

tenido que ellas se rigen única y exclusivamente por el Código Civil, no gozando por consiguiente de todas las garantías consagradas en la legislación minera, tales como servidumbres, usos de aguas, etc. En cambio, por mandato legal expreso, contenido en el Código de Petróleos, los yacimientos de tal naturaleza de propiedad privada están sujetos al régimen de garantías del derecho minero.

Es necesidad urgente del país acabar con la propiedad privada del subsuelo, para lo cual se pueden elaborar muchas fórmulas que no pugnen con los principios constitucionales de respeto a los derechos adquiridos. Si se trata de las minas en general, y no se pone en vigencia el artículo 8º del Código aplazado, se puede aplicar a ellas la misma fórmula que en otras ocasiones hemos propuesto para el petróleo, aceptando que sí puede haber derechos adquiridos sobre el subsuelo en general, pero dando un plazo a los presuntos dueños para que hagan efectivo ese derecho y obtengan el reconocimiento del mismo, ya sea administrativa o judicialmente, esto último como recurso ante la negativa del reconocimiento por parte del Ministerio del ramo. Pasado el plazo prudencial que se otorgue, quien no haya obtenido ese reconocimiento o no haya instaurado la acción respectiva pierde todo su derecho, en tal forma que en un futuro se podría afirmar legalmente que todo el subsuelo pertenece al Estado a menos de haberse obtenido reconocimiento expreso en contrario.

En otras palabras, proponemos que se reviva para todas las minas el artículo 5º de la ley 38 de 1887, artículo que fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia en 1913. Y el hecho de que se ponga un plazo para ejercer un derecho no es nada inusitado, pues hoy en día quien no se opone a la celebración de contratos de concesión con el Estado o no demande a la nación dentro del plazo que se le otorga, pierde todos sus derechos a favor de ésta.

Como complemento de la medida expuesta, sería conveniente exigir la obligación del laboreo de aquellas minas reconocidas de propiedad de particulares, so pena de perder todos sus derechos a favor del Estado, incluyendo el petróleo.

SEXTO GRUPO.—MINAS SUJETAS A REGIMEN MIXTO DE RESERVA DE EXPLOTACION Y DE CONCESION

El decreto 2638 de 1955 relativo a las sustancias radioactivas establece que el Estado puede explotarlas directamente o darlas en concesión. Queda, pues, al arbitrio del Estado someter a esta clase de yacimientos a cualquiera de los dos regimenes, es decir, que en el caso de que no quiera explotar directamente dichas sustancias puede celebrar sobre los yacimientos respectivos contratos de concesión con terceros.

La Autonomía del Derecho Administrativo

Por JAIME VIDAL PERDOMO

Profesor de Derecho Administrativo General en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

I) Planteamiento del problema.

En Francia y en los países que han tenido su influencia jurídica existen una serie de normas que determinan la organización del Estado, de los departamentos y de los municipios, fijan las competencias de aquél y de éstos y regulan las relaciones entre ellos y los particulares. Generalmente existen tribunales encargados de aplicar estas normas especiales, los cuales forman la jurisdicción contencioso administrativa.

Por el contrario, en los países anglo-sajones la administración está sujeta en principio al derecho común, al mismo derecho de los particulares y bajo la jurisdicción del juez común.

Es claro que en este último grupo de países no puede hablarse de autonomía del derecho administrativo; el problema no concierne sino al primero.

El problema de la autonomía se plantea por referencia al derecho privado. Se trata de saber si el conjunto de normas que regulan la actividad de la administración (es esta una definición sencilla del derecho administrativo que dan algunos tratadistas), forma un todo distinto de las normas que rigen las actividades de los particulares, esto es, el derecho privado, si constituyen un cuerpo jurídico que obedece a principios diferentes, o si, por el contrario, solamente unas lo son y las otras son las mismas que contienen el derecho civil; si las actividades de la administración se cumplen bajo un derecho especial creado para ella, o hasta qué punto éste se aplica y hasta qué grado la administración está bajo el imperio del Código Civil.

Planteado de esta manera el problema tiene dos aspectos: saber si las normas que determinan la conducta de la administración provienen de leyes especiales dictadas para ella, lo que es puramente

formal, y, si estas normas, cualquiera que sea su proveniencia, son en el fondo, como expresiones jurídicas, distintas de las que contiene el derecho civil. El primer aspecto hace relación a la autonomía formal o de fuente y el segundo a la autonomía de fondo, y aunque este último es el más importante, en el curso de este trabajo contemplaremos uno y otro.

El problema debe estudiarse comparativamente, esto es, analizando las reglas que presenta el derecho de la administración y el derecho de los particulares. Y como en el derecho administrativo existen unos actos que no tienen su correspondiente en derecho privado, como son los actos unilaterales, producto de la soberanía del Estado, relaciones de gobernante a gobernado, el estudio se limitará a las materias que son comunes a uno y otro derecho, como la responsabilidad y los contratos.

II) La autonomía del derecho administrativo en el derecho francés.

El derecho administrativo ha surgido como una excepción a la aplicación del derecho civil a la administración, pequeñas conquistas que han ido formando una nueva disciplina jurídica. Como esto sucedía en el siglo XIX la cuestión de la autonomía no había surgido.

Todo esto ocurría dentro de la división de los actos del Estado en actos de poder y en actos de gestión. A esta concepción sucedió la del servicio público. Del Estado no intervencionista se pasa a un Estado cuya misión es la prestación de los servicios públicos. Esta nueva doctrina obedece a los nuevos problemas económico-sociales y ello supone un aumento considerable de las tareas del Estado.

Sobre la base del servicio público se edificó el derecho administrativo. La doctrina del servicio público sostuvo que a la administración se aplicaba un derecho especial, original, autónomo cuando ella obraba para asegurar los servicios públicos, es decir, en todas las actividades diferentes de la gestión del dominio privado, de lo que en derecho colombiano se denomina bienes fiscales.

Las necesidades del servicio público, el interés general a que este se dirige, provocaban la creación de un régimen jurídico especial, diferente del que preside las relaciones de particular a particular. Es más, en la definición del servicio público se incluía el elemento régimen de derecho público como esencial. La autonomía del derecho administrativo aparecía como un presupuesto de la escuela.

La teoría del servicio público ha entrado en crisis. De una época a esta parte la doctrina ha procedido a un análisis severo de sus conclusiones y ha establecido que la jurisprudencia no le ha prestado la audiencia que se solía proclamar, que para delimitar los campos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa los jueces recurrían a otros criterios distintos de los del servicio público, que ya no es posible montar toda la construcción del derecho administrativo sobre este pilar único del servicio público.

Lo que más ha contribuido en el abandono del criterio del servicio público ha sido la creación de tipos nuevos de servicios públicos (servicios públicos industriales y comerciales, servicios sociales) cuyo estatuto jurídico es gran parte de derecho privado (la mayor parte de los contratos que celebran son de derecho común, el personal que allí trabaja está sometido al derecho laboral, la responsabilidad en que pueden incurrir obedece a los principios del Código Civil, etc.).

Estos nuevos tipos de servicios han aumentado con la política de nacionalizaciones seguida después de la última guerra. El Estado ha hecho suyas muchas actividades que antes eran privativas de la iniciativa particular, y al organizarlas las ha dotado de un régimen jurídico de derecho privado. La vieja ecuación de la escuela del servicio público, servicio público igual derecho público, está reñida con el actual derecho positivo. La fórmula otrora cuasi-mágica del servicio público ha quedado hueca de sentido, y según algunos autores el empleo que de ella hace en ocasiones la jurisprudencia es puramente verbal (sobre todos estos puntos ver nuestros artículo "La teoría del servicio público y los nuevos criterios de competencia en derecho administrativo francés", *Revista del Colegio del Rosario*, número 446, págs. 96 y ss.).

Ante los nuevos hechos sociales que han aumentado notablemente la intervención del Estado, ante la aplicación cada vez mayor del derecho privado a la administración, es interesante estudiar si es aún posible hablar de autonomía del derecho administrativo y hasta qué grado ella existe. Echemos, pues, una ojeada a los modernos tratadistas de la materia.

A) La exposición de André de Laubadere.

te una doble noción de derecho administrativo; en un sentido am-

Este profesor de la Facultad de Derecho de París indica que existo, dice, el derecho administrativo es el derecho aplicable a la administración, a su organización, a sus actividades, cualquiera que sea el carácter de éstas; en sentido estricto el derecho administrativo es el conjunto de reglas especiales, diferentes del derecho de los particulares, reunidas bajo principios que no tienen cabida en el derecho común y que se aplican a la administración.

La autonomía del derecho administrativo francés es de fuente (formal), continúa de Laubadere. Cuando el juez administrativo (el Consejo de Estado, principalmente) tiene que decidir una controversia dentro de una situación no contemplada por la ley, no tiene que acudir al Código Civil o al derecho común; él crea la norma especial para la administración. Las dos manifestaciones más claras de este poder de la jurisdicción administrativa se encuentran en el fallo Blanco (Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873), donde se lee que en la ausencia misma de textos particulares la responsabilidad de la administración "no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular"... que "ella tiene sus reglas especiales", y en

las conclusiones del comisario de gobierno Rivet en el fallo Olivo (Consejo de Estado, 25 de noviembre de 1921), en donde decía al máximo tribunal contencioso-administrativo francés: "si es interesante para vosotros (jueces administrativos) conocer las aplicaciones que hacen del Código Civil, en material del pago de lo no debido, los tribunales judiciales, no podeis olvidar que teniendo que dirimir no un litigio entre particulares, sino un litigio en que el Estado es parte, vuestra decisión puede inspirarse en principios diferentes... sois dueños de vuestra jurisprudencia (vous êtes maîtres de votre jurisprudence), os corresponde crearla, no reteniendo las reglas del Código Civil en la medida en que la aplicación de ellas es compatible con las necesidades de la vida colectiva".

En este sometimiento al derecho común reside la originalidad del derecho administrativo francés, sigue de Laubadere. No es que de manera excepcional la administración no esté sujeta al derecho civil, es que en principio el derecho suyo es diferente. Caso contrario de lo que presenta el derecho anglo-sajón, observa el autor, donde la administración actúa bajo el imperio del derecho común de todos los ciudadanos.

La autonomía del derecho administrativo no implica que adopte en todos los dominios reglas diferentes de las del derecho privado; unas normas son diferentes, de manera radical, sin correspondencia en este último, como son aquellas en que la administración hace uso del acto unilateral imponiendo obligaciones a los ciudadanos sin oírlos (poder reglamentario), o cuando expropia, grava o establece sanciones. Otras veces la norma existe, semejante, en el derecho común, y se traspasa al derecho administrativo con algunas variaciones, como son los casos del contrato administrativo, la propiedad pública y la responsabilidad. Finalmente, en ciertos puntos las prescripciones del derecho administrativo y el derecho privado son las mismas, y el juez administrativo cita y falla de conformidad con el Código Civil, tal como ocurre en materia de obligaciones. (Ver André de Laubadere, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 2ª edición, París, 1957).

B) La exposición del profesor Waline.

¿Por qué existe un derecho administrativo? ¿Por qué no se aplica el derecho civil a las relaciones de la administración y los particulares?

La existencia de un derecho constitucional y de un derecho penal no necesita justificarse; los objetos de las reglas de estos derechos son, por la naturaleza de las cosas, completamente diferentes de las del derecho privado (emplearemos con un mismo significado las expresiones derecho privado, derecho civil, derecho común, no obstante no ser sinónimas, por oposición a derecho administrativo o régimen jurídico administrativo). En cambio, tratándose del derecho administrativo esta diferencia de objeto es sólo parcial, pues hay actividades de la administración similares a las que cumplen los par-

ticulares. Entonces el estudio se plantea en tres tipos de reglas: a) reglas relativas a la composición de los órganos administrativos y a sus poderes; b) reglas relativas a la responsabilidad, y c) reglas sobre los contratos.

1º) Reglas sobre composición de los órganos administrativos.

Estas normas proveen a la escogencia, estatuto y facultades de los órganos del Estado. Ellas son autónomas del derecho civil por cuanto en este no existe su correspondiente: en derecho civil las partes obran de igual a igual, no de gobernante a gobernado. Así, no se comprenderían en derecho civil normas que otorgaran facultades a un particular para decidir de manera unilateral sobre obligaciones de los demás, o de un solo individuo. Por el contrario, el derecho administrativo estudia a la administración obrando como poder, como autoridad, imponiendo por su propia voluntad y sin consultar a los sujetos pasivos determinadas obligaciones; el poder reglamentario, las sanciones, la facultad de expropiación y otras facultades aparecen aquí; la administración no solamente da la orden sino que procede a ejecutarla ella misma, sin buscar la autorización del juez, como deben hacerlo los particulares.

2º) Reglas sobre responsabilidad.

En esta materia las situaciones en que puede estar colocada la administración son idénticas a las de los particulares; como éstos ella puede ser acreedora o deudora, puede ser responsable por haber causado perjuicios a un gobernado. Sin embargo, recordemos los términos de la sentencia Blanco, su responsabilidad... tiene sus reglas especiales.

¿Por qué esta diferencia de tratamientos? porque (se decía en la época del fallo mencionado) las obligaciones que corresponden al Estado le han sido impuestas de cierto modo contra su voluntad (basta recordar la fecha de la sentencia —1873— para entender esta concepción); porque las obligaciones del Estado son inmensas, y porque, finalmente, éste no contrata libremente sus servidores, como lo hace un empresario privado. Estas fueron las consideraciones del comisario de gobierno David justificando el régimen jurídico especial.

En el hecho era un régimen más indulgente, por cuanto se salía de la tesis de la irresponsabilidad del Estado que había campeado en el siglo XIX.

Waline halla acertadas las críticas que se han elevado contra dicha justificación. En primer lugar, las concepciones sobre la intervención del Estado han cambiado, y hoy en día casi todo el mundo es favorable a la tesis del Estado gestor; las necesidades sociales y económicas lo han impuesto, de modo que resultaría por lo menos impropio hablar de que el Estado, contra su voluntad, debe actuar positivamente. En segundo lugar, para atender a sus tareas inmensas el Estado cuenta con un gran número de servidores, por manera que sus faltas aparecen menos justificables. Y, en último lugar, es el legislador el que determina la manera que se entra al servicio de la

administración, y así éstos no le son impuestos, a menos de aceptar un desdoblamiento absurdo de la actividad estatal.

¿Por qué desaparecidas las concepciones que establecían un régimen preferencial para el Estado no se aplican a éste las disposiciones del Código Civil? Aquí surge un argumento que es más de conveniencia que jurídico. Confiada a la jurisdicción administrativa francesa el encargo de aplicar al Estado normas sobre responsabilidad sin sujeción a las prescripciones del Código Civil, ella, enteramente libre, ha construido un sistema jurídico muy favorable a los asociados. Basta pensar en la responsabilidad sin culpa, que deducen los jueces administrativos sin autorización de ningún texto legal, mientras que los jueces civiles sólo lo hacen fundados en la ley. Sería, pues, dar un paso atrás entregar a la justicia ordinaria los conflictos en que el Estado puede ser condenado como responsable.

3º) Reglas sobre contratos.

La noción de utilidad pública desfigura el principio fundamental de los contratos privados: el contrato es ley para las partes. Los contratos administrativos se celebran para procurar a la colectividad determinados servicios o productos que le son necesarios, y sería injusto preferir el interés de un particular al de la sociedad toda o al del grupo social limitado que de ellos se beneficia. Partiendo de estos principios el Consejo de Estado obligó a las compañías concesionarias que suministraban gas a las poblaciones a reemplazarlo por la electricidad, interpretando las cláusulas que les conferían un privilegio solamente como un derecho a contratar las primeras en las nuevas condiciones. En materia de transportes los contratos han debido adaptarse a las nuevas necesidades, por disposición unilateral de la administración, que ha impuesto líneas no contempladas inicialmente. La teoría de la imprevisión es otra prueba de la intervención de la administración en los contratos, para hacerlos cumplir aún en condiciones desfavorables a los contratantes particulares, asumiendo ella la mitad de las nuevas cargas, todo en orden a lograr la satisfacción del interés general.

Estos ejemplos, concluye Waline, demuestran la imposibilidad de aplicar a las relaciones del Estado con sus contratantes los principios de la legislación civil. (Ver Marcel Waline, *Droit Administratif*, 7ª edición, París, 1957.)

C) La exposición del profesor Charles Eisenmann.

En conferencia pronunciada el 27 de febrero de este año en la Facultad de Derecho de París, el profesor Eisenmann, uno de los espíritus más penetrantes y rigurosos del actual profesorado de la Facultad, expuso lo siguiente:

La autonomía del derecho administrativo puede ser formal (de fuente) o material (de fondo). Entre las dos existe correlación en el derecho francés, pues que el funcionamiento de jurisdicciones diferentes —la administrativa y la ordinaria— indica que no todas las reglas del Código Civil pueden aplicarse a la administración.

Autonomía formal significa que el juez administrativo cuando debe fallar un litigio en el cual la administración es parte, no acude a los textos del Código Civil sino que crea la norma pertinente. Por este aspecto el derecho administrativo francés es autónomo solamente en parte, puesto que grandes zonas de actividad estatal se rigen por las disposiciones del derecho civil (contratos civiles de la administración, la mayor parte del contencioso de los servicios públicos industriales y comerciales, de los servicios sociales, la gestión del dominio fiscal, etc.). Como este sector es amplio y crece de día en día, no puede decirse que la aplicación del derecho común a la administración sea excepcional y, por consiguiente, el derecho administrativo es formalmente autónomo en parte, en parte no.

Autonomía de fondo quiere decir que las reglas por las cuales se guía la conducta administrativa son originales respecto de las que rigen las actuaciones de los individuos. La autonomía absoluta se halla descartada desde el momento que al juez ordinario corresponde una parte del contencioso de la administración. En cuanto al derecho especial creado por el Consejo de Estado, como en materia de responsabilidad y de contratos, se tiene: los principios que fundamenta la responsabilidad del Estado no difieren mucho de los que sirven de base para la responsabilidad privada (Eisenmann es autor de un estudio donde examina a profundidad este tema y en el cual llegó a esa conclusión); en cuanto a los contratos administrativos la originalidad que presentan respecto de los del derecho privado es más acentuada, pues su carácter esencial es la mutabilidad (la administración puede modificarse unilateralmente, quedando a su cargo el restablecimiento del equilibrio financiero inicial), lo que constituye una notable diferencia respecto de los contratos de los particulares, contruidos sobre el principio de que el contrato es ley para las partes.

De manera que el derecho administrativo francés no es autónomo de manera absoluta, sino en cierto grado y su originalidad es sólo parcial.

III) La autonomía del derecho administrativo en el derecho colombiano.

A diferencia de Francia, en Colombia existe una copiosa legislación sobre materias administrativas. La Constitución, los códigos, las leyes contienen todo género de disposiciones, de manera que el juez no ha tenido que elaborar enteramente esta rama del derecho. A primera vista puede aparecer que la autonomía del derecho administrativo encuentra piso firme en Colombia. Examinemos los principales estatutos legales para ver hasta qué punto presentan un conjunto armónico de principios diferentes de los que gobiernan la vida de los particulares, hasta qué punto por ellos se sustrae a la administración del imperio del derecho privado.

Dejemos de lado lo que toca a la organización estatal y a los actos administrativos unilaterales, pues como ya se dijo antes este artículo enfoca solamente las actividades administrativas y de los par-

ticulares que presentan similitud. Concentremos, pues, nuestra atención sobre los temas de responsabilidad y de los contratos.

Una definición de la responsabilidad de las personas públicas, los casos en que ellas pueden verse responsabilizadas, la influencia de los actos de sus servidores en dicha responsabilidad, las presunciones, las acumulaciones de acciones, en una palabra, un estatuto de responsabilidad de las personas públicas no se encuentra ni en el Código de Régimen Político y Municipal ni en el Código Contencioso Administrativo. En este último se consagra una obligación de reparación por violación de los derechos de los particulares contenidos en las leyes (artículos 67 y 68), por actos, hechos u operaciones administrativas, pero esta obligación se vincula más al principio de legalidad que al de responsabilidad y, en todo caso, se trata siempre de medidas de orden jurídico de la administración, o de hechos o actuaciones cumplidas en ejecución de ellas. Nosotros nos referimos a la responsabilidad de las personas públicas por hechos que no son consecuencia de una orden administrativa, como la que puede presentarse porque un vehículo de un ministerio choca a otro, porque una persona muere electrocutada al hacer contacto con líneas eléctricas de un servicio municipal, por los daños que puede causar un animal perteneciente a una persona pública; a la responsabilidad extracontractual, en síntesis, en tanto que esta denominación no signifique una toma de posición en frente del problema.

Como ya lo vimos, el Consejo de Estado francés construyó todo un sistema especial de responsabilidad de la administración; allí aparecen claramente deslindadas las culpas personales de los agentes públicos, la responsabilidad de las personas públicas por hechos de sus servidores, por faltas del servicio, las presunciones que entran en juego, la acumulación de acciones, etc. Nada de esto existe en Colombia, y el juez no podía crearlo, porque el juez en nuestro derecho tiene siempre que fundamentar la sentencia en la ley, y para resolver todas estas cuestiones la jurisprudencia ha tocado a las puertas del Código Civil.

En efecto: la Corte Suprema de Justicia, los tribunales, los jueces de circuito, que tienen competencia en esta clase de juicios de responsabilidad de las personas públicas, aplican a éstas, como a cualquier particular, los preceptos de los artículos 2341 y ss. y 2356 y ss. del Código Civil.

Veamos la fundamentación de uno de los últimos fallos, la sentencia de 28 de febrero de 1958 (G. J. Nos. 2192 y 2193 de enero y febrero de 1958). Se trataba de una acción de perjuicios iniciada contra el municipio de Santuario, departamento de Caldas, por la muerte por electrocución de una persona cuyo cuerpo hizo contacto con las líneas de distribución de energía eléctrica municipal. La Corte casó la sentencia del tribunal y condenó al municipio al pago de los perjuicios morales y materiales.

En la sentencia mencionada se lee lo siguiente: “La regla general inscrita en los artículos 2341 y ss. del Código tiene alcance general. Los daños causados a otro deben indemnizarse. No sólo los daños causados por los particulares sino especialmente los causados por el Estado y demás personas de derecho público.”

“Según la jurisprudencia actual las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual están dadas: a) por el llamado hecho propio o hecho personal (responsabilidad directa); b) el hecho ajeno de personas que se encuentran al cuidado de otras (responsabilidad indirecta o refleja); c) el hecho de los animales y en general el hecho de las cosas inanimadas; d) el hecho proveniente de actividades o explotaciones peligrosas.”

“En grave error se incurre si se piensa que estos grupos de responsabilidad se aplican únicamente a las personas físicas y no a las personas jurídicas. Tanto las unas como las otras pueden cometer ilícitos que tengan su fuente en un hecho propio, en uno ajeno, en el proveniente de hechos de cosas animadas o inanimadas o en el de explotaciones peligrosas.”

“El Estado, pues, puede cometer culpas civiles y debe reparar los daños que son consecuencia de tales culpas. En consecuencia, la reglamentación de los artículos 2341 y ss. del Código Civil se aplica a toda clase de sujetos de derecho; tanto a los del derecho privado como a los del derecho público.”

Esta sentencia encaja dentro de la tradición jurídica de la Corte, como aparece de las citas que allí mismo se hacen de fallos anteriores. Posteriormente, en sentencia de 20 de octubre del presente año (ver la revista Derecho y Justicia, número 1, diciembre de 1958), con aplicación de los mismos textos del Código Civil se condenó a la Nación y al Departamento de Antioquia a pagar los perjuicios causados a los particulares en los hechos bochornosos que protagonizaron el alcalde y la policía de Rionegro en los primeros días del mes de octubre de 1949.

La aplicación de las reglas del Código Civil a la responsabilidad de las personas públicas, “el criterio civilista”, provoca la reacción de los profesores de derecho público. Eustorgio Sarria dice que este criterio “aún persiste en su propósito de inspirar fallos, justos por su sentido reparador, pero concebidos al margen de la evolución científica. Y ello, más que todo, por olvido del derecho público moderno, de la incesante transformación del Estado, de su nueva esencia, de su nueva finalidad”. (Ver Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición pág. 279).

Nosotros creemos que mientras no se dicte un estatuto que contemple todos los casos en que la responsabilidad del Estado puede verse envuelta, los jueces están obligados a echar mano de las disposiciones del Código Civil. Lo que sí no es jurídico, lo que constituye un olvido, es demandar la aplicación de las teorías de los eminentes publicistas franceses, o alemanes, o italianos, como si el derecho co-



Colombiano se fabricara en el exterior, como si las opiniones de estos ilustres tratadistas fueran de obligatoria aplicación en Colombia, como si el juez colombiano pudiera tirar por la borda el único instrumento legal que posee —el Código Civil— y en su lugar llamar a sentenciar a Jeze, a Duguit, a Bonnard o a Fleiner. La doctrina publicista colombiana —si el nombre no nos queda muy grande— debería preparar una legislación especial sobre responsabilidad de las personas públicas, si quiere sustraerla del imperio del Código Civil.

A la doctrina del servicio público le debemos buena parte de la distancia que existe entre lo que se enseña en las cátedras de derecho administrativo y el derecho que los jueces aplican al fallar. Esta doctrina parte de la base que las actividades de la administración se rigen por un derecho especial, y embelesados nuestros profesores en las construcciones de Duguit y de Jeze no cesan de repetir que lo mismo sucede en Colombia, sin descender a los estrados a ver lo que allí sucede. Bueno es ilustrar a los estudiantes con explicaciones sobre las soluciones que dan otros derechos a determinados problemas jurídicos, pero nunca hay que olvidar que el derecho no se puede imputar, que el derecho positivo colombiano es la ley y es la sentencia del legislador colombiano y del juez colombiano.

B) Contratos de la administración.

El capítulo XXI del Código Contencioso Administrativo está dedicado a los contratos de la administración. Después de establecer cuáles de ellos deben sufrir la revisión del Consejo de Estado, y el procedimiento que con tal motivo se debe surtir, en el artículo 254 se ordenan las causales de caducidad y en los siguientes se reglamentan los efectos de la misma.

La comisión que redactó el proyecto quiso establecer la moderna división de los contratos en administrativos y de derecho privado y, siguiendo a la jurisprudencia francesa, confiar a una jurisdicción especial el conocimiento de los primeros; los litigios que tuvieran origen en un contrato administrativo corresponderían al Consejo de Estado o a los tribunales administrativos, según que hubieran sido celebrados por la nación o los departamentos y municipios (arts. 265 y 266 del proyecto).

Este criterio no fue aceptado por el congreso y de las controversias nacidas de los contratos suscritos por las personas públicas conocen la Corte, los tribunales y los jueces ordinarios según las reglas señaladas en el Código Judicial.

El artículo 254 que establece las causales de caducidad “en todo contrato celebrado por la administración nacional” siembra la confusión en la materia y es antitécnico. En efecto: la caducidad contempla un privilegio para la administración, privilegio que consiste en dar por terminado de manera unilateral un contrato; por tanto, no tiene cabida en los contratos sujetos al derecho civil, que se fundan en la igualdad de las partes y en el principio varias veces citado de que el contrato es ley para ellas. Al consagrarse para todos los contratos rompe la doble clasificación de que se ha venido hablando. Y es antitécnico, porque esta división obedece a razones muy claras:

las personas públicas pueden contratar ceñidas a la ley civil cuando las necesidades que tienen que satisfacer no les exigen un régimen especial: son los contratos de derecho común; pero cuando en virtud de estas mismas necesidades requieren poderes especiales, contratan “administrativamente”, si se puede decir, esto es, no de acuerdo con el derecho privado, sino mediante fórmulas distintas que les otorgan facultades exorbitantes del derecho común y que les permiten asegurar debidamente sus obligaciones; surgen así los privilegios de la administración en los contratos administrativos (ella puede darlos por terminados en ciertas circunstancias —caducidad—, interviene con cierto poder de dirección en la ejecución de los mismos, impone al contratante obligaciones no previstas en las cláusulas, hace cumplir el contrato aún en condiciones desfavorables económicamente al contratante, teoría de la imprevisión, etc.).

Estas son las características de los contratos administrativos en el derecho francés, donde la división en contratos administrativos y de derecho privado de la administración aparece nítida.

Como en el derecho colombiano no existe una noción clara y completa del contrato administrativo, los jueces, en virtud del principio que los obliga a ceñirse a un texto legal en sus fallos, acuden, como en materia de responsabilidad, a las disposiciones del Código Civil. Quizá la aplicación de estas disposiciones haya sido más intensa por razón de la formación civilista de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que conocen de las controversias contractuales.

Veamos algunos fallos para conocer el criterio jurisprudencial sobre el particular.

En una de las sentencias que figura como la que de manera más clara ha establecido las diferencias entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración, según las sentencias de 22 de octubre de 1943 y de 27 de febrero de 1958, la Corte dice (sentencia de 9 de mayo de 1938, G. J., número 1935):

“El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público” (pág. 479).

“Las diferencias que en la legislación colombiana existen entre los contratos civiles y administrativos, se pueden resumir en las siguientes: por el objeto; de forma; de jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos emanen, y relativas a la caducidad” (pág. 480).

“El objeto de los contratos administrativos son los servicios administrativos, sigue diciendo la sentencia. En esta denominación se comprenden los servicios públicos, las obras públicas, los suministros, las concesiones, la prestación de servicios, etc.”. La Constitución nacional, art. 115 (hoy 120) establece cuáles son los contratos administrativos por objeto, y concluye la Corte: “esta disposición determina los contratos administrativos por su objeto, que es conforme a nuestra legislación la prestación de servicio y la ejecución de obras públicas”.

Al referirse a las formalidades la Corte hace mención de la litigación, del régimen de aprobaciones, los dictámenes que deben oírse, etc., que son necesarios para los contratos que celebra la nación; luego al tratar el punto de la jurisdicción se dice que la tendencia moderna es de crear una doble jurisdicción que corresponda a la doble división de contratos, y comenta que en las Cámaras cursa un proyecto de ley que confía a la rama contencioso-administrativa el conocimiento de los contratos administrativos.

Al hablar de la caducidad expone: "la diferencia más importante que se registra entre los contratos civiles y los administrativos, conforme a la legislación de Colombia, es la de la caducidad administrativa, facultad que se concede al Estado según el artículo 41 del Código Fiscal." Pasando al cumplimiento y ejecución de los contratos establece: "En cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Así lo ha decidido la Corte y esta es la opinión de los principales expositores de Derecho Administrativo, que están de acuerdo en afirmar que los contratos administrativos quedan sometidos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales" (pág. 483).

Lo anterior demuestra que el estatuto civil no es extraño a los contratos administrativos; por el contrario, estos se hallan sujetos a él, en el derecho colombiano, en la forma vista.

En esta materia de contratos se observa igualmente la disparidad entre las decisiones de los jueces y lo que se enseña sobre contratos administrativos. Eustorgio Sarria, por ejemplo, dice en la página 193 de su Tratado de Derecho Administrativo: "Por esta razón —los gobernantes únicamente pueden contratar para asegurar la prestación de los servicios públicos— no se concibe lógicamente que tales gobernantes unas veces celebren contratos de tipo administrativo y otras veces celebren contratos de 'derecho privado'. Esta dualidad es absurda frente a la finalidad excluyente del contrato administrativo: el servicio público. Por lo demás su abandono es evidente."

Por otra parte, el "abandono de la dualidad" contratos administrativos-contratos de derecho privado no existe, porque ella corresponde a la doble sumisión de la administración al derecho público y al derecho privado, fenómeno que se acentúa cada día más. Este fenómeno es típico del momento actual y él ha implicado la derrota de la doctrina del servicio público, que predicaba la solución contraria, pero en Colombia nos han tenido atrasados de noticias, viviendo en la "penúltima moda" jurídica.

Un buen antecedente legislativo existe en Colombia sobre contratos administrativos. Es el proyecto presentado al congreso el 29 de septiembre de 1937 por el doctor Alberto Lleras, entonces Ministro de Gobierno. Aparte el privilegio de caducidad dicho proyecto contempla la facultad para la administración de modificar, dentro de ciertos términos, los contratos, para adaptarlos a las necesidades so-

ciales, siempre cambiantes, conforme a la técnica más avanzada en la materia.

IV) Conclusiones.

A) En el derecho francés, donde el juez administrativo ha estado libre para crear un derecho especial para las actividades de la administración, sin sujeción al Código Civil, el derecho administrativo entendido como el conjunto de reglas que rigen la actividad administrativa, no es autónomo de manera absoluta, no sólo porque ella está sujeta en gran parte al derecho común, sino porque, aún en los casos en que existe un derecho especial de creación jurisprudencial, este derecho no es completamente distinto del que encuadra las actividades de los particulares. Para tomar la fórmula de Eisenmann, el derecho administrativo francés no es autónomo de manera absoluta, sino en cierto grado, y su originalidad es sólo parcial. El derecho privado se aplica a la administración en la misma "cantidad" que el derecho administrativo propiamente dicho —el que obedece a principios especiales—, ni el uno es el principio, la regla, ni el otro es la excepción.

B) En el derecho colombiano se ha reglamentado, en códigos y leyes, parte de las actividades de la administración. Algunas de ellas recogen las más avanzadas soluciones del derecho francés, como es el capítulo VII del Código Contencioso-Administrativo, en lo relativo a actos administrativos unilaterales, derecho de los particulares en frente de actos ilegales, nulidad de estos actos, etc.

A pesar de la profusa legislación, no existe un derecho para la administración autónomo del derecho civil. Cuando el juez tiene que decidir controversias en que esta sea parte, acude al Código Civil para resolverlas:

1º) No existe un estatuto de derecho público sobre responsabilidad de las personas públicas. Salvo algunos artículos de la Constitución nacional (16 y 20), que no tienen más virtud que de desechar la idea de irresponsabilidad, esta materia está totalmente regida por el derecho civil, como lo confirman las sentencias estudiadas.

2º) En materia contractual, no aparece aún configurada una idea neta de contrato administrativo. Sólo se reconocen contratos administrativos los que cubren la construcción de ciertas obras o la prestación de ciertos servicios, y aún en ellos los poderes de que dispone la administración son muy limitados. Las cláusulas de caducidad, que se admiten en algunos fallos en los contratos sujetos al derecho privado, y la acogida brindada por la jurisprudencia a la teoría de la imprevisión en los contratos civiles, contribuyen a hacer más borrosa la noción de contrato administrativo, a hacer menos tangibles las diferencias que lo separan del contrato de la administración regido por el derecho privado.

Así, pues, el derecho administrativo colombiano está menos configurado que el derecho administrativo francés, y la administración se halla sometida al derecho civil en mayor parte que la francesa.