

Diego Tobón Arbeláez
Profesor de Derecho Administrativo

JERARQUIA Y ORGANIZACION DEPARTAMENTAL

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En la organización administrativa del Estado colombiano se encuentra establecida una entidad con individualidad propia, cuya existencia obedece a postulados tanto sociológicos como políticos, que tiene el nombre de Departamento, encontrándose a la cabeza de su administración un funcionario, el Gobernador, y una entidad de origen popular, la Asamblea Departamental.

El Derecho Administrativo tiene una institución, la noción de jerarquía, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia de todos los países, según la cual, en cada organismo administrativo se encuentra establecida una organización de la función pública teniendo en cuenta el escalonamiento sucesivo de los funcionarios hasta llegar al jefe, lo que tiene trascendencia no sólo en lo que respecta al reclutamiento de los individuos para incorporarlos a la prestación de los servicios, sino también en lo relativo a la garantía de los derechos de los administrados por medio del control jerárquico.

La existencia de una jerarquía administrativa independiente dentro de la organización del Estado es indispensable para que la entidad que la posea pueda considerarse como manifestación de un sistema de descentralización administrativa, pues si dentro de un Estado sólo existe una jerarquía su administración está centralizada, como resulta de la siguiente explicación que de la cuestión da Roger Bonnard:

“Esta organización jerárquica del personal administrativo, que es la base necesaria de toda centralización, consiste en que el personal de cada servicio está repartido en una serie de escalones sucesivos, subordinados unos a otros, cuyos diferentes grados remontan hasta el ministro que es el jefe jerárquico supremo en cada jerarquía. De esta manera el personal administrativo está ordenado en una serie de líneas jerárquicas, cada una de las cuales comienza en el ministro para terminar en el funcionario del grado más inferior, pasando por el representante local del poder central y el jefe del servicio exterior, que son los escalones jerárquicos intermedios entre el ministro, jefe jerárquico superior, y la masa de los funcionarios inferiores. El nombre de centralización viene precisamente de la reducción de todas las líneas jerárquicas al poder central” (PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF. — 1935, p. 267).

El escalonamiento de los funcionarios que es el aspecto formal de la jerarquía, tiene un significado fundamental, que implica la existencia de un conjunto de principios acerca de la función pública, en virtud de los cuales se obtiene la necesaria subordinación de unos empleados a otros, y que se manifiestan en el poder de nombramiento y el poder jerárquico.

En virtud del poder de nombramiento el jefe de la jerarquía goza de autonomía para llamar a los individuos a colaborar en la prestación de los servicios, de manera que es de su exclusiva competencia la incorporación de aquéllos a la función pública. Únicamente serán funcionarios públicos quienes reciban un llamamiento de él.

Para poder colaborar constantemente en la prestación de un servicio público se necesita ser funcionario, pues esa prestación es la manifestación de la actividad del Estado, bien sea en su aspecto de ordenación social, o bien en el de promoción del progreso común, a que la naturaleza la arrastra, por fuerza de los fenómenos sociales y del mismo hecho natural de la sociabilidad, y que las leyes de organización pública traducen en fórmulas positivas (artículo 235 del Código de Régimen Político y Municipal concordado con el 15 de la Constitución Nacional).

Toda empresa, que siendo propiedad administrativa, dé satisfacción a necesidades de interés común, reviste el carácter de servicio público, sin que importe que un individuo o grupo de individuos pueda hallarse en capacidad de poseer una empresa semejante.

te, por lo que este aspecto no influye para nada en la organización de la función pública.

El poder jerárquico tiene características propias, que interesan en la consideración del funcionamiento de la administración, pero que no importan en el estudio de su estructuración, que la mira más bien con criterio estático que dinámico.

La noción de jerarquía se encuentra consagrada en nuestro derecho positivo, tanto en la ley fundamental, como en la legislación ordinaria, de manera que en nuestra administración se encuentran jerarquías organizadas en cada municipio y cada departamento, y una general para la Nación; pero existiendo en la segunda de las mencionadas entidades dos órganos de administración colocados en un plano de relativa igualdad, se han presentado choques entre ellos, por discutirse, aunque no se hayan empleado las mismas palabras, cual es el jefe de la respectiva jerarquía, problema al cual el derecho positivo da fácil solución, consagrada a su vez por una jurisprudencia constante.

El artículo 186 de la Constitución Nacional dice:

“Corresponde a las Asambleas;

1o. Reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento;

2o. Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos y cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno;

3o. Organizar las contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, nombrar los contadores o Magistrados correspondientes y presentar sendas ternas para el nombramiento de los fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y de sus respectivos suplentes;

4o. Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agrega-

ción o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso;

5o. **La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos, y**

6o. Llenar las demás funciones que les señalen la constitución y las leyes”.

El Código de Régimen Político y Municipal en el capítulo segundo del Título IV desarrolla la anterior disposición constitucional, sin añadirle nada nuevo y casi con idénticas palabras, salvo en el numeral 9o. del artículo 97, en el que habla de la administración de los bienes del Departamento con un laconismo que daría lugar a dudas si la Constitución no fuera tan clara como lo es al respecto.

El artículo 179 de la Constitución dice:

“El territorio de la República se divide para la administración pública en Departamentos. Cada uno de éstos será regido por un Gobernador, que será aun mismo tiempo Agente del Poder —órgano en la actual terminología— Ejecutivo y **Jefe de la Administración seccional**”.

El artículo 192 desarrolla el que se acaba de transcribir así:

“Son atribuciones del Gobernador:

1o. Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno;

2o. **Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración;**

3o. **Llevar la voz del Departamento y representarlo en asuntos políticos y administrativos;**

4o. Auxiliar la justicia como lo determine la ley;

5o. Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos;

6o. Sancionar en la forma legal las ordenanzas que expidan las Asambleas Departamentales;

7o. **Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad, y**

8o. Las demás atribuciones que por la ley le competan”.

El Código de Régimen Político y Municipal se limita a desarrollar la anterior disposición sin introducir nada nuevo en lo relativo al punto acerca del cual escribimos.

Atribuye, pues, nuestro derecho positivo a los dos órganos administrativos departamentales funciones claramente diferentes, ya que a las asambleas les concede un poder de actuar con respecto al funcionamiento administrativo por medio de actos-reglas; es decir, disposiciones de carácter general que tiendan a la regulación de los servicios públicos que se consideran esenciales, y a la dirección y fomento de aquéllos que no siendo fundamentales, para la vida pública, se consideren necesarios de acuerdo con las circunstancias locales. A los Gobernadores, por su parte, les está conferido un poder constante que les permite concretar a la realidad las disposiciones orgánicas emanadas de las Asambleas, como aparece del artículo 179 y de los numerales 2o, 3o y 7o, del 192 de la Constitución Nacional en los apartes que he subrayado.

El Gobernador es el Jefe Supremo de la jerarquía administrativa del departamento colombiano porque así está estatuido expresamente y porque le están conferidas las facultades del tal. Le está atribuido el poder de nombramiento de los agentes de la administración, la representación del departamento en todos los asuntos, no sólo administrativos sino también políticos, y el poder jerárquico, que se encuentra involucrado en las facultades que se le conceden sobre todos los actos de los funcionarios administrativos, que son sus agentes, pues puede reformar y revocar sus actos, y poseyendo la facultad de dictar todas las providencias necesarias para la administración seccional, tiene la facultad de dictar las órdenes que vayan encaminadas a hacer mejor su funcionamiento, con el objeto de que éste corresponda a los fines que con él se buscan.

Pero podría preguntarse que si por función administrativa se entiende la que se ejerce por la actividad constante, y pudiera decirse beligerante del Estado, en la consecución de sus fines esenciales, y ésta le corresponde al Gobernador, cuál objeto tendrían las Asambleas Departamentales, que dentro de la anterior interpretación de la ley pudiera parecer que se convierten en organismos inútiles?

Para comprender bien el problema es necesario recurrir a otra distinción importante en la doctrina del Derecho Administrativo, a la distinción que se impone hacer entre la administración deliberan-

te y la ejecutiva, lo que se traduce en poder de iniciativa para la primera y poder de ejecución para la segunda.

Hauriou afirma sobre esta distinción que "se puede decir que es de la naturaleza del órgano deliberante tomar decisiones generales, y de la naturaleza del órgano ejecutivo tomar decisiones individuales. Este principio tiende a afirmarse de un modo positivo en la administración departamental. En ella, en efecto, a causa de que el prefecto y el consejo general no tienen el mismo origen, era de presumirse que se presentarían conflictos que impondrían se precisaran sus poderes" (Maurice Hauriou. — *PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT PUBLIC.* — 1927—p. 86).

El doctor Carlos Lozano y Lozano en una exposición dirigida al Consejo de Estado dijo sobre el punto de que hablamos:

"De acuerdo con las extensas consideraciones expuestas en la primera parte de este alegato, que no son sino la síntesis de la doctrina jurídica universal acerca del principio de la separación de los poderes públicos, resulta claro y obvio que hay dos modalidades en la dirección de los negocios públicos; una que consiste en trazar normas, en contemplar los problemas desde un punto de vista abstracto y general, en señalarle un cauce a la actividad de los funcionarios del Estado, en prever las diversas probabilidades u ocurrencias que pueden presentarse en la gestión de los intereses colectivos y atender por medio de adecuadas reglas a cada una de esas ocurrencias previstas de antemano, en una palabra, en deliberar con miras a lo futuro y general, o sea legislar. Y otra, que consiste en ejecutar las normas señaladas por medio de un personal no deliberante sino activo, dentro del cauce fijado de antemano; en realizar hechos, en actuar sobre la realidad, transformándola y gobernándola, en contemplar y resolver el problema concreto, en emplear y aprovechar el patrimonio público, en consumir obras espirituales y materiales de progreso, o sea gobernar y administrar.

"Ambas modalidades de la dirección de los negocios públicos son igualmente importantes e indispensables. Y porque ambas responden a necesidades muy elevadas e inaplazables, la ciencia política aleccionada por la experiencia humana, ha querido que se equilibren y contrapesen dentro de una inteligente armonía, sin que la una perturbe la actividad de la otra, y mucho menos impida o sofoque sus iniciativas y actividades. Por eso ha establecido la limitación recíproca y la mutua separación de los poderes u órganos

de la soberanía, o departamentos del Gobierno, como decía, anticipándose a su época, don Florentino González.

“Tan natural es esta manera de concebir la marcha del Estado, impuesta por la ley inexorable de la división del trabajo, que aun en la vida de las sociedades comerciales y empresas particulares, el principio de la doble dirección deliberante y activa es respetado en Colombia, como en todos los países. La asamblea general de accionistas dirige por medio de normas generales, votadas previa deliberación. El gerente, asesorado por la junta directiva, ejecuta, actúa, realiza, dirige en los casos concretos por medio de sus propios agentes y subalternos”.

El conflicto de que habla Hauriou entre ambas especies de administración es imposible dentro de las precisiones del derecho positivo colombiano, porque nuestro constituyente, con previsión que admira, dado el atraso del derecho administrativo en la época en que actuó, supo especificar suficientemente qué clase de dirección administrativa competía al Gobernador y cuál a la Asamblea, pues claramente expresó que la de ésta se expresaría por medio de ordenanzas, cuyo carácter de actos-reglas es indiscutible.

La actividad administrativa debe manifestarse en todos los momentos de la vida del Estado, estar siempre presta a satisfacer las modalidades que todos los días se presentan en las relaciones sociales, lo que justifica que tenga como característica indeleble al lado de la continuidad, la ductilidad, para que al mismo tiempo que nunca abandone sus deberes, los cumpla de acuerdo con la dinámica inherente a la vida en comunidad. Circunstancias especiales imponen que para poder atender al cumplido desarrollo de estas nociones esenciales el servicio público, considerado en su funcionamiento, se encuentre siempre bajo el control de quienes tienen la responsabilidad del éxito administrativo, de quienes por la posición que ocupan en la estructuración del Estado, se encuentran en condiciones de representarlo de manera permanente. De ahí que se justifique que no sea la administración deliberante sino la ejecutiva el órgano supremo en una jerarquía determinada, puesto que es ella la que se encuentra dotada de suficiente permanencia, como aparece claro de las siguientes palabras de Hauriou, tomadas de la obra ya citada:

“Existe otra diferencia notable entre las asambleas deliberantes y los órganos ejecutivos: las asambleas deliberantes no sesionan permanentemente sino únicamente durante ciertos períodos deter-

minados por la ley y que se llaman sesiones; al contrario, los órganos ejecutivos están en función de un modo constante: no sólo no hay época de reunión que limite su competencia, sino que para ellos no hay días feriados, ni hay que distinguir el día de la noche.

Decíamos que era preciso distinguir el poder de iniciativa de ejecución, porque la administración hay que contemplarla bajo dos aspectos diversos. A ella le toca en general velar por el orden social y promover el progreso en la comunidad, para que tenga adecuada satisfacción el instinto de sociabilidad, de manera que la sociedad no se tome una utopía, sin consecuencias prácticas de ninguna clase; pero como dentro de un Estado de rígida legalidad importa que la manera como su actividad se va a manifestar tenga un control suficiente, que impida excesos y desvíos, se ha establecido que a unos organismos les compete determinar los modos de obrar de la administración, es decir, iniciarla, y a otros llevarla a cabo.

La rigidez con que ciertos principios han conormado algunas mentalidades impide que vean cómo esta distinción existe no sólo en la organización descentralizada, sino también en la entidad central, en la Nación como se llama en Colombia. Un análisis fundamental de los actos de las entidades públicas permite romper esta contextura intelectual estrictamente formalista, con lo cual se logra ver que la función administrativa no se encuentra atribuida de manera exclusiva a uno de los órganos del poder público, sino que todos concurren a ejercerla en mayor o menor escala, de manera que se llega a la conclusión de que si el órgano legislativo tiene la atribución privativa de dar normas de derecho que influyan en la ordenación jurídica, también tiene funciones que se reducen a lo administrativo, por cuanto debe, sin necesidad de dictar una ley en el sentido material, iniciar toda actividad administrativa, a causa de poseer en propiedad la competencia para crear los servicios públicos. Considerado bajo este aspecto se ve el paralelo que existe entre las asambleas y el Congreso: las primeras tienen el poder administrativo deliberante, que se expresa en actos de iniciativa, en la parte de la actividad pública atribuida a los departamentos, siendo ésta su función esencial, y el segundo, al lado de sus facultades fundamentales, posee ese mismo poder en la parte de la función administrativa que la Nación se ha reservado para ella.

Está suficientemente expuesto que el superior jerárquico en la administración departamental es el Gobernador, a quien le están atribuidas las facultades de tal, y las explicaciones anteriores

demuestran lo acertado de las disposiciones del derecho colombiano. Sin embargo, puede presentarse duda acerca de la determinación de cuáles empleados son agentes administrativos y cuáles nó. Dejamos de lado, ya que la ley es clara al respecto y tiene su asiento en normas esenciales de organización democrática, emanadas de Inglaterra, que el control de las inversiones públicas es función del órgano que más raigambre popular tenga, de ahí que con respecto a los funcionarios respectivos sí ejerzan las asambleas todas las facultades del poder jerárquico. Se ha considerado esta rama, y sólo ella, por la razón a que hemos hecho referencia, como independiente de toda la organización administrativa; cualquiera otra manifestación de la administración se encuentra dentro del circuito cerrado de la jerarquía.

Por causa del origen de su capacidad jurídica, un organismo determinado está delimitado en su actividad por su propia finalidad, que constituye su idea motriz. De ahí que todos los actos de los departamentos sean actos administrativos, porque para efectos de administración han sido creados. Y si son actos administrativos, quienes los ejecuten deben tener competencia administrativa, la que sólo les puede ser otorgada por quien teniéndola de pleno derecho, por ser representante del Departamento en todos los asuntos, goza del poder de incorporar a otros individuos a la función pública, es decir, de acuerdo con la Constitución Nacional, al Gobernador del Departamento.

Los tribunales colombianos en su jurisprudencia han hecho aplicación en los casos que se han suscitado, de los principios que acabamos de exponer. Al efecto, la Corte Suprema de Justicia dijo en fallo de 7 de Octubre de 1911:

“....Al tenor del artículo 47 de la ley 88 de 1910 —que es igual a lo que dispone sobre el mismo punto el Código de Regimen Político y Municipal—, concordante con el de igual cifra de orden del Acto legislativo número 3 de ese mismo año, “en cada Departamento habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y agente del Poder Ejecutivo”, y conforme al ordinal 2o. del artículo 48 de la propia ley, el cual es mera reproducción del inciso 2o. del artículo 59 de aquel Acto legislativo, toca al Gobernador “dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración”.

“Síguese de aquí que, dado el carácter público de que están investidos los Gobernadores de jefes de la administración seccional, es de todo punto indiscutible que a ellos, y sólo a ellos, compete privativamente hacer los nombramientos de todos los empleados departamentales que deben funcionar en calidad de agentes o auxiliares suyos bajo su dirección inmediata; y que, por consiguiente, no puede menos de estimarse inexecutable, como opuesta a los enunciados preceptos de la Constitución y de la ley, toda disposición de las ordenanzas que, en cualquiera forma, restrinja o arrebatte a los Gobernadores el ejercicio de esa potestad.

“Es cierto, como lo expresa la resolución apelada, que el artículo 286 de la Ley 149 de 1888 dispone por regla general que “los destinos públicos se provean por la autoridad que en cada caso designen las leyes, acuerdos, ordenanzas o reglamentos”; pero no lo es menos que esto ha de entenderse y aplicarse precisamente en armonía con las disposiciones constitucionales y legales de carácter especial, como son las que se dejan citadas en relación con las atribuciones propias del jefe de la Administración departamental, que lo es el respectivo Gobernador en cuanto a los empleados que de él dependen, y cuyo nombramiento, por eso mismo, le corresponde con exclusión de cualquiera otra entidad oficial, ya que sobre él gravita la responsabilidad proveniente de la dirección en el manejo de los intereses públicos que le están confiados. Este artículo legal no puede interpretarse y tener aplicación recta respecto del caso que se examina, sino en el sentido de que las ordenanzas pueden señalar la autoridad a quien toque proveer los destinos públicos creados por ellas para el servicio del Departamento, pero sólo cuando los empleados que deban desempeñar esos destinos no sean de aquellos que, por la naturaleza misma de sus funciones, dependen del Gobernador, como subalternos suyos, en el orden jerárquico o sea a título de agentes o delegados a quienes está encomendada una parte de la administración de que él es director.

“Por otra parte, las Asambleas Departamentales son corporaciones públicas meramente administrativas, cuyos facultades están limitadas expresamente por la Constitución y las leyes. En tal virtud, no cabe duda alguna de que ellas han de reducir su actuación al ejercicio de las facultades que les son propias como entidades constitucionales y de aquellas que de modo explícito les confieren los mandatos de la ley; puesto que es precepto de nuestra legislación, derivado del principio fundamental de la limitación y res

ponsabilidad de los poderes públicos, el de que a ningún empleado o funcionario oficial le está permitido ejercer atribuciones que no le hayan sido asignadas expresa y claramente por la Constitución o las leyes. De aquí que sean inexecutable las disposiciones acusadas, por cuanto ellas están en pugna con lo prescrito en los artículos de la ley 88 de 1910, que sirven de base a la presente demanda.

“Es de advertir que, con relación a destinos públicos, las Asambleas no tienen otra intervención, reconocida por la ley en la actualidad, que la de crear los necesarios para el servicio departamental, determinando su duración y funciones y la de fijar los sueldos de los empleados que sean de cargo del Tesoro seccional; y, por tanto, hay que concluir que ellas no pueden reservarse para sí los respectivos nombramientos, como tampoco pueden asignarlos a ninguna autoridad distinta del Gobernador, cuando se trata de empleados que tienen el carácter de agentes señalados al ejercicio de sus atribuciones y hacer a un lado la prohibición legal de intervenir en asuntos que no son de su incumbencia.

“Por la demás, esta Superioridad considera que es inaceptable a la luz de nuestra legislación, y tal como aparece expuesta en la Resolución apelada, la doctrina sostenida por el Tribunal sentenciador, de que los únicos empleados que el Gobernador puede nombrar y separar libremente son su Secretario, los Jefes de Sección y demás subalternos de la Gobernación, y los prefectos y Alcaldes, por ser éstos los que nominalmente están determinados en los artículos 3o. y 7o., ordinal 18, de la ley 20 de 1908 y 3o. de la ley 88 de 1910. La consecuencia de semejante doctrina sería la de reducir al Gobernador a la condición de simple empleado del orden político, como agente del Poder Ejecutivo, arrebatándole de hecho el carácter administrativo de que le invisten la Constitución y las leyes; porque, en verdad, no se comprende cómo pueda él dirigir la acción administrativa en el Departamento, estando privado de la facultad de nombrar los empleados que, a título de agentes suyos, han de colaborar con él y auxiliarle en el manejo de los intereses departamentales.

“El error de la doctrina que se impugna proviene, sin duda, de un falso concepto de lo que son los agentes del Gobernador, pues el Tribunal a que se alude supone y da por sentado que la ley da esa denominación únicamente a los que los son en el orden político, siendo así que han de tenerse por tales tanto éstos como los

administrativos llamados a funcionar bajo su dirección y dependencia, ya que ni la Constitución ni la ley establecen diferencia alguna entre unos y otros".

El 17 de Agosto del mismo año había dicho la misma corporación:

"Las Asambleas Departamentales no pueden hacer otros nombramientos que aquellos que de modo expreso les sean atribuidos por la ley, porque ellas son corporaciones administrativas sin atributo alguno de soberanía".

En sentencia de 24 de Febrero de 1912 se lee:

"Los empleados de la Policía Departamental forman parte del personal administrativo, de dependencia inmediata y directa del Gobernador, y las Asambleas no pueden atribuir a otra entidad el nombramiento de tales empleados".

En un fallo de 16 de Febrero del mismo año se sostiene:

"Las ordenanzas pueden señalar la autoridad a quien toque proveer los destinos públicos creados por ellas para el servicio del Departamento, pero sólo cuando los empleados que deban desempeñar esos destinos no sean de aquellos que, por la naturaleza misma de sus funciones, dependen del Gobernador como subalternos suyos, en el orden jerárquico, o sea a título de agentes o delegados a quienes está encomendada una parte de la administración de que él es director".

Una sentencia de 20 de Noviembre de 1934 dice:

"Dado el carácter público de que están investidos los Gobernadores, de Jefes de la Administración seccional, es de todo punto indiscutible que a ellos, y sólo a ellos, compete privativamente hacer los nombramientos de todos los empleados departamentales que deban funcionar en calidad de agentes o auxiliares suyos, bajo su dirección inmediata; y que por consiguiente debe considerarse inexecutable toda disposición de las ordenanzas que, en cualquier forma, restrinja o arrebate a los Gobernadores el ejercicio de esa potestad constitucional".

La última sentencia que sobre el punto le tocó dictar a ese Tribunal fue la de 18 de Mayo de 1916, en la que sostuvo la anterior jurisprudencia y afirmó.

"Es nula la ordenanza que priva al Gobernador del Departamento de la facultad de nombrar rectores o directores de colegios costeados con fondos departamentales. Tal ordenanza pugna con el artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1918, que confie-

re a los Gobernadores la facultad de dirigir los diversos ramos de la Administración, nombrando y separando sus agentes”.

La doctrina del Consejo de Estado al respecto se encuentra consagrada, entre otras, en las siguientes sentencias:

“En la facultad que asiste a las Asambleas respecto de creación de los empleados necesarios para el servicio del Departamento no está comprendido el derecho de hacer nombramientos. De otro modo quedarían destruidas las limitaciones fijadas al efecto en la misma Constitución y en la ley” (Sentencia de 12 de julio de 1915).

“Los empleados que llevan el carácter real de agentes del Gobernador en lo político o en lo administrativo, o cuyas funciones por su naturaleza sean de aquellas que tienen por objeto cumplir y desarrollar las iniciativas y la acción del Jefe del Departamento, deben depender de éste. Si ha de ser una e indivisible la dirección superior permanente de las tareas administrativas; si esa dirección corresponde al Gobernador, quien está sujeto a responsabilidad de forma que a él se le imputan los malos resultados o se le acreditan los éxitos provechosos, es indispensable que pueda obrar con libertad, se entiende, en la propia materia de sus gestiones. Así, debe establecerse completa armonía o coordinación entre los distintos órganos del mecanismo oficial, y el jefe no ha de estar sujeto a trabas u hostilidades de parte de los colaboradores”. (Sentencia de 30 de Marzo de 1916).

“El carácter de agente del Gobernador, que haya de reconocerse a determinados empleados, no es asunto de mera nomenclatura o de mandatos ficticios, sino de la naturaleza y extensión de las funciones que se les atribuyan. Si éstas pertenecen al orden de las ramas política o administrativa cuya dirección superior sea del resorte del jefe del Departamento, el hecho mismo de que la Asamblea declare o defina que no son agentes de aquél, precisamente con el objeto de apartarlos de su autoridad, determina violación práctica de los principios y reglas positivas sobre que descansa el mecanismo departamental. La esfera de acción de los Gobernadores y sus prerrogativas legítimas pueden quebrantarse, ya porque se les prive de facultades propias, ya porque se les coarte el arbitrio de nombrar colaboradores que, según la índole de los cargos, deben obrar como agentes o subalternos suyos. No pueden, por consiguiente, las Asambleas Departamentales crear juntas centrales de instrucción y de obras públicas con la facultad de “dirigir de ma-

nera armónica y vigorosa las obras públicas y vías de comunicación", con carácter autónomo, porque tal atribución compete únicamente al Gobernador" (Sentencia de 1.º de Octubre de 1917).

"En los sistemas de gobierno representativo y limitado, una es la facultad de crear empleos, cargos o destinos públicos, y otra la de proveerlos, es decir, la de nombrar las personas que los desempeñen. Aquella es facultad propia del Cuerpo legislador, y sólo por delegación expresa se confía, en forma limitada a funcionarios de la administración ejecutiva. Esa facultad es una de las manifestaciones del principio general de que los gastos públicos deben ser decretados por la entidad que represente los intereses de la comunidad. La otra, la de proveer los puestos, corresponde naturalmente al jefe de la administración o a los subalternos, mediante su autorización o aprobación, menos que se reserve, también de modo expreso, la libertad de hacer los nombramientos, o los atribuya a otros cuerpos o funcionarios, en cuanto no se invadan atribuciones conferidas al jefe de la administración por una autoridad superior. De aquí que no pueda aceptarse la teoría de que por tener una autoridad cualquiera la atribución de crear empleos o cargos públicos, tenga también la de proveerlos.

Aquella no envuelve ésta. La una pertenece por su naturaleza al régimen legislativo y la otra al desempeño de las gestiones administrativas permanentes" (Sentencia de 20 de Noviembre de 1918).

Es tan grande el número de sentencias en que se consagra la misma doctrina, que nos haríamos interminables si las transcribiéramos todas y, además, las que faltan son una repetición de lo dicho en las anteriores. Sin embargo, en contradicción, no con el principio general, que es declarado indiscutible, sino con el alcance que le damos, se dictó una sentencia por el Consejo de Estado, que tiene por fecha el 25 de Septiembre de 1934, única en su especie, y en la cual se dice:

"Esto porque en Derecho público se hace una diferencia fundamental entre lo que es parte esencial de la Administración, con lo que solamente es propio, accidental o extraordinario. Le es esencial todo cuanto dice relación con el orden público, la seguridad social, la policía, la higiene, instrucción pública, caminos, etc., etc. Sin el desempeño de estas funciones no se concibe una administración departamental. Por el contrario, no le serán esenciales, aunque pueden serle propias, el administrar el Departamento un ferrocarril, una hacienda, una casa de su propiedad, etc., etc. pues el

Departamento puede carecer de esta clase de bienes sin que por ello se comprometa o se merme en lo mínimo la delicada función política que compete al Gobernador como agente del Poder Central. Es función esencial del Congreso, por ejemplo expedir las leyes; y sólo le será propia la de hacer determinados nombramientos”.

La tesis anterior, si es cierto que se afirma en un principio indiscutible, es falsa, porque no es su deducción lógica. En el Derecho Administrativo se admite una distinción entre servicios públicos esenciales y servicios públicos facultativos, entiéndese por los primeros los que son consubstanciales a la vida misma del Estado, de manera que si éste no los presta, se podría afirmar que ha dejado de llenar su objeto, mientras que los últimos están sometidos a consideraciones objetivas, que harán variar el criterio de apreciación acerca de si en una determinada época, dadas sus condiciones especiales, es o no necesario que el Estado asuma su prestación. Pero esta distinción, que influye en la creación del servicio, no determina una regulación jurídica en su funcionamiento diferente. Desde que el organismo competente procede a la creación de un servicio de los considerados facultativos se resuelve el problema y en adelante ese servicio será jurídicamente lo mismo que los esenciales mientras no se suprima. Si la empresa, considerada como conjunto de bienes y organizaciones de personal, está dentro del patrimonio de una entidad pública, y, además, su objeto es hacer una prestación conveniente a toda una comunidad, esa empresa es un servicio público, que está dentro de los marcos de la administración, de acuerdo con el concepto legal de ésta, consagrado en el artículo 235 del Código de Régimen Político y Municipal.

Sentada esta noción falsa, más adelante se dijo en la misma sentencia:

“Como era natural esa exageración provocó bien pronto una poderosa reacción que culminó en la reforma constitucional de 1910. Este acto derogó todo el Título XVIII de la Carta sobre ‘Administración Departamental y Municipal’ (artículos 182 a 201), y lo reemplazó por los artículos 47 a 65 del Acto Legislativo de aquel año.

“En el artículo 48 (180 de la codificación) se dispuso que los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución”.

"Y como colorario de este principio se estableció en el artículo 50 que 'los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales y municipales'.

"Como se ve no solamente se dió a los Departamentos independencia para la administración de los asuntos seccionales, consagrando la autonomía departamental administrativa, sino que se les garantizó la plena propiedad de sus bienes y rentas con una protección igual a la que por el artículo 50. de la Reforma se otorga a la propiedad privada.

"De esta suerte quedó colocado el Gobernador en el verdadero terreno constitucional que hoy le corresponde; jefe de la administración departamental subordinado a la Asamblea; y agente inmediato del Poder Ejecutivo en lo político, subordinado a éste, con amplia facultad para nombrar y remover libremente sus agentes".

Las disposiciones constitucionales que sirven de base para argumentar al Consejo de Estado en esta segunda parte de su sentencia no destruyen las tesis que venimos sosteniendo. Contradice la independencia de los Departamentos para su administración que quien constitucionalmente es Jefe de ésta, posea el poder de nombramiento en virtud de su carácter de superior jerárquico? Dejan de ser los bienes de propiedad exclusiva del Departamento por el hecho de que su administración dependa de un determinado organismo y no de otro?

Constitucionalmente el jefe de la administración departamental es el Gobernador, y la manera como es hecho su nombramiento, en virtud de la calidad de agente político del poder central que ese funcionario posee anexo a su otro carácter, no puede perturbar el criterio, hasta ir, en abierta oposición con la ley y con la razón, a afirmar que ese funcionario no es el superior jerárquico de la entidad. El Gobernador, como jefe de la administración tiene poderes propios, paralelos y consecuencia a la vez de los de la Asamblea, pero en manera alguna se puede decir que sea un inferior de ésta. Ambos tienen su campo de acción delimitado, siendo mutuamente soberanos, y estando sometidos únicamente a las normas ge-

nerales, de origen en la ley o la constitución, que regulan la legalidad de sus actos.

El argumento que se desprende de lo que dispone el artículo 182 de la Constitución —50 del Acto legislativo número 3 de 1910— es inocuo. Para quienes se aferran demasiado a la ley, basta con decirles que investiguen los orígenes de la disposición. Durante el período del quinquenio se habían ido borrando los lineamientos jurídicos que separaban las dos personalidades de derecho, Nación y Departamento, principalmente en el terreno patrimonial, sin que los bienes de éste fueran respetados por aquélla, que los tomaba para su propia administración, quitándole a la entidad que era manifestación de descentralización administrativa uno de los elementos que son necesarios para que ésta exista: la posesión de un patrimonio propio. Reaccionando contra ese estado de cosas fue que se dictó la disposición constitucional, que no tuvo otra finalidad que delimitar el campo patrimonial de las diversas entidades públicas que concurren a la acción del Estado.

Pero si este argumento satisfaría a algunos, también existen otros, para quienes, más ambiciosos intelectualmente, buscan la justificación de los hechos en los principios elaborados por la razón. La posesión de un patrimonio supone la capacidad para ejecutar los actos relativos a él y principalmente la facultad de adquirir y enajenar bienes. Las Asambleas no son competentes para ejecutar estos actos, porque ellas no son los órganos de comunicación de los Departamentos con los sujetos de derecho, pues quienes constitucionalmente están consagrados como tales son los Gobernadores (Constitución Nacional, artículo 192).

Además, es preciso hacer una distinción entre las reglas legales relativas al dominio y las que se refieren a su administración. Mientras que las primeras consagran el derecho sin poner ninguna regla más, las segundas determinan cómo se adquiere ese derecho y la manera cómo se gozará de él, es decir, como se administrará. Para mostrar lo adecuado de este argumento permítasenos que recurramos al ejemplo del derecho privado, aunque no somos dados a hacerlo cuando tratamos de cuestiones de derecho público; con efecto, basta analizar la distribución de materias en el Código Civil para caer en cuenta de que es cosa muy diferente la consagración del dominio como derecho y las reglas a él inherentes, en cuanto tienden a constituirlo en noción jurídica determinada, lo que se

hace en el libro 2o. y las reglas relativas a capacidad, administración y disposición, las cuales se encuentran en los otros libros.

Por último, una disposición legal inoperante da asidero a quienes sostienen tesis opuestas a la nuestra. Me refiero al artículo 5o. de la ley 94 de 1915 que dice:

“Las Asambleas de los Departamentos pueden reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas y que no tengan el carácter de Agentes del Gobernador, excepto los Tesoreros Generales del Departamento, los Recaudadores, Gerentes o Administradores Generales de las rentas, que siempre serán nombrados por el Gobernador del Departamento”.

Dijimos que esta disposición no tiene efecto alguno, porque de acuerdo con lo dicho y demostrado, la administración departamental englobaba todos los individuos que se encuentren incorporados al organismo departamental, de manera que siendo el Jefe de ella el Gobernador, necesariamente son sus agentes. Al respecto dice el doctor Tulio Enrique Tascón:

“.....la ley 85 de 1915 al permitir a la Asamblea reservarse ciertos nombramientos de que hablamos al comentar el ordinal 3o. del artículo 69, dijo que esta reserva se refería a los empleados que no tuvieran el carácter de agentes del Gobernador e hizo otras excepciones; pero en ciencia constitucional agentes del Departamento son todos los que no son **representantes** del mismo, es decir, cuantos no sean Diputados a las Asambleas”. (Derecho Constitucional Colombiano, p. 311).

Medellín. octubre de 1939.

Diego Tobón Arbeláez