

**CURSO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO GENERAL**

(Continuación)

Jesús Vallejo Mejía

Doctor en Derecho de la U. de A.

Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en la
U. P. B., Medellín.

Medellín: Centro Comercial La Playa, Oficina 208.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La Función Administrativa y el Derecho

De acuerdo con la definición que se dio atrás, la función administrativa consiste en llevar a la práctica los cometidos estatales. Se trata por consiguiente de una función jurídica, ya que, de una parte, constituye el desarrollo de normas jurídicas y, por otra, el poder de ejercerla se deriva de competencias también jurídicas que han sido asignadas por normas superiores.

Hay, pues, una conexión íntima entre la función administrativa y el derecho, que obedece a lo que Merkl denominaba "principio de juridicidad de la Administración". Según el eminente tratadista germánico, la administración sólo puede ser entendida "como aplicación del derecho, y, en especial, como aplicación del derecho administrativo. Todo concepto jurídico de la administración la determina como una actividad del Estado, sea cualquiera la forma en que cualifique esta actividad. Pero actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad. Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado, nos permite poner en relación, referir al Estado, determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico. En la medida en que un precepto jurídico nos permite significar un obrar humano como acción estatal se nos ofrece — con la acertada terminología de Kelsen — como regla de atribución jurídica. . . El Derecho Administrativo no es sólo la condición sine qua non sino condición per quam, de la administración" (Merkl, "Teoría General del Derecho Administrativo", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.935, ps. 211-2).

Este principio se da hasta en los Estados absolutistas. Dice Merkl que en las monarquías absolutas rige la norma de competencia que se expresa en el célebre aforismo "Regis Voluntas Suprema Lex". En tales regímenes la voluntad del monarca, cualquiera sea su contenido, vale como voluntad del Estado; pero solamente el monarca puede querer por el Estado (Merkl, op. cit.,

p. 214). Se trata, por consiguiente, de una norma de competencia amplísima que no impone deberes jurídicos a los gobernantes supremos, pero sí a los funcionarios subordinados y, desde luego, a los súbditos.

2. El Principio de Legalidad

En los Estados liberales, en los cuales la organización constitucional establece la separación de poderes y la especialización funcional, si bien atenuadas, es mucho más intensa la vinculación de la administración al derecho.

En efecto, en dichos regímenes la ley debe ser expedida por el Parlamento y el ejercicio de la función administrativa, que le corresponde al poder ejecutivo, debe ceñirse rigurosamente a los cánones legislativos. De ahí que se hable del "principio de legalidad de la Administración" para indicar la sujeción de esta última a la ley formal.

De acuerdo con este principio, las autoridades administrativas sólo pueden actuar con base en competencias estrictas asignadas por la Constitución y las leyes; por consiguiente, la estructura y el funcionamiento de la administración, la forma de sus actos, sus finalidades, etc. deben tener base legal y desarrollar la voluntad suprema del Estado contenida en la Constitución y la ley.

Este principio ha sufrido transformaciones de fondo en la evolución constitucional de los últimos años, en virtud de la asignación de competencias legislativas cada vez más extensas a las autoridades ejecutivas y de la ampliación del poder reglamentario.

En efecto, el principio de legalidad tiene sentido pleno cuando la ley es dictada por órganos diferentes de los que la ejecutan. Pero si las funciones legislativa y administrativa se concentran en un mismo órgano, el principio pierde casi totalmente su eficacia y su razón de ser, pues queda reducido a que quien ejecute la ley debe someterse a su propia legalidad, la cual puede ser modificada por el mismo órgano según le convenga. Así, no puede decirse que en materia de decretos autónomos, que son verdaderas leyes, el Gobierno quede limitado por el principio de legalidad, ya que en cualquier momento puede modificar esos decretos. No puede decirse lo mismo en los casos de utilización de facultades extraordinarias o de poderes de emergencia, porque ahí sí puede resultar cierta estabilidad de las decisiones legislativas que tome el Gobierno, quedando éste en consecuencia ligado por ellas.

La ampliación del poder reglamentario, sobre la base de que la ley debe ser muy general y abrir alternativas de acción para que el Ejecutivo adapte en forma flexible su contenido a las situaciones mudables de la economía, según se predica en la teoría de las leyes-marco y de las leyes de intervención, también debilita el principio de legalidad, pues como se verá posteriormente al hablar del poder reglamentario, en estos casos la vinculación del reglamento a la ley se hace menos intensa que en la reglamentación de leyes ordinarias. También la teoría de los actos de gobierno (vid. supra Cap. I N° 8) debilita el principio de legalidad; pero dicha teoría, según se vio atrás, es de aplicación muy excepcional.

3. El Régimen Administrativo

La afirmación del principio de juridicidad de la administración significa que en todo Estado hay necesariamente derecho administrativo, por cuanto la función administrativa siempre está sometida al derecho.

Sin embargo, en sentido estricto se habla de que hay derecho administrativo solamente cuando existen reglas especiales para la organización y el funcionamiento de la administración pública y se consagran ciertas garantías mínimas para los administrados.

Por consiguiente, no habría derecho administrativo en países en los que existen reglas mínimas de organización administrativa y se consagra el principio de legalidad si, por otra parte, el régimen de la actividad administrativa es prácticamente el mismo de los particulares. Así sucede, por ejemplo, en el derecho inglés, en el cual las reglas de derecho privado se aplican normalmente a las situaciones administrativas (vid. Rivero, "Droit Administratif", cit., p. 17; Alessi, "Instituciones", cit. T. I., p. 20).

Tampoco puede hablarse estrictamente de la existencia de régimen administrativo en Estados absolutistas en los cuales no se establezcan vínculos jurídicos para los gobernantes, ni derechos subjetivos de los gobernados frente a la administración. Así, dice Rivero, "la administración no está sometida al derecho (en sentido estricto) cuando las reglas a que ella obedece son puramente interiores, obligatorias para los agentes frente a sus superiores, pero no frente a los administrados. El desconocimiento de la regla puede, en este caso, acarrear sanciones decretadas por el superior contra el agente culpable de haber desconocido su autoridad e introducido el desorden en el aparato administrativo; pero el admi-

nistrado a quien ha lesionado este desconocimiento de la regla no está legitimado para quejarse: la administración no se siente ligada frente a él y guarda a su respecto una total libertad". Es el esquema jurídico del Estado Policía que prevaleció en el siglo XVIII (Rivero, op. cit., p. 14).

En nuestro país existe un régimen administrativo disperso en gran cantidad de disposiciones, no siempre coherentes, que tienden cada vez a apartarse más netamente de los principios civiles que regulan las relaciones privadas.

4. Las Fuentes del Derecho Administrativo

El concepto de fuentes del derecho se refiere a procesos típicos de creación de las normas jurídicas, que pueden ser **regulares**, si los prevé y regula el propio ordenamiento jurídico, o **excepcionales**, si actúan por fuera de dichas previsiones pero llegan a ser eficaces en la producción jurídica. Las fuentes se clasifican, además, en **escritas**, como sucede con el derecho legislado, y en **no escritas**, tales como la costumbre o los principios generales del derecho. En los sistemas jurídicos modernos prevalecen las fuentes regulares y escritas, pero no pueden desdeñarse del todo las excepcionales que en algunos casos pueden modificar sustancialmente el sentido del derecho escrito.

Además, en cada rama del derecho puede variar la importancia de las distintas fuentes; por ejemplo, la costumbre es muy valiosa en el derecho comercial y, en cambio, de escaso interés para el derecho administrativo.

El estudio de las fuentes en el derecho administrativo se relaciona muy íntimamente con el principio de legalidad, pues de ahí resultará el conocimiento de las normas que vinculan a las autoridades públicas en el ejercicio de la función administrativa (ver: Vedel, "Droit Administratif", cit., Cap. III).

Seguidamente se estudiarán las fuentes regulares (Constitución, leyes, reglamentos y otros actos de la administración, principios generales del derecho) y la jurisprudencia, que entre nosotros es una fuente excepcional pero bastante eficaz. No se menciona la costumbre porque como ya se anotó, carece prácticamente de interés para el derecho administrativo. No se sabe en Colombia de un solo caso que se haya resuelto invocando la costumbre.

5. La Constitución

En la Constitución hay normas relativas a la organización, el funcionamiento y las limitaciones de la administración pública. En unas se estatuye directamente sobre la materia; en otras se otorgan competencias para la regulación de asuntos administrativos. Por otra parte, como lo destaca Gordillo, la Constitución consagra principios jurídicos de suma importancia que deben ser respetados por la ley y con mayor razón aún por las autoridades administrativas, tales como la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, la equidad y la proporcionalidad de las cargas públicas, la inviolabilidad de la propiedad, el derecho a no declarar contra sí mismo, el que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden y la moral pública, no perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", etc. (Gordillo, "Introducción al Derecho Administrativo", op. cit., p. 176).

Fuera de los principios que enuncia Gordillo, en la Constitución Colombiana aparecen otros que deben tenerse en cuenta siempre al examinar cualquier situación administrativa, como son los contenidos en los artículos 16 y 30 C. N. El primero dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". El segundo dice, entre otras cosas de mucha sustancia, que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Los artículos 4º, 5º, 7º y 8º de la ley 153/87 aluden a la importancia de la doctrina constitucional en la interpretación de las leyes y en la solución de los vacíos que se presenten.

6. Las Leyes

La ley es la más importante de las fuentes del derecho administrativo. Según se viene diciendo, la mayor parte de los cometidos de la administración es fijada por la ley. Esta señala las competencias administrativas, los procedimientos, los fines, las limitaciones y los deberes de los funcionarios, así como la situación jurídica de los administrados. Por regla general, el desarrollo de

los principios constitucionales se realiza a través de la legislación. Por ejemplo, los artículos 76 (ords. 5, 9, 10, 11, 13, 16, 22 y 24) y 62 C. N., entre otros, se refieren a materias administrativas cuya regulación corresponde al Congreso, el cual goza para ello de facultades amplias, salvo en los casos de leyes marcos que solo pueden ser tratadas en términos generales por la ley, dejándole al Ejecutivo cierta libertad de acción.

Junto con la ley formal hay que considerar la legislación contenida en disposiciones del Ejecutivo (Decretos Legislativos, Decretos Leyes, Decretos Autónomos, Decretos sobre ejecución de Tratados, Decretos que ponen en vigencia Planes de Desarrollo o el Presupuesto) y los Tratados Internacionales, los cuales suponen aprobación legislativa.

Los Tratados están adquiriendo importancia como fuentes del derecho administrativo, por una parte, por las organizaciones internacionales a que suelen dar lugar (derecho administrativo internacional) y, por otra, porque sirven de base para reglamentaciones internas que según sentencia de la Corte Suprema, dictada en febrero 27/75, tienen fuerza de ley en cuanto modifiquen la legislación vigente (vid. supra, Cap. I, N° 9).

La legislación administrativa en nuestro país es muy abundante y difícil de consultar por lo dispersa. No hay propiamente un Código General de la Administración y sería muy conveniente que algún día se llegara a expedirlo a fin de consagrar y sistematizar por lo menos los principios básicos de nuestro régimen administrativo. Este es un problema que también se plantea en otros países y obedece a que el derecho administrativo es relativamente nuevo y se halla en evolución permanente (vid. Gordillo, "Introducción...", ed. cit., p. 205; Rivero, op. cit., p. 29; García Oviedo, op. cit, T. I. p. 16 y s.s.; Altamira, Pedro "Curso de Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 86 y s.s.).

A título de información pueden citarse las siguientes disposiciones de orden legislativo: Ley 110/12 (Código Fiscal Nacional); Ley 4/13 (Código de Régimen Político y Municipal); Ley 167/41 (Código Contencioso Administrativo); Ley 14/69 (Creación de Municipios); Ley 1°/75 (Asociaciones de Municipios); D. 2733/59 (Derecho de Petición y Procedimiento Gubernativo); D. 528/64 (Reforma Judicial); D. 1050/68 (Reorganización de la Administración Nacional); D. 3130/68 (Estatuto de Entidades Descentralizadas);

D. 2400/68 y D. 3064/68 (Personal Civil); D. 2285/68, 3118/68, 3135/68 y 3181/68 (Remuneración y Seguridad Social en el Sector Público); D. 1355/70 y D. 522/71 (Policía y Contravenciones); D. 150/76 (Contratos de la Administración).

Si bien la legislación administrativa cubre muchísimos sectores de la actividad estatal, es obvio que puede haber aspectos no regulados específica o claramente por normas expresas del derecho público. Se plantea en tales casos la posibilidad de aplicar entonces las normas del derecho privado, el cual tiene una mayor elaboración que el público.

Hay casos en los cuales las normas de derecho público remiten expresamente al derecho privado para resolver situaciones administrativas, como sucede con las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta, las cuales en principio desarrollan sus actividades "conforme a las reglas del derecho privado". (D. 1050/68, arts. 6° y 8°).

En otras ocasiones las normas de derecho privado se extienden al sector público; así por ejemplo, el Código Civil contiene reglas sobre los bienes públicos (Arts. 674 y s.s.); el Código Sustantivo del Trabajo regula la asociación sindical de los funcionarios públicos (Arts. 414 y s.s.); el Código de Comercio reglamenta las sociedades de economía mixta (Arts. 461 y s.s.) y la inspección y vigilancia de las sociedades por la Superintendencia de Sociedades (Arts. 266 y s.s.), fuera de que contiene normas aisladas sobre otros asuntos administrativos (Art. 860 C. de Co., sobre licitaciones).

¿Pero fuera de los casos en que el derecho público remite expresamente una situación general o específica al derecho privado o en que éste dispone extenderse al sector público, será posible colmar los vacíos del derecho administrativo mediante la aplicación analógica del derecho privado?

El interrogante anterior conduce a plantear el tema de la autonomía del derecho administrativo. Si éste es absolutamente autónomo, solamente podrá integrarse con otras normas o principios de derecho público. Si su autonomía es relativa, los vacíos que se presenten podrán colmarse con normas y principios del derecho privado.

Este problema ha dado lugar a arduas discusiones doctrinarias. En Francia ha habido un criterio favorable a la autonomía absoluta del derecho administrativo. Los partidarios de la teoría

del servicio público, que fundaban la construcción de todo el derecho administrativo con base en dicho concepto, consideraban que la gestión de los servicios públicos con miras a la satisfacción del interés general le da a la Administración poderes que no cabría regular mediante principios privatísticos, pues carecen de cualquier analogía con éstos. Otros, que construían el derecho administrativo sobre la consideración de la soberanía estatal, tampoco admitían la aplicación de normas de derecho privado a las situaciones administrativas, por estimar que entre éstas, regidas por la supremacía del Estado, y las situaciones privadas, no era admisible analogía alguna (ver, Vidal Perdomo, op. cit., p. 5 y s.s.).

Estas opiniones extremas, sin embargo, nunca han tenido aplicación generalizada, pues en Francia siempre se ha considerado que hay ciertas actividades de la Administración susceptibles de regirse por el derecho privado. Por ejemplo, Rivero opina que si bien la administración siempre debe obrar de acuerdo con el interés público, ese interés puede ser satisfecho tanto por el derecho público como por el derecho privado; es más, en el caso de los servicios industriales y comerciales, es el mismo interés general el que dicta la sumisión de dichos servicios al derecho privado, a fin de hacerlos más ágiles. Por lo tanto, del hecho de que la administración deba procurar fines diferentes a los que buscan los particulares, no se sigue necesariamente la existencia de reglas especiales para enmarcar la actuación de aquélla (Rivero, "Droit Administratif", ed. cit., p. 33).

En Italia, Alessi se ha mostrado partidario de una separación radical entre el derecho privado y el administrativo, pues a su entender, "hay una profunda y esencial diferencia de los principios inspiradores de los dos ordenamientos, ligada a la esencial diferencia de naturaleza y posición jurídica de los sujetos a los que los dos ordenamientos se refieren.

"En efecto, el Derecho privado está inspirado esencialmente en la fundamental igualdad jurídica de los sujetos a los que se refiere, igualdad que se manifiesta, de un lado, en la equivalencia de los intereses de que son portadores los sujetos, y de otro, en la limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento concede a dichos sujetos, poderes que no pueden tener eficacia más allá de la esfera jurídica del titular que lo ejercita.

"El Derecho Administrativo, al igual que con más generalidad el Derecho público, está inspirado en la fundamental superioridad del sujeto público con respecto al sujeto privado, supe-

rrioridad que se traduce, de un lado, en un mayor valor de aquellos intereses que los entes públicos están llamados a satisfacer (intereses públicos), mientras que, de otro lado, se refleja en la posibilidad de que, únicamente para la satisfacción de dichos intereses, puedan dichos sujetos públicos gozar de poderes jurídicos adecuados para producir efectos por su sola voluntad unilateral, e incluso dentro de la esfera jurídica de los sujetos privados" (Alessi, "Instituciones. . . ." ed. cit., T. I., p. 14).

Del hecho de que el Derecho administrativo constituye un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado, se siguen, de acuerdo con el autor que se menciona, estas importantes congenerales.

"a) En el caso de que existan lagunas en el ordenamiento positivo administrativo, no serán aplicables las normas contenidas en el ordenamiento privado, ni directamente ni por analogía, sino que deberán aplicarse por analogía otras normas contenidas en el ordenamiento administrativo o bien los principios generales.

"b) A su vez los principios generales a aplicar en tales casos no deberán extraerse del conjunto del ordenamiento privado, sino exclusivamente del público, constituido por el propio Derecho administrativo.

"c) Finalmente, la interpretación de las normas de Derecho administrativo no deberá ir ligada necesariamente a los principios que regulan la interpretación de las normas de Derecho privado, pudiendo regirse por principios peculiares al Derecho administrativo, de naturaleza exclusivamente pública" (Alessi, op. cit., T. I. p. 15).

Más adelante admite, sin embargo, la aplicación del derecho privado en los casos en que la ley lo dice o por sumisión voluntaria de la administración.

Esta opinión no es seguida en otros países. Por ejemplo, dice Altamira que "en el derecho administrativo argentino, la Corte Suprema de Justicia, en ausencia de ley administrativa, aplica subsidiariamente normas de derecho privado en primer término; después las leyes administrativas análogas; y en última instancia, los principios generales del derecho" (Altamira, op. cit., p. 75).

Empero, dice Gordillo que "la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las **integra** con los principios y normas del derecho administrativo, **conformándose** y **remodelándose** en consecuencia a éste. El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoriamente al Código Civil, deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado, pues la doctrina, la jurisprudencia o incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del Código Civil" (Gordillo, "Introducción...", ed. cit., p. 163).

Sayagués mantiene una posición ecléctica al respecto. Considera que hay casos en los cuales el régimen correspondiente es típicamente de derecho público, como cuando se trata de actividades que no se concibe puedan ser realizadas por particulares, v. gr.: la defensa nacional, la recaudación de impuestos, etc. Pero cuando la administración toma a su cargo actividades propias de los particulares (v. gr.: explotación de industrias, operaciones bancarias, etc.), parece natural que las normas civiles o comerciales para esta clase de negocios alcancen también a aquélla. Dice luego que entre esos casos extremos hay una serie de situaciones intermedias en las cuales se aplica en grado variable las normas del derecho público y del privado, pero que aún en los casos en que se remita a éste, siempre habrá alguna situación regulada por el derecho público (competencia del agente, fin público a satisfacer, etc.). Sayagués, op. cit., T. I., p. 385 y s.s.).

¿Cuál es la situación en nuestro derecho?

En el derecho positivo colombiano se ha acudido tradicionalmente al derecho privado para llenar las lagunas del derecho administrativo. Este procedimiento ha suscitado críticas por parte de tratadistas como Carlos H. Pareja y Eustorgio Sarria, quienes figuran como abanderados de las tesis de la Escuela del Servicio Público entre nosotros, en tanto que ha sido aceptado por otros como Tulio Enrique Tascón y Jaime Vidal Perdomo (vid. Pareja, Carlos H., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. El Escolar, Bogotá, T. I., p. 382; Sarria, Eustorgio, "Derecho Administrativo", Temis, Bogotá, 1962, p. 225 y s.s.; Tascón, Tulio Enrique, "Derecho Contencioso Administrativo Colombiano", Ed. Minerva, Bogotá, 1942, p. 199; Vidal Perdomo, op. cit., p. 9 y s.s.).

En cuanto a la posición de la jurisprudencia, puede observarse en ésta una evolución, no siempre constante, que va desde la aceptación del derecho privado en la solución de los asuntos administrativos no regulados expresamente por el derecho público, hasta la afirmación de la autonomía del derecho administrativo. Por ejemplo, en fallo del 28 de Octubre de 1976, recaído en el negocio N° 1.482 con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango, el Consejo de Estado después de citar la doctrina de la Corte y del mismo Consejo en materia de responsabilidad extracontractual del Estado desde sus orígenes, concluye diciendo que "la responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías, las fuentes del derecho positivo determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcances. Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución... lo mismo que en sus desarrollos legislativos contenidos en el C.C.A. y las normas del D. L. 528 de 1964, además de las leyes especiales sobre la materia" (vid. Colegio de Abogados Comercialistas, Boletín N° 159, p. 38 y s.s.). Contrasta esta posición con la que menciona Tascón, que aceptaba el Código Civil como fundamento general de la responsabilidad extracontractual y que se tuvo en cuenta al expedirse el Código Contencioso Administrativo (vid. Tascón, op. cit., p. 199).

Puede decirse que la autonomía del derecho administrativo aumenta a medida que se va haciendo más prolífica la legislación administrativa y se van acogiendo, en consecuencia, soluciones originales para los problemas del sector público. Así, resulta difícil acudir a las soluciones tradicionales del derecho privado para resolver situaciones dudosas en materia de organización administrativa, o de régimen de funcionarios públicos vinculados por relación estatutaria, o de contratos administrativos específicamente regulados, o de régimen de los actos administrativos, que son temas que se encuentran regulados en su mayor parte por disposiciones especiales, de manera que si algún vacío se encuentra en su tratamiento jurídico, posiblemente haya lugar a resolverlo a través de normas administrativas que se ocupen de situaciones análogas.

Pero no habiendo posibilidad de colmar un vacío en la regulación administrativa a través de la aplicación de normas de derecho público que dispongan sobre situaciones similares, la tradición jurídica colombiana (jurisprudencia y práctica administrativa) se ha mostrado en general favorable a la utilización de las disposiciones del derecho privado que sean susceptibles de aplicación analógica.

La opinión predominante ha considerado que el art. 8º de la Ley 153/87 postula la unidad del ordenamiento jurídico y contradice, por consiguiente, la autonomía de las ramas especiales (ver, Vidal Perdomo, op. cit., p. 10). Según dicha norma "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Ahora bien, esta disposición no es del todo clara, pues la aplicación analógica se la hace depender del hecho de que la situación no regulada y la descrita en la ley que se pretende aplicar constituyan "casos o materias semejantes". Esa relación de semejanza es la que se discute cuando se trata de aplicar normas que disponen sobre asuntos privados a las situaciones públicas.

Las doctrinas francesas e italianas que se citaron atrás parten precisamente de la base de que entre lo público y lo privado no cabe la analogía. Pero seguramente se trata de posiciones muy radicales y dogmáticas, basadas más en algún prejuicio ideológico sobre la superioridad del Estado o la coherencia de cada rama del derecho, que en las peculiaridades de los casos concretos. Sin llegar a extremos de empirismo o de "existencialismo jurídico", como dice Rivero ("Droit Administratif", op. cit., pág. 34), puede afirmarse que la decisión de aplicar, o negarse a hacerlo, las disposiciones del derecho privado a determinada situación administrativa, depende de las modalidades del caso concreto, pero que no hay razón de principio para desechar de antemano esa posibilidad. El ejemplo claro está en que nuestra práctica jurídica no ha sido contraria por regla general a dicha analogía y, además, en que hay países como Inglaterra en los cuales parece natural que las normas civiles se apliquen a las cuestiones administrativas.

Cabe preguntarse cuál sería el fundamento para no aplicar los conceptos de culpa contractual o de vicios de consentimiento previstos en el Código Civil, para resolver problemas jurídicos de la contratación administrativa (D. 150/76, art. 13). O, por qué razón la indemnización por concepto de daños extracontractuales seguiría unas

reglas cuando se tratase de problemas entre particulares y otras cuando estuviera comprometida alguna entidad pública. No se ve, en efecto, ninguna razón de justicia para diferenciar los regímenes correspondientes, salvo en lo que tocaría con modalidades de la acción indemnizatoria (v. gr.: la imposibilidad de ejecutar a la Nación, o la necesidad de que el pago de las indemnizaciones se sujete al Presupuesto y no sea posible transigir en perjuicio del ente público).

La consideración de estos casos permite sustentar el siguiente principio: *las reglas de derecho privado son aplicables a las situaciones administrativas no expresamente reguladas por normas de derecho público ni susceptibles de regularse por normas análogas de derecho público, siempre y cuando dicha aplicación no contraríe algún principio de derecho público.*

De ahí se sigue que cuando se aplique una norma de derecho privado a una situación administrativa, el criterio para interpretarla debe tener en cuenta los principios del derecho público. Se acogen aquí entonces las opiniones de Sayagués y de Gordillo que se mencionaron atrás.

7. *Los reglamentos y otros actos sobre la Administración.*

Una fuente muy importante del derecho administrativo se encuentra en la actividad jurídica de la propia administración: reglamentos, circulares, órdenes administrativas, etc.

De estos actos se hablará en detalle más adelante. Conviene, sin embargo, destacar que a medida que la ley se va haciendo más general y se van aumentando al mismo tiempo las competencias administrativas, va siendo en la práctica más valedera la afirmación de que no es posible obtener una visión satisfactoria del régimen jurídico vigente si no se toman en cuenta los desarrollos que le da la administración a la ley.

Muy frecuentemente hay que esperar a que el Gobierno reglamente una ley para saber cuáles van a ser en definitiva el alcance y el modus operandi de sus disposiciones.

Por otra parte, los regímenes departamental y municipal están contenidos fundamentalmente en disposiciones de carácter reglamentario. Tal es la naturaleza de las Ordenanzas de las Asambleas y de los Acuerdos de los Concejos, al tenor de la jurisprudencia (vid. C. de E., sentencia de mayo 24/73, radicación 2.226, ponente: Lleras

Pizarro); y es en dichos actos en donde hay que buscar el régimen aplicable a cada departamento y a cada municipio en materias como los impuestos, los contratos, el manejo de bienes y rentas, la organización administrativa, etc.

8. *Los principios generales del Derecho.*

De acuerdo con el artículo 8º de la ley 153/87, "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Por su parte el artículo 32 C. C. remite al espíritu general de la legislación y a la equidad natural para resolver los problemas de interpretación que no sean susceptibles de aclaración mediante las reglas de interpretación previstas en los artículos 25 a 31 del mismo estatuto.

Se observa, por consiguiente, que los principios generales de derecho son fuente subsidiaria. Esto requiere, sin embargo, algunas precisiones.

En primer término, cabe decir que se trata de fuente del derecho en un sentido lato, pues estrictamente no podría señalarse un proceso social típico que sirviera de base para afirmar que los principios generales son fuentes formales. En efecto, según se verá en seguida, los principios generales se encuentran implícitos en el derecho escrito, o en la jurisprudencia, o en las opiniones más autorizadas, etc., pero en sí mismos no revisten forma específica como sucede con la ley, la costumbre, etc. (cfr. Linares, J. F., "Fundamentos...", op. cit., p. 169).

En segundo término, hay casos en los cuales los principios generales son fuente principal y no meramente subsidiaria. Todo depende del nivel en que se los sitúe. Por ejemplo, en derecho administrativo el principio general suple a la ley pero se impone sobre los reglamentos; ello significa que una ley no puede ser declarada inexecutable por desconocer un principio general de derecho administrativo, mientras que un reglamento sí es anulable por esa razón. En cambio, la ley podrá ser declarada inexecutable por violación de un principio general de derecho constitucional; o sea que en esta rama los principios generales prevalecen sobre las leyes.

Lo anterior conduce a estudiar los principios generales del derecho en tres niveles:

- a) Cada rama del derecho se estructura más o menos armónicamente con base en ciertos principios fundamentales. Así, en el derecho civil, la autonomía de la voluntad, la igualdad, la buena fe, etc., son principios básicos; lo mismo, la protección del trabajador en el derecho social; o la agilidad y la seguridad del tráfico en el derecho mercantil, etc.
- b) Una observación más profunda muestra que el sistema jurídico general, o sea, el orden constitucional, postula en su base algunos principios de fondo sobre la idea de justicia, sobre la legitimidad del régimen, sobre la estructura de la sociedad, etc. Dichos principios equivalen a la doctrina constitucional que menciona el artículo 8º de la ley 153/87.
- c) Un tercer nivel corresponde a lo que el Código Civil denomina la equidad natural o, más precisamente, los principios de derecho natural.

Aquí es donde se sitúa la problemática más importante de los principios generales del derecho. ¿Cuáles son? ¿Cómo explicar su aplicación concreta? ¿Cómo se relacionan con el derecho positivo?

La afirmación de este nivel de análisis supone obviamente la aceptación del derecho natural. Hay, sin embargo, juristas que sin aceptar el derecho natural, admiten la posibilidad de emplear en forma subsidiaria los principios generales de la tradición jurídica occidental o la del sistema en que se encuentra el ordenamiento respectivo.

Por otra parte, se trata en este nivel de principios que no están consagrados en el derecho positivo, pues de lo contrario podría ubicárselos en cualquiera de los dos planos precedentes.

¿Cómo explicar la aplicación de estos principios a situaciones concretas? Del Vecchio ofrece una explicación muy penetrante sobre este tema. La razón para aplicar los principios generales del derecho natural reside en que los jueces están obligados a resolver todos los asuntos que les sean sometidos, sin que puedan invocar ausencia de norma aplicable, ya que no hay relación social que no sea susceptible de regulación jurídica y que no la exija. Ahora bien, como no es posible que el derecho positivo contenga, así sea de modo implícito, todas las soluciones necesarias, se sigue de ahí que el juez debe orientarse en último término por principios que están más allá del derecho positivo, es decir, principios de derecho natural. Del Vecchio establece sin embargo la salvedad de que se trata de proposiciones de derecho natural que sean compatibles con el derecho

positivo, dado que es una fuente subsidiaria (vid. Del Vecchio, "Los Principios Generales del Derecho", Bosch, Barcelona, 1948; además, Altamira Gigena, "Los principios generales del derecho como fuente del Derecho Administrativo", Astrea, Bs. Aires, 1972).

La aplicación de los principios generales del derecho puede revestir modalidades diferentes. Desde este punto de vista, enseña Altamira Gigena que los principios generales se encuentran en tres estadios:

- "a) El primero, ofreciendo solidez y confirmación a la solución que en la ley o costumbre se encuentre;
- "b) El segundo, fecundando las reglas aisladas que en la ley se encuentran y ampliando el círculo de su eficacia y aplicación, deduciendo de la masa de disposiciones completas del derecho positivo, los principios generales;
- "c) La tercera fase se presenta completando el derecho positivo y creando nuevas reglas de solución, formulando un derecho nuevo, fuera y aparte del promulgado; en esta tercera función la labor del intérprete se acerca a la del legislador" (Altamira Gigena, op. cit., p. 21).

¿Cuáles con los principios generales propios del derecho administrativo?

Durante muchos años ha habido la ilusión de fundar las soluciones del derecho administrativo en una estructura conceptual sólida y coherente. El esfuerzo más notable en este sentido lo hizo la Escuela del Servicio Público, cuyas tesis resume Rivero de la siguiente forma:

"Para estos autores, la diferencia esencial entre la actividad de los particulares y la actividad pública reside en el hecho de que ésta se consagra enteramente a la gestión de empresas que buscan satisfacer el interés general, es decir, los servicios públicos. Estas actividades, en los Estados liberales, son esencialmente diferentes, por su objeto, de las actividades privadas; aquéllas tienen sus exigencias propias, las cuales presiden su régimen jurídico especial. De ahí que pueda definirse el derecho administrativo como el *derecho de los servicios públicos*. En esta concepción, el servicio público traza la frontera del derecho administrativo y por consiguiente la competencia del juez administrativo. El suministra también su contenido: todas las soluciones del derecho administrativo se explican por las necesidades del servicio público. Esta concepción, simple y

potente, dominó a la jurisprudencia y la doctrina hasta una fecha reciente. Hoy día algunos autores, especialmente De Laubadère y Latournerie, permanecen fieles a ella; el Consejo de Estado parece, después de un período de fluctuaciones, querer restaurar la noción de servicio público en su función de criterio de la competencia administrativa" (Rivero, op. cit., p. 31).

De Laubadère manifiesta, en efecto, que "entre las nociones de servicio público y de derecho administrativo existe una relación estrecha, consistente en que el servicio público sirve de fundamento del derecho administrativo. Por otra parte, es por medio de la *jurisdicción administrativa* que el *derecho administrativo* es aplicado al *servicio público*. Esta noción interviene entonces para fijar el ámbito de la competencia de la jurisdicción administrativa" (De Laubadère, op. cit., p. 25).

Esta doctrina tuvo mucho éxito durante años, pero encontró objeciones vigorosas que condujeron a lo que De Corail denominó "la crisis de la noción de servicio público". Dice Vidal Perdomo, explicando la tesis de De Corail, que "el problema surgió cuando a actividades que se siguieron llamando de servicio público, se les comenzó a aplicar el derecho privado, por su naturaleza industrial y comercial que las hacía merecedoras de ese régimen jurídico. Más tarde se amplió la noción a actividades que no eran ya estatales, sino particulares, que se llamaron de servicio público aunque su normatividad jurídica era de derecho privado. Finalmente, la ola de nacionalizaciones que vivió Francia a partir de la II Guerra Mundial acentuó la separación entre los términos *servicio público* y *derecho público*, pues el Estado quedó como gestor de empresas que se podían llamar de servicio público, pero el derecho que se les aplica en la mayor parte de sus relaciones es el privado. Estos tres hechos han dado nacimiento al fenómeno conocido con el nombre de crisis de la noción jurídica de servicio público" (Vidal, op. cit., p. 232).

En síntesis, la crisis de la noción de servicio público se manifestó en los siguientes hechos:

- a) En la dificultad para definir indiscutiblemente la noción de servicio público, pues según se verá en su oportunidad, se han propuesto varios criterios para el efecto.
- b) En la realización, por parte del Estado, de actividades de interés general pero sometidas al derecho privado, tales como las empresas industriales y comerciales, así como los servicios so-

ciales; de ahí se sigue, como dice Rivero, que el servicio público no llama necesariamente, para su gestión, al derecho administrativo, dado que utiliza, según su naturaleza y según la finalidad perseguida, bien sea procedimientos de gestión privada, tomados del derecho civil o del comercial, ora procedimientos de gestión pública regidos por el derecho administrativo (Rivero, op. cit., p. 32).

- c) Por otra parte, dice el mismo Rivero, "la administración no se limita a la gestión de los servicios públicos; la reglamentación de los particulares dentro del marco de la policía administrativa, sobre todo, que es una parte importante de su actividad, no constituye propiamente hablando la gestión de un servicio. El derecho administrativo tiene por consiguiente un objeto más amplio que el servicio público" (Rivero, op. cit., p. 32). Podrían citarse a este respecto otros ejemplos; así, muchas soluciones del derecho fiscal se explican por el interés público y no por el servicio público, como las relativas a la relación tributaria o al manejo de los bienes del Estado.

Rivero señala que en vista de las limitaciones de la noción de servicio público, los autores han buscado soluciones de reemplazo, a través de las cuales se pretende organizar el conjunto del derecho administrativo. Cita los intentos de fundar su construcción en las nociones de interés general, de poder público o en combinaciones de las mismas. Menciona, además, el escepticismo a que algunos han llegado, renunciando a todo intento de síntesis conceptual del derecho administrativo; dice sin embargo que "este existencialismo jurídico conduciría, de ser aceptado, a la negación misma del derecho" (vid. Rivero, op. cit., p. 33-4).

En conclusión, el autor citado considera que si bien el derecho administrativo tiene que ser inteligible, esto es, obedecer a una estructura conceptual, no es indispensable ni posible elaborar su sistematización a partir de una noción única, exigencia que por otra parte no se le hace a ninguna otra rama del derecho. Las peculiaridades del derecho administrativo pueden explicarse por la combinación de dos órdenes de ideas opuestas:

"Por una parte, dice textualmente, las reglas del derecho administrativo se diferencian de las reglas del derecho privado en cuanto aquéllas confieren a los órganos públicos poderes que no cabría concebir en las relaciones entre particulares: se trata del conjunto de prerrogativas del poder público.

"Pero, de otro lado, el derecho administrativo impone a menudo sobre la administración obligaciones mucho más estrictas que las que el derecho privado hace recaer sobre los particulares. Por ejemplo, éstos escogen libremente los fines de sus actividades, mientras que la administración está ligada a la búsqueda exclusiva del interés general; aquéllos seleccionan libremente sus contratantes, en tanto que la administración muchas veces tiene que ceñirse a procedimientos de designación automática (v.gr.: la licitación). Podrían multiplicarse los ejemplos de tales derogaciones del derecho común que hacen a la administración, no más poderosa, sino más obligada que los particulares entre ellos mismos.

"La cuasi-totalidad de las reglas del derecho administrativo puede ordenarse dentro de una u otra categoría de derogaciones del derecho privado —derogaciones *de más*, derogaciones *de menos*— unas y otras explicables siempre por las necesidades del interés general y, a veces, por las del servicio público". (Rivero, op. cit., p. 35).

Los principios generales propios del derecho administrativo no surgen pues de una fuente única sino que pueden tener diferentes orígenes; el vínculo conceptual que los une es, sin embargo, la noción del interés general o, mejor todavía, del bien común.

El Concilio Vaticano II definió este concepto en los términos siguientes: "El bien común abarca todas las condiciones de la vida social que permiten al hombre, a la familia y a la asociación conseguir más perfecta y rápidamente su propia perfección" (Constitución Pastoral "Gaudium et Spes"). Pío XII lo definía como un complejo de "condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desenvolvimiento de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa" (Radio mensaje de 24 de diciembre de 1942).

El bien común no se define como la suma de satisfacciones de necesidades individuales de los miembros del grupo, ni tampoco como la satisfacción de éste último, concebido como un ente autónomo. Como lo dice la definición de Pío XII, es la condición de los bienes particulares y de ahí su jerarquía sobre estos últimos. Lo dice Aubert en concepto que merece citarse: "Por ser condición necesaria de la perfección temporal, y ésta, a su vez, condición de la perfección espiritual de la persona, el bien común adquiere un valor superior a todos los bienes particulares del mismo orden" (Aubert, J. M. "Ley de Dios, leyes de los hombres", Herder, Barcelona, 1969, p. 208).

Vale la pena tener en cuenta además que el bien común resulta de un arbitraje entre los distintos intereses particulares o de los grupos y es por consiguiente inseparable de la idea de justicia.

La definición de lo que corresponde al bien común en casos concretos puede hacerse a veces con base en criterios *cuantitativos*; en otras ocasiones habrá que acudir a criterios *cualitativos* (cfr. Vedel, "Droit Administratif", ed. cit., p. 311 y s.s.).

Dice Vedel: "A veces el interés público será el del grupo más numeroso; v.gr.: la expropiación que tenga por objeto la construcción de una vía férrea sacrifica el interés del propietario al de los incontables usuarios de la ferrovía. Otras veces el interés público se definiría no cuantitativamente, sino cualitativamente; v.gr.: los enfermos indigentes no constituyen el grupo más numeroso de la población, pero el valor de la salud y de la vida humana los coloca por encima de los intereses pecuniarios del conjunto de los ciudadanos; es por ello que existe, a costa de los contribuyentes, una asistencia médica gratuita" (Vedel, op. cit., p. 311).

Es importante destacar que la definición del bien común en casos particulares no le toca hacerla discrecionalmente a las autoridades administrativas, pues éstas deben ceñirse a los conceptos de la Constitución y de la ley, o en último término, de la equidad natural.

Algunos principios de equidad natural aplicables al derecho administrativo, aún en ausencia de definición constitucional o legal, son los siguientes, según catálogo aproximado que ofrece Vedel:

- a) El respeto a las *libertades públicas* y los *derechos individuales*;
- b) La igualdad;
- c) El principio general de los *derechos de defensa*;
- d) El *carácter contradictorio* de todo procedimiento jurisdiccional;
- e) El *control de legalidad* sobre los actos judiciales y administrativos;
- f) La *no-retroactividad* de los actos administrativos;
- g) La obligación de *imparcialidad* de la administración;
- h) La obligación de la administración de *asegurar* a sus agentes contra las condenaciones que sufran, en ausencia de falta de personal de los mismos, por sus actividades al servicio de aquélla;
- i) La prohibición a la Administración de *disponer* de sus bienes a título gratuito;
- j) La *regla "nemo auditur..."*;
- k) El enriquecimiento sin causa, el respeto de los derechos adquiridos, la especialidad de los establecimientos públicos, la regla "non bis in idem" (Vedel, op. cit., p. 279 y s.s.).

Rivero (citado por Altamira Gigena) enumera los grupos de principios aceptados más o menos explícitamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés:

- a) Conjunto de reglas emanadas de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, o sea: división de poderes, libertad personal, igualdad de los usuarios ante el servicio público y del contribuyente ante los impuestos;
- b) Reglas aceptadas en el Código Civil o en la ley de Enjuiciamiento y trasplantadas al Derecho Administrativo por considerarse consustanciales a todo el ordenamiento: no retroactividad de las leyes y disposiciones administrativas, reparación de daños culposos, enriquecimiento injusto, el de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, etc.;
- c) Principios que derivan de la naturaleza de las cosas y de la lógica de las instituciones: continuidad del servicio público, posibilidad de adoptar medidas extralegales en caso de necesidad, etc., (Altamira Gigena, op. cit., p. 63).

El mismo Altamira Gigena, como conclusión de su interesante estudio, afirma que los siguientes son los principios que tienen mayor incidencia en Derecho Administrativo:

- a) La igualdad ante la ley;
- b) La proporcionalidad frente a las cargas públicas (que se sigue de aquél);
- c) El de que nadie puede ser juzgado ni penado sin ser oído;
- d) La cosa juzgada, no solo en materia judicial sino en sede administrativa;
- e) La presunción de legitimidad de los actos administrativos;
- f) El principio de la buena fe;
- g) El principio de la legalidad de la administración (Altamira Gigena, op. cit., p. 74 y s.s.).

A lo largo del curso habrá oportunidad de citar diferentes principios generales invocados por nuestra jurisprudencia para resolver situaciones no suficientemente reguladas por el derecho positivo; v.gr.: el principio de la proporcionalidad de las cargas públicas, traducido en el "riesgo administrativo" para resolver ciertos problemas de responsabilidad patrimonial; o el de que nadie puede ser juzgado antes de oírsele, aplicado a actuaciones policivas cuyo procedimiento no esté bien determinado; o el del respeto a los derechos adquiridos, etc.

9. La Jurisprudencia.

La jurisprudencia no suele considerarse como fuente del derecho en los sistemas Romano-Germánicos. Su papel, de acuerdo con la concepción dominante, se limita a interpretar las reglas jurídicas con miras a su aplicación a casos concretos; las decisiones judiciales, en principio, sólo tienen fuerza jurídica para las situaciones específicas a que se refieren.

Sin embargo, de hecho la interpretación de la norma jurídica puede conducir a modificar su sentido y a crear por consiguiente una norma diferente para el caso particular. Además, existe la tendencia a reiterar las soluciones ideadas por la jurisprudencia extendiéndolas a situaciones similares a las que las originaron. De esta manera se llega a una práctica constante en la solución de determinados casos, que si bien puede abandonarse en cualquier momento, de hecho es mantenida por los jueces y tribunales.

En Francia, el derecho administrativo es notablemente jurisprudencial. Allá los órganos de justicia contencioso-administrativa han considerado que su existencia como rama separada de la jurisdicción ordinaria se justifica principalmente por estar llamados a aplicar reglas especiales, distintas del derecho común que aplican los tribunales ordinarios; la ausencia de legislación administrativa especial los ha llevado a crear soluciones originales, inspiradas en principios de derecho público.

En Colombia la situación es algo diferente porque hay abundante legislación administrativa y la jurisprudencia carece del alcance de la francesa. Pero pueden citarse casos de decisiones jurisprudenciales muy importantes, v. gr.: en materias como los contratos y la responsabilidad. Es más, fuera del artículo 4º de la ley 169 de 1886, que considera como doctrina probable a tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación, se tiene el artículo 24 del D. 528/64 que establece un procedimiento especial para los casos en que el Consejo de Estado pretenda modificar una jurisprudencia. Dice así el texto citado: "Las cuatro salas o secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la sala o sección que esté conociendo el asunto". Esta disposición muestra la tendencia a darle firmeza a las decisiones jurisprudenciales.

Para reforzar esta tendencia se expidió posteriormente la ley 11/75, según la cual:

- a) Una sección de Consejo de Estado puede trasladar a la Sala Plena el conocimiento de un negocio cuando considere que éste es de especial trascendencia por la doctrina jurídica implicada o por las repercusiones que el fallo pueda tener en la vida de la comunidad (artículo 1º);
- b) Se establece recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto de autos o sentencias dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia (artículo 2º).

La jurisprudencia administrativa se encuentra principalmente en las decisiones del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Es también muy importante, el papel que juega la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

10. Características del Derecho Administrativo.

Como conclusión de este capítulo, pueden resumirse así las características principales del derecho administrativo:

- a) Es un *derecho relativamente autónomo*, dado que no alcanza a regular adecuadamente todas las situaciones administrativas y necesita tomar soluciones propias de otros ordenamientos, pero transformándolas para adaptarlas al sistema del derecho público;
- b) Es un *derecho nuevo*. A pesar de la conexión necesaria que hay entre la función administrativa y el orden jurídico, el derecho administrativo propiamente dicho, concebido como un conjunto de soluciones originales y relativamente autónomas, es un fenómeno moderno que se vincula al incremento del intervencionismo estatal. En Francia sus orígenes se remontan a la Revolución Francesa y el período Napoleónico (vid. Rivero, op. cit., p. 20 y s.s), pero su importancia sólo se da con el crecimiento de la función administrativa. Entre nosotros el interés práctico del derecho administrativo data del presente siglo.
- c) Es un *derecho en evolución*, ligado como se dijo al intervencionismo estatal, el cual no solo aumenta constantemente sino que asume modalidades muy variadas y originales. Se sigue de ahí que el derecho administrativo es un derecho dinámico y flexible, poco ajustado a principios dogmáticos y en permanente creatividad (vid. Gómez Mejía, Francisco Eladio, "Fundamentos

de Derecho Administrativo Colombiano”, Ed. Kelly, Bogotá, 1969, p. 66). A este propósito, afirma Vedel que en ciertos aspectos el derecho administrativo es un derecho muy evolucionado que, por ejemplo, no censura la ausencia de formalidades sino cuando éstas son “sustanciales” y está dotado de procedimientos muy simples que en muchos casos pueden ser adelantados directamente por los propios interesados. Paradójicamente, también aparecen ciertos arcaísmos que hacen de él un derecho primitivo, como sucede por ejemplo con las discusiones sobre competencia judicial que han oscurecido la elaboración doctrinaria (vid. Vedel, op. cit., p. 67 y 68).

- d) El *derecho administrativo no está codificado*, pues su dinamismo impide encasillarlo en fórmulas muy rigurosas. Sin embargo, conforme se observó atrás, sería deseable una codificación de sus reglas básicas.
- e) *No hay una definición precisa de los principios generales del derecho administrativo*. En efecto, su vinculación íntima con el derecho constitucional, el cual consagra fórmulas difícilmente conciliables entre sí, y su carácter práctico, que lo lleva a tener que resolver problemas concretos y urgentes, obligan a menudo a que las definiciones de la legislación administrativa y la estructuración de sus instituciones sean imprecisas e incoherentes (vid. Supra, Cap. II, N° 8).
- f) *El derecho administrativo es notablemente jurisprudencial*. Los frecuentes vacíos de la legislación y la falta de solidez de los principios generales hacen que el papel de los tribunales encargados de su aplicación sea de una gran creatividad. Esto es cierto en Francia, en donde las grandes teorías administrativas son de origen jurisprudencial. También es cierto en Colombia, aunque en menor grado, pues la abundancia de legislación administrativa no ha ido pareja con la solidez ni la coherencia de sus desarrollos, de donde surgen por consiguiente muchos problemas de interpretación que deben ser desatados por las autoridades judiciales con base en criterios establecidos o reconocidos por ellas mismas.

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. Introducción:

La función administrativa se realiza a través de las actividades de seres humanos que obran en forma articulada. Jurídicamente esas actividades se imputan a las distintas personas públicas, por lo cual es necesario entonces estudiar, de una parte, la personalidad jurídica pública y, de otra, el principio de atribución de los actos de las personas naturales al Estado o a sus entes descentralizados.

Los poderes de los encargados de realizar la función administrativa deben articularse en forma adecuada para el cumplimiento de sus cometidos; de ahí la necesidad de analizar cómo se reparten las funciones los diferentes órganos públicos y cuáles son las relaciones que se dan entre los mismos. Temas como la centralización, la descentralización y demás formas de organización administrativa, corresponden a este análisis.

En capítulo posterior se verán las reglas sobre la función pública realizada por las personas naturales y la incorporación de éstas a la Administración, lo mismo que sus derechos y deberes.

SECCION I

LA PERSONALIDAD JURIDICA

2. La Personalidad Jurídica Pública

Se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza de la personalidad jurídica y sobre la aplicación de esta categoría al Estado y a los entes administrativos (vid. p. ej., Tobón, Diego, “Principios Fundamentales del Derecho Administrativo”, ed. cit., Cap. V; Altamira, “Curso”, ed. cit., 119 y s.s.).

Sin entrar al fondo del debate, puede afirmarse que en todo caso el concepto de persona jurídica es indispensable para la construcción lógica del derecho, dado que éste regula relaciones que necesariamente conllevan la idea de personas facultadas y corre-

lativamente obligadas. El concepto de personalidad jurídica traduce además realidades ineludibles como la de la individualidad humana y la de la objetividad de los grupos y organizaciones sociales. Por otra parte, la personalidad jurídica del Estado resulta también necesariamente de la existencia del ordenamiento jurídico, ya que éste al establecer el **deber** de obediencia de los súbditos, correlativamente establece el **derecho** a exigir su cumplimiento, el cual supone lógicamente un titular que es el Estado.

De ahí la afirmación del carácter **necesario** de la personalidad jurídica del Estado (vid. Del Vecchio "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1960, pág. 409; en contra Zanobini, "Curso de Derecho Administrativo", Arayú, Buenos Aires, 1954, T. I., pág. 153 y s.s.).

Otra nota distintiva de la personalidad del Estado es su **originalidad**, puesto que la recibe de su propio ordenamiento jurídico y no de otro superior que se la otorgue. Kelsen discute esta afirmación, pues considera que es función del Derecho Internacional Público servir de fundamento de la soberanía de los Estados; pero esta tesis no parece responder a la realidad de los hechos (vid. Kelsen, "Derecho Internacional Público", El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 131 y s.s.).

Por último, la personalidad del Estado es **unitaria**. No habría que insistir sobre esta característica si en el pasado no se hubiera formulado por muchos autores distinguidos la tesis de la doble personalidad del Estado (de derecho público y de derecho privado). En otra época la Corte Suprema de Justicia acogió esta teoría para afirmar, con base en ella, que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se limitaba al examen de los actos del Estado realizados bajo su personalidad de derecho público, en tanto que los actos emanados de su personalidad de derecho privado debían controvertirse ante la justicia ordinaria (vid. Pineda, Néstor, "Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia", Temis, Bogotá, 1963, T. I., pág. 393 y s.s.). Hoy día la tesis de la doble personalidad del Estado se halla prácticamente abandonada, pues las diferencias de régimen jurídico en la actividad del Estado pueden explicarse sin necesidad de contrariar a la lógica, con base en el principio del bien común, conforme se explicó en el capítulo anterior.

El carácter soberano de la persona estatal se traduce en el poder de vinculación heterónoma de los súbditos, del cual se hablará más adelante.

Por último, la persona estatal está limitada por el **principio de especialidad**, cuyos fundamentos y alcance son explicados por Tobón en los términos siguientes: "La persona jurídica tiene como fundamento la individualidad objetiva que ha sido formada alrededor de una idea determinada, que constituye el fin de la entidad; y sólo en vista de ese fin es que ella ha llegado a existir y a suscitar la necesidad imperiosa de que se le reconozca un poder de voluntad, que es la fuente de toda acción suya, por lo que esa acción no podrá llevarse a efectos en campos diversos al que forma su razón de ser, y esto porque toda acción debe conformarse al fin del individuo que la ejecuta, so pena, en el campo jurídico, de que el acto ejecutado sea o nulo o fuente de responsabilidad" (Tobón, Diego, op. cit., pág. 179). El principio de especialidad señala la sumisión de los actos del Estado al fin principal de éste, que es el bien común.

Fuera del Estado hay otras personas jurídicas públicas que constituyen derivaciones de aquél y pueden existir o no sin que se afecte por ello el ordenamiento jurídico. Se trata de entes públicos a los cuales el derecho les otorga personalidad para efectos de la descentralización administrativa, a fin de concederles una autonomía relativa. Se sigue de ahí que la personalidad jurídica de dichos entes es **derivada** y **contingente**. Lo primero porque son desdoblamiento de la personalidad estatal; lo segundo, porque su personería no es necesaria desde el punto de vista lógico, como sí lo es la del Estado.

La legislación tiende a considerar que en el fondo, a pesar de la diversidad de personas de derecho público, subsiste la personalidad del Estado como soporte de aquéllas, en las cuales puede predicarse en consecuencia cierta unidad. Así, la acumulación del tiempo servido en las distintas entidades públicas para efectos prestacionales se justifica por dicha unidad esencial. También es manifestación de esta unidad esencial, la tutela administrativa sobre las entidades descentralizadas.

El carácter **necesario** de la persona jurídica estatal sirvió de base para un importante pronunciamiento del Consejo de Estado, expuesto en fallo del 17 de noviembre de 1967, así: "Para efectos de la responsabilidad se ha hecho la objeción de que el Estado, en caso de subversión, por no poder actuar conforme a su misión ordinaria desaparece, y que por lo mismo desaparece también el ente responsable. Pero lo que ocurre es que si ciertamente el Estado puede cambiar de forma, según la mentalidad de quienes

están al comando, siempre hay un Poder, así se opere en forma más o menos regular y así sea su origen más o menos legítimo o ilegítimo. Así y todo, es obvio que el substratum del Estado es la Nación y que la Nación no ofrece esas fugacidades. Por eso ella que es la definitiva beneficiaria de las rectorías provechosas, es también la que responde en definitiva por los actos y hechos perjudiciales. Mientras que el Estado es un instrumento, la Nación es el sujeto a quien ese instrumento debe servir, que se aprovecha de él y que no puede recibir con beneficio de inventario el resultado de sus acciones. Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde" (Derecho Colombiano, enero 68, N° 73, pág. 40). El caso consistió en los daños sufridos por los demandantes a raíz del desbordamiento popular el 10 de Mayo de 1957 en Cali y se demandó a la Nación por omisión en la protección de aquéllos.

En cuanto al carácter **derivado** de la personalidad jurídica de los entes descentralizados, el Consejo de Estado sentó la siguiente doctrina en fallo del 2 de Agosto de 1963: "La regla fundamental del establecimiento público es que su patrimonio —segregado de la persona estatal que lo organiza para afectarlo exclusivamente al fin de servicio a que ella lo destine—, sigue siendo un elemento del respectivo patrimonio oficial y no puede perder este carácter desde luego, es obligada consecuencia jurídica, según nuestras normas institucionales, que la correspondiente persona estatal responderá con su patrimonio de las obligaciones contraídas por el establecimiento cuando quiera que el afecto a ésta no resultare suficiente por sí solo para solucionarlas. Ello se debe a que la personalidad del establecimiento público es tan sólo como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, un desdoblamiento de la persona estatal que lo crea y lo dota, destinándole determinados bienes de su patrimonio". (Derecho Colombiano, Abril 1/66 pág. 412 N° 52).

3. Lista de las personas jurídicas públicas

El conjunto de las personas jurídicas de derecho público integra la administración pública. Ello significa que sólo pueden considerarse estrictamente como de derecho público, dotadas por consiguiente de las prerrogativas propias del ejercicio del poder soberano que corresponde al Estado o a los entes en que aquél se pro-

yecta, aquellas personas que forman parte de la rama ejecutiva en el orden nacional o de las entidades territoriales de la República que señala el artículo 5° C.N.

En otros países hay grandes discusiones sobre la extensión de las personas jurídicas públicas (vid. Sayagués, op. cit., T. I., pág. 64 y s.s., pág. 175 y s.s.; Garrido Falla, "La descentralización Administrativa", Universidad de Costa Rica, San José, 1967, pág. 88 y s.s.). En Colombia hay relativa claridad sobre el asunto porque la Constitución y las leyes se han ocupado de precisar cuáles son dichas personas; se presentan, sin embargo, algunos casos dudosos.

Hay claridad sobre la personalidad de derecho público del Estado (o Nación, como dice nuestra terminología positiva); de los Departamentos (artículo 5° C.N.; Ley 153/87, artículo 8°); de los Municipios (id.); de las Intendencias y Comisarías (Ley 2/43, art. 1°); de las Areas Metropolitanas (artículo 198 C.N.); de las Asociaciones de Municipios (artículo 198 C.N.; Ley 1ª/75); de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado (D. 1050/68, artículos 1°, 5° y 6°; D. 3130/68, artículo 1°).

Los casos dudosos son los siguientes:

1° **Sociedades de Economía Mixta.** El D. 3130/68, artículo 1°, menciona a las sociedades de economía mixta dentro de los "institutos y empresas oficiales a que se refiere la ley 65 de 1967" y como tales, según el artículo 76 - 10 C.N., es al Congreso a quien corresponde aprobar sus estatutos básicos. Sin embargo, el D. 1050/68, artículo 1°, expresa que estas sociedades están vinculadas a la administración en los términos de las leyes y estatutos que las rijan, y no las menciona entre los organismos que hacen parte de la rama Ejecutiva. Reforzando esta tendencia, el D. 130/76, artículo 2°, dice que las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere inferior al 90%, se someten a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

O sea, pues, que por una parte la Constitución y el D. 3130/68 destacan el origen legal y el carácter oficial de las sociedades de economía mixta; pero por otra parte los D. 1050/68 y 130/76 tra-

tan de restarles ese carácter, previendo un régimen flexible, diferente para cada sociedad y ceñido en principio al derecho privado. En este último sentido se orienta el C. de Co. (artículo 461 y s.s.).

Esta desorientación legislativa ha conducido a que los pronunciamientos jurisprudenciales sean oscilantes sobre el particular. Así, sobre el Banco Ganadero, el Consejo de Estado dijo en sentencia de Noviembre 18/70 que es una persona de derecho privado, pero después, en auto de Julio 6/73, sostuvo su carácter público (vid. "Jurisprudencia y Doctrina" T. II, N° 21, Septiembre/73, pág. 579). En el mismo año de 1973, con ponencia del Consejero Hernández Mora, la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que las sociedades de economía mixta no forman parte del sector gubernamental y gozan de la autonomía que caracteriza la actividad particular, con algunas salvedades. (Concepto, Abril 10/73, Jurisprudencia y Doctrina, Octubre/73, pág. 650).

Más adelante se profundizará el análisis sobre este punto pero conviene anticipar que la mención que hace el artículo 76-10 C.N. de las sociedades de economía mixta como entidades administrativas denota su carácter público y que, si bien los textos legales dicen que estas sociedades se rigen en principio por el derecho privado, debe tenerse en cuenta, conforme se observó atrás, que dicha referencia no modifica el carácter público que se desprende de su origen constitucional y legal (vid. Cap. II, N° 6).

2º) **ICSS** (hoy ISS). Aunque el derecho positivo ha definido al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales como establecimiento público que reúne además todas las características propias de dichos entes (D. 3136/68, artículo 6º; D. 658/74, artículo 1º; D. 62/76, artículo 1º; D. 148/76, artículo 3º), y la jurisprudencia más reciente se ha orientado en la misma dirección (C. de E., sentencia Marzo 26/73; Corte Suprema, sentencias Noviembre 4/76 y Octubre 28/76), ha habido desde su creación la tendencia a considerar que se trata de una entidad sui-géneris, de "derecho social", no sujeta al régimen general de los establecimientos públicos y cuyo carácter oficial se pone en duda. De hecho, el ICSS no se ha sometido en cuanto al régimen de personal al estatuto general de los establecimientos públicos. Sin embargo, a partir de las reformas constitucional y administrativa de 1968 no pueden quedar dudas sobre la naturaleza oficial de esta entidad ni sobre la sujeción de la misma al régimen de los establecimientos públicos. Cosa diferente es que la naturaleza social del servi-

cio que presta haga más aconsejable la adopción de un régimen especial, lo cual podría decidirse por ley (vid. Sarria, Consuelo, "El Instituto Colombiano de los Seguros Sociales un establecimiento público de carácter especial?", en Revista Cámara de Comercio de Bogotá, N° 25, Diciembre 1976, pág. 69 y s.s.).

El D. 1650/77 que reorganizó los Seguros Sociales, mantuvo la clasificación del ISS como establecimiento público (art. 47).

3º) **Federación Nacional de Cafeteros**. Aunque este organismo es, de acuerdo con los estatutos, "una persona jurídica de derecho privado" (vid. Derecho Agrario, T. I, N° 4, Abril 30/72, pág. 256), la Corte, sin desconocer dicho origen privado, conceptúa que se trata de un organismo sui-géneris, "relacionado con la administración por ministerio de la ley, para efecto del cumplimiento de ciertas funciones de interés colectivo, cuyo ejercicio se ha pactado con el gobierno, y que, a causa de este ejercicio administra el empleo de algunos impuestos. En razón de estas características, la Federación depende en variados aspectos del control ministerial, esto es, no es extraña a la administración. Y en cuanto de ésta depende, reviste, obviamente, índole administrativa" (Corte Suprema de Justicia, sentencia, Octubre 14/70).

Puede considerarse que en éste fallo los razonamientos de la Corte no estuvieron muy ceñidos al espíritu de nuestro derecho público que tiende a precisar cuáles son las entidades oficiales, según se observó atrás; además, no se tuvieron en cuenta distinciones elementales entre las actividades estatales, imputables directamente a las personas públicas, y las actividades de concesionarios y contratistas particulares, así como las actividades privadas sujetas a reglamentación. Desde luego, los contratistas particulares de la Administración realizan actividades que interesan al público y desde dicho punto de vista quedan cobijados por el derecho administrativo; pero ello no los hace funcionarios ni organismos públicos. Lo mismo puede decirse de las actividades reglamentadas o intervenidas.

4º) **Cámaras de Comercio**. El artículo 78 C. de Co., dice que "son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar", cuyos actos están sujetos a control gubernativo ante la Superintendencia de Industria y Comercio (artículo 94 C. de Co.). Pese a términos tan claros que les confieren fisonomía de establecimientos públi-

cos sui-géneris, el Consejo de Estado, invocando el carácter particular de sus miembros y las funciones de interés comercial que les asigna el Código de Comercio, las definió como personas privadas, en sentencia de Mayo 3/74.

5º) **Otros Casos.** Hay algunas entidades cuyo estatuto no es muy claro y que bien podrían ubicarse dentro de una categoría especial (paraestatales, u otra expresión equivalente), dado que cumplen evidentes funciones públicas que merecen regulación especial en defensa de los intereses de los administrados. La legislación no es muy clara respecto de las funciones públicas de las Cajas de Compensación Familiar, ni de las Bolsas de Valores, por ejemplo, entidades que en tales aspectos deberían ceñirse al derecho administrativo para efectos de recursos y de control contencioso, aunque en lo demás quedarán sujetas al derecho privado.

Las **instituciones de utilidad común**, sobre las cuales se discute en la doctrina extranjera, son claramente de derecho privado, de acuerdo con el D. 3130/68, artículo 5º que dice: "Las instituciones de Utilidad Común o Fundaciones son las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores. Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose en los términos de la ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes". (La Ley 93/38 fue sustituida por el D. 54/74).

4. Teoría de los Organos

Por su naturaleza ideal las personas jurídicas sólo pueden realizar sus fines valiéndose de la actividad que las personas naturales ponen a su servicio. En virtud del derecho, esa actividad se imputa a la persona jurídica como si fuera realizada por ésta y no por la persona natural que la produce, si bien en ciertas hipótesis los actos de las personas naturales llevados a cabo a nombre de las personas jurídicas también afectan jurídicamente a aquéllas. Así, el acto irregular de un funcionario puede comprometer la responsabilidad administrativa, pero también acarrearle sanciones disciplinarias y responsabilidad frente a la administración.

Las personas jurídicas actúan en la vida jurídica a través de sus órganos. En éstos hay que distinguir tres elementos: la **función**, la **persona** que la realiza y la **forma** como se estructura y actúa el órgano.

La **función** es el conjunto de cometidos que le corresponde realizar al órgano, es decir, su **competencia**. La realización de los objetivos que se propone la persona jurídica exige que se determinen las tareas aptas para el logro de lo propuesto. En el derecho público esto es particularmente necesario en virtud del principio de legalidad. La vinculación intensa de la Administración a la ley conduce a definir con claridad y precisión la competencia de las autoridades administrativas. Por eso el artículo 63 C. N. dice que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones señaladas en la ley o en reglamento" (de la competencia se tratará más ampliamente a propósito del acto administrativo).

La competencia debe repartirse entre varias **personas**, dado que una sola evidentemente no puede realizar toda la tarea administrativa. La persona o personas encargadas de la realización de un conjunto de cometidos administrativos reciben el nombre de **titulares** de los órganos correspondientes.

El reparto de funciones puede hacerse de muchas maneras, lo cual da lugar a que se hable de la **forma** del órgano. Es posible repartir una función entre varias personas; una sola persona puede realizar distintas funciones; la actuación de las diversas personas que realizan una sola función o varias funciones armónicas, puede articularse en forma jerárquica o igualitaria, etc. Por otra parte, el ejercicio de la competencia puede sujetarse a procedimientos que permitan distinguir cuando el titular actúa a nombre de la administración, o tutelar los derechos de los administrados o, garantizar la eficacia y la seriedad administrativas, etc. La forma es tan importante que si se la desatiende puede haber nulidad e incluso llegarse hasta la inexistencia del acto, es decir, a rechazar su imputabilidad a la persona jurídica.

Debe aclararse que no basta el ejercicio de cualquier función para configurar el órgano de la persona jurídica. La calidad de órgano se reserva para quienes ejercen funciones de **decisión** en las que se manifiesta la voluntad jurídica de la administración. Esas decisiones pueden referirse al orden **externo**, es decir, a la capacidad de producir efectos jurídicos en relación con ter-

ceros, o simplemente al orden **interno**, o sea a la producción de efectos jurídicos en el seno de la organización, en relación con otros elementos incorporados a ella (por ejemplo: las órdenes del superior jerárquico en relación con el servicio). La doctrina jurídica suele hablar con cierta impropiedad, de funciones de **representación** y de **administración** para distinguir el primero y el segundo casos, respectivamente.

Se ha discutido en la doctrina sobre los vínculos de los titulares de los órganos con la administración. Ante todo, hay que distinguir dos clases de relaciones: las de **carácter laboral**, que hacen referencia a la prestación del servicio por parte del agente público y a sus derechos y obligaciones, y las de **carácter orgánico**, relativas a la atribución de la voluntad del titular al ente público. Las relaciones laborales se verán en el capítulo correspondiente a los funcionarios públicos. Sobre las relaciones orgánicas se hablará en seguida, siguiendo conceptos de Entrena Cuesta que aquí se acogen:

“a) Durante largos años se acudió para resolver el problema al instituto de la representación: el elemento personal del órgano se consideraba como un **representante** de la administración. Pero esta doctrina ha sido modernamente rechazada por una serie de razones, entre las que se destaca la de que la representación presupone la existencia de dos sujetos: el representante y el representado, mientras que... el órgano y la administración no son sujetos distintos, sino que constituyen una misma cosa; por lo que cada acto del titular del órgano, aunque constituya el ejercicio de una atribución conferida a éste, es considerado directa e inmediatamente un acto de aquélla; a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la representación.

“b) Ante estas y otras objeciones que se dirigen a la teoría de la representación se entiende hoy, generalmente, con los matices que se quiera, que al situar a una persona o personas al frente de ese cortejo de atribuciones y medios que constituyen el elemento objetivo del órgano se efectúa una **asunción** del elemento personal en el seno de la administración pública, existiendo entonces entre ésta y aquélla una relación meramente **orgánica**, como la que existe entre el hombre y su mano. En virtud de esta ficción la persona instaurada en el órgano se convierte en el portavoz impersonal de la administración que la asume, por lo que no existe posibilidad de distinguir entre ambas. De aquí el acierto de Ortega, antes subrayado, al afirmar que no son el hombre guar-

dia, el hombre alcalde ni el hombre jefe del Estado quienes prohíben o mandan, sino **el Estado**. Y que éste será, a su vez, el hombre que ejerce una determinada función estatal.

“c) Visto **desde fuera**, es decir, cuando el titular del órgano se relaciona con terceros, en virtud de la relación orgánica aparece como el propio ente. Carece de personalidad. Pero, a su vez, ese titular, desde el punto de vista interno, **hacia adentro**, además de guardia o alcalde, es hombre, tiene una personalidad, una substantividad distinta del ente a que presta sus servicios. Y se halla ligado con él, desde esta perspectiva, por una relación distinta de la orgánica, en virtud de la cual ostenta una gama de derechos y le afectan una serie de obligaciones respecto de dicho ente. Tales derechos y obligaciones son el contenido de la **relación de servicio** que liga a los funcionarios con la Administración” (Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo”, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 168 - 9).

En el mismo sentido se expresa Sayagués: “Las personas jurídicas expresan su voluntad por intermedio de sus órganos. Estos integran la entidad colectiva, son parte de la misma, sin la cual aquélla no podría accionar y aún mismo no se concebiría. No cabe hablar de mandato ni de representación, lo cual supone dos sujetos de derecho frente a frente: mandante y mandatario o representante y representado, siendo que en realidad existe una sola persona y la cuestión es puramente de organización interna de ésta” (Sayagués, op. cit., T. I, pág. 180).

La teoría orgánica suscita réplicas por la analogía algo excesiva que establece al decir que la relación entre la persona jurídica y los titulares de los órganos es similar a la que existe entre el hombre y su mano, puesto que el titular del órgano es inteligente y la mano no lo es. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico la explicación es correcta si se tiene en cuenta que el **titular** es un elemento del órgano, junto con la **competencia** y la **forma**, y que el órgano propiamente dicho carece de personería frente a la administración, pues es un elemento de ésta.

Así lo explica Altamira: “El órgano no posee, como órgano, una personalidad distinta de la personalidad de la persona jurídica que lo integra. En el Estado no existen dos personalidades en presencia: la del Estado y la del órgano; ya que Estado y órgano son una unidad. El Estado no puede existir sino por medio de sus órganos. Si se hace abstracción de éstos últimos, no le queda al Estado el apoyo de los órganos. En el mundo físico son actos de

voluntad de los individuos; en el mundo jurídico son considerados como actos de voluntad de las colectividades. El individuo encargado del querer se convierte, desde el punto de vista jurídico, en órgano de voluntad de la comunidad. (Altamira, op. cit., pág. 134; además, Zanobini, op. cit., pág. 181 y s.s.).

5. Clases de Organos

La clasificación de los órganos puede hacerse desde diferentes puntos de vista. Aquí se mencionarán las distinciones más importantes.

a) Gubernamentales y Administrativos

En el capítulo I, N° 9, se mencionó la distinción que en el seno de la rama ejecutiva suele hacerse entre los órganos de Gobierno o Políticos y los administrativos, o como dice Rivero, entre los "órganos de dirección suprema y de control" y los "órganos de preparación y de ejecución". Si bien en dicha oportunidad se puso en cuestión la importancia jurídica de una distinción entre "actos de gobierno" y "actos administrativos", es lo cierto que esta diferenciación de los órganos (no de los actos) resulta interesante porque la diferencia de funciones (de iniciativa y decisión en los primeros, de preparación y ejecución en los segundos) sirve para explicar diferencias de régimen entre unos y otros. En efecto, los titulares de órganos políticos suelen ser, o bien de elección popular (Presidente de la República, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales), o bien de libre nombramiento y remoción (Ministros, Gobernadores, Alcaldes, Directores y Gerentes de entidades descentralizadas, etc.). En cambio, los funcionarios administrativos por lo general pertenecen a la carrera administrativa. Por otra parte, el régimen de los órganos políticos es más propio del Derecho Constitucional que del Administrativo.

b) De autoridad, de jurisdicción y auxiliares

La Constitución y las leyes frecuentemente se refieren a los empleos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción, para diferenciarlos de los que no reúnen esas características (v.gr.: C.N. artículos 15, 108). Los cargos de jurisdicción no son administrativos sino judiciales. En cuanto a los de autoridad, aunque la ley no los define, puede considerarse siguiendo a Gabino Fraga, que se está en dicho caso "cuando la competencia otorgada a un órgano implica la facultad de realizar actos de naturaleza jurídica

que afectan la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, es decir, cuando el referido órgano está investido de facultades de decisión y ejecución". (Fraga, "Derecho Administrativo", Porrúa, México, 1975, pág. 126). En este sentido se orienta el Consejo de Estado (Sentencia Febrero 5/73; Jurisprudencia y Doctrina, Marzo/73, pág. 209). Los demás son órganos auxiliares cuyas facultades se reducen a colaborar con las autoridades y preparar los elementos necesarios a fin de que éstas puedan tomar sus resoluciones (Fraga, op. cit., pág. 126).

c Individuales y Colegiados

Esta clasificación se refiere al número de personas encargadas de tomar la decisión. Zanobini dice que "los primeros están constituidos por una sola persona, los segundos por una pluralidad de personas que concurren **simultáneamente** y en situación de **igualdad** de la misma función (Zanobini, "Curso de Derecho Administrativo", T. I, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 185). La distinción es importante porque el funcionamiento de los órganos colegiados suele someterse a reglas especiales sobre formalidades de las reuniones, quórum, etc. Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales son los órganos colegiados administrativos más importantes; pero hay otros como el Consejo de Ministros y los Consejos Superiores autorizados por el D. 1050/68, así como también las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y las empresas estatales.

d) Simples y Complejos

Dice Zanobini: "Sean individuales o colegiados, los órganos son unidades simples e indivisibles. Empero, para ciertos efectos, a veces se reúnen constituyendo unidades más comprensivas, llamadas órganos complejos" (op. cit., pág. 185). Por ejemplo, el Gobierno, formado por el Presidente y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, es un órgano complejo. El órgano complejo puede actuar en forma simultánea o sucesiva. En este último caso se produce el llamado **acto complejo**, integrado por las decisiones sucesivas de los distintos órganos que concurren en la elaboración de la decisión final. La categoría del acto complejo interesa para efectos jurisdiccionales porque en tales casos es necesario demandar todos los actos sucesivos que la integran, según lo tiene establecido el Consejo de Estado (vid. Ortega Torres, Código Contencioso Administrativo, Temis, Bogotá, pág. 133; Sentencia C. de E. Marzo 21/70).

e) Internos y Externos

Los órganos internos sólo pueden tomar decisiones en relación con otros órganos de la persona jurídica, pero carecen de poder vinculante sobre los administrados. Los externos, en cambio, sí vinculan a los administrados. Zanobini enseña que los órganos internos casi siempre forman parte de órganos complejos (Zanobini, op. cit., pág. 186).

f) Activos, Consultivos y de Contralor

Los primeros toman la decisión final y la llevan a la práctica. Los consultivos, que suelen ser colegiados, tienen funciones de consejo y es frecuente que integren órganos complejos. Los órganos de contralor, dice Zanobini, "tienen una función que sigue a la expedición del acto y generalmente precede a su ejecución. Tal función tiene la finalidad de asegurar la regularidad del acto, tanto respecto de su legitimidad como también a veces respecto al mérito" (Zanobini, op. cit., pág. 187).

6. La Potestad Organizadora

¿A quién le corresponde crear los órganos de las personas administrativas?

La Constitución reglamenta, según se observó, los altos órganos del Estado y señala en algunos casos la potestad organizadora exclusiva de la ley. A ésta le corresponde la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos, Departamentos, Áreas Metropolitanas, Intendencias y Comisarías. También le tocan la organización de la Contraloría General de la República, de las Intendencias y Comisarías, así como la expedición de los estatutos básicos de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. En fin, es la ley quien fija las distintas categorías de empleos para efectos de remuneración y prestaciones, dicta las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar, crea y organiza los Círculos de Notaría y Registro, establece Tribunales y Juzgados y organiza el Ejército y la Policía (C. N., artículos 5º, 6º, 58, 60, 63, 76, 132, 152, 154, 162, 166, 167, 188).

Pero fuera de los casos reservados a la ley, la potestad organizadora en lo nacional le corresponde al Presidente, si la ley no hace uso de ella. Tal es el sentido del artículo 63 C. N. según el cual "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

Además, el Presidente goza de potestad organizadora exclusiva en la creación de empleos nacionales, con sujeción a las reglas generales señaladas en las leyes (artículos 76-9, 420-21 C.N.).

Se verá después que dentro de las condiciones generales que establezcan las leyes, las entidades descentralizadas gozan de potestad organizadora en su interior.

Sobre el fundamento de esta potestad administrativa escribe Entrena Cuesta: "Reiteradamente hemos observado que quienes implantaron la división de poderes y, con ella, el Estado de Derecho, establecieron una serie de materias reservadas a la competencia del poder legislativo. Pero tales materias afectan tan sólo a los derechos fundamentales, la libertad y la propiedad, quedando, en consecuencia, en manos del Poder ejecutivo la posibilidad de dictar normas relativas a su organización. Por ello ha venido a considerarse comúnmente por los autores la existencia de una **potestad organizatoria** de la Administración, implícita en su potestad de imperio y exigida por la necesidad de que en cada momento adapte su aparato organizativo a las exigencias que depare la realidad". (Entrena Cuesta, op. cit., pág. 176).

SECCION I I

ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION

7. Centralización y Descentralización Administrativas

El tema de la estructura administrativa se refiere a las formas mediante las cuales se ordena la actividad de los distintos órganos públicos. Esa ordenación comprende el **reparto** de funciones entre los órganos y las **relaciones** que se establecen entre unos y otros a fin de coordinar sus actividades.

Las formas de organización administrativa oscilan entre dos modelos básicos, la **centralización** y la **descentralización**.

Estos modelos se dan necesariamente en cualquier Estado moderno, pues en ninguna parte sería posible acumular en órganos centrales todos los poderes de decisión; y si éstos correspondieran en su totalidad a las autoridades locales, desaparecería el Estado central. De ahí que toda administración pública comprenda estructuras centralizadas y estructuras descentralizadas.

Aunque el tema guarda relación con el del unitarismo y el federalismo, no puede confundírselos, pues éste último se refiere básicamente a la concentración o la dispersión del poder legislativo y de las fuerzas políticas, en tanto que la centralización y la descentralización aluden a problemas de técnica administrativa que se presentan tanto en los Estados Unitarios como en los Federales.

Desde luego, también en la determinación de la estructura administrativa hay un fondo político; en efecto, la elección de un sistema más o menos centralizado, o más o menos descentralizado, es fruto de un equilibrio que se intenta establecer entre las fuerzas unificadoras del Estado y las fuerzas centrifugas.

En todo Estado se dan tensiones entre el poder central y los poderes locales. Si éstos tienden a la dispersión, al separatismo, probablemente haya reacciones contrarias que busquen fortalecer la centralización. Si ésta se exagera, de seguro se producen tendencias propicias a la descentralización.

Fuera de este aspecto, hay otros que influyen en la determinación del modelo a implantar.

La **centralización** puede ser favorable para solucionar problemas generales del país, en cuanto asegura la unidad administrativa y la economía de costos generales. Hay servicios que desde luego son menos costosos si se los presta a escala nacional. Por otra parte, la unidad de criterio administrativo es una ventaja apreciable en muchos casos para evitar desequilibrios regionales y no crear barreras artificiales que limiten innecesariamente la actividad económica.

¿Qué sucedería, por ejemplo, si no hubiera una red de carreteras nacionales? ¿O si la producción de artefactos eléctricos debiese tener en cuenta las diferencias técnicas de centenares de plantas de generación locales? ¿O si no hubiera una coordinación general de las actividades policivas o de defensa?

Según Altamira: "Hauriou, uno de los más acérrimos defensores de la centralización administrativa, justifica la razón de ser de este sistema, entre otros argumentos, con los siguientes: 1) por-

que el poder político encuentra allí un medio de afirmarse y extenderse; 2) porque los administrados se benefician a consecuencia del mejoramiento de los servicios. Por la jerarquía se asegura regularidad y moralidad; realiza la justicia; es más económica; uniforma los procedimientos administrativos y facilita la gestión administrativa por la coordinación, la concentración de los negocios. A estas razones agrega otras de orden secundario, relativas al régimen civil y al régimen democrático, que considera más razonable por la centralización administrativa" (Altamira, op. cit., pág. 148).

Suelen invocarse también en favor de la centralización la mayor capacidad técnica de los funcionarios nacionales y su independencia frente a las camarillas locales; pero estos argumentos no siempre son bien fundados. En efecto, nada garantiza per se la idoneidad ni la moralidad de las autoridades centrales.

Se objetan a la centralización su incapacidad para resolver las necesidades locales, la lentitud y la falta de flexibilidad de sus respuestas, la dificultad para controlar el gigantismo de sus instituciones y, en fin, que lleva al exceso los defectos que de por sí agobian a la burocracia.

Por su parte, la descentralización dá lugar a que se satisfagan más prontamente las necesidades locales y en forma más adecuada a las características de cada región; permite una participación más activa de la comunidad local en las decisiones públicas y el control de la ciudadanía sobre los funcionarios; aunque globalmente pueda incrementar el costo de los servicios por ciertos aspectos, facilita el manejo de los mismos.

Desde luego, hay inconvenientes en la descentralización cuando las comunidades locales carecen de personal técnico, de recursos financieros y de dirigentes cívicos honestos; además, puede generar duplicidades y dispersión en la actividad administrativa.

El grado de descentralización aconsejable debe depender, entonces, de las posibilidades de cada comunidad y de la conveniencia de que ciertos asuntos se resuelvan por las autoridades locales y no por las centrales. Obviamente puede haber modalidades en la descentralización y eso es lo que se ha tenido en cuenta para repartir funciones entre el Estado central, los entes regionales y las comunidades locales.

Seguidamente se abordará el análisis jurídico de estas nociones, dejando constancia con Entrena Cuesta de que, si bien la doctrina suele ocuparse de la descripción de los más importantes

órganos que integran la administración, el estudio científico de este sector del derecho administrativo puede considerarse poco avanzado, con la salvedad de la doctrina italiana. Ello se debe a que durante mucho tiempo se negó el carácter jurídico de las normas de organización y se puso el mayor énfasis en estructurar un sistema de normas y principios que permitiesen controlar la actividad de la administración en sus relaciones con los particulares (Entrena Cuesta, op. cit., pág. 129).

8. La Centralización Administrativa

En la centralización, las funciones administrativas se concentran en unos pocos órganos que tienen competencia para decidir sobre todo el territorio del Estado.

El extremo de administración centralizada sería el caso de que un solo órgano decidiera sobre toda la actividad administrativa. Pero eso evidentemente sería imposible en cualquier Estado, por absoluto que fuera. De ahí que la centralización se manifieste a través de varios órganos que actúan en el mismo nivel, con distintas tareas a realizar cada uno y dotados de poder jerárquico, de modo que la actividad administrativa esté bajo su control y se realice por su impulso.

En la estructura centralizada el papel de los órganos inferiores se reduce a funciones de consulta, de preparación o de ejecución de las decisiones de los superiores jerárquicos.

Como esta estructura resulta bastante rígida, se ha buscado atenuarla a través de sistemas como la **delegación** y la **desconcentración**, que manteniéndose dentro de la subordinación jerárquica, permiten el ejercicio de ciertos poderes de decisión por parte de los órganos subordinados (vid. Gordillo, "La descentralización. Caracteres y Problemas", Programa Interamericano de Desarrollo Social Integrado. Documento D. T., C. nfs., Serie Re. OE, 1/68 pág. 4).

9. La Delegación

Según Gordillo, "la delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente correspondería la misma por la cual se transfiere el ejercicio de todo o parte de ella a un órgano inferior". (Gordillo, op. cit., pág. 4).

En principio, la delegación reviste estas características:

a) Debe estar autorizada por la norma legal o reglamentaria que otorga la competencia, pues ésta en principio es indelegable dado que constituye una función del órgano, más que un derecho. La autorización legal puede ser general para todos los asuntos atribuidos al funcionario superior, o especial para determinados casos.

Por regla general, no cabe la subdelegación de funciones, a menos que exista autorización expresa en ese sentido. La razón estriba en el carácter excepcional de este instituto. Por ejemplo, el D. 1050/68, artículo 24, autoriza a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos a delegar sus funciones en sus subalternos hasta el nivel de jefes de sección; pero no pueden subdelegar las funciones delegadas en ellos por el Presidente de la República. El D. 3130/68, artículo 23, autoriza a las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas para delegar ciertas funciones en los representantes legales, quienes pueden a la vez subdelegarlas con autorización del órgano delegante.

b) La delegación requiere la voluntad del órgano delegante de transferir a otro el ejercicio de asuntos de su competencia. No obra pues por el solo ministerio de la ley o el reglamento.

c) La delegación se produce en favor de órganos subordinados jerárquicamente al delegante, por lo cual éste conserva el poder de reasumir las facultades delegadas en cualquier momento y revocar o modificar los actos expedidos por el inferior en ejercicio de la delegación.

d) Según Gordillo, "la delegación no puede presuponer nunca una delegación de responsabilidad: lo que se delega son las facultades y los deberes, pero no la responsabilidad; de donde se desprende que necesariamente el órgano delegante será siempre plenamente responsable por la forma en que el órgano con competencia delegada ejerza esa competencia. Es también obvio que la responsabilidad del delegatario debe ser igualmente efectiva; y que el administrado, finalmente debe ejercer debidamente los recursos que el orden jurídico le concede contra los actos ilegítimos que cualquiera de ellos realice" (Gordillo, op. cit., pág. 8).

Este principio se consagra en el D. 2400/68, artículo 6, cuando dice que los funcionarios responden de la ejecución de las órdenes que pueden impartir, "sin que en ningún caso queden exentos de la responsabilidad que les incumbe por lo que corresponde

a sus subordinados". Se entiende que se trata de responsabilidades disciplinaria y patrimonial, pero no de la penal que sigue reglas especiales y supone de hecho el dolo o la culpa del funcionario, según el caso que se plantee.

Hay casos de delegación **atípica** o **impropia**. Por ejemplo:

a) El artículo 135 C. N. autoriza al Presidente a delegar funciones señaladas por la ley en los Ministros, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores, pero sin asumir responsabilidad por los actos de sus delegados. Además, aunque el texto dice que el Presidente puede revocar o reformar los actos de los delegados, en cualquier tiempo, para hacerlo necesita el concurso del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, según lo ordena el artículo 57 C. N., pues jurídicamente la calidad de suprema autoridad administrativa la tiene el Gobierno y no el Presidente. Este, en rigor, no es superior jerárquico de los Ministros, dado que no puede actuar sin ellos, salvo para nombrarlos o removerlos.

b) El D. 3130/68, artículo 10, autoriza a los establecimientos públicos la delegación de algunas de sus funciones en otros organismos no vinculados a ellos jerárquicamente. Esa delegación debe hacerse por medio de contrato, pues una entidad pública no puede obligar a otra a que asuma funciones diferentes de las legalmente asignadas, salvo que medie relación jerárquica entre ellas. Se sigue de ahí que el establecimiento delegante carece del poder revocatorio o reformatorio de los actos del delegado y que, según la norma citada, la reasunción de funciones deba hacerse con los mismos requisitos que se exigen para la delegación y "respetando las estipulaciones contractuales correspondientes".

10. La Desconcentración

En la desconcentración es la propia norma legal o reglamentaria la que otorga competencia a los órganos inferiores, los cuales, sin embargo, permanecen vinculados jerárquicamente a los superiores.

Se diferencia de la delegación en que en ésta la competencia del inferior surge de la voluntad del delegante y, mediatamente, de la norma superior; o sea, que en la delegación lo que se transmite no es la titularidad de la competencia, sino tan sólo su ejercicio. Se distingue de la descentralización en que en ésta desaparece la relación jerárquica y se instaura el control de tutela; además,

los entes descentralizados tienen personalidad jurídica, de la cual carecen los órganos desconcentrados. La desconcentración viene a ser entonces un grado intermedio entre delegación y descentralización que permite cierta autonomía de los órganos inferiores, a la vez que asegura la unidad administrativa (vid. Gordillo, op. cit., págs.: 2 y 5; Vedel, "Droit Administratif", ed. cit., pág. 639; Entrena Cuesta, op. cit., página 137 y s. s.; Altamira, op. cit., página 154 y s. s.).

Entrena Cuesta distingue entre una desconcentración **horizontal** y otra **vertical**. La primera tiene lugar cuando la asignación de competencia se hace en favor de un órgano central; v. gr.: una superintendencia, una dirección general ministerial. En la desconcentración vertical el destinatario es un órgano periférico; v. gr.: un Comandante de Brigada, un Administrador Regional de Impuestos Nacionales.

Vidal Perdomo reserva el nombre de desconcentración a la vertical y parece incluir en este concepto a la delegación que se produzca en favor de autoridades locales. Dice, en efecto, que la desconcentración "es el traslado de competencias del poder central no hacia las entidades o funcionarios descentralizados, sino a sus agentes localizados en las provincias, y para la atención de necesidades o servicios de carácter nacional y no local". Agrega seguidamente que "el Decreto 2703 de 1959, dictado en ejercicio de las facultades contenidas en la ley 19 del año anterior, es una manifestación clara del fenómeno de la desconcentración; las materias sobre las cuales versa este traslado de competencias hacia los gobernadores están expuestas principalmente en el artículo primero del mismo decreto. Este texto es expresión de la desconcentración, por cuanto el traslado de competencias se hace en favor de agentes del poder central y no a funcionarios descentralizados, y comprende asuntos que son de naturaleza administrativa nacional y no seccional" (Vidal Perdomo, "Derecho Administrativo", ed. cit., págs.: 39 - 40).

En la desconcentración, aunque el órgano inferior tenga competencia asignada directamente por la ley o el reglamento, su posición sigue siendo subordinada y se mantiene por ello dentro de la estructura jerárquica propia de la centralización. Sin embargo, como observa Alessi, el poder jerárquico en estos casos no es pleno, ya que el superior no puede obligar al inferior a pronunciarse en el sentido que aquél indique en materias asignadas al órgano desconcentrado por la ley. "Se puede considerar que con

ello el Derecho ha pretendido sustraer completamente a los oficios superiores no solamente el ejercicio de la atribución exigida al inferior, sino también la determinación obligatoria por parte del superior jerárquico en tales materias" (Alessi, op. cit., T. I, pág. 108). El poder jerárquico se mantiene, sin embargo, en la posibilidad de orientar la acción del órgano desconcentrado, señalándole tareas prioritarias y ordenando su funcionamiento, pero sin llegar a imponer el sentido de decisiones concretas, las cuales pueden eventualmente quedar sometidas a recurso jerárquico si la ley no lo excluye expresamente. O sea, que la competencia del inferior puede desplazarse hacia el superior en razón del grado (vid. Aparicio Méndez, "La Jerarquía", Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1973, págs. 149 y s.s.).

Así, las cosas, el Ministro de Desarrollo puede orientar la actividad general de la Superintendencia de Sociedades y hasta fijarle tareas específicas; pero no puede ordenarle al Superintendente que apruebe un reglamento de colocación de acciones u otorgue un permiso de funcionamiento, si el funcionario considera que no es del caso obrar así. Tampoco puede el Ministro avocar el conocimiento de un asunto específico porque, de acuerdo con el artículo 282 C. de Co., contra las providencias de la Superintendencia solamente cabe el recurso de reposición ante ella misma y con dicho recurso se agota la vía gubernativa. No hay pues apelación posible ante el Ministro.

11. La Jerarquía Administrativa

En la administración centralizada, así se la atenúa a través de la delegación y la desconcentración, se da la máxima subordinación entre los órganos superiores y los inferiores, a fin de asegurar como se ha dicho la coordinación de las tareas administrativas y hacer que los distintos medios que se empleen conduzcan a los fines propuestos, pues si la deliberación es función de muchos, ejecutar es función de uno solo.

El poder jerárquico presenta muchas variedades. En unos casos puede ser intenso; en otros es limitado. Puede estar en manos de un solo órgano o repartirse entre varios, ligados entre sí a su vez por relaciones de jerarquía. Por ejemplo, hay poderes que pueden radicar en un jefe de oficina (vid. C.R.P.M., artículos 284 y s.s.); otros se desplazan hacia los jefes de los organismos; otros se concentran en el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo como "jefes superiores de administración" (artículo 135

C. N.). Por eso, para saber concretamente a quién corresponde en un caso dado el poder jerárquico y cuáles son sus prerrogativas, hay que estudiar la legislación correspondiente al organismo de que se trate. En caso de silencio, la autoridad jerárquica corresponde al Gobierno, a los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, a los Gobernadores, a los Intendentes, a los Comisarios, a los Alcaldes y a las Juntas o Consejos y Directores o Gerentes de institutos descentralizados. (artículos 57, 120, 135, 181, 194, 201 C. N.; 65, 123, 127 N° 2 y N° 30, 193, C. R. P. M.; 3, 10, 12, 25, 26, y 27 D. 1050/68; 16 D. 3130/68).

Puede haber casos de jerarquía múltiple, es decir, de órganos sometidos a control por otros que no están ligados entre sí por relaciones de subordinación (vid. Aparicio Méndez, op. cit., pág. 158 y s.s.). Por ejemplo, el control que ejerce la Contraloría General de la República.

Generalmente se considera que el poder jerárquico incluye las siguientes prerrogativas: poder de mando, poder disciplinario, poder revocatorio, poder de nombramiento y remoción, y poder de resolver conflictos de competencia entre los subordinados.

a) Poder de Mando

Mediante este poder el superior determina el comportamiento administrativo de sus inferiores. Este poder se ejerce a través de instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento administrativos o incluso por medio de órdenes concretas y precisas relativas al modo de resolver sobre determinados asuntos. Las órdenes generales suelen contenerse en las llamadas circulares o instrucciones de servicio. La legislación y la doctrina, empero, no son muy precisas al utilizar estas denominaciones; a veces se utilizan otras, como la de "órdenes administrativas", que en la práctica significan lo mismo.

Correlativo al poder de mando se halla el deber de obediencia. El poder de mando de los superiores jerárquicos está consagrado en forma general en los artículos 239, 240, 284, 327 y 329 del C.R.P. y M.; el deber de obediencia aparece explícito en el D.2400/68, art. 6° ("los empleados tienen el deber de respetar y obedecer a los superiores jerárquicos").

El poder de mando encuentra sus límites en la legitimidad de las órdenes. Esto es claro cuando lo ordenado constituye delitos o atentados contra los derechos consagrados en el Título III

de la Constitución (artículos 21 C.N. 328 C.R.P.M.), pues los funcionarios se hacen responsables de las violaciones en que incurran por la obediencia a órdenes superiores (se exceptúa el caso de los militares en servicio, lo cual no significa que no puedan resistir a las órdenes ilegítimas). Pero aún fuera de estos casos de ilicitud palmaria y grave, el artículo 240 C.R.P.M. señala la preferencia de la ley, de los reglamentos y de las órdenes superiores, respectivamente, de modo que en caso de contradicción debe aplicarse preferentemente la disposición de mayor rango.

Este es un punto en el que falta reglamentación adecuada, pues no es lógico que la administración se paralice por la concepción que puedan tener los subordinados acerca de las órdenes superiores. Sería aconsejable, por ejemplo, un sistema que descargara de responsabilidad al inferior ante la insistencia escrita del superior, salvo en puntos delictivos.

La desobediencia de las órdenes superiores puede dar lugar, como se verá luego, a la aplicación de sanciones disciplinarias y a la revocatoria del acto por el superior; pero no es necesariamente causal de nulidad del acto, a menos que éste en el fondo sea ilegal o contrario a los reglamentos (artículos 62 y s.s. C.C.A.); en el mismo sentido se expresa Waline (ver Waline, op. cit., página 291).

En general se considera que el poder de mando, así como los poderes disciplinarios y revocatorio, están implícitos en la noción de jerarquía (vid. Rivero, op. cit., pág. 295; Sayagués, op. cit., T. I, pág. 221).

Al poder de mando se asocia el derecho que tiene el superior de inspeccionar las actividades de sus subordinados y exigirles informes sobre las actividades que les corresponde realizar.

Se dijo atrás que el poder de mando está limitado en lo que toca con los órganos desconcentrados. Alessi niega su existencia además en relación con los órganos colegiados, "dada la indudable incompatibilidad de tal estructura con una relación de jerarquía" (Alessi, op. cit., T. I, pág. 108). En efecto, los órganos colegiados están puestos para deliberar; además su organización interna está sometida a principios específicos (convocatoria, orden del día, procedimientos para deliberar y votar, etc.).

b) Poder disciplinario

En virtud de esta potestad el superior puede vigilar las conductas de los inferiores y mantener la disciplina, aplicando los apremios y sanciones previstos por la ley o el reglamento.

Este poder es complemento necesario del poder de mando. Su ejercicio se refiere no sólo a la disciplina administrativa (cumplimiento de los deberes rutinarios dentro de las oficinas públicas) sino a los actos de los subordinados.

La desobediencia a los superiores puede acarrear sanciones disciplinarias de varia índole.

El poder disciplinario está previsto en los artículos 285, 309 y s.s. y 332 C.R.P.M. y en D. 2400/68, artículos 11 y s.s. El C.R.P.M. contempla además el poder disciplinario del Presidente (artículo 68 N° 6), de los gobernadores (artículos 127 N° 18) y de los alcaldes (artículo 184; N° 14).

Conviene señalar que de acuerdo con el artículo 73 C.C.A., no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa "las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes".

Es interesante reproducir el texto de los artículos 12 y 13 del D. 2400/68, que establecen en general cuáles son las sanciones disciplinarias y las autoridades encargadas de aplicarlas.

"Artículo 12.

"Establécense las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) Amonestación verbal;
- b) Amonestación escrita, con anotación en la hoja de servicios del empleado;
- c) Descuentos del sueldo por razón del incumplimiento del horario del trabajo o de ausencias no justificadas;
- d) Multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual;
- e) Suspensión en el ejercicio del cargo hasta por treinta (30) días sin derecho a remuneración, y
- f) Destitución".

"Artículo 13.

"Las sanciones de amonestación verbal o escrita las impondrá el jefe inmediato del empleado; los descuentos, multas y suspensiones serán impuestos por el jefe del organismo y la destitución por la autoridad nominadora.

Parágrafo: Cuando se trate de empleados de carrera, la aplicación de las sanciones de suspensión mayor de diez (10) días y la destitución, requerirán concepto previo de la comisión de personal del respectivo organismo".

Se observa que cuando se está en presencia de funcionarios de carrera el poder disciplinario se somete a procedimientos que garanticen el derecho de defensa (vid. D. 2400/68, artículo 26). Lo mismo hay que decir sobre los funcionarios de período. En cambio, los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ser declarados insubsistentes en cualquier momento, siendo necesario distinguir este fenómeno del de destitución, pues si ésta se produce debe antecederla el procedimiento disciplinario de que trata el Capítulo 3º del Título II del D.L. 2400/68, modificado por el D. 3074 del mismo año. El D. 1950/73 dice, en efecto, en el artículo 125 que "el retiro del servicio por **destitución**, sólo es procedente como sanción disciplinaria y con la plena observancia del procedimiento señalado en el título sexto del presente decreto". La norma se justifica porque la destitución es una sanción que acarrea, además de la pérdida del empleo, la inhabilitación temporal para ejercer cargos públicos (D. 2400/68, artículo 4º) (vid. Penagos, Gustavo, "El Acto Administrativo", Ed. Quingráficas, Armenia, 1975, pág. 97 y s.s.; además, Campos Rivera, Domingo "Régimen Legal de los Empleados Oficiales en Colombia", Temis, Bogotá, 1975, pág. 42 y s.s.).

Aspecto diferente del poder disciplinario propio de la relación jerárquica, lo constituye la vigilancia administrativa que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la cual este organismo puede imponer sanciones de diverso orden (vid. Campos Rivera, op. cit., pág. 63 y s.s.; Ley 25/74, artículo 12 y s.s.).

También la Contraloría General de la República ejerce funciones de vigilancia administrativa que incluyen la posibilidad de aplicar sanciones (Ley 20/75, artículos 62 y 64).

c) Poder Revocatorio

Consiste en la posibilidad de revisar los actos de los inferiores sea desde el punto de vista del mérito o de la licitud, con el fin de revocarlos, modificarlos, adicionarlos, suspenderlos o confirmarlos. Este poder asume dos modalidades diferentes. Puede ejercerse de oficio o en virtud de recurso interpuesto por parte interesada. Nuestro derecho lo consagra así en el D. 2733/59, que será objeto de estudio más adelante dentro del tema del control de la actividad administrativa. Debe observarse que este Decreto rige para los casos en que no se haya establecido algún procedimiento específico.

Altamira considera que la facultad revocatoria no tiene lugar cuando se trate de atribuciones propias del funcionario subordinado, que le han sido otorgadas a través de un proceso de descentralización (Altamira op. cit., 173). En sentido similar se pronuncia Garrido Falla (vid. Garrido Falla "La Descentralización Administrativa", Universidad de Costa Rica, San José, 1967, pág. 20). La razón es la misma que se mencionó atrás para negar el poder de mando sobre los órganos desconcentrados.

Esta tesis no puede sostenerse en nuestro derecho por vía general, pues el D. 2733/59 establece en forma muy amplia el recurso de apelación y la revocatoria directa de los actos administrativos. El primero se surte ante los ministros o jefes de departamento administrativo y procede en el orden nacional contra todas las providencias definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas, es decir, incluso de las entidades descentralizadas (artículo 16), si bien respecto de estas últimas la práctica colombiana no reconoce poder revocatorio de las entidades superiores, a pesar del texto mencionado. Podría quizás argüirse que dicho texto ya no rige para los institutos descentralizados por no haber sido reproducido por la reforma administrativa de 1968, la cual estableció el control de tutela sobre aquéllos. Por su parte, el artículo 19 prevé el recurso ante el gobernador o el alcalde, según el caso, contra los actos de las autoridades administrativas departamentales y municipales; es más, los actos de los alcaldes son acusables ante el gobernador. En cuanto a la revocatoria directa, ésta puede decretarse por el mismo funcionario que expidió el acto o por el inmediato superior (artículo 21 y s.s.).

Ahora, hay casos en que la misma ley limita el poder revocatorio y excluye expresamente el recurso de apelación (v.gr.: en las providencias del Superintendente de Sociedades, artículo 282,

C. de Co.) o dispone que de él conozca un organismo diferente al superior jerárquico, lo cual configura lo que Aparicio Méndez denomina "jerarquía impropia" o "quasi jerarquía" (Méndez, op. cit., pág. 155), v. gr: algunos actos de la Dirección General de Aduanas son impugnables ante la Junta General de Aduanas, a pesar de aquélla estar subordinada al Ministerio de Hacienda; (D. 2886/68, artículo 34).

Sin embargo, es discutible si la exclusión del recurso de apelación o su atribución a otro organismo se extiende al poder de revocación directa. Este, en efecto, no es propiamente un recurso, dado que puede tener lugar en cualquier tiempo y no se ha fijado un procedimiento especial para tramitarlo. Por consiguiente, puede sostenerse que la revocatoria directa siempre tiene lugar en la relación jerárquica, salvo excepción expresa. En cambio, la revocatoria no procede en principio sobre los actos de los entes descentralizados, porque sobre éstos no hay control jerárquico.

d) Poder de nombramiento y remoción

De acuerdo con el artículo 120 N^o 5^o C.N., le corresponde al Presidente como suprema autoridad administrativa y en asocio de los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, "nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o leyes posteriores".

Hay que observar a esto que los únicos nombramientos que puede hacer el Presidente por sí sólo son los de Ministros y Jefes de Departamento Administrativo (artículo 57 C.N.). Además, que hay nombramientos que la ley no puede quitarle al Presidente o al Gobierno, en su caso, como los de los agentes del Presidente: Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Gobernadores, Directores o Gerentes de Establecimientos Públicos Nacionales y representantes de la Nación en Juntas Directivas de entidades descentralizadas (artículo 120 C.N.).

Por otra parte, la Constitución establece quien nombra a ciertos funcionarios: Designado, Procurador General, funcionarios del Ministerio Público, Contralor General, funcionarios de la Contraloría, etc. Los nombramientos que no están reservados al Presidente, al Gobierno o a otras autoridades señaladas en la Constitución, pueden ser asignados por la ley a otros órganos. Además, la ley puede autorizar al Gobierno para que por medio de la dele-

gación prevista en el artículo 135 C.N. se desplace en los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo o los Gobernadores, la función nominadora en los cargos que expresamente se señalen.

El poder de remoción, según se indicó atrás, solo puede ejercerse libremente por la autoridad nominadora en los casos de funcionarios que no pertenezcan a la carrera administrativa ni sean de período, mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento. La destitución de cualquier funcionario le corresponde a la autoridad nominadora y requiere procedimiento previo y motivación del acto.

e) Poder de resolver conflictos de competencia

El poder jerárquico le confiere al superior el poder de dirigir y coordinar la actividad administrativa de los subordinados, lo cual conlleva el de resolver los conflictos de competencia entre ellos y los impedimentos y recusaciones contra los mismos.

La Constitución ha previsto de manera general esta facultad al establecer en el artículo 132 que "la distribución de los negocios, según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República". Según la ley 63 de 1923, al Consejo de Ministros le corresponde estudiar los impedimentos o recusaciones de los ministros para resolver en un asunto determinado, pero en caso de que un ministro deba separarse del conocimiento de un negocio, es sólo el Presidente de la República quien decide a qué otro ministro le compete resolver (Vidal Perdomo, op. cit., pág. 64).

Las leyes no se han ocupado en general de estos problemas, pero como dice Fraga, "es natural que en el régimen de organización centralizada se considere que la autoridad jerárquica superior tiene la facultad de resolver los conflictos de competencia que surjan entre las autoridades inferiores que le están subordinadas" (Fraga, op. cit., pág. 172; además, Entrena Cuesta, op. cit., pág. 196 y s.s.).

Cualquier conflicto en la administración nacional puede en último término, resolverse por el Gobierno. No es clara en cambio la solución para conflictos entre la Administración Nacional y las administraciones locales, o entre varios departamentos.

12. La Coordinación Administrativa

Dice Entrena Cuesta: "Puesto que la jerarquía administrativa se da tan sólo entre los órganos **de un mismo ramo de la Administración** es evidente que, por sí sola, resulta insuficiente para conseguir la realización práctica del principio básico de la organización administrativa, que, como sabemos, es de la unidad en la actuación de todos sus órganos. De aquí la necesidad, en todo momento sentida, de instrumentar unas técnicas que sirvan de complemento de las ya expuestas en el apartado anterior. Necesidad tanto más apremiante en nuestros días como consecuencia del intervencionismo administrativo, que lleva aparejada la multiplicación de los órganos y entes en que la Administración se descompone y la preocupación por la eficacia de la gestión de todos ellos" (Entrena Cuesta, op. cit., págs. 194-5; la subraya es textual).

La necesidad expuesta por Entrena ha conducido a establecer relaciones de coordinación, diferentes de las jerárquicas. No es claro, sin embargo, el régimen jurídico de estas relaciones, esto es, cuáles son los derechos o prerrogativas que en general se les conceden a los órganos coordinadores. Pero sí se dan varios casos en nuestro derecho de tales órganos o funciones.

Así, al Consejo Nacional de Política Económica y Social se le asigna la función de "servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno" (D. 2996/68, artículo 2-5). El artículo 16 del D. 1050/68 prevé la creación de Consejos Superiores en los Ministerios que el Gobierno determine, encargados "de asesorar al Ministro en la formulación, coordinación y ejecución de la política o planes de acción". Y el artículo 181 C.N. le asigna al Gobernador la función de coordinar, como agente del Gobierno en el Departamento, los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República (vid. D. 84/76).

13. La Descentralización

En la administración descentralizada se encuentran las siguientes características: a) La ley o el reglamento otorgan competencia directamente a las entidades inferiores; b) Estas gozan de personalidad jurídica; c) El control sobre los entes descentralizados no es jerárquico sino de tutela.

a) Competencia de los entes descentralizados

Las funciones de los entes descentralizados no dependen de la voluntad de los organismos superiores sino del propio ordenamiento jurídico (Constitución, Ley, Reglamento).

Esa adscripción de funciones puede hacerse fundamentalmente de dos maneras: a) con base en el territorio; b) con base en la función o el servicio.

De ahí las dos grandes categorías de descentralización, la **territorial** y la **funcional**.

La descentralización **territorial** busca darles autonomía a las comunidades locales y regionales para la satisfacción de sus propias necesidades administrativas. Por eso las funciones de las entidades territoriales suelen ser amplias y aunque la Constitución dice que la ley deberá determinar los servicios a cargo de la Nación y de dichas entidades, a fin de hacer un reparto racional de los mismos, (artículo 182 C. N.), todavía no se ha expedido una ley de esa índole y por consiguiente se considera que, salvo los servicios reservados por la Constitución y la ley a la Nación (v. gr: justicia, defensa), las secciones pueden satisfacer toda clase de necesidades locales.

La descentralización territorial opera a través de Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios (incluyendo el Distrito Especial de Bogotá), Areas Metropolitanas y Asociaciones de Municipios; aunque estas dos últimas categorías no están enunciadas como entidades territoriales por el artículo 5º C. N., sus características las acercan más a la descentralización territorial que a la funcional.

La descentralización **funcional** o **por servicios**, como su nombre lo indica, se basa en funciones o servicios determinados cuya gestión se quiera descentralizar, a fin de hacerla más ágil o sustraerla a los intereses políticos de momento y realizarla con criterio técnico. Esta finalidad no se ha alcanzado en nuestro país; por el contrario, la gestión descentralizada ha servido para que muchos organismos se conviertan en coto reservado para grupos políticos. También se presta la descentralización funcional a una gestión democrática, a través de la participación de los usuarios y de representantes de la comunidad en la gestión administrativa.

Esta asignación de competencia funcional puede combinarse con el factor territorial. Por ejemplo, las Corporaciones Autónomas Regionales se organizan para realizar determinadas funciones administrativas en regiones específicas. Otros organismos actúan en forma descentralizada pero para todo el país (v. gr: Incora, Telecom, Puertos de Colombia, ECA, etc.).

La descentralización funcional se realiza a través de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y los entes indirectos. No hay otras formas (vid. Infra).

b) Personalidad Jurídica

La personalidad jurídica de los entes descentralizados permite explicar la independencia de que gozan para la gestión de los asuntos que les encomienda el ordenamiento jurídico, puesto que los habilita para ser titulares de derechos incluso ante las propias autoridades superiores, a la vez que también los hace pasibles de ser sujetos de deberes.

La independencia de los entes descentralizados se traduce en los siguientes aspectos:

1. Pueden darse su propia estructura administrativa, dentro de los límites que fijen las leyes, creando los cargos que requieran, fijando sus asignaciones y competencias, nombrando a sus titulares y hasta dándose sus propios estatutos. Es lo que Entrena Cuesta llama **auto-gobierno** de los entes menores (Entrena Cuesta, op. cit., pág. 148).

Este poder de auto-gobierno está limitado de varias maneras. Por ejemplo, el ordenamiento puede señalar órganos necesarios, tales como las Asambleas, los Gobernadores y los Contralores en los Departamentos, o los Concejos, los Alcaldes, los Tesoreros y los Personeros en los Municipios, los Consejos o Juntas y los Directores o Gerentes en los Establecimientos Públicos, las Empresas Estatales, etc. Los estatutos de los Establecimientos Públicos o las Empresas Estatales los adoptan las Juntas o Consejos Directivos pero sometiéndolos a la aprobación del Gobierno (D. 1050/68, artículo 26). Según sentencia de la Corte, de diciembre 13/72, que declaró inexecutable el artículo 38 del D. 3130/68, el estatuto de personal de estos organismos debe ser dictado por la ley (vid. Vidal Perdomo, op. cit., pág. 86 y s.s.; Foro Colombiano, N° 42, Diciem-

bre/72). Los Gobernadores son de libre nombramiento y remoción del Presidente; lo mismo los Directores o Gerentes de Establecimientos Públicos y Empresas Estatales del orden nacional (D. 1050/68, artículo 28), etc.

2. Los entes descentralizados gozan de **autonomía financiera**, es decir, tienen su propio patrimonio, su presupuesto es independiente, perciben sus propios ingresos y pueden destinarlos a los fines que consideren más adecuados conforme al ordenamiento superior y a sus estatutos. Hay, sin embargo, limitaciones como la que pesa sobre los establecimientos públicos, cuyo presupuesto requiere aprobación por el Congreso, si bien está separado del general de la Nación (D. 294/73, artículo 19).

3. Estos entes constituyen centros de decisión independientes que pueden expedir actos administrativos, celebrar contratos y llevar a cabo sus decisiones sin necesidad del impulso de las autoridades superiores. Sus decisiones pueden afectar en general o en particular a los administrados, todo de acuerdo con el ordenamiento superior y los estatutos, los cuales contemplan limitaciones a estas facultades. Es más amplio el poder de las entidades territoriales que el de las funcionales, pues aquéllas están en capacidad de establecer reglamentos de policía, impuestos y contribuciones, en tanto que las segundas tienen poder reglamentario muy limitado (los reglamentos internos de servicio que después se analizarán).

c) Control de Tutela

En la relación de tutela los poderes del superior son menos intensos, lo cual significa entonces que los órganos subordinados gozan de mayor independencia. Este es el control propio de la administración descentralizada y toma ese nombre de la analogía muy discutible que se dice tiene con la tutela que se ejerce sobre los incapaces.

El control de tutela no es igual sobre todos los entes descentralizados pues cada categoría de éstos sigue sus propias reglas; incluso, en la descentralización funcional cada ente en particular está sujeto a los controles de tutela que suelen señalarse en los estatutos. En cuanto a las entidades territoriales, la tutela de la Nación es mínima sobre los departamentos, mientras que es muy intensa sobre las indendencias y comisarías. La tutela de los departamentos sobre los municipios es bastante significativa.

Las distintas variedades de control de tutela se pueden clasificar en dos formas fundamentales: tutela sobre las **personas** y sobre los **actos**.

a) Sobre las **personas**: se da cuando el superior tiene el poder de nombrar, remover o sancionar disciplinariamente a los funcionarios del ente tutelado; o cuando funcionarios del órgano superior tienen funciones dentro del subordinado. En el primer caso están los gobernadores, por ejemplo, que son agentes del Presidente; ejemplo del segundo caso es el de los ministros que presiden los Consejos Directivos de los entes descentralizados nacionales.

Es evidente la importancia de este tipo de controles.

b) La tutela sobre **actos** también reviste varias modalidades; v.gr: actos que sólo pueden producirse con el voto favorable del Ministro o el representante de la entidad superior; o que requieren la iniciativa de éste; o su aprobación posterior; o que no pueden ejecutarse directamente por la entidad tutelada sino por otra (Rivero pone los siguientes ejemplos para ilustrar este último caso, que él denomina "tutela indirecta": cuando una entidad no puede contratar directamente un empréstito sino que necesita hacerlo a través del Estado; o no puede adelantar expropiación sino por medio de otras autoridades competentes para ello). (Rivero, op. cit., pág. 298).

(Continuará).