girona: Universidad de Girona.

Malagón Pinzón, M. A. (2006). *La ciencia de la policía: una introducción histórica al derecho administrativo colombiano*. [Tesis de doctorado no publicada]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Eventos

Gutiérrez E., (1986). La teoría de la regulación: nuevo enfoque metodológico en la investigación sociológica. Ponencia presentada en el VII Congreso Centroamericano de Sociología, Tegucigalpa, Honduras, Noviembre de 1986.

Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés. (2008). *Seminario Franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*. Memorias. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Santofimio Gamboa, J. O. (10 de septiembre de 2020). III Encuentro Los Administrativistas del Servicio Público Duguit, Letelier y Silva Cimma. 1:08:20 y 1:55:25-1:59:25. (P. U. Chile, Entrevistador) <https://www.youtube.com/watch?v=MF3A-lK-s2I>

Jurisprudencia

Boletín Oficial del Estado. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés*. Madrid: Dalloz.

Consejo de Estado. (1915). Rad. 013-12. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Luis F. Rosales.

Consejo de Estado. (1917). Rad. 04-26. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Luis F. Rosales.

Consejo de Estado. (1917). Rad. 06-16. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Luis F. Rosales.

Consejo de Estado. (1917). Rad. 06-23. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Próspero Márquez.

Consejo de Estado. (1918). Fallo del 28 de agosto. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Adriano Muñoz.

Consejo de Estado. (1918). Fallo del 2 de octubre. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Próspero Márquez.

Consejo de Estado. (1918). Fallo del 14 de octubre. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Luis F. Rosales.

Consejo de Estado. (1918). Fallo del 20 de noviembre. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Adriano Muñoz.

Consejo de Estado. (1918). Fallo del 3 de diciembre. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Jesús Perilla.

Consejo de Estado. (1920). Fallo del 26 de abril. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Sixto A. Zerda.

Consejo de Estado. (1937). Fallo del 23 de abril. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Pedro Martín Quiñones.

Consejo de Estado. (1939). Fallo del 21 de agosto. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Tulio Enrique Táscon.

Consejo de Estado. (1939). Fallo del 28 de marzo. Sala Contencioso Administrativa. C. P.: Tumo Enrique Tascón.

Consejo de Estado. (1940). Fallo del 5 de julio. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado. (1946). Rad. CE-SCA-EXP 1946 - N0816. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado. (1949). Radicado 0126. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Pedro Gómez Farra.

Consejo de Estado. (1956). CE-SCA-EXP 1956 - N5276. Sala de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado. (1959). Rad. 0713. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Baudilio Galán Rodríguez.

Consejo de Estado. (1967). Rad. 0907. Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P.: Guillermo González Charry.

Consejo de Estado. (1969). Rad. 1072. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C. P.: Alfonso Arango Henao.

Consejo de Estado. (1979). Rad. 487. Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P.: Luis Carlos Sáchica.

Consejo de Estado. (1979). Rad. 2876. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Mario Enrique Pérez.

Consejo de Estado. (1985). Rad. 4284. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Miguel Betancourt.

Consejo de Estado. (2011). Rad. 23001-23-31-000-2003-00650-02 (AG). Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2015). Rad. (2015). 05001-23-31-000-1997-03186-01 (30061). Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Olga Mérida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. (2016). Fallo 55813 del 10 de octubre. C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2020). Radicado 11001-03-06-000-2020-00232-00(C). M. P.: Germán Alberto Bula Escobar. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Consejo Superior de la Judicatura. (2016). Acuerdo No. PSAA16-10618. Gaceta de la Judicatura. Ordinaria No. 76.

Constitución Política de Colombia. (1886). D. O.: 6758-6759.

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional. 7 de julio.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-473. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-450. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia T-423. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-075. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU-157. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU-157. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-389. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-041. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-741. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-075. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-353. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-924. M. P.: Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-691. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-378 del 19 de mayo. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-172. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Tribunal General de la Unión Europea. (2019). SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta ampliada). Asunto T-696/17 de 20 de septiembre de 2019

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011). SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera). Asunto C-138/11 de 12 de julio de 2012.

Leyes y decretos

Congreso de la República (1873). Ley 84. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. 31 de mayo. D. O. No. 2867.

Congreso de la República (1994). Ley 50. Por la cual se centraliza la fiscalización de las cuentas y el pago de servicios de los Ramos Postal y Telegráfico. 2 de diciembre D. O. No. 12226.

Congreso de la República. (1909). Ley 54. Por la cual se determinan las rentas nacionales y lo que constituye el servicio público nacional. 1 de diciembre. D. O. No. 13851.

Congreso de la República. (1912). Ley 110. Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. 19 de marzo. D. O. No. 14845.

Congreso de la República (1912). Ley 27. Por la cual se aprueba un contrato sobre compra de una casa para el servicio de las oficinas públicas nacionales existentes en Riohacha. 25 de octubre. D. O. 14727.

Congreso de la República (1913). Ley 124. Por medio de la cual se nacionaliza el servicio de correos. 16 de diciembre. D. O. No. 15070.

Congreso de la República (1913). Ley 4. Sobre el régimen político y municipal. 6 de octubre. D. O. No. 15012.

Congreso de la República (1913). Ley 57. Por la cual se ordena la construcción de una casa para servicio de Oficinas de la Administración de las Salinas de Cundinamarca. 17 de noviembre. D. O. No. 15047.

Congreso de la República. (1914). Ley 60. Orgánica del Consejo de Estado. 5 de noviembre. D. O. 15337

Congreso de la República (1914). Ley 53. Por la cual se organiza el servicio nacional de medicina legal. 29 de octubre. D. O No. 15332.

Congreso de la República. (1916). Ley 68. Por la cual se organiza el servicio de giros postales. de diciembre. D. O. No. 15975.

Congreso de la República. (1914). Ley 60. Acto Legislativo 1º: por el cual se restablece el Consejo de Estado. D. O. No. 15337.

Congreso de la República. (1914). Acto Legislativo 1º. Por el cual se restablece el Consejo de Estado. D. O. 15295. Art. 1-8.

Congreso de la República (1916). Ley 74. Por la cual se establece el servicio meteorológico nacional. 23 de diciembre. D. O. No. 15977.

Congreso de la República. (1919). Ley 41. Por la cual se concede auxilios a varios departamentos, destinados a fomentar un servicio público. 18 de octubre. D. O No. 16920.

Congreso de la República. (1921). Ley 5. Por la cual se reorganiza el servicio de canalización del Alto Cauca. 10 de septiembre. D. O. No. 17868.

Congreso de la República. (1922). Ley 100. Por la cual se autoriza al Gobierno para adquirir la propiedad de unos inmuebles destinados al servicio público nacional. 18 de diciembre. D. O. No. 18661.

Congreso de la República. (1923). Ley 70. Por la cual se dispone la manera de pagar algunos servicios públicos y se da una autorización al Gobierno. 30 de octubre. D. O. No. 19294.

Congreso de la República. (1926). Ley 34. Sobre acueductos. 26 de octubre. D. O. No. 20331.

Congreso de la República. (1927). Ley 98. Sobre tarifas férreas y fluviales. 26 de noviembre. D. O. No. 20654.

Congreso de la República. (1928). Ley 106. Sobre servicio de navegación aérea en el Caquetá y Putumayo y en el puerto de Tumaco. 26 de noviembre. D. O. No. 20954..

Congreso de la República. (1928). Ley 118. Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920, sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se dictan otras disposiciones relativas al servicio de Higiene. 20 de noviembre. D. O. No. 20956.

Congreso de la República. (1930). Ley 10. Sobre organización fiscal de las intendencias y comisarías. 13 de octubre. D. O. No. 21515.

Congreso de la República. (1936). Acto Legislativo 1. Reformatorio de la constitución. 22 de agosto. D. O. No. 23263.

Congreso de la República. (1936). Ley 109. Sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio. 18 de abril. D. O. No. 23.216.

Congreso de la República. (1937). Ley 80. Por la cual se auxilia la Gota de Leche en el puerto de Tumaco, y se dicta una disposición en favor de los servicios de Asistencia Social del Hospital San Andrés del mismo puerto. 10 de noviembre. D. O. No. 23626.

Congreso de la República. (1938). Ley 93. 15 de junio. D. O. No. 23.803.

Congreso de la República. (1938). Ley 8. Por la cual se provee a la construcción de una central hidroeléctrica para el servicio de varios Municipios del Occidente colombiano, y se amplía la Ley 223 de 1938. 9 de octubre. D. O. No. 24190.

Congreso de la República. (1941). Ley 7. Sobre construcción de una central hidroeléctrica para el servicio de los municipios de la Región de García Rovira, en el departamento de Santander, y se restablece el circuito de Registro de Barichara. 23 de agosto. D. O. No. 24743.

Congreso de la República. (1948). Ley 141. Por la cual se crea la Comisión de Vigilancia de las Obras Públicas Nacionales y la Comisión de Servicio Civil; se adoptan ciertas medidas para la reducción de los gastos públicos y se dictan otras disposiciones. 27 de enero. D. O. No. 26928.

Congreso de la República. (1948). Ley 25. Por la cual se auxilian las Escuelas de Servicio Social. 12 de noviembre. D. O. No. 26867..

Congreso de la República. (1951). Código Sustantivo del Trabajo. 7 de junio (Colombia). D. O. No. 27622.

Congreso de la República. (1958). Ley 19. Sobre reforma administrativa. 9 de diciembre. D. O. No. 29835.

Congreso de la República. (1958). Ley 99. Sobre servicio de radiocomunicaciones aéreas, meteorología y otros servicios técnicos. 26 de enero. D. O. No. 29860..

Congreso de la República. (1959). Ley 54. Por la cual se dispone el establecimiento e instalación de servicios postales y eléctricos en algunas poblaciones de los departamentos del Valle, Chocó, Cauca, Antioquia y Nariño y se dictan otras disposiciones. 2 de septiembre. D. O. No. 30055.

Congreso de la República. (1960). Ley 33. Por la cual se auxilian unas obras de servicio público en las ciudades de Santa Marta y Ciénaga (departamento del Magdalena), y se dictan otras disposiciones. 2 de noviembre. D. O. No. 30370.

Congreso de la República. 1961. Ley 86. Por la cual se ordena la construcción y dotación de tres Centros Mixtos de Salud en el Departamento de Nariño, y se ordena la adquisición, por el Ministerio de Salud Pública, de un barco-hospital para el servicio del Litoral Pacífico. 2 de octubre. D. O. No. 30627 del 2 de octubre de 1961.

Congreso de la República. (1964). Ley 8. Por la cual se extiende el servicio de correos nacionales a las áreas rurales de los Municipios colombianos en donde existen oficinas de la Administración Pública. 15 de octubre. D. O. No. 31488.

Congreso de la República (1965). Ley 19. Por la cual la Nación contribuye a la ampliación de servicios, equipos, reparaciones locativas, sostenimiento de las distintas salas y dependencias, etc., del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, de Medellín, y se dictan otras disposiciones. 15 de septiembre. D. O. No. 31752.

Congreso de la República (1966). Ley 3. Por la cual se reglamenta el recaudo e inversión de los ingresos provenientes de los servicios portuarios de faros y boyas, y se dictan otras disposiciones". 16 de febrero. D. O. No. 31861.

Congreso de la República (1966). Ley 74. Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión. 28 de diciembre. D. O. No. 32166.

Congreso de la República. (1968). Ley 45. Por la cual se auxilia la construcción y terminación de unas obras de servicios públicos (ampliación de acueducto y pavimentación), en el municipio de Victoria en el departamento de Caldas, y se dictan otras disposiciones “por conducto de Acción”. 13 de diciembre. D. O. No. 32670.

Congreso de la República. (1968). Ley 75. 31 de diciembre. D. O. No. 32.682.

Congreso de la República. (1968). Ley 80. Por la cual se reorganiza el Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales "Satena". 14 de enero. D. O. No. 32684.

Congreso de la República. (1968). Ley 86. Por la cual se ordena una contribución de la Nación para las obras de defensa de la ciudad de Salamina (Caldas). 20 de febrero. D. O. No. 32716.

Congreso de la República. (1982). Ley 11. Por la cual se autoriza las empresas descentralizadas del sector eléctrico, la creación de una empresa para la financiación del desarrollo del sector. 3 de febrero. D. O. No. 35937 del 3 de febrero de 1982.

Congreso de la República. (1982). Ley 1ª. Por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la Autorización de un juego de apuestas. 21 de enero. D. O. No. 35928.

Congreso de la República. (1990). Ley 43. 13 de diciembre. D. O. No. 39602.

Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre. D. O. 41148.

Congreso de la República. (1993). Ley 105. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. 30 de noviembre. D. O. No. 41158.

Congreso de la República. (1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. 2º de agosto. D. O. 40999.

Congreso de la República. (1993). Ley 80. 28 de octubre. D. O. No. 41094.

Congreso de la República (1994). Ley 115. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio. D. O. 41.214.

Congreso de la República. Ley 119 de 1994. 9 de febrero. D. O. No. 41.216.

Congreso de la República (1994). Ley 142. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio. D. O. No. 41433.

Congreso de la República. (1994). Ley 143. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia de energía. 12 de julio. D. O. No. 41434.

Congreso de la República. (1996). Ley 276. Por la cual se modifican los artículos 5° y 6° de la Ley 105 de 1993. 17 de abril. D. O. No. 42767.

Congreso de la República. (1997). Ley 388. 24 de julio. D. O. No. 43091.

Congreso de la República. (1998). Ley 427. 12 de enero. D. O. No. 43219.

Congreso de la República. (1998). Ley 489. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (...). 30 de diciembre. D. O. No. 43464.

Congreso de la República. (2004). Ley 909. 23 de septiembre. D. O. No. 45680.

Congreso de la República. (2009). Ley 1341. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. 30 de julio. D. O. No. 47426.

Consejo Superior de la Judicatura. (2016). Acuerdo No. PSAA16-10618. Gaceta de la Judicatura. Ordinaria No. 76.

Gobierno Nacional (1957). Decreto Ley 118 del 24 de julio. D. O. No. 29441.

Gobierno Nacional. (1959). Decreto 1593 del 16 de junio. D. O. No. 29974.

Gobierno Nacional. (1962). Decreto 1562 del 15 de junio. D. O. No. 30847.

Gobierno Nacional (1968). Decreto 3135 del 29 de enero. D. O. No. 32689.

Gobierno Nacional. (1968). Decreto 1050 del 17 de junio. Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional. D. O. No. 32552.

Gobierno Nacional. (1968). Decreto 3130 del 26 de diciembre. Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Gobierno Nacional. (1969). Decreto 1848 del 20 de noviembre. D. O. No. 32937.

Gobierno Nacional. (1969). Decreto 550 del 18 de marzo. Por el cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos. D. O. No. 30186.

Gobierno Nacional. (1970). Decreto 960 del 5 de agosto. D.O. No. 33118.

Gobierno Nacional. (1971). Decreto 410 de 1971 del 16 de junio. Por el cual se expide el código de comercio. D. O. No. 33339.

Gobierno Nacional. (1973). Decreto 1950 del 5 de noviembre. D. O. No. 33962.

Gobierno Nacional (1992). Decreto 2153 del 31 de diciembre. D. O. No. 40704.

Gobierno Nacional. (1992). Decreto 2160 del 30 de diciembre. D. O. No. 40703.

Gobierno Nacional. (1992). Decreto 2171 del 31 de diciembre. D. O. No. 40.704.

Gobierno Nacional. (2008). Decreto 4765 del 18 de diciembre. D. O. No. 47.207.

Gobierno Nacional. (2011). Decreto 4109 del 2 de noviembre. D. O. No. 48241.

Gobierno Nacional. (2011). Decreto 4156 del 3 de noviembre. D. O. No. 48242.

Gobierno Nacional. (2015). Decreto 1075 del 26 de mayo. D. O. No. 49523.

Gobierno Nacional. (2021). Decreto 1666 del 6 de diciembre. D. O. No. 51.880

Jefatura del Estado de España. (1992). Ley 30 del 27 de noviembre. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Madrid: Boletín Oficial del Estado No. 285.

Jefatura del Estado de España. (1997). Ley 6 del 15 de abril. Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Madrid: Boletín Oficial del Estado, No. 90.

Jefatura del Estado de España. (2015). Ley 39 del 2 de octubre. Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Madrid: Boletín Oficial del Estado, No. 236.

Jefatura del Estado de España. (2015). Ley 40 del 2 de octubre. Régimen Jurídico del Sector Público. Madrid: Boletín Oficial del Estado, No. 236.

Parlamento Europeo. (2013) Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222(INI)). Diario Oficial de la Unión Europea 2013/C 33 E/07 del 5 de febrero de 2013.