

La Teoría del Servicio Público y los Nuevos Criterios de Competencia en Derecho Administrativo Francés

Por JAIME VIDAL PERDOMO

Es frecuente encontrar hoy en escritos de profesores de derecho frases como estas: la noción de servicio público debe ser desterrada del lenguaje administrativo, la utilización que de ella hace la jurisprudencia es puro formalismo.

Hechos insólitos para quienes hemos aprendido el derecho administrativo de profesores ampliamente inspirados en Duguit y en Jeze. Sin embargo, parece que nos encontramos muy lejos de la bella construcción de la teoría del servicio público, de la bella época en que ella dominaba la ciencia del derecho público, en que ella constituía "la piedra angular del derecho administrativo".

¿A qué obedece este cambio? ¿qué fenómeno ha producido este derrumbamiento de la noción del servicio público que justifique su extrañamiento del derecho administrativo como lo demanda parte de la doctrina francesa?

A dar cuenta de este proceso está dedicado este artículo. El pretende presentar una breve historia de la teoría del servicio público como criterio de limitación de competencias entre la jurisdicción común y la administrativa, su nacimiento, su apogeo y "la crisis de la noción de servicio público" —para utilizar el nombre con que se ha designado este proceso— e informar sobre los nuevos criterios que han surgido.

Pero antes queremos insistir en dos aspectos del derecho administrativo francés: el derecho administrativo francés es un derecho de creación jurisprudencial: en ausencia de una ley que regule íntegra-

mente la materia, la jurisprudencia ha procedido a elaborar pacientemente los grandes principios de esta disciplina (acto administrativo, obligaciones, teoría del contrato, de la responsabilidad, etc.); solamente existen leyes sobre puntos de interés secundario.

Además, el derecho administrativo francés parece dominado por la preocupación de encontrar un criterio que marque la división entre las dos jurisdicciones, no solamente para llenar el vacío de la ley, sino movida por una especie de temor histórico que desconfía del juez común como juez de los actos de la administración. Su origen se remonta a la lucha que se trabó entre la Monarquía y los Parlamentos —jueces de la época— y en la cual éstos cerraron el camino a las reformas que la Corona pretendía hacer pasar en los tiempos anteriores a la revolución. Aquí se inspiraron los revolucionarios franceses para sentar un principio legal que prohíbe a los jueces ordinarios conocer de los actos de la administración. La teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión, la teoría del servicio público, han servido para la aplicación práctica de este principio a los problemas concretos; por eso ellos marcan etapas muy importantes en la historia del derecho administrativo francés, por eso su desaparecimiento —en nuestro caso el de la noción de servicio público— produce una verdadera crisis en esta rama del derecho público.

De esta manera la jurisprudencia alcanza una importancia que no tiene entre nosotros. No solamente el conjunto de sus soluciones forma el derecho positivo sino que la doctrina se tiene que limitar a sistematizar sus conclusiones, o cuando más a sugerir ciertos criterios. Todos estos caracteres se observarán en el curso de este trabajo.

I) Orígenes y desarrollo de la noción de servicio público.

Generalmente se admite que es del *arrêt* Blanco, dictado por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, que nació el criterio del servicio público. En el tiempo éste sustituía el de los actos de autoridad y actos de gestión que había dominado en el curso del siglo XIX y el cual se fundaba en la distinción de dos tipos de actividad de la administración, uno en que ella mandaba, dictaba órdenes, actuaba como Príncipe y otro en que ella se comportaba como un particular cualquiera; el primer género de actividades colocaba a la administración fuera del derecho común y hacía surgir las reglas del derecho administrativo; en cambio los actos del segundo tipo esta-

ban regidos por el derecho común pues eran iguales a los que efectuaban los particulares (se trataba especialmente de los contratos).

Pasando por alto la controversia que pone en duda el nacimiento de la teoría del servicio público en el *arrêt* Blanco, nos limitamos a exponer las ideas que contiene la jurisprudencia de la época. La separación de competencias se hace de esta manera: están sometidas al derecho administrativo y al juez administrativo las actividades de la administración que constituyen servicios públicos; al derecho privado y a los tribunales ordinarios las otras actividades de la administración (en ellas se busca una explotación financiera del patrimonio que no justifica un régimen de prerrogativas). Sin embargo, aun tratándose de la gestión de servicios públicos, la administración puede colocarse dentro de la esfera del derecho privado y entonces será éste el que decidirá todo litigio. Al lado de los contratos administrativos pueden existir los contratos del derecho común, algunos funcionarios pueden estar sometidos no al derecho administrativo sino al contrato civil de arrendamiento de servicios.

Tal es la orientación de la jurisprudencia principalmente en los famosos negocios *Terrier* (Consejo de Estado, 6 de febrero de 1903) y *Société des granits des Vosges* (Consejo de Estado, 31 de julio de 1912), con base en las conclusiones de los comisarios de gobierno Romieu y Leon Blum.

b) La escuela del servicio público.

Basándose en esta concepción nueva que tomaba como guía la noción de servicio público y no la de autoridad, Duguit, Jeze y posteriormente Bonnard elaboraron la doctrina del servicio público. Todos los capítulos del derecho administrativo se explicaban por la presencia del servicio público: eran funcionarios públicos los empleados de un servicio público, contratos administrativos los celebrados por la administración para atender a los servicios públicos, dominio público el destinado a la prestación de servicios públicos, etc. Uno a uno, sobre todos los temas y principios del derecho administrativo se puso el rótulo del servicio público que los explicaba y contenía en todas sus particularidades. El derecho administrativo no era otra cosa que el derecho de los servicios públicos y el estado un conjunto de servicios públicos.

Naturalmente si el servicio público era el fundamento del derecho administrativo también era su campo de aplicación. Todo lo que

le concernía era regido por un derecho especial. El derecho común sólo se aplicaba allí donde aquél no aparecía.

Alejándose resueltamente de las conclusiones de la jurisprudencia la escuela del servicio público construyó una teoría jurídica lógica, coherente, un nuevo motor del derecho, a la que brindaban todo su prestigio las plumas hábiles de Duguit y de Jeze.

c) La actitud de la doctrina.

La teoría del servicio público conquistó el pensamiento jurídico de la época. Todos los autores se alistaron en sus filas. Un reinado que habría de durar treinta años comenzaba.

Del otro lado de las barricadas, y haciendo figura de excepción, Barthelemy, en nombre de los viejos principios abrió fuegos contra la teoría del servicio público. No se puede, decía, hablar de la teoría del servicio público ni de un procedimiento del servicio público porque existen muchos tipos de servicios públicos. En unos la administración ordena, en los otros presta. Bien está que aquéllos estén sometidos a un régimen jurídico especial, pero es equivocado sustraer los segundos al régimen jurídico que les corresponde, al derecho civil, por el solo hecho de llamarles servicios públicos.

Pero fue Hauriou el gran contradictor de la teoría. Si algunos le atribuyen el paso de la noción de servicio público de un sentido técnico a un sentido jurídico, por su influencia sobre las conclusiones de Romieu, en la época en que la doctrina "reinaba como un dogma" él fue su principal opositor. Para Hauriou dos nociones se disputan la primacía en el derecho público: la de poder, autoridad (*puissance publique*) y la de servicio público. La primera mira las facultades de que está revestida la administración, los medios que emplea para obrar; la segunda, en cambio, se refiere a los fines de la acción. El error de la escuela del servicio público es colocar esta noción por encima de la de poder, de la de autoridad, que es la predominante. Como los "juristas de todos los tiempos" él piensa que un régimen jurídico se deduce de los medios que tiene en su poder la persona que obra y no de los fines que debe cumplir. El derecho privado se explica a través de las facultades o poderes de que gozan los particulares y sólo excepcionalmente por los fines que deben cumplir. Otro tanto ocurre en derecho público que está dominado por el principio de la *puissance publique* que resume los privilegios de acción de que beneficia la administración.

Es, pues, una discusión profunda, en que sus tesis se encuentran en el otro extremo de las de la escuela de Duguit; es toda una concepción del derecho (v. *Précis de Droit Administratif*, Maurice Hauriou, décimaprimer edición).

d) La actitud de la jurisprudencia.

La jurisprudencia coreó igualmente la teoría del servicio público. La idea que había surgido de su seno volvía llena de esplendor y de fuerza. Ella la utilizó para separar la competencia de los jueces y para definir los principios básicos del derecho administrativo.

Por influencia de Jeze la noción de servicio público adoptada por la jurisprudencia tenía tres elementos: era servicio público toda actividad ejercida por la administración, para satisfacer una necesidad de interés general, y sometida a un régimen de derecho público.

De manera que cuando un litigio enfrenta la administración a un particular y la actividad de aquélla concierne a un servicio público, los principios que van a dirimirla son los del derecho administrativo aplicado por el juez administrativo. El derecho privado y el juez común no entran en juego sino cuando se trata de actividades no constituidas en servicios públicos, especialmente la gerencia del dominio privado de las colectividades públicas, y cuando conforme a una posibilidad que se les reconoce, la administración se coloca bajo su imperio.

En este estado la teoría del servicio público ha alcanzado su mayor esplendor. Dueña de la doctrina, ella ilumina también las decisiones de la jurisprudencia. Hoy se discute que esta teoría haya dominado completamente el pensamiento de los jueces; hoy se afirma que desde hace mucho tiempo éstos recurrían a criterios distintos cuya importancia se desconocía; que la historia oficial de la teoría no coincide con la historia verdadera. Nosotros no podemos entrar en los pormenores de este debate. Como la última palabra no se ha pronunciado, debemos pasar a la segunda parte de este trabajo dedicada a la crisis de la noción de servicio público.

II) Crisis de la noción de servicio público.

Con este nombre se designa en Francia las consecuencias de un proceso por el cual la noción de servicio público no sólo ha dejado de ser el único criterio de separación de competencias sino que ha perdido todo sentido jurídico, ha desaparecido como motor de todas las instituciones del derecho administrativo. Este ya no se puede de-

finir como el derecho de los servicios públicos, y a esta noción se han sustituido otras en la explicación de sus particularidades.

¿Cuáles son las causas de este cambio?

La política de intervencionismo económico que han tenido que llevar a cabo los gobiernos franceses después de la primera guerra mundial ha puesto en manos del estado actividades que antes aparecían como del único resorte de los individuos. El estado se ha convertido en distribuidor de alimentos, en transportador, en asegurador, crea y gerencia servicios de tipo industrial y comercial, explota minas, presta directamente servicios de gas, electricidad, etc. Este movimiento se ha visto aumentado en Francia después de 1944 por la política de nacionalizaciones, por la cual el estado ha tomado bajo su poder bancos, transportes, minas, compañías de seguros, etc.

El fenómeno no se ha operado exclusivamente en el campo nacional. El municipio francés ha visto también aumentar sus funciones por consecuencia de una política que se ha llamado de "socialismo municipal". El se ha constituido en empresario de servicios de electricidad, agua y transportes, baños públicos y pompas fúnebres. Se le ha autorizado en ocasiones a organizar servicios médicos, a levantar teatros, habitaciones.

Cuando el estado prestaba un número reducido de servicios (alumbrado, ferrocarriles, correos y telégrafos) sus actividades de tipo generalmente monopolístico podían distinguirse fácilmente de las personas privadas. La teoría del servicio público les brindaba un régimen jurídico excepcional plenamente justificado por su carácter. Pero cuando el estado asume empresas de comercio o industria, cuando el estado y las colectividades públicas sacan del dominio de las personas grandes zonas de trabajo, cuando compiten con los particulares, ¿sus gestiones hacen necesario un régimen de prerrogativas?, ¿un régimen distinto del que regula las mismas actividades de las personas privadas? Ya veremos la respuesta de la jurisprudencia francesa.

A la vez, y en vista del gran número de funciones de las colectividades públicas, los particulares han sido llamados a colaborar con ellas en la prestación de los servicios públicos. Al lado de la concepción de servicios públicos nuevas formas de participación han visto el día, como la sociedad de economía mixta, que cuenta con capital de los particulares y de las personas públicas, como los servicios de disciplina profesional (órdenes de abogados, médicos, arquitectos),

encargados de reglamentar el ejercicio de las profesiones liberales y velar por su moralidad; las empresas privadas de interés general, que si no prestan un servicio público propiamente dicho desarrollan sin embargo actividades que les son muy próximas.

La teoría del servicio público se extendió para cubrir con su nombre todos estos fenómenos en el campo del derecho. Pero ella no pudo evitar la pérdida de su unidad, de sus efectos propios, de convertirse cada día más en una expresión vacía de sentido.

a) Los servicios públicos industriales y comerciales.

Muchas de las nuevas funciones que el intervencionismo de estado ha confiado a las colectividades públicas constituyen jurídicamente servicios públicos de carácter industrial y comercial. Si se entiende generalmente que son servicios de este tipo las actividades de carácter industrial o comercial que las colectividades públicas prestan por medio de procedimientos dependientes del derecho privado, para definir su naturaleza los autores conceden especial importancia a determinado elemento, al carácter accidental de su ejercicio por parte del estado (que no pertenece a la esencia de las actividades de éste, como el transporte), a la realización de beneficios económicos en favor de sus titulares, a la naturaleza de los actos comerciales cumplidos, finalmente (se ha discutido si el estado y las demás colectividades públicas pueden tener la calidad de comerciantes).

La jurisprudencia sobre los servicios públicos industriales y comerciales arranca del fallo llamado *Bac d'Eloka*, dictado por el Tribunal de Conflictos el 22 de enero de 1921. La controversia versaba sobre la responsabilidad que podía corresponder a la Colonia de la Costa de Marfil por el mal funcionamiento de un servicio de transporte en un río africano, y por el cual un perjuicio había sido causado a la compañía demandante. Para deducir la competencia de los tribunales judiciales y la aplicación del derecho privado, el tribunal invoca el hecho de que, no obstante que el servicio es un servicio público, se presta en las mismas condiciones de un transportador particular: "considérant qu'en effectuant moyennant rémunération, les opérations de passage de piétons et de voitures, d'une rive a l'autre de la lagune, la Colonie de la Côte d'Ivoire, exploite un service de transport dan les mêmes conditions q'un industriel ordinaire..."

He aquí el derecho privado instalado en los servicios públicos. Contra la tesis de la escuela del servicio público según la cual todo

lo referente a los servicios públicos está sustraído a este derecho, la jurisprudencia admite la solución contraria y abre por consecuencia una brecha en la concepción de la doctrina.

Las reacciones no podían hacerse esperar. Duguit, para quien toda actividad desarrollada por una colectividad pública con miras a una necesidad de interés general es servicio público, y comporta un régimen de derecho público, se pronuncia en su *Tratado de Derecho Constitucional* contra esa falsa y desdichada distinción: o una actividad es servicio público o no lo es; si es servicio público tiene siempre los mismo caracteres, y todas las consecuencias que de ella se derivan deben aplicársele; la división entre servicios públicos de auto-ridad y de gestión debe ser abandonada so pena de caer en la confusión y en el error.

Jeze, por el contrario, tomó en cuenta esta nueva dirección de la jurisprudencia e incluyó el sometimiento al derecho público dentro de los elementos esenciales de la definición de servicio público. Nótese bien que este régimen jurídico no era una consecuencia del servicio público, como lo entendía Duguit, sino algo de su esencia. No basta que la administración ponga bajo su vigilancia una actividad de interés general para que ella se convierta en servicio público, es necesario además que la dote de un régimen de derecho público. Le parece así contradictorio que se llame servicio público una determinada actividad administrativa y se le aplique un estatuto jurídico que no es el suyo. En el fondo la tesis conduce a negar la existencia de los servicios públicos de carácter industrial y comercial, pues él no admite sino servicios públicos regidos por el derecho público.

Pero sea lo que fuere, la jurisprudencia ha creado un hecho nuevo: el derecho privado rigiendo una parte de los servicios públicos. A la tesis de la separación de competencias fundada sobre las actividades de servicio público le ha surgido la excepción de los servicios de carácter industrial y comercial.

Esta jurisprudencia ha sido confirmada con posterioridad. Su importancia es cada vez mayor por las nacionalizaciones, en donde el dominio del derecho privado es aún más acentuado.

La mayoría de los actos de los servicios públicos industriales y comerciales está presidida por el derecho común: son los principios del código civil los que reglan las controversias de responsabilidad, el derecho común el que se aplica en sus relaciones con su personal

—salvo respecto del personal de dirección—, sus contratos son en su gran mayoría contratos de derecho privado. Por el contrario, el campo del derecho público es muy reducido y tiende a ser cada vez menor.

b) Los servicios públicos sociales.

El mismo criterio del servicio que funciona en condiciones semejantes a las actividades de las personas privadas ha sido aplicado por la jurisprudencia en un nuevo grupo de servicios públicos que ha recibido el nombre de sociales. Estos servicios tienden a asegurar a las personas menos favorecidas económicamente contra los riesgos de su condición social y su importancia se aumenta día a día. Ellos comprenden la asistencia pública, los seguros sociales, las prestaciones a la familia, instituciones como sanatorios, colonias de vacaciones, etc. Como en los servicios públicos industriales y comerciales su estatuto es mixto con amplia predominancia del derecho privado.

En fallo reciente muy comentado (Naliato, Tribunal de Conflictos, 22 de enero de 1955), el Tribunal al decidirse por la competencia de los tribunales judiciales y la aplicación del derecho privado, no obstante tratarse de un servicio público por el fin de interés social que perseguía la institución (colonia de vacaciones para los hijos de empleados de un ministerio) dijo: esta organización no presenta, en lo que se refiere a las relaciones entre sus beneficiarios y la administración, ninguna particularidad de naturaleza que la distinga jurídicamente de las organizaciones similares que dependen de personas o instituciones de derecho privado.

De esta manera una nueva separación se produce entre el servicio público y el régimen de derecho público que otrora se consideraban ligados el uno al otro.

c) La concepción material del servicio público.

Hemos dicho atrás que los particulares, por razón de la incapacidad en que se hallan las colectividades públicas de atender directamente a sus múltiples funciones, han sido llamados a auxiliarlas en la prestación de los servicios públicos. La posibilidad de que los particulares desarrollaran actividades de este género fue cobrando fuerza y aceptada finalmente por la jurisprudencia (en un tiempo sólo se admitía esta colaboración en la concesión de servicios públicos).

Esta concepción material del servicio público aparece en los servicios llamados corporativos. Ellos comprenden los Comités de Or-

ganización y las Ordenes profesionales. Los primeros fueron creados en 1940 y tenían por finalidad dirigir y controlar la producción y distribución de ciertos artículos durante la guerra. Las órdenes profesionales tienen también su origen por esta época y a ellas se confía la reglamentación de las profesiones liberales y la disciplina de las mismas.

El Consejo de Estado en el negocio Monpeur de 31 de julio de 1942 decidió que los Comités de organización cumplieran un servicio público. Sin embargo no estableció que se tratara de un organismo público. En jurisprudencia posterior, relativa a las órdenes profesionales especialmente (fallo Bouguen, Consejo de Estado 2 de abril de 1943), resolvió claramente que organismos privados podían prestar servicios públicos.

Si a primera vista esta jurisprudencia aparece como un triunfo de la teoría del servicio público, pues que es en razón de ella sola que se deriva la competencia administrativa, en el fondo la priva de un elemento que le había sido esencial y cuya ausencia le va a restar toda claridad. Hasta aquí la existencia de un servicio público podía reconocerse fácilmente porque al frente suyo se encontraban funcionarios públicos, porque él descansaba sobre un organismo público. De ahora en adelante el servicio público no va a contar con este distintivo que anunciaba su presencia. ¿Cómo va a identificársele cuando el estado asume actividades en las mismas condiciones que los particulares, cuando muchas de las que éstos ejercitan son de interés general? No hay sólo ironía cuando se dice que las actividades de los panaderos, de los expendedores de carne serían servicios públicos. ¿Cuáles de las actividades de los particulares podrían no serlo si casi todas producen un beneficio para la comunidad?

Es indudable que la precisión de la noción de servicio público está ligada al elemento órgano que lo presta. Cuando éste desaparece la noción pierde sus contornos. Se penetra en el campo de la suposición, si no de la arbitrariedad. Ella pierde en utilidad lo que gana en dominio.

Por todas las circunstancias que hemos anotado se hizo cada vez más difícil recurrir al criterio del servicio público para delimitar las competencias de los jueces. La doctrina emprendió entonces el estudio profundo de la teoría del servicio público y comenzó a darse cuenta de que una buena parte de la actividad del estado (la del po-

licia) se guiaba por principios distintos de los del servicio público, porque allí el estado no servía sino que ordenaba, que los principios del derecho administrativo podían fundarse en bases diferentes de la del servicio público, que el dominio de la teoría durante un cierto número de años era más aparente que real pues la jurisprudencia desde los primeros tiempos hacía empleo de otros principios, etc. Con la misma pasión que había provocado su edificación, los autores se dedicaron a orientar el derecho administrativo por otros senderos o reconocerle una plaza mucho más reducida que antaño en éste. Para algunos el predominio del servicio público no era otra cosa que un mito, una leyenda, para otros él sigue desempeñando un papel en el derecho administrativo, pero de mucho menos importancia.

III) Los nuevos criterios de separación de competencias.

Los autores discrepan sobre la utilidad que le concede la jurisprudencia a la noción de servicio público como criterio delimitador de competencias. Para unos esta noción sigue siendo el cuadro general de la competencia del juez administrativo, para otros las citaciones que de él hace el Consejo de Estado son puro verbalismo.

La posición más favorable a la doctrina del servicio público es la del profesor de la Facultad de París André de Laubadere. En la segunda edición de su *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* explica que si la noción de servicio público no es suficiente para determinar cuál es el juez competente, sí es una noción necesaria; que dentro del marco de los servicios públicos aparece un nuevo criterio que lo precisa; que no basta que exista un servicio público para que de allí se derive la competencia del juez administrativo, es preciso ver la forma como el servicio está prestado, si se utilizan procedimientos que sólo son de resorte del poder público o si por el contrario se emplean los mismos medios jurídicos de que disponen los particulares en sus relaciones. Es el criterio de la gestión pública y la privada de los servicios públicos que vimos en los servicios públicos industriales y comerciales; es la diferencia del empleo de prerrogativas de poder o de la sumisión simple al derecho privado. "La noción de gestión pública es más exactamente definida por la de situación exorbitante del derecho común, de situación que se diferencia de una situación análoga del derecho privado... Es en la medida en que los actos cumplidos por las personas administrativas son semejantes a los que cumplen las personas privadas que el derecho común debe apli-

carse; cuando los actos o las relaciones son originales respecto de los actos o relaciones que se encuentran en las relaciones privadas la competencia administrativa y el régimen administrativo se justifican." (De Corail, *La crise de la notion juridique de service publique en droit administratif français*, citado por de Laubadere, *Tratado...*, pág. 49.)

De Laubadere nos revela igualmente que la jurisprudencia particularmente en los servicios públicos sociales, hace intervenir la idea de la naturaleza de la cuestión objeto del litigio, para atribuir la competencia al juez civil o al juez administrativo según que la solución ponga en juego principios de derecho privado o de derecho público.

Marcel Waline (*Derecho administrativo*, séptima edición, París, 1957) habla del "seudo-criterio del servicio público", del empleo puramente verbal (despojado de todo sentido) que hace de él el Consejo de Estado, de la fidelidad aparente de la jurisprudencia. Con las precisiones que considera necesarias él prefiere la fórmula de las actividades de las colectividades públicas semejantes o no a las actividades privadas.

Para Jorge Vedel (*Derecho administrativo*, París, 1958) el derecho administrativo y la competencia del juez administrativo tienen por base el poder ejecutivo actuando por procedimiento de autoridad, de poder (*puissance publique*). En el fondo, dice, es la presencia o la ausencia de *puissance publique* la que explica las fórmulas de la jurisprudencia de gestión pública y gestión privada, de relaciones de derecho público o de derecho privado. Si la jurisprudencia ha pretendido en los últimos años volver sobre la noción de servicio público como criterio de competencias, ella no la ha lavado de las manchas de imprecisión y de verbalismo que se le atribuyen. Además, en algunos casos, este recurso es inútil porque la solución puede fundarse más sencillamente en otros principios. Por el contrario, en decisión creciente, el Tribunal de Conflictos ha consagrado la noción de *puissance publique* como criterio general de la competencia administrativa.

IV) Conclusión.

Este breve recorrido por el derecho administrativo francés nos muestra la noción del servicio público perdiendo su importancia como criterio de la competencia administrativa. Como lo hemos visto,

y lo confirman los autores que hemos citado, nuevos criterios han venido a reemplazarlo. Cuando la jurisprudencia debe decidir sobre competencia no apela a la existencia de un servicio público, sino que estudia si la cuestión depende por su naturaleza del derecho público o del derecho privado, si la actividad en mención emplea procedimientos exorbitantes o se conforma a las reglas del derecho de los particulares, si, como dice Vedel, el poder ejecutivo actúa o no por procedimientos de autoridad.

Se trata en realidad de una crisis de la noción del servicio público, de una crisis de todas las partes de esta teoría que se refleja en el papel que ella desempeña como criterio de competencias. Ya no puede definirse el derecho administrativo como el derecho de los servicios públicos, ya no es el servicio público la noción más importante de él, ya no se pueden explicar por él las particularidades de este derecho.

Estas conclusiones indiscutibles para la doctrina francesa actual nos obligan a hacer algunas observaciones sobre el derecho colombiano.

La teoría del servicio público entró en nuestro derecho cuando la escuela de Duguit y de Jeze se encontraba en su apogeo. De las obras de estos autores salió la idea del servicio público para instalarse en nuestras leyes, para iluminar las soluciones de la jurisprudencia nacional. Nuestros tratadistas se declararon —y se siguen declarando— fieles seguidores de esta escuela. El servicio público penetró en Colombia no como un instrumento del derecho para resolver ciertos problemas nuevos sino como la última moda de él, como su esencia, su verdadera naturaleza, como algo que pertenecía eternamente al derecho. Inmediatamente se procedió a adaptar nuestra legislación y nuestra jurisprudencia a este nuevo concepto del derecho. Se habló de una teoría colombiana del servicio público, se criticó la legislación “desviacionista” que sometía al derecho privado ciertas relaciones de la administración contrariando las directivas que se dictaban desde Francia, se propuso una ley que definiera qué actividades constituían un servicio público.

Se hizo todo un proceso de acomodación de nuestras instituciones al derecho francés de la época. Sin embargo, allá como aquí la fe en los dogmas de la escuela del servicio público no permitió seguir la evolución de la teoría. La jurisprudencia de los servicios públicos

industriales y comerciales, que tan duro golpe asestó a las fórmulas de Duguit y de Jeze, parece haber pasado inadvertida; otro tanto respecto de las nacionalizaciones, del aumento de los servicios sociales y de sus consecuencias sobre los límites entre el derecho público y el derecho privado. De esta manera el servicio público siguió durmiendo sobre sus laureles, y sus excelencias se siguen predicando.

El resultado es que en Colombia se continúa definiendo el derecho administrativo como el derecho de los servicios públicos; que a pesar de que en la inspiradora Francia dejó de ser la piedra angular de esta disciplina, entre nosotros lo es aún; que los estudios siguen oyendo hablar de una noción vaga, imposible de precisar, sujeta a la estimación de cada autor, pero que explica todas las singularidades de esta rama del derecho público, una especie de santo y seña que abre todas las puertas del derecho administrativo.

Todo el mundo está de acuerdo en que la doctrina del servicio público fue de gran utilidad al derecho público. Pero como producto de la historia, como instrumento de trabajo para ciertos problemas, no podía sustraerse a la ley del tiempo ni servir a necesidades completamente diferentes. Su confrontación con las nuevas formas de intervencionismo de estado le es completamente desfavorable.

De manera general los problemas que ha presentado en Francia la teoría del servicio público los ha creado entre nosotros. La experiencia francesa no es, pues, valiosa. Si nos hallamos legal, jurisprudencial y doctrinariamente ligados al servicio público debemos tener en cuenta la utilidad actual de esta noción en el derecho y proceder a desmontar toda esa montaña de fórmulas vagas, de frases sin mayor sentido, de teorías sin asidero legal que ella ha propiciado. Nuestro derecho administrativo tendrá entonces vida propia, será fruto armonioso de la teoría y de las realidades nacionales y no tierra de cultivo de plantas extrañas.

París, marzo de 1958.