

BIBLIOTECA



## DROIT ADMINISTRATIF

Autor: Jean Rivero (Professeur a la Faculté de Droit et des Sciences  
économiques de Paris, Dalloz, Paris, 1960, 551 páginas)

JAIME VIDAL PERDOMO

Dentro de su colección de "Précis" la librería Dalloz nos ofrece ahora en pulcra edición el manual de Derecho Administrativo del profesor de Derecho Administrativo Comparado, Jean Rivero, de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. Al lado de este título figuran dentro de la misma colección otros de igual importancia en el acervo jurídico-económico francés, de tan preciosa utilidad en el ambiente cultural nuestro, como la "Organización económica del Estado" de Bernard Chenot, la "Historia de las instituciones políticas de la Francia moderna (1789-1945)" de J. J. **Chevalier**, "Las grandes potencias - Estudio económico" por Jean Chardonnet (2 tomos) y la "Economía Francesa" (2 tomos) del mismo autor.

La obra del profesor Rivero viene a figurar en quinto lugar en el tiempo dentro de los manuales actuales y modernos dedicados al estudio del Derecho Administrativo en Francia. Le preceden en su orden los de Louis Rolland (1957), André de Laubadere (1957), Marcel Waline (1957) y Georges Vedel (1958-1959).

El autor, en un estilo rápido, incisivo, lleno de imágenes brillantes y de mucha belleza literaria, sin perjuicio del

rigor científico y la claridad que campea en toda la obra, recoge el fruto de sus meditaciones de cátedra y de escritos en que comenta las decisiones jurisprudenciales y de las monografías profundas sobre temas particularizados.

I) — La temática del libro se ajusta, naturalmente, al programa que ha señalado la Facultad de Derecho, en la misma forma que lo hacen los otros autores citados, aunque naturalmente el orden y la distribución de las materias es diferente, como que éste es un punto que responde a la perspectiva general que enlaza los distintos capítulos y a la opción pedagógica del profesor que considera necesario jerarquizar en determinado orden la importancia de las nociones que comprenden un curso.

El manual se compone de una introducción y cuatro partes. La introducción comprende definiciones de la administración, oponiéndola a la acción de los particulares por su fin de interés público y los medios de "puissance publique" de que dispone, y del derecho administrativo, para pasar a explicar la historia del régimen administrativo francés desde la monarquía a través de dos factores de evolución: la transición del régimen autoritario al democrático y del Estado liberal al Estado intervencionista, para terminar con los caracteres técnicos del derecho administrativo francés (derecho joven, sin codificar y en gran parte de elaboración jurisprudencial) y el estudio de la búsqueda de una noción "clave" que sirviera de explicación a todas las categorías jurídicas de esa disciplina y las contingencias a que han estado sometidas las nociones que se han presentado como piedras de toque de este edificio jurídico.

La primera parte se encamina a exponer las condiciones jurídicas fundamentales de la acción administrativa. En ella se contempla la teoría general de las personas públicas, la regla de derecho (fuentes del derecho administrativo, escritas y no escritas, el principio de legalidad), los actos de la administración (la decisión unilateral, los contratos), la jurisdicción administrativa (su razón de ser, su competencia, la organización, los recursos, el procedimiento), y la responsabilidad administrativa.

La segunda parte está dedicada a presentar la organización administrativa y ella comprende: principios generales (centralización y descentralización), la administración del Estado (poder central y órganos locales de la administración del Estado), las colectividades descentralizadas (municipio, departamento, París y la aglomeración parisiense), los agentes públicos (principios generales, la carrera del funcionario, las obligaciones y sanciones, sus derechos y ventajas.)

La tercera parte de la obra se denomina formas de la acción administrativa y en ella se tratan: las actividades administrativas (policía administrativa teoría general del servicio público, ayuda de la administración a las actividades privadas de interés general), los órganos de gestión de las actividades de la administración (servicios prestados directamente, la concesión de servicio público, el establecimiento público y la empresa pública, las órdenes profesionales y las empresas de economía mixta).

La parte final se refiere a los medios materiales de que dispone la acción administrativa (expropiación por causa de utilidad pública, régimen de los bienes y los trabajos públicos).

II) Siendo que, como lo anuncia con toda convicción el autor y será objeto de comentarios de nuestra parte más adelante, el derecho administrativo francés procede principalmente de la elaboración jurisprudencial, el papel de la doctrina en Francia no consiste en la formulación de tesis o teorías sino en la interpretación de los numerosos fallos y en el señalamiento de líneas directivas o principios que presiden el gran número de decisiones de los jueces, el estudio de determinados temas ofrece una estrecha similitud entre diferentes autores. En otras ocasiones, por el contrario, la severidad cuando no el casuismo de las resoluciones judiciales hace complicada la tarea de descubrir una línea jurisprudencial. Es entonces cuando surge la discrepancia entre los comentaristas sobre la importancia de determinadas nociones o principios que se utilizan para resolver conflictos entre el Estado y los gobernados. Por la primera circunstancia anotada y lo extenso que sería presentar todas las soluciones de un autor ante los principales problemas del

Derecho Administrativo francés, vamos a limitar los comentarios de la obra del profesor Jean Rivero a algunos aspectos del derecho francés que ofrecen serias diferencias con respecto al sistema del Derecho Administrativo colombiano y al tema de la importancia actual de la teoría del servicio público en Francia.

En su orden haremos la exposición del pensamiento de Jean Rivero alrededor de estos puntos: el carácter jurisprudencial del Derecho Administrativo francés, el problema de la competencia entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria, y la teoría del servicio público.

A) El carácter jurisprudencial del derecho administrativo francés.

Se dijo atrás que el autor presenta tres caracteres del Derecho Administrativo: que es un derecho joven, no codificado y en gran parte de elaboración jurisprudencial. Como los dos primeros caracteres mencionados inciden en el último que da el nombre a este epígrafe, nos vamos a referir brevemente a ellos citando las ideas del tratadista francés.

a) La menor edad del Derecho Administrativo aparece de su comparación con el derecho civil. Mientras las nociones que se emplean en el Código Civil habían sido objeto de elaboración que se remonta en ocasiones hasta los romanos, lo cual permite el establecimiento de definiciones precisas y razonamiento riguroso (el carácter lógico que tiene el Derecho Civil como dicen algunos), el Derecho Administrativo se ha formado principalmente desde el último cuarto del siglo XIX, por lo cual algunas de sus nociones fundamentales aún son inciertas. De otra parte, anota el profesor cuyo texto comentamos, su elaboración ha coincidido con un período de evolución acelerado de la civilización, más favorable a la controversia y a los replanteamientos que a la labor de acabado de las nociones o categorías jurídicas.

La codificación obliga a quienes redactan los códigos a tomar perspectivas generales sobre la materia y a presentarla de manera completa y coherente. En cuanto al Derecho Administrativo francés, no ha sido objeto de una codificación que contenga definiciones y principios generales que permitan soluciones de conjunto. Las leyes administrativas

han creado organismos y dispuesto procedimientos para actuar ante ellos pero sin resolver muchos problemas fundamentales.

b) Forzado por la necesidad de resolver los litigios a su cuidado sin poder apelar a principios de solución expuestos por la ley, el juez administrativo en Francia se ha visto conreñido a crear la regla jurídica para los casos concretos. Este trabajo de legislador de Derecho Administrativo lo ha cumplido en Francia el Consejo de Estado y de ahí el sitio de importancia que ocupa dentro de las instituciones francesas.

Este carácter jurisprudencial del Derecho Administrativo francés tiene tres consecuencias que describe Rivero:

1a). Desde el punto de vista formal, las reglas de Derecho Administrativo francés no tienen otro origen que la sentencia del Consejo de Estado que las creó; de aquí la importancia de conocer los diferentes fallos que se anuncian con el nombre del demandante (fallo Blanco, Bac d'Eloka, recordamos), los cuales vienen a representar el papel que en Derecho Civil poseen los artículos del Código;

2a). Por ser obra del juez, el Derecho Administrativo refleja la óptica del juez; el problema de la nulidad no se enfoca en Derecho Administrativo en sí mismo, como en derecho civil, sino como para satisfacer la inquietud judicial: en qué casos se puede anular un acto administrativo? Igualmente, la formulación de teorías fundamentales del Derecho Administrativo ha surgido para resolver un problema de competencia del juez administrativo. Esta preponderancia del punto de vista contencioso la ilustra Jean Rivero de la siguiente manera: "es, por ejemplo, con ocasión de la determinación de los casos en los cuales el juez administrativo y no el juez judicial, debía conocer de un litigio sobre un contrato que ha sido elaborada la teoría del contrato administrativo" (p. 27);

3a). Si el juez crea la norma para resolver un caso particular, se cuida de no ligarse para eventos posteriores, con el propósito de poder considerar las circunstancias propias a los otros litigios. De aquí se deriva el carácter de incertidumbre de las reglas y la utilidad con que se aplican, lo cual produce



en el derecho administrativo un estilo de "construcción intelectual original, que junta curiosamente, al empirismo y al sentido de las realidades, la sutileza y el gusto de los matices" (p. 27).

.....

El Derecho Administrativo Colombiano ofrece, en contraste, un panorama distinto al del derecho francés. Si bien es cierto que también es nuevo, no se puede, en cambio, predicar de él; que no está codificado y que ha sido creado jurisprudencialmente.

Además de la Constitución, que contiene muchas normas que forman parte de esta disciplina jurídica y muchas leyes especiales sobre la materia, en Colombia se ha hecho el esfuerzo de convertir en estatutos legales los principios que se han considerado conveniente destacar como guías de la conducta administrativa. Esta labor culminó en 1913 en la ley 130 de ese año que contiene toda suerte de normas de enjuiciamiento de la acción administrativa. Para ajustarla a las nuevas necesidades del país e introducir en este cuerpo otros principios de probada experiencia, la ley 130 fue reemplazada por la 167 de 1941 denominada comúnmente Código Contencioso Administrativo.

El mérito del legislador de 1941 reside precisamente en la asimilación de principios del Derecho Administrativo francés y su conversión en textos escritos. Si se examina detenidamente la ley 167 se encontrará que ella contiene una serie de principios que en derecho francés ha creado de la nada el juez administrativo. Piénsese en que se ha resuelto legislativamente a través del Código Judicial y el estatuto de 1941 el problema de la competencia entre la justicia ordinaria y la administrativa, que se ha establecido en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso toda una teoría del acto administrativo en derecho colombiano, reiterando el principio de legalidad, jerarquizando el valor de los distintos actos de las autoridades administrativas, decretando las causales por las cuales estos pueden ser anulados y fijando los recursos y procedimientos que deben emplearse ante los jueces de lo Contencioso Administrativo.

El cumplimiento de esta gran tarea de verter en artículos principios administrativos sobre los temas enumerados serviría ya para clasificar nuestro derecho como "legislativo" y no "jurisprudencial". Pero aquí no termina la labor legislativa colombiana, sino que la ley 167 de 1941 sienta normas especiales de responsabilidad del Estado en materia de trabajos públicos (Capítulo XXII) y a través de los artículos 254 y siguientes que señalan la mecánica de la caducidad para algunos contratos de la Nación, se separa de las normas del Código Civil dotando a la administración de un poder jurídico para terminar unilateralmente algunos contratos del Estado.

Si se toma en cuenta que existen en Colombia estatutos sobre empleados públicos, normas legales sobre los bienes del Estado y que la ley ha querido, al no crear reglas especiales en ciertas zonas de los contratos y la responsabilidad de la administración, que se apliquen las que contempla el Código Civil para ese tipo de relaciones entre particulares, tenemos que concluir que el Derecho Administrativo Colombiano es eminentemente "textual" o "legislativo" por contraste con el derecho francés, que se ha visto surgir en las fórmulas jurisprudenciales. Quizás el desconocimiento de este clima diferente entre los dos derechos es el que ha llevado últimamente al Consejo de Estado Colombiano a tratar de imitar el rol creador de su colega francés pasando por alto regulaciones legales.

Naturalmente, la evolución de este derecho no permite siempre el sistema de soluciones legales a todos problemas más fundamentales. Hay campo de acción creadora y orientadora para la jurisprudencia y la doctrina en temas nuevos como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las sociedades de economía mixta, etc., en que la urgencia de organizar estas entidades no ha permitido meditar una teoría general, sino que se han ido poniendo en funcionamiento una por una. No obstante, podemos reiterar la conclusión ya presentada de que nuestro Derecho Administrativo es eminentemente "textual" o "legislativo" en contraposición con el derecho francés.

B) El problema de la competencia entre la justicia administrativa y la justicia ordinaria en Francia.

En el libro Derecho Administrativo General (p. 100) dijimos que como la ley al crear en Francia la justicia administrativa (Consejo de Estado y Tribunales Departamentales) no señala su radio de acción y las materias que se sustraían a la competencia del juez civil, jurisprudencialmente se elaboraron unos "criterios" de competencia que sirvieran de pauta para acudir ante los jueces de una u otra clase. Entre esos criterios figuran el de los actos de autoridad o de poder y los actos de gestión, el del servicio público clásico y con sus modificaciones (servicios industriales y comerciales, servicios sociales), el de la gestión pública y privada, etc.

En la actualidad es necesario conjugar una serie de factores de distinta índole para determinar ante qué juez se debe acudir para plantear un litigio contra la administración. Esta situación de confusión se refleja en el número de páginas que dedican los autores franceses a examinar las reglas emanadas de la jurisprudencia que presiden la distribución de competencias. A Jean Rivero este punto le ocupa las páginas 126 hasta la 152, para concluir que es uno de los aspectos más difíciles del derecho francés el conocer con precisión ante qué juez debe presentarse una demanda contra el Estado. La dificultad no ha podido disminuirse con la presencia de un Tribunal de Conflictos, autoridad superior al Consejo de Estado y a la Corte de Casación Civil, creada justamente para resolver los problemas de competencia entre las dos jurisdicciones.

El derecho colombiano aparece caracterizado por un sello diferente. Siendo principalmente de estructuración legal, la ley (Código Judicial y Contencioso Administrativo) ha previsto los casos en que un negocio contencioso del Estado se ventila ante la justicia ordinaria o la administrativa. Si en la actualidad existe una controversia aguda entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en cuanto a su competencia en materia de contratos y de responsabilidad del Estado, ella obedece, a nuestro juicio, a una consideración exagerada de su papel por parte del Consejo de Estado, quizás por imitación del ejemplo de su colega francés, y sobre todo a ciertas concepciones muy discutibles de donde arranca su argumentación (ver nuestro Derecho Administrativo General

(p. 139) y el artículo en que comentamos dos sentencias recientes del Consejo de Estado, primer número correspondiente a 1962 de la Revista del Externado de Colombia).

Por esta circunstancia consideramos inútil la creación del Tribunal de Conflictos que prevé el artículo 217 de la Constitución Colombiana. Tal organismo no tendrá mayores funciones y creemos que ha sido establecido con un solo propósito de imitación de las instituciones francesas.

### C) La teoría del servicio público.

Después de haber sido calificada por Jeze la noción de servicio público como la "piedra angular del derecho administrativo" los autores modernos dicen que ella se halla en "crisis" y alguno de ellos más radical propone su proscripción del derecho público por carecer de sentido jurídico.

Necesariamente algo ha ocurrido entre estos dos momentos históricos para que la noción de servicio público haya perdido tanta importancia.

La buena comprensión de esta evolución, creemos, es fundamental para tener ideas claras en derecho público. Por eso en nuestra cátedra nos hemos propuesto desde el comienzo trazar la historia rigurosa de esa teoría y, exponiendo el pensamiento de autores actuales, hemos podido llegar a la conclusión de que para todos ya no desempeña ese papel decisivo que le atribuían Duguit y Jeze principalmente.

Ahora nos parece interesante presentar las ideas que sobre esta noción y teoría del servicio público trae el profesor Rivero.

De su obra de derecho administrativo pueden deducirse tres empleos de la noción de servicio público: como noción clave del derecho administrativo, como criterio de competencia entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria y como indicación del régimen jurídico de derecho público. Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos:

#### a) Como noción "clave" del derecho administrativo:

El sedimento casuístico que deja en el derecho administrativo francés el proceso de elaboración jurisprudencial se ha tratado de contrarrestar con la búsqueda de una noción

“clave” que permitiera explicar en torno a ella todas las categorías jurídicas de esta disciplina, al lado de las ventajas de utilidad y de inteligibilidad que el descubrimiento de esa noción representa para el derecho, en el francés se doblaría su importancia porque a la vez indicaría la competencia del juez especial de la administración.

Dentro de esta perspectiva se destaca el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia de dar unidad al derecho administrativo centrando su problemática sobre la noción de servicio público. Así, colocando como misión especial del Estado la prestación de servicios públicos el régimen jurídico aplicable a ellos tenía que ser especial por la razón del interés general que domina estas actividades de la administración. De esta manera la teoría del servicio público era no solamente la explicación de todos los fenómenos del derecho administrativo sino también el índice de la competencia de la justicia administrativa.

Rivero habla igualmente de la decadencia de la noción de servicio público y la atribuye a dos hechos:

1o) La tarea administrativa no se reduce a la sola gestión de los servicios públicos; la administración cumple una función muy importante de reglamentación de las actividades de los particulares a través del poder de policía, sin que esto tenga ninguna relación con la prestación o gestión de un servicio;

2o) De otra parte, la gestión de un servicio público no se hace todas las veces por medio de expedientes del derecho público sino también con procedimientos del derecho privado.

Estas dos circunstancias contrarias a la dogmática de la teoría fueron consideradas como excepciones sin mayor importancia, mas es precisamente a través de estas brechas que se ha ido desbordando el torrente orientador del derecho administrativo. En efecto, el desdibujamiento de la distinción entre actividades privadas y del Estado, oposición que permitía aplicar a éstos un régimen jurídico distinto del de las primeras, provocado por el aumento de la intervención que ha convertido al Estado en banquero, transportador, asegurador, fabricante de automóviles, etc., ha provocado la apli-

cación cada vez mayor de derecho privado a las nuevas actividades de índole industrial y comercial que ha acometido.

La conclusión se impone y lo diremos con las propias palabras de Rivero: “En total, aparece entonces que el **servicio público no apela necesariamente, para su gestión, al derecho administrativo**; él utiliza, según su naturaleza y según el objeto que persigue, tanto los procedimientos de la gestión privada, es decir del derecho civil y comercial, como los de la gestión pública, es decir los del derecho administrativo. Y éstos extienden su dominio más allá del campo de los servicios públicos.

“En estas condiciones, no es posible ya encontrar en la noción de servicio público, ni el campo de aplicación del derecho administrativo, ni su principio de explicación, porque las necesidades del servicio público pueden según el caso recibir satisfacción tanto por el derecho privado como por el derecho público. Parece que los esfuerzos recientes para tratar de restaurar la noción en su rol anterior van en contra de una evolución que deja considerablemente atrás los problemas puramente jurídicos”. (p. 30 —el subrayado— es del autor).

b) La noción de servicio público como criterio de la competencia del juez administrativo.

Como ya se ha expuesto, la escuela del servicio público y la jurisprudencia pretendieron que esta teoría permitía asignar a la justicia administrativa todos los conflictos que se provocaran con ocasión de la prestación de servicios públicos de parte de la administración. Sin embargo, advierte Rivero, se olvidaron del empleo de procedimientos de derecho privado (gestión privada) y la multiplicación de este fenómeno con el aumento de los servicios industriales y comerciales (una de las causas de la crisis de la teoría) ha rematado en la reducción considerable del papel que la noción desempeña en el campo de la distribución de competencias: Para el autor que comentamos, “al término de esta evolución, la noción de servicio público, si se la quiere utilizar aún no puede tener ya otro papel que el de una **simple presunción de competencia**, por otra parte inversa según que se trate de servicios públicos administrativos (competencia adminis-

trativa) o de servicios industriales y comerciales (competencia judicial) y siempre susceptible de caer si el examen del acto litigioso revela sea que el servicio administrativo ha recurrido a un procedimiento de derecho común (competencia judicial), sea que el servicio industrial y comercial ha obrado dentro del cuadro del derecho administrativo (competencia administrativa). (p. 140 - el subrayado es del autor.)

c) El régimen jurídico aplicable a los servicios públicos.

La concepción propia a la Escuela del servicio público era que donde había servicio público se aplicaba el derecho público. Es la ecuación servicio público igual derecho público de que hablan algunos autores franceses. Así, pues, los agentes de un servicio público se calificaban de funcionarios públicos, los bienes de esos servicios se llamaban de dominio público, la responsabilidad en que podía incurrir el Estado en la prestación de esos servicios no se regía por el Código Civil sino por normas especiales, los contratos celebrados con fines de servicio público eran administrativos y no sometidos a las reglas del derecho privado, etc.

La creación de servicios industriales y comerciales sometidos al derecho privado quebró necesariamente la ecuación jurídica de la teoría clásica del servicio público. Las consecuencias jurídicas que se derivan en Francia de calificar en la actualidad a una actividad como servicio público las resume Rivero de la siguiente manera: "En total, la sola fórmula general que se puede enunciar hoy relativa al régimen del servicio público es la siguiente: decir que se está en presencia de un servicio público, es admitir que el régimen de la actividad considerada depende al menos en parte del derecho público. Pero con respecto a la importancia de las reglas de derecho público en el conjunto del régimen, la calificación de servicio público no ofrece ninguna precisión. Además, un cierto número de actividades privadas de interés general, que no tienen ciertamente la calidad de servicio público, dependen en parte, también, del derecho público.

"El procedimiento del servicio público no define entonces, hoy, un régimen jurídico preciso" (p. 410).

Las transcripciones hechas del pensamiento y las propias palabras de Jean Rivero dan cuenta, sin lugar a dudas, de la pérdida de importancia de la noción de servicio público tanto como criterio de competencia jurisdiccional como de elemento decisorio del régimen jurídico de derecho público y como noción síntesis o clave de esta disciplina. De otra parte, sus conclusiones coinciden con las de Marcel Waline y Georges Vedel que hemos expuesto en nuestro Derecho Administrativo General y aun son vecinas de las de André de Laudabere continuador de la tradición cultural de Duguit y Jeze, quien no obstante su apego a la obra de sus maestros, reconoce el deterioro del sentido jurídico de la teoría de servicio público. Quizás la reiteración de una posición intelectual común a la nueva escuela del derecho público de Francia, que hace Rivero en términos enfáticos, lleve a reflexionar a quienes en Colombia, a pesar de que todas las publicaciones francesas actuales les son desfavorables, siguen pretendiendo que el Derecho Administrativo es el derecho de los servicios públicos.