

También es cierto que no todas las experiencias exitosas pueden replicarse mecánicamente; es necesario un proceso de adaptación a las condiciones en las cuales se va a implantar, y tener la virtud de distinguir lo que puede repetirse, lo que puede mejorarse y lo que no debe copiarse.

Todas las instituciones, por fuertes que parezcan, son vulnerables y a veces lo que ha tardado mucho tiempo en construirse puede fácilmente desaparecer con una decisión equivocada.

Ciertos procesos deben tener el tiempo de aclimatación y maduración suficientes, pues acelerarlos inoportunamente puede conducir a su propia destrucción.

La capacidad de crítica es necesaria y lo que más puede garantizar la perdurabilidad será la simiente que se siembre en las instituciones, mucho más que la permanencia de personas, aunque en ciertos momentos un claro liderazgo se vuelve indispensable.

Aspectos que tienden a mirarse como accesorios o inaccesible constituyen el

motor del proceso, como una planeación estratégica y operativa que le defina objetivos y caminos para obtener los resultados, la plataforma informática sobre todo cuando se trata de una entidad para la cual la información es fundamental, una buena política de recursos humanos y un ambiente de trabajo gratificante que estimule la iniciativa y la productividad de los funcionarios.

JULIO ROBERTO PIZA R.
Director del Departamento de Derecho Fiscal
Universidad Externado de Colombia

1. El caso de la Dirección de Impuestos fue presentado en el Foro Internacional de Gerencia Pública como un ejemplo de fortalecimiento institucional. *Gerencia Pública en Colombia*. Consejería Presidencial para la Modernización del Estado y Asociación Colombiana para la Modernización del Estado. Bogotá, 1994.

2. Memorias del Seminario Bases para la Construcción de una Moderna y Eficiente Administración Tributaria. Colección La Administración Tributaria. Cartagena, enero 14-18 de 1991.

El Derecho Administrativo en Colombia y la modernización del Estado

No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre.

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a desarrollar el tema propio del interrogante planteado en el título, relacionado con el examen de la vigencia del Derecho Administrativo en Colombia, considero necesario hacer un breve recuento del origen del Derecho Administrativo en el mundo y en particular en Colombia, pues del análisis histórico de los antecedentes de esta disciplina podremos llegar a formular tesis en relación con su vigencia o no, más aún, si se toma en cuenta que se trata de una disciplina contingente y que las razones que han justificado su origen y existencia son esencialmente políticas en el más genuino sentido de esta expresión. En segundo lugar me referiré al tema de la modernización y al de la privatización de la gestión pública estatal y su influencia sobre el Derecho Administrativo colombiano, en especial en el área de la contratación administrativa y de los servicios públicos.

La pertinencia de una tal exposición es clara, ya que el tema de la contratación estatal en el contexto de la modernización del Estado en Colombia está directamente ligado al de la vigencia del Derecho Administrativo, ya que los vientos de modernización, liberalización y

privatización cada vez toman una mayor influencia en los asuntos de la administración, y las normas contenidas en el régimen jurídico administrativo que podríamos considerar tradicional han sufrido importantes transformaciones.

La circunstancia especial que se ha generado con la supresión de algunos de los denominados monopolios naturales en el ámbito de los servicios públicos, la posibilidad de nuevas modalidades de gestión de los mismos con la participación conjunta de inversión pública y privada mediante novedosas formas de sociedad y asociación, que han generado crisis en la tradicional organización de las sociedades de economía mixta, y en las diversas modalidades de descentralización indirecta, hasta ahora reguladas por el decreto 130 de 1976, y muy especialmente, el hecho de que los particulares mediante contrato puedan realizar actividades y funciones que en Colombia se han considerado típicamente estatales, hacen que el tema de la contratación se relacione hoy en forma directa e indiscutida con el tema de la modernización del Estado, y a su vez éste con el de la vigencia del Derecho Administrativo.

La ley 80 de 1993, que contiene el régimen general de la contratación de las

entidades estatales, sin lugar a dudas, representa una importante evolución de nuestro derecho en relación con las disposiciones legales que le fueron preexistentes, el decreto-ley 222 de 1983 y el decreto 150 de 1976.

Una de las notas más sobresalientes, significativas y caracterizadoras del nuevo estatuto contractual lo constituye su aspiración, a mi juicio no lograda, por obtener la "unidad" en el régimen contractual y modificar la multiplicidad y dispersión propia de los estatutos antecedentes; esta aspiración del legislador, muy parcialmente lograda, se materializa en un solo régimen contractual para todas las entidades, es decir, a todas las públicas incluyendo las descentralizadas por servicio y las territoriales; la eliminación de la distinción de los contratos que celebra el Estado entre administrativos y de derecho privado de la administración; el establecimiento de una sola jurisdicción competente para conocer de los conflictos, la contenciosa administrativa; de un registro único de proponentes, a cargo de las cámaras de comercio", que son entidades de derecho privado que pueden cumplir funciones públicas; un procedimiento único para la contratación directa, que es el consagrado en el decreto 855 de 1994; una sola garantía en los contratos y, en fin, se descubre en la ley 80, una clara tendencia a unificar en muy diversos aspectos los asuntos contractuales.

Será objeto del debate el tema de la unidad anteriormente declarada, pues a pesar de lo afirmado en el contenido de la aspiración legislativa, después de la vigencia de la ley 80, varias disposiciones de alcance legislativo han venido a modificarla, tal es el caso, entre otras, de las leyes 100, 104, 105, 142, 143 y 179, modificaciones que no sin motivo per-

miten afirmar que la ley 80 propiamente ha dejado de regir en lo fundamental, pues los contratos más significativos por su cuantía y trascendencia social que se celebran por las entidades públicas no se rigen por esta ley, sino por disposiciones especiales que a su vez, como regla general, remiten al Derecho Común.

La administración hoy, puede celebrar contratos regulados por el Derecho Público o Contratos Estatales y contratos regulados por el Derecho Común, ya que a las entidades públicas que prestan servicios públicos de carácter domiciliario, y ellos son bien numerosos", en cuanto a los contratos que celebran en la realización de su objeto -y a mi juicio son todos los contratos que celebran esas entidades, por cuanto las personas jurídicas y más las de Derecho Público tienen limitada la capacidad por el objeto y la competencia—, se rigen por el Derecho Común, o sea que persiste hoy y con mayor nitidez que antes la posibilidad de que la administración celebre dos tipos de contratos: los estatales y los privados, lo que sí se supera en buena parte es la posibilidad de que una misma entidad tenga dos regímenes contractuales, salvo el caso de las entidades o empresas que su objeto contenido en los estatutos orgánicos le permitan la prestación de varias modalidades de servicios, en cuyo caso los denominados domiciliarios se regirán por el Derecho Común y los demás por las reglas de la ley 80. Igual razonamiento puede hacerse en lo relativo al juez del contrato y a los criterios de interpretación del mismo.

El hecho de que la administración tenga que abandonar los que han sido reconocidos como procedimientos propios del Derecho Administrativo, para recurrir al Derecho Común, y el que las disposicio-

nes legales le arrebaten en muchos casos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los conflictos que se originan en los contratos, para radicar esa competencia en la jurisdicción ordinaria, devolviéndonos al régimen jurídico vigente con anterioridad al decreto 528 de 1964, nos obliga a una reflexión de fondo sobre la autonomía de nuestro Derecho Administrativo y, lo que aún es más preocupante: el hecho que uno de los argumentos centrales para abandonar el Derecho Administrativo y la Administración Pública y refugiarse en el Derecho Común y en la Administración Privada sea que los primeros se han constituido en factores de ineficiencia en la gestión pública, resulta por lo menos alarmante.

RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Durante la historia de la humanidad, no siempre ha existido identidad entre la administración y el Derecho Administrativo. Es más, no siempre la administración ha estado sometida al Derecho. De ahí que se hable de dos modalidades diferentes, en la relación que puede existir entre la administración y el Derecho ellas son: la administración no sometida al Derecho y la que sí lo es:

La administración no sometida al derecho. Se presenta cuando la administración o el Estado ejercen sus funciones sin estar necesariamente obligados al cumplimiento y acatamiento de determinado ordenamiento jurídico; es lo que se conoce como Estado de hecho.

En términos de Jean Rivero: «Tal esquema no es de ninguna manera teórico; él corresponde a lo que se llama el Esta-

do de Policía, es decir, a una reglamentación, pero sin valor jurídico; tal era la administración del siglo xviii bajo el imperio del despotismo».

En *la administración sometida al derecho*, tanto gobernados como gobernantes están obligados a cumplir y respetar una serie de normas jurídicas. Se busca ante todo impedir la arbitrariedad de quienes ostentan el poder y, en su lugar, garantizar las libertades y derechos ciudadanos. Es lo que se conoce como Estado de Derecho o Estado para la Libertad.

Para Rivero, «es éste uno de los principios fundamentales del liberalismo político, y si lo encontramos fuera del mundo liberal, es la noción de "Legalidad Socialista" desarrollada por los juristas soviéticos, es sólo en relación con la ideología de 1789 que se explica su concepción».

En la sociedad contemporánea es casi imposible pensar en modelos de administración no sometida al Derecho, ya que la modernidad impone que todas lo sean; la situación que tiene que analizarse es otra y es determinar si la administración debe someterse al mismo Derecho que los particulares o si su Derecho es autónomo, o si se trata de un Derecho especial.

La administración sometida al mismo derecho que los particulares. El hecho de que la Administración se sujete al Derecho, no implica necesariamente la existencia de un Derecho Administrativo, de un Derecho autónomo o dirigido exclusivamente a la administración. Puede perfectamente, estar la administración sometida u orientada por las normas y principios que rigen las relaciones entre los particulares, o sea, por el Derecho Privado o Común. Quiere ello decir, que el Derecho Administrativo no es absolutamente necesario, es contingente.

El caso típico de esta modalidad de relación entre administración y Derecho, lo tenemos en Inglaterra. El jurista Jorge Vélez García lo describe así: «En Inglaterra, en cambio, todas las controversias, ya se trate de las que surjan entre los particulares, o las suscitadas entre éstos y la Administración, se ventilan y deciden ante los jueces comunes, con aplicación a las leyes comunes (*Common Law*) o de las leyes estatutarias dictadas por el parlamento. Este sistema, enteramente contrapuesto al francés es el llamado de la *Rule of Law*, o de la universalidad de la ley o "Regla de Ley" que aplican por igual los jueces comunes de los tribunales ordinarios, tanto a las personas privadas como a la Corona en los conflictos de esas personas entre sí o con la Administración de la Corona ... »⁷

Por su parte, Jean Rivero lo sintetiza así: «No existe, pues, en Inglaterra, al menos en principio, un régimen jurídico propio de la acción administrativa aunque en la práctica, la evolución reciente tiende a modificar esta situación, multiplicando los textos que derogan el *Common Law* en beneficio de la Administración ... »⁸.

La administración sometida a un derecho distinto al de los particulares. Paralelo al sistema anglosajón o de la *Rule of Law*, se encuentra el sistema continental o francés, según el cual, las actuaciones de la administración se rigen por normas especiales y diferentes a las que regulan las acciones entre particulares y, además, las controversias no serán de competencia del juez ordinario, sino de una jurisdicción especial.

Surge entonces la noción de Derecho Administrativo, que en términos de Rivero es: «El conjunto de reglas jurídicas derogatorias del Derecho Privado que rigen

la actividad administrativa de las personas públicas».

Justificación lógica e histórica del Derecho Administrativo

Aceptando entonces la contingencia del Derecho Administrativo, se hace necesario explicar las perspectivas bajo las cuales se ha justificado su existencia:

Perspectiva lógica. Si las relaciones entre los particulares parten del postulado de la igualdad jurídica, no acontece igual cuando se relacionan la administración y un particular, pues allí estará de por medio la prevalencia del interés general sobre el privado.

La preeminencia del interés público se logra a través de una serie de prerrogativas y privilegios que se consagran en beneficio de la administración, lo que la coloca en una situación de superioridad sobre los ciudadanos. Pero, paralelo a la existencia de prerrogativas del Estado, debe existir el respeto y garantía de los derechos y libertades de los particulares; este segundo ámbito, con el desarrollo del Derecho Administrativo, cada vez se ha hecho más importante y por sí solo podría llegar a justificar su existencia.

Este sistema de pesas y contrapesas, entre poder y libertad, autoridad y garantía, sólo es posible alcanzarlo a través de un Derecho especial y distinto al Derecho Común: el Derecho Administrativo. Es importante anotar que los poderes del Estado no se le reconocen propiamente por ser el Estado, sino por el tipo de relaciones jurídicas que él entrelaza, donde intrínsecamente han ido involucrados la prestación de servicios públicos y satisfacción del interés general; de hecho, desde hace mucho tiempo, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han acepta-

do la aplicación al Estado del Derecho Privado cuando éste se comporta como un particular, y a la vez la aplicación a particulares de reglas de Derecho Público, cuando éstos realizan actividades propias de la gestión pública estatal, y jamás se ha cuestionado por esto la autonomía del Derecho Administrativo: por el contrario, se ha ratificado.

Perspectiva histórica. Adicional al elemento lógico, encontramos un referente histórico, y no es otro que el relacionado con el principio de la separación de poderes, y muy particularmente la que conlleva las relaciones entre el ejecutivo y el judicial.

La creación de un juez especial y distinto al ordinario para juzgar las actuaciones administrativas contribuyó enormemente a la elaboración y conceptualización del Derecho Administrativo. Hoy en Colombia es indiscutida la importancia de mantener en una jurisdicción autónoma diferente de la ordinaria y de la propia administración la competencia para controlar los actos de los gobernantes, sus hechos y sus vías de hecho, en especial, cuando provienen de organismos con competencias policivas y de la Fuerza Pública en general.

Origen histórico del Derecho Administrativo francés

Si tenemos en cuenta que la formación del Derecho Administrativo ha sido básicamente de contenido jurisprudencial, necesariamente hay que vincular su historia a la evolución misma de la jurisdicción contencioso-administrativa. Veamos.

En la época de la monarquía o Antiguo Régimen no puede hablarse propiamente de la existencia de un Derecho y de una jurisdicción administrativos. Se

conocieron sí algunos organismos como las Cámaras de Cuentas y Corte de Monedas, pero ambos ejercían sus competencias bajo la soberanía del mismo rey. Es decir, la justicia emanaba del rey. Como bien lo expresa el hoy consejero de Estado Libardo Rodríguez R., «Estos tribunales, en los asuntos muy limitados de que conocían, juzgaban en nombre del rey y no en nombre de la comunidad»¹⁰.

Con la Revolución Francesa y el auge del principio de la separación de los poderes, se tuvo claridad en el sentido de que la actividad jurisdiccional debía ser totalmente ajena e independiente de la administración.

Dicho postulado incluso llegó a tener rango legal y hasta constitucional. La ley 16 del 24 de agosto de 1790 estableció: «Las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos los funcionarios de la administración por razón de sus funciones»¹¹.

Por su parte, el artículo 3 de la Constitución Francesa de 1791 dispuso: «Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de leyes, ni las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones»¹².

Surge entonces el Consejo de Estado francés, cuyo origen lo encontramos ya en la Constitución de 1799, asimilándose en buena parte al Consejo del Rey que existió durante el Antiguo Régimen. Básicamente se le asignaron dos atribuciones o competencias, a saber: de un lado, preparar proyectos de ley y reglamentos

de naturaleza administrativa, y de otro, resolver a título consultivo las controversias que surjan de índole administrativa. Se trataba, ante todo, de un cuerpo asesor, cuya capacidad llegaba tan sólo a nivel de recomendaciones, pero no de decisiones.

El Consejo de Estado francés tuvo dos períodos diferentes de acción¹³: El período de la Justicia retenida, que se conoce así por cuanto el Consejo de Estado se limitaba a aconsejar, recomendar, pero el ejecutivo retenía la decisión; en últimas, la administración era quien adoptaba la decisión en un caso concreto. Y el período de la Justicia delegada, que surge a partir de 1872, cuando mediante ley se le reconoce carácter jurisdiccional al Consejo de Estado. En este período, ya no se limita a recomendar, sino que decide y resuelve las controversias.

Debe advertirse que, si bien el Consejo de Estado continuaba perteneciendo estructural y orgánicamente a la administración, no era la misma administración, ya que se le reconocía el carácter de juez.

Adicionalmente, se creó el Tribunal de Conflictos, como instancia para dirimir las colisiones de competencia que se presentaban entre los Tribunales Comunes y los Tribunales Administrativos.

En el proceso del surgimiento del Derecho Administrativo en Francia se destaca el histórico fallo Blanco del Tribunal de Conflictos francés del 8 de febrero de 1873, que en términos del profesor de Derecho Administrativo Gustavo Penagos, en su obra *Fundamentos del Derecho Administrativo*, afirma: «El fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia es uno de los más importantes para el estudio del Derecho Administrativo, pues en él se afirmaron los principios de:

1. Autonomía del Derecho Administrativo. 2. El estudio de la responsabilidad de la administración con reglas y principios diferentes del Derecho Privado. 3. Se afirma una vez más la autonomía del Consejo de Estado de Francia para administrar justicia en forma independiente. 4. La independencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa»¹⁴.

*Surgimiento y evolución de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Colombia*¹⁵

Podría afirmarse que el surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia va muy aparejada al proceso vivido en Francia, especialmente en el origen como cuerpo consultivo o asesor del gobierno. Dado que estas referencias históricas sólo tienen como propósito mostrar el origen y razón de existencia del Derecho Administrativo, para poder concluir su vigencia o no hoy en Colombia, en este punto me limitaré a hacer una enunciación de los hitos fundamentales en el origen y desarrollo del Derecho Administrativo en nuestro país¹⁶.

1. El Libertador Simón Bolívar, mediante decreto del 30 de octubre de 1817, creó el Consejo de Estado como órgano consultivo del gobierno.

2. El Consejo de Estado fue consagrado igualmente en las Constituciones de 1830 y 1832; en las de 1821 y 1843, se utilizó el nombre de Consejo de Gobierno.

3. Ambos organismos desaparecieron con la expedición de la Constitución de 1853.

4. La Constitución de 1886 contempló nuevamente la figura del Consejo de Estado, señalándole esta vez dos funciones claramente diferenciadas. Una de carác-

ter consultivo del Gobierno y, la otra, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, pero condicionada esta última a que la ley así lo dispusiera. Se dejó entonces al legislador la posibilidad de establecer la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. Mediante ley 27 de 1904 se establece como competencia del Consejo de Estado el control jurídico de anulación sobre las ordenanzas.

6. El Acto Legislativo N° 10 de 1905 suprime nuevamente el Consejo de Estado.

7. El Acto Legislativo N° 3 de 1910 prescribió que «La ley establecerá y organizará la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», lo cual se materializó a través de la ley 130 de 1913.

8. Mediante Acto Legislativo N° 1 de 1914 se restablece el Consejo de Estado con su doble función, reiterándose así a nivel constitucional, lo que había dicho la Constitución de 1886.

9. Finalmente, la Reforma de 1945 establece la posibilidad de conformarse un Tribunal de Conflictos, encargado de dirimir los conflictos de competencia que se presentaban entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el cual el Tribunal se vino a crear por decreto 528 de 1964.

Características que identifican al Derecho Administrativo

Para terminar esta reseña histórica, es importante resaltar las características y los principios que la doctrina administrativa le reconocen a esta área del Derecho:

1. *Es un derecho autónomo.* Quiere decir que es independiente del Derecho Común u Ordinario; en otros términos, que es derogatorio del Derecho Común.

La discusión sobre la autonomía o la especialidad del Derecho Administrativo frente al Derecho Común es un tema que no podemos considerar aún superado en Colombia.

Desde el punto de vista de Rivero, comporta un aspecto negativo y otro positivo: El negativo conlleva la inaplicabilidad de las reglas del Derecho Privado. El positivo implica la originalidad de las reglas a las cuales estará sometida la acción administrativa¹⁷.

2. *Es un derecho reciente, en elaboración.* A diferencia del Derecho Común y del Civil, que goza de una extensa tradición, plenamente elaborado, el Derecho Administrativo se encuentra en una fase de consolidación y sus nociones básicas se encuentran aún en constitución, máxime si se tiene en cuenta la permanente evolución y los constantes cambios en materia de ideologías, concepciones políticas, consagración positiva de derechos y garantías, entre otros.

3. *Es un Derecho que no ha sido plenamente codificado.* Una codificación exige la existencia de un conjunto de normas debidamente organizadas y coherentes entre sí, impidiendo al máximo ambigüedades, contradicciones, variación o dudas sobre la vigencia o aplicabilidad de alguna de ellas.

Ello no es fácil lograrlo en materia administrativa, dado su cambio permanente, la expedición sucesiva de leyes, la relación aislada y fragmentada de muchas materias, la no universalidad de los procedimientos, entre otros aspectos.

No existe por tanto, un verdadero estatuto en lo que tiene que ver con el Derecho Administrativo. El Código Contencioso Administrativo en Colombia es sólo una aproximación que deja por fuera múltiples asuntos.

La pertinencia o no de incluir en la codificación administrativa las normas relativas a la organización del Estado, en especial las relativas a su estructura y funcionamiento es un aspecto todavía por definir entre nosotros.

4. *Es un Derecho de amplio desarrollo jurisprudencial!*. El origen de la evolución del Derecho Administrativo se debe en gran parte a la labor adelantada por el Consejo de Estado, tratando de establecer principios y fórmulas diferentes a las que rigen las relaciones entre los particulares.

PRINCIPIOS APLICABLES AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Enumeraremos aquí los principios que a juicio de tres connotados tratadistas, iluminan el Derecho Administrativo.

Vedél los enumera así:

1. El respeto a las libertades públicas y los derechos individuales.
2. La igualdad.
3. El principio general de los derechos de defensa.
4. El carácter contradictorio de todo procedimiento jurisdiccional.
5. El control de legalidad sobre los actos judiciales y administrativos.
6. La no retroactividad de los actos administrativos.
7. La obligación de imparcialidad de la administración.
8. La obligación de la administración de asegurar a sus agentes contra las condenaciones que sufran, en ausencia de falta personal de los mismos, por sus actividades al servicio de aquéllas.
9. La prohibición a la administración de disponer de sus bienes a título gratuito.
10. La regla *nema auditur*.

11. El enriquecimiento sin causa, el respeto de los derechos adquiridos, la especialidad de los establecimientos públicos la regla *non bis in idem*¹⁸.

Por su parte, Rivero presenta esos principios del Derecho Administrativo en la forma siguiente:

1. Conjunto de reglas emanadas de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, o sea:

- División de poderes.
- Libertad personal.
- Igualdad de los usuarios ante el servicio público y del contribuyente ante los impuestos.

2. Reglas aceptadas por el Código Civil o en la ley de enjuiciamiento, y trasplantadas al Derecho Administrativo por considerarse consustanciales a todo el ordenamiento:

- No retroactividad de las leyes y disposiciones administrativas.
- Reparación de daños culposos.
- Enriquecimiento injusto.
- Nadie puede ser condenado sin ser oído.

3. Principios que derivan de la naturaleza de las cosas y de la lógica de las instituciones:

- Continuidad del servicio Público.
- Posibilidad de adoptar medidas extralegales en caso de necesidad.¹⁹

Finalmente, veamos la enumeración de Altamira Gigena:

1. La igualdad de la ley.
2. La proporcionalidad frente a las cargas públicas.
3. Nadie puede ser juzgado ni penado sin ser oído.
4. La cosa juzgada, no sólo en materia judicial sino en sede administrativa.
5. La presunción de legitimidad de los actos administrativos.
6. El principio de la buena fe.

7. El principio de la legalidad de la administración²⁰.

LAPRIVATIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es indispensable definir cuál será el quehacer de la doctrina y la jurisprudencia administrativa en los próximos años en el país y cuál será el centro de los debates específicos de carácter académico que adelantaremos en nuestras Universidades colombianas en adelante.

Ningún escenario más propicio para el análisis y la investigación y por ende más adecuado para fijar hitos en el amplio horizonte de nuestra disciplina general del Derecho y de las ciencias jurídico-administrativas que el universitario, enriquecido por las experiencias adquiridas tanto en la administración como en la judicatura.

El tema es la vigencia del Derecho Administrativo en Colombia después de la expedición de la Constitución Política de 1991 y, muy especialmente, después del avance que en los últimos años ha tenido el proceso de modernización del Estado, de apertura, internacionalización y liberalización de la economía, que han significado la introducción en la administración pública y en el Derecho Administrativo de carácter positivo de un amplio número de instituciones que tienden a hacer aplicable a la administración pública las reglas y principios de la administración y del Derecho Privado y a desplazar los conflictos de la administración a la jurisdicción ordinaria.

Mandatos como el contenido en el artículo 365 de la Constitución Política, según el cual la misión del Estado no es prestar servicios públicos, sino garanti-

zar que éstos sean prestados por el propio Estado, por los particulares o por las comunidades organizadas en condiciones de eficiencia, a todos los habitantes del territorio nacional, imponen una variación fundamental de los principios hasta ahora orientadores de nuestro Derecho Administrativo y de las finalidades de la administración pública.

Declaraciones como las de que «el Estado justifica su existencia, porque presta servicios públicos» y «los poderes exorbitantes del Estado se justifican porque presta servicios públicos», comunes en nuestros textos de Derecho Administrativo, pierden contenido y alcance al afirmarse que no existe relación sustancial entre las funciones estatales y la prestación de los servicios, por lo menos en el sentido de la prestación directa de los mismos.

Un razonamiento simple, posibilita hoy afirmaciones como ésta: el Derecho Administrativo es el conjunto de reglas y principios jurídicos que regulan la actividad de la administración pública; si ésta se rige por principios esencialmente diferentes de la privada, justifica plenamente su existencia, pero en la medida en que la administración pública se someta a las mismas reglas que la privada, tal como hoy sucede, ya no se justifica la existencia del Derecho Administrativo, pues estamos frente a una realidad que ha debido ser considerada siempre: el Derecho es uno y no múltiple, más que una disciplina autónoma, el Derecho Administrativo es simplemente una disciplina especial que se basa sobre los mismos principios generales que el común.

Normalmente, el anterior planteamiento se acompaña de una serie de argumentaciones con las cuales se pretende demostrar que la administración pública es ineficiente, burocrática, ineficaz, no pla-

nificada y que, por el contrario, la privada garantiza economía, eficacia y alta eficiencia; en otras palabras, según estos planteamientos, la administración pública está llamada a desaparecer, y en su lugar debe imponerse un solo tipo de administración, la privada; y con la desaparición de la administración pública, se sigue la del Derecho Administrativo, pues si su objeto desaparece, necesariamente desaparece la razón de su existencia.

El ex viceministro de Gobierno y ex consejero para la Modernización del Estado, Jorge García González, sostiene: «La apertura e internacionalización de la economía no sólo hace necesario que las empresas se transformen, sino también que las instituciones se modernicen al mismo ritmo. En un ambiente de apertura, la competencia no sólo se da entre una empresa y otra, sino también y; sobre todo, entre los sistemas de los cuales una y otra hacen parte.

«Por eso, en este contexto, ha sido indispensable repensar el papel del Estado. Las regulaciones, los trámites y, en general, las modalidades de su intervención tienen clara incidencia sobre la posibilidad de que nuestras empresas puedan competir en igualdad de condiciones en los mercados internacionales y que los empresarios extranjeros encuentren en Colombia un terreno propicio para invertir sus capitales. Hacia el futuro, parafraseando la expresión de Toffler, el mundo se dividirá entre Estados lentos y rápidos y es claro que si queremos lograr una posición ventajosa en el concierto internacional debemos hacer parte de este último grupo.

«Para avanzar hacia la realización de este propósito, en los últimos años se han adoptado una serie de reformas que

buscan crear condiciones favorables para la internacionalización de nuestra economía; entre ellas, conviene mencionar las modificaciones al régimen de comercio exterior, laboral, financiero, tributario, de aduanas, de puertos, ferrocarriles y carreteras»²¹.

Para nadie es un secreto que el Derecho Público ha entregado espacios cada vez más notorios al Derecho Privado en los últimos años en Colombia y que, aunque no lo compartimos, existe el criterio dominante que en buena parte el Derecho Público ha sido un factor facilitador para que la gestión pública no pueda compararse con la privada.

Las ineficiencias de la administración, atribuibles a la alta incidencia partidista en sus decisiones y al hecho de que el Estado preste sus servicios en monopolio, que facilita una gestión ineficiente de los servicios, no ha sido reconocida en su verdadera dimensión y se desplazan las verdaderas razones de la ineficiencia a las jurídicas, como si las normas tuvieran la virtud y la capacidad de transformar el mundo. La corrupción y la ineficiencia, más que las hijas del Derecho Público, son hijas del clientelismo político y de la cultura del enriquecimiento fácil, características propias del ejercicio administrativo entre nosotros.

Muchos asuntos que tradicionalmente han ocupado como objeto de estudio al Derecho Administrativo, hoy se rigen por la legislación ordinaria o común y, por lo tanto, su interpretación debe hacerse desde esta perspectiva; la sola orientación general según la cual la administración pública debe evaluarse con los mismos o similares instrumentos que la privada, debe llamar en forma especial nuestra atención. La eficiencia, la eficacia y la economía como principios fundamenta-

les de la actuación de la administración y la aplicación de indicadores a la gestión y a los resultados de rentabilidad pública generan, al menos en Colombia, una reorientación de fondo en la administración pública y en el Derecho Administrativo.

El solo surgimiento institucional de las comisiones de regulación en el ámbito de los servicios públicos, con el carácter de autonomías administrativas, con competencias reglamentarias y dirigidas a promover la competencia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, así como a establecer reglas que impidan los abusos de posición dominante y el establecimiento de reglas tarifarias transparentes, que eliminen los subsidios indirectos y faciliten la transparencia en el mercado de servicios, nos ubican necesariamente en un contexto diferente al tradicional.

Sólo como pauta orientadora, tomaremos algunas normas que permiten justificar la veracidad de nuestra aseveración:

Del Estatuto de la contratación administrativa

Muchos años hemos dedicado a la discusión referida a la autonomía del Derecho Administrativo y, en particular, a descifrar si el Derecho Administrativo es una disciplina especial en relación con el Derecho Común, o si por el contrario se trata de una disciplina autónoma a la cual no se aplican como regla general las mismas normas y principios del Derecho Civil y Comercial. Esta discusión, al menos en materia contractual, hoy tiene nuevos elementos expresados en la ley 80, que en su artículo 13 toma partido en el sentido de reconocer que el régimen jurídico de los contratos es el establecido en el De-

recho Común, excepcionado por las normas especiales de carácter administrativo establecidas en la propia ley.

Es precisamente el encabezamiento del artículo 13 lo que más debe llamarnos la atención al establecer: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». Este mandato legislativo dirige la discusión al respecto y hace aplicable como principio general a los contratos de la administración del Derecho Común, y sólo como excepción al mismo, las disposiciones de carácter administrativo. Este hecho, que no perturbaría el pensamiento de un sector de la doctrina administrativista, pone de relieve que el régimen jurídico de los contratos es el Derecho Común y no propiamente el público, pues siendo como es la excepción del régimen jurídico, no puede a su vez considerarse la regla.

Nuestra legislación ha abandonado la antigua clasificación de los contratos que celebra la administración calificándolos como contratos administrativos y de derecho privado de la administración, reduciendo estas dos categorías a una sola: los contratos estatales. Además ha limitado la obligación y la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes a unos pocos contratos, el establecimiento de prerrogativas contractuales en favor de la administración se reducen notoriamente en la nueva legislación y este tema, el de los poderes exorbitantes, ha dejado de ser el central en la contratación estatal. Más aún, si se toma en cuenta que en materia de servicios públicos las reglas contenidas en la ley 80 hoy son inaplicables, pues a las empresas que se ocupan de la prestación de estos servicios les es apli-

cable la legislación común, civil y comercial en los términos del artículo 31 de la ley 142.

Dentro de la orientación de reducir el ámbito de acción del Derecho Público en la contratación estatal y partiendo del principio de que el régimen administrativo sólo opera como excepción al común, es importante tener en cuenta en la ley 80 de 1993 las siguientes líneas orientadoras:

1. Se reduce en relación con el régimen antiguo, el número de contratos dentro de los cuales es obligatorio pactarse cláusulas exorbitantes. Mientras en vigencia del decreto 222 de 1983, prácticamente en todos los contratos debían pactarse cláusulas exorbitantes, como la caducidad, la modificación, la terminación y la interpretación unilaterales, en la ley 80 estos contratos se reducen a los enunciados en el artículo 14.

2. Se reduce además el número de cláusulas exorbitantes que pueden pactarse en los contratos, pues no sólo se reorienta la regulación de la cláusula de caducidad, sino que también es menor el número de poderes exorbitantes que se reconocen a favor de las entidades públicas.

3. Se simplifica el proceso de formación de los contratos y se reconoce la condición consensual y conmutativa de la mayoría de ellos.

4. Los artículos 38 y 76 de la ley exigen de la aplicación de los mecanismos de selección de los contratistas a las empresas que se ocupan de la prestación de servicios de telecomunicaciones y de la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, lo que de hecho implica, no aplicar el estatuto general de la contratación estatal a un abundante número de contratos.

5. Se reconoce expresamente para los contratos estatales la condición de con-

tratos especiales a los que les son aplicables las reglas del Derecho Común y, por lo tanto, en caso de vacío legislativo sobre cualquier asunto en materia contractual, no debe acudir a los principios orientadores del Derecho Administrativo o del Derecho Público, sino que debe recurrirse a las disposiciones del Derecho Común, Civil y Comercial.

6. La definición de contrato establecida en el artículo 32 de la ley recurre a la expresión «previstos en el Derecho Privado», al tipificar los contratos, en efecto, establece el inciso primero del artículo 32 de la ley 80: «Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación».

7. En cuanto al contenido del contrato estatal, la ley prevé que sus estipulaciones son las mismas que debe contener un contrato sometido al Derecho Común, con excepción de las reglas especiales que contiene la ley 80. Al efecto, establece el artículo 40 de la ley citada, sobre el contenido del contrato estatal: «Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que

no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley».

En el texto transcrito se ratifica la orientación legal, según la cual el régimen de la contratación estatal no es autónomo, sino especial en relación con el Derecho Común, en donde se siguen, entre otras, las siguientes consecuencias:

1. El régimen de la contratación estatal no es el administrativo propiamente, sino el común, excepcionado por las reglas especiales contenidas en el estatuto general de la contratación estatal.

2. Las reglas de interpretación de los contratos no son sustancialmente diferentes a las reglas propias del Derecho Común, y los principios generales de la contratación ordinaria les son aplicables a esta modalidad de contratos.

3. Los elementos del contrato son los propios del Derecho Común y no debe entenderse que los estatales se sometan a un régimen jurídico propio o autónomo.

4. Los requisitos de existencia y validez del contrato propios del Derecho Común se aplican como regla general a la contratación estatal.

5. Las causales de nulidad de los contratos en el Derecho Común son también aplicables a los contratos estatales.

Circunstancias como las anotadas, muestran la tendencia normativa de aproximar el contrato administrativo a los contratos de Derecho Común; sin embargo, mantienen notoria diferencia; el propio texto del artículo 14 de la ley 80²² puede

ser suficiente para reconocer la condición especial de los contratos estatales y dentro de la orientación según la cual el Derecho Administrativo no es más que un conjunto de reglas derogatorias de la legislación común; este artículo es argumento suficiente para predicar que aún la contratación administrativa subsiste y, más aún, subsiste con mayor fuerza. Pero eso sí, con textos como los contenidos en el artículo 13, la autonomía del Derecho Administrativo se hace cada vez más precaria y parece que tuvieron razón quienes han sostenido que en el ámbito de la contratación el régimen administrativo más que el autónomo es simplemente especial.

Son las disposiciones posteriores a la expedición de la ley 80, en especial las contenidas en las leyes 141 y 143 de 1994, las que en forma más definitiva marcan la tendencia de aplicar el Derecho Privado a la administración pública.

Del régimen de los servicios públicos domiciliarios

El régimen de los servicios públicos domiciliarios, también conocidos como servicios económicos o prestacionales y que en Colombia son los de acueducto, alcantarillado, aseo o recolección de desechos sólidos, telefonía pública conmutada local, los de energía, de electricidad y gas domiciliario, aparecen contenidos en las leyes 142 y 143 de 1994. Son las reglas orientadoras de tales disposiciones:

1. Se autoriza por vía general el que operadores privados presten servicios públicos domiciliarios; por lo tanto, se suprimen los títulos habilitantes para la prestación de esta clase de servicios, desapareciendo la necesidad de que se otor-

que concesión por licencia o por contrato para los operadores de los servicios, y en la práctica convirtiendo en actividad libre la prestación de los servicios públicos.

2. Se suprime por vía general el régimen de monopolio en la prestación de servicios, los cuales se someten en adelante a un régimen de competencia; la nueva orientación constitucional y legal es la de preservar a la iniciativa privada, la posibilidad de incursionar en el ámbito de los servicios y el Estado debe proteger su prestación por operadores públicos y privados. Los monopolios naturales han desaparecido aun para la prestación de servicios básicos.

3. Se permite a los particulares el establecimiento de redes para la prestación de servicios y se les garantiza su interconexión con las existentes, previo el cumplimiento de normas técnicas y debiendo realizar los correspondientes pagos a los propietarios de las redes.

4. La ley ordena el establecimiento de un régimen tarifario transparente, que permite la eliminación de diversas modalidades de subsidios indirectos y cruzados, que perturban la libre y leal competencia. Para facilitar el pago de tarifas a los usuarios de bajos ingresos, la ley prevé la creación de fondos de solidaridad y distribución de subsidios.

5. A fin de lograr desarrollar un espacio adecuado para la competencia, las leyes de servicios públicos establecen algunas reglas de importancia en materia contractual; las más importantes son:

a) *Como regla general, se somete en materia contractual a los operadores de servicios públicos al régimen del Derecho Común.*

Un escenario en competencia exige la unidad del régimen jurídico aplicable y

lo adecuado es que sea el de Derecho Común y no el Público, en tanto que la competencia no se reduce al ámbito de lo nacional, sino que también abarca relaciones internacionales; el aprovechamiento de ventajas comparativas y competitivas exige que quienes se ocupan de la prestación de servicios públicos, lo hagan con el mayor grado de eficiencia y eficacia pues, de lo contrario, están llamados a desaparecer. La competencia en el área de los servicios es un hecho y en el área de los altamente rentables, la competencia internacional es una realidad.

Antiguos monopolios nacionales, muchos de ellos considerados naturales, como el Instituto de Seguros Sociales, en materia de régimen pensional y prestación de servicios de salud; Telecom, único operador con título habilitante para la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones de larga distancia, nacional e internacional; Adpostal, quien ha ejercido el monopolio en servicios postales, incluidos los servicios de correo y de mensajería especializada; y las empresas públicas operadoras de servicios públicos domiciliarios, hoy deben prepararse para actuar en un régimen de competencia, diferente al régimen tradicional que les permitió altas ineficacias, involucrarse en proyectos no rentables y establecer subsidios cruzados.

El artículo 31 de la ley 142 establece la regla de Derecho según la cual todos los operadores estatales que presten servicios públicos se rigen por el Derecho Común, y no debe ser de otra manera, pues si la propia ley estableció el régimen de competencia en los servicios, no es equitativo que las entidades oficiales se sometan a los rigores y formalidades del Derecho Público, mientras sus competidores nacionales y extranjeros se so-

meten a un régimen jurídico más ágil, como es el contenido en las reglas del Derecho Común.

Las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 32 de la misma ley, que hacen parte del título II, denominado régimen de actos y contratos de las empresas, mantienen la misma línea fijada en el artículo 31; establecen los artículos 30 y 32 de la citada ley: «Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

«Artículo 32. Régimen de Derecho Privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la Administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirá exclusivamente por las reglas del Derecho Privado.

«La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del Derecho que se ejerce.

«Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta

a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares».

b) *Se establece un régimen contractual ordinario entre las empresas prestadoras de los servicios públicos y los usuarios de los mismos.*

Una de las modificaciones más notorias al régimen jurídico preexistente a la expedición de las leyes relativas a la prestación de servicios públicos es la referida a la relación entre la empresa operadora de los servicios y los usuarios de los mismos. Tradicionalmente, en Colombia este régimen era estatutario o reglamentario y la protección a los usuarios no la hacía el mercado o la competencia, como hoy se pretende, sino que el Estado intervenía a los operadores de los servicios a fin de que no pudieran abusar de su condición dominante, frente a los usuarios de los mismos. La nueva legislación ha convertido al usuario en un cliente contratante con una poderosa empresa prestadora de los servicios y su protección ya no es esencialmente estatutaria, sino que es la establecida en el contrato.

Todo el esquema adoptado en Colombia en la nueva legislación, corresponde a modelos jurídicos de sociedades ampliamente desarrolladas, donde la cobertura de los servicios es alta y donde los niveles de consumo permiten a los usuarios el pago de tarifas eficientes; para esos modelos, lo adecuado es el régimen contractual para la prestación de servicios, ya que el nivel socio-cultural de los usuarios y la existencia de ligas de consumidores suficientemente fuertes garantizan su protección; pero en modelos como el nuestro, donde la cobertura del servi-

cio es bajo y más bajo aún es el nivel socio-cultural de los usuarios, el Estado difícilmente podrá renunciar a su papel de protector de los sectores menos desarrollados de la sociedad, y cuando el Estado renuncia a proteger por vía reglamentaria a los usuarios de los servicios públicos esenciales, como es el caso de los domiciliarios, y deja que sean simples relaciones contractuales las que regulen las relaciones entre usuarios y prestadores de servicios, se expresa la más nítida crisis de la labor social que le corresponde cumplir.

Al efecto establece el artículo 128 de la ley 142:

«Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

«Hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

«Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta ley.

«Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo

determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores».

e) *Como regla general, se establece la responsabilidad civil en las relaciones contractuales.*

Otro de los asuntos de fondo que la legislación colombiana ha contractualizado y sometido al régimen del Derecho Común es el relativo a la responsabilidad de los operadores de servicios públicos, los cuales en adelante responden civilmente y no administrativamente, tal como históricamente había sido reconocido por la jurisprudencia y doctrina administrativas a través de los conceptos de falta y la falla en el servicio, así como por el quebrantamiento del principio de la igualdad de las cargas públicas.

Uno de los temas que permite sentir con mayor rigor la incidencia del Derecho Privado en el Público, es el relativo a la responsabilidad del Estado, pues creo que para ninguno de nosotros sea fácil aceptar que en adelante, la responsabilidad de los operadores de servicios públicos sea la civil, cuando hemos logrado elaborar una teoría de la responsabilidad administrativa del mismo, máxime si se tiene en cuenta que fue en relación con este tipo de asuntos donde el Derecho Administrativo tuvo su origen.

Al efecto establece el numeral 11.9 de la ley 142: «Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo

o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar».

De la gestión en la prestación de los servicios y la realización de actividades y junctiones estatales.

Es importante resaltar que la legislación colombiana hace que, en la práctica, todas las funciones y actividades que le corresponde adelantar al Estado puedan ser realizadas por el propio Estado en gestión directa o en gestión indirecta, por contratación con los particulares, o con comunidades organizadas; las tres disposiciones de carácter legal que considero de mayor importancia en este aspecto son las contenidas en los artículos 37 de la ley 179 de 1994, Orgánica del Presupuesto; artículo 12 del decreto 1333 de 1986 y el artículo 141 de la ley 136 de 1994; además, las disposiciones señaladas deben concordarse con lo establecido en los decretos 777 y 1403, ambos expedidos en 1992 y reglamentarios del artículo 355 de la Constitución Política, que dice: «Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El gobierno Nacional reglamentará la materia».

Lo significativo de la situación planteada es que hoy se tiene claro que el Estado no sólo puede celebrar contratos para que particulares ejecuten obras pú-

blicas y presten servicios, que a la postre quedan bajo la titularidad del propio Estado; lo significativo es también que el Estado pueda celebrar contratos con particulares, para que ellos directamente cumplan una función estatal o se encarguen de un servicio público.

La ley 179 de 1994, en su artículo 37, establece que las funciones públicas a que se refieren, entre otros, los artículos 13,25,42,43,44,45,46,47,48,49,50, 51,52,54,61,64,67,68,69, 70, 79,366 y 368 de la Constitución Política, podrán realizarse directamente por los órganos del Estado, o a través de contratos con organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad.

Las disposiciones constitucionales citadas en la ley 179, que permite que el Estado realice mediante contrato algunas actividades que le son propias, se refieren a los siguientes asuntos: la protección efectiva de grupos discriminados y marginados, la protección y garantía del derecho al trabajo, la protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad, la protección a los adolescentes, la asistencia a las personas de la tercera edad, la atención especializada a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, el derecho a la seguridad social, el derecho a la atención de la salud y el saneamiento ambiental, el derecho a vivienda digna, el derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre, la protección de la propiedad intelectual, el acceso a la cultura, entre muchas otras garantías y derechos constitucionalmente establecidos.

A su vez, el decreto 1333 de 1986, en su artículo 12 incisos 1 y 2, establece: «Desarrollo de las funciones. La atención de las funciones, la prestación de los servicios y la ejecución de las obras a

cargo de los municipios se hará directamente por éstos, a través de sus oficinas y dependencias centrales o de sus entidades descentralizadas, o por otras personas en razón de los contratos y asociaciones que para el efecto se celebren o constituyan. Para el adecuado ejercicio de sus atribuciones, los municipios recibirán de otras entidades la ayuda y la colaboración técnica, administrativa y financiera que prevean las normas vigentes y los acuerdos o convenios válidamente celebrados».

Por su parte, el artículo 141 de la ley 136 de 1994, prescribe lo siguiente: «Vinculación al desarrollo municipal: Las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley, podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante su participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.

«Parágrafo: Los contratos o convenios que se celebren en desarrollo del artículo anterior, se sujetarán a lo dispuesto por los artículos 375 a 378 del decreto 1333 de 1986 y la ley 80 de 1993».

Las tres disposiciones legales citadas, poco comunes antes en Colombia, abren una amplia posibilidad para que el Estado cumpla sus funciones a través de contratos que celebra con particulares, bajo modalidad de descentralización por colaboración.

VIGENCIA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Lo hasta aquí descrito, lleva consecuencias necesarias, las más importantes de

las cuales son: la administración pública para asumir los retos contemporáneos tiene que tener una verdadera transformación; de otro lado, se requiere de adecuaciones jurídicas que le posibiliten a los particulares de múltiples maneras vincularse con la administración.

En realidad, no es sólo la administración pública la que debe transformarse, es la administración tradicional en sus dos modalidades, para darle paso a modernas tendencias de administración que deben ser instrumentos aplicables, tanto en la gestión de asuntos privados, como en la de asuntos públicos, pues no es en realidad científica la aseveración de que lo público es malo por naturaleza, mientras lo privado, también por naturaleza, es bueno. La crisis administrativa que ha generado una revolucionaria transformación a esta disciplina en los últimos años lo es tanto en un área como en la otra, pues de los mismos temas se habla en el ámbito de las dos modalidades de administración. La modernización se requiere en la administración pública como en la privada, pues ambas administraciones han hecho crisis.

Pero con la aceptación de que los fundamentos de la administración en general deben ser actualizados y unificados, no estamos demostrando que haya dejado de tener motivo o razón de ser la existencia del Estado, de la administración pública guiada por finalidades u objetivos diferentes de la privada y del Derecho Administrativo, como rector en el orden jurídico de la administración pública.

No podemos desconocer que las expresiones "administración pública" y "administración privada" contienen cada una dos términos o conceptos; de un lado, uno común y unificante, el de "administración" y del otro, uno diferenciador, lo

"público" y lo "privado"; en cuanto al primer término, no debe hoy existir duda que estas disciplinas deben unificarse, pero en cuanto a lo segundo, se mantienen las diferencias; éstas son de carácter esencialmente político e histórico, no son las mismas aquí y allá, ni ayer, hoy y mañana.

Con lo anterior, se puede afirmar que, si bien la administración pública como la privada deben tomar como criterio necesario de aplicación las modernas teorías de la administración, como tal, es decir, a ella, no deben ser extraños conceptos como los de planeación y gerencia estratégica, estructuras planas, reingeniería, círculos de calidad, mejoramiento continuo, calidad total, trabajo por objetivos y remuneración en relación al trabajo y no al cargo; esto corresponde sólo a lo que hace referencia a la administración privada, pues si se trata de la pública, estos medios se tomarán para cumplir unos fines u objetivos esencialmente diferentes a la privada; como se ha afirmado, el criterio diferenciador es esencialmente político. Lo que justifica la existencia del Derecho Administrativo no es lo que unifica las administraciones, sino lo que las diferencia.

La eficiencia, la eficacia y la economía en las actuaciones administrativas, la aplicación de indicadores a la gestión pública propios de la privada y la concurrencia de operadores privados en la gestión de funciones, actividades y servicios públicos, son notas características de los nuevos escenarios de la gestión estatal, lo que no ha sido común en la administración pública tradicional en nuestro medio, en el que se ha entendido durante muchos años que sólo los funcionarios públicos pueden ejercer funciones públicas, y que sólo el Estado está legitimado para

la prestación de servicios públicos, en especial los aquí denominados domiciliarios, y sólo en gestión directa puede cumplir con sus finalidades u objetivos.

Dentro de este contexto, toma singular importancia el examen del tema de la contratación en el contexto de la modernización del Estado, asunto que puede examinarse desde diferentes puntos de vista. Me referiré a algunos de ellos:

En primer lugar, es importante indicar que la competencia en la prestación de servicios públicos antes prestados en monopolio, como es el caso de los de seguridad social, acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telecomunicaciones, recolección de basuras y aún de televisión, se ha constituido en uno de los objetivos básicos en el proceso de modernización del Estado, el cual se inscribe dentro del proceso de apertura, liberalización, globalización e internacionalización de la economía, y en un escenario en competencia en donde protagonistas públicos y privados concurren a la prestación de servicios y a apoderarse del mercado, en el cual no es posible que la competencia sea leal e igualitaria si todos los sujetos no se someten al mismo régimen jurídico.

El régimen de los servicios debe someterse a lo prescrito en el artículo 365 de la Constitución Política, que a la vez que establece la posibilidad de que los servicios sean prestados por el Estado en gestión directa e indirecta, por los particulares y por las comunidades organizadas, establece que se someten al régimen jurídico que establezca la ley y que «en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». No podría ser diferente, ya que el propio artículo establece que «los Servicios Públicos son inherentes a la finalidad social del Estado».

La opción adoptada por Colombia de liberalizar y no propiamente privatizar la prestación de servicios, trae como consecuencia lógica el hecho de que operadores privados concurren en competencia con operadores públicos, y para que ello en realidad sea posible, se requiere la modificación de algunos asuntos frente al régimen jurídico preexistente; las leyes 142 y 143 establecen la regulación al respecto y en ellas algunas de las medidas contenidas facilitan la participación de operadores privados, y otras dan la posibilidad a operadores públicos de concurrir en igualdad de circunstancias al nuevo mercado.

Esas medidas son básicamente: la eliminación de barreras de entrada, que le permitan a los operadores privados prestar servicios, sin que para ello sea necesario en muchos casos que se obtenga un título habilitante, merced o concesión a cargo del Estado; la consagración del derecho de conexión a las redes, que le permita a nuevos operadores interconectarse con los existentes, previo el pago de derechos de interconexión y con plena sujeción a las normas técnicas correspondientes; el establecimiento de un régimen tarifario transparente, que impida la existencia de subsidios cruzados y la realización de prácticas restrictivas de la competencia; la creación de comisiones de regulación como organismos autónomos, que en su condición de autoridades administrativas independientes coloquen en términos de igualdad a los diversos operadores de los servicios públicos y privados, y además se encarguen de establecer el régimen tarifario y promuevan la competencia entre diferentes operadores. En relación con operadores públicos, la restricción más importante que la ley pretende remover, pues les impide competir, es la referente

a su régimen jurídico, que afecta tanto su accionar laboral, como el presupuestado y el contractual administrativo.

En materia contractual, la modernización implica que se revisen las instituciones propias del Derecho Administrativo, o más concretamente de la contratación administrativa, que han dificultado la acción de la administración; los procedimientos complejos en la selección de los contratistas, que so pretexto de convertirse en factor de control de la corrupción, por el contrario, muchas veces la han facilitado; la consagración de poderes exorbitantes en favor de la entidad pública estatal, poderes no justificables en simples relaciones contractuales donde los operadores públicos reciben suministros y apoyo de la misma forma que lo hacen los particulares; la formalidad y el sigilo en la selección de los contratistas, que impide transparencia en las operaciones contractuales, y que la administración adjudique sus contratos a las mejores opciones y no a las que más formalmente cumplan con los requisitos exigidos en la licitación; los procedimientos formales y secretos deben ceder espacios a procedimientos abiertos y de libre negociación, donde la administración pueda suscribir los contratos con las propuestas que mejor sirvan a la prestación del servicio en un escenario en competencia, y no las propuestas que simplemente mejor satisfagan exigencias formales.

En segundo lugar, debe anotarse que, a pesar de que se entiende que en principio el régimen contractual de la administración es uno y que está contenido en la ley 80 de 1993, en realidad el régimen es múltiple y se encuentra disperso en un variado número de disposiciones, que tienden a excepcionar el régimen general y a establecer reglas especiales o a hacer apli-

cable el régimen de Derecho Privado a la administración; tal es el caso de los artículos 196 de la ley 100, aplicable a las empresas sociales del Estado, 31 de la ley 142, 7 de la ley 143, aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios, la ley 30, aplicable a las entidades autónomas universitarias, todos ellos orientados a la inaplicación de la ley 80 o estatuto general de la contratación estatal, a amplios sectores de la administración pública, y en los cuales se contiene una tácita declaración y reconocimiento de que el régimen de la contratación pública se constituye en un claro obstáculo para una gestión eficiente de la administración.

En tercer lugar, debe advertirse que el hecho especial de que múltiples y tal vez los más significativos contratos que celebran las entidades estatales no se sometan al régimen de Derecho Sustancial Administrativo, sino al Privado, no es argumento suficiente para afirmar que a ellos no les es aplicable el mandato contenido en el artículo 209 de la Carta Política, según el cual «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones». Lo cual significa que, si bien el régimen de contratación es el del Derecho Común, los fines de la contratación necesariamente deben inscribirse dentro de los fines generales de la acción de la administración.

En cuarto lugar, es importante tomar en cuenta que uno de los problemas que debe examinarse es el relativo al desplazamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues si los contratos

no se rigen por el Derecho Público, sino por el Privado, el juez natural del contrato será el ordinario, que fallará con criterios de Derecho Privado y no Público. Pero este razonamiento debe ser reelaborado: ya no debe ser por el hecho de que las cláusulas del contrato se sometan al Derecho Común por lo que deba definirse la competencia, sino por el tipo de relación jurídica en juego. Es que al juez administrativo le debe corresponder dirimir todos los conflictos en los cuales se presente una relación de poder no igualitario, o en aquellos casos en que esté en discusión el interés general.

Esta tesis se inscribe dentro de la teoría que pretendemos que tome fuerza en nuestro país, según la cual el Derecho Administrativo justifica su existencia si se reconoce como el ámbito de protección de los derechos ciudadanos frente a los abusos de poder, no importando dónde se origine este tipo de abuso. Para el Derecho Administrativo puede ser transparente que los servicios se presten por un operador público o por un operador privado; al fin y al cabo, lo importante no es quién presta el servicio, sino que éste se preste en condiciones de universalidad, calidad y tarifa a la que tenga acceso la población; pero lo que sí no es transparente para el Derecho Administrativo, es que los operadores abandonen la función social que al Estado le corresponde cumplir y que abusen de su posición frente a los usuarios de los mismos.

En quinto lugar, puede observarse cómo lenta, pero contundentemente, las tesis tradicionales han venido siendo modificadas y la participación privada en la gestión pública estatal cada vez adquiere nuevas connotaciones y dimensiones. Las modalidades como los particulares se han vinculado a la acción estatal en Colom-

bia son muy variadas. Algunas de ellas son:

1. La actuación de particulares en condición de contratistas del Estado, en especial en la ejecución de contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios y concesión, esta modalidad de vinculación de los particulares con el Estado es ya tradicional en Colombia y se regula por la ley 80 de 1993, que reemplazó al decreto-ley 222 de 1983, que a su vez había derogado al decreto 150 de 1976.

2. La actuación de los particulares como personas naturales o como jurídicas en calidad de socios o asociados del Estado en sociedades o asociaciones de economía mixta, esta modalidad de concurrencia de capital público y privado se reguló inicialmente en los decretos de desarrollo de la reforma administrativa de 1968, y en la actualidad tienen una variación fundamental en el área de los servicios públicos, al crearse como entidad jurídica nueva las empresas de servicios públicos diferentes de las sociedades tradicionales, y que se organizan como sociedades por acciones, en las cuales pueden concurrir inversionistas públicos y privados, nacionales o extranjeros.

3. La asociación en modalidades que no implican la existencia de personas jurídicas nuevas diferentes de los asociados, como es el caso de los contratos de asociación a riesgo compartido, en los cuales no se crea una persona jurídica diferente de los asociados en calidad de sociedad de economía mixta y las entidades estatales, mantienen los títulos habilitantes para realizar la actividad o prestar los servicios, tal como se prevé en la ley 37 de 1993.

4. La actuación de particulares como de organizaciones no gubernamentales, a las que se les posibilita la realización

de actividades o la prestación de servicios que le corresponden al Estado, previa la suscripción de un contrato, los avances que en este sentido establece la ley 179 de 1994 son notorios.

5. La prestación de servicios públicos por parte de los particulares, que antes se entendió sólo podrían ser prestados por el Estado, tal es el caso, de la seguridad social y de los servicios públicos domiciliarios, recientemente reglamentados por las leyes 100, 142 y 143.

6. En el área de telecomunicaciones, los particulares en algunos casos, previa la obtención de títulos habilitantes, pueden dedicarse a la prestación de servicios públicos de difusión tanto sonora como de televisión, telemáticos y de valor agregado, hoy regulados por el decreto-ley 1900 de 1990 y la ley 182 de 1995.

7. En el caso del cumplimiento de funciones, la prestación de servicios y la ejecución de obras a cargo de los municipios, la ley 136 de 1994 posibilita que las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales sin ánimo de lucro, puedan vincularse al desarrollo y mejoramiento local. Esta forma de colaboración privada con la gestión pública debe además someterse a lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política.

Algunos servicios públicos se han convertido en actividades públicas, los cuales pueden ser prestados por los particulares sin que se requiera la obtención de un título habilitante para ello, como es el caso de los servicios domiciliarios diferentes a aquellos que impliquen la captación de agua, la utilización del espectro radioeléctrico y la prestación de servicios de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional.

La crisis de la teoría según la cual el Estado justifica su existencia porque presta servicios públicos, además de la decadencia de los monopolios naturales en la prestación de los servicios, asociada a la necesaria reorientación de la gestión de las actividades estatales para que la administración pública y la privada asimilen sus principios fundamentales, han llegado al punto de generar incertidumbre sobre el presente y el futuro de dos disciplinas específicas, la administración pública y el Derecho Administrativo.

Los temas que han ocupado la atención de todos nosotros durante los últimos años, como son los relacionados con el ejercicio de los poderes exorbitantes del Estado en las relaciones contractuales administrativas, el régimen jurídico a que se someten las empresas públicas de servicios, las relaciones laborales administrativas de los servidores de las mismas empresas, se han desplazado hacia el Derecho Común, de tal manera que los asesores de las empresas públicas tendrán necesariamente que involucrarse más en la doctrina civil, laboral y comercial que en la considerada típicamente administrativa, desde la perspectiva tradicional. En adelante, el asesor de entidades públicas no podrá limitarse al análisis de unas cuantas instituciones que constituyen en Derecho Administrativo; será necesario que sus conocimientos sean ampliados al Derecho Común.

Pero, de todos modos, el Derecho Administrativo no se agota en el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos, y menos en el régimen contractual que le es aplicable a la administración; por el contrario, tiene vastos horizontes que hoy deben desarrollarse, para lo cual, en muchos casos, debemos volver a los orígenes de esta especificidad del Derecho.

En buena parte, el Derecho Administrativo francés tradicional ha hecho crisis entre nosotros, pero ello no significa su crisis total, y mucho menos que deba desaparecer el Derecho Administrativo en Colombia; lo que significa es bien diferente y es que hoy se impone una revaluación de sus principios orientadores, como también los de la administración pública.

Administración pública y Derecho Administrativo deben subsistir durante muchos años en Colombia, si se toma en cuenta que su existencia no es sólo conveniente desde el punto de vista académico o técnico administrativo, sino que su necesaria conveniencia tiene un origen fundamentalmente político, como lo ha sido el origen del Derecho Público en general.

Dentro del nuevo contexto no es posible seguir pensando en que la orientación primordial del Derecho Administrativo y de la administración tradicional corresponde a la teoría del servicio público en la cual el Estado justifica su existencia por prestar servicios públicos, y así mismo idéntica justificación tienen los poderes exorbitantes de la administración pública. El hecho de que los particulares estén habilitados para la prestación de los servicios y que la administración deba someterse al Derecho Común hacen que entren en crisis las teorías tradicionales entre nosotros.

Si la jurisdicción de lo contencioso administrativo justifica su existencia por la especialidad del Derecho que aplica y al mismo tiempo la disciplina sustancial que es objeto de su aplicación es autónoma, esta especialidad y autonomía debe ser claramente diferenciable de la simplemente ordinaria o común; si aceptamos que el Derecho Administrativo cada

vez pierde ámbito de aplicación y el Derecho Común por el contrario avanza en este sentido, se hace imprescindible revisar el papel tanto del Derecho Administrativo como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A pesar de lo afirmado, no somos del criterio de que el Derecho y la jurisdicción administrativa tiendan a desaparecer; todo lo contrario, es el momento de revisar sus bases y reafirmar su existencia, pero no soportada en las doctrinas tradicionales en buena parte distorsionadas por la práctica político-administrativa entre nosotros, sino edificada en nuevos principios de orientación constitucional y legislativa, que cobran singular dimensión en el proceso de modernización del Estado.

Existen sin duda algunos aspectos de la vida ciudadana no privatizados ni privatizables en la Colombia de hoy; ellos son los que justifican la existencia de la administración pública y del Derecho Administrativo y que hacen relación a la tarea de proteger a los administrados de los abusos de poder, garantizar que a los servicios públicos se les dé el carácter de esenciales y se les presten en especial a los sectores más pobres de la población, la promoción y protección de los derechos humanos y la eliminación de los factores de corrupción en el manejo de los asuntos estatales que nos incumben a todos.

Los nuevos principios que hoy dan vigencia al Derecho Administrativo en Colombia, básicamente son tres, que no son más que una nueva orientación de principios tradicionales, pero que requieren verse desde la óptica del presente, con sentido y dimensión altamente políticos:

1. El Derecho Administrativo se constituye como el límite al legítimo ejercicio de las competencias y defensa de la

autonomía de las entidades territoriales y como instrumento ciudadano en la realización de la democracia participativa.

2. El Derecho Administrativo como garantizador de la protección y vigencia de los Derechos Humanos.

3. El Derecho Administrativo como instrumento anticorrupción.

En relación con el primero de los puntos, es importante tomar en cuenta que desde el punto de vista de estructura del Estado, la nueva Constitución expedida en 1991 ha introducido importantes modificaciones al régimen constitucional vigente de 1886: reconoció autonomía a las entidades territoriales superando el anterior esquema de régimen unitario con descentralización, y ha establecido dos nuevas funciones independientes de las tradicionales: la de control, que ejercen las Contralorías y la Procuraduría, y la electoral; además ha reconocido la existencia de autonomías hoy consideradas administrativas, como son el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva del Banco de la República, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Autoridad Nacional de Televisión y la Comisión de Ordenamiento Territorial.

El régimen político unitario y centralizado ha sufrido una notoria transformación en lo constitucional, que hoy debe desarrollarse en lo legislativo, en la doctrina y jurisprudencia nacionales, y es en el ámbito del Derecho Administrativo y en la administración pública donde debe encontrar su escenario natural de desarrollo. El antiguo esquema según el cual sólo el Congreso tiene competencias legislativas y el gobierno Nacional reglamentarias de la ley y excepcionalmente de la Constitución, debe dar paso a nuevas formas de organización del Estado y de producción del Derecho, en el cual se

reconozca que además de al Congreso, la Constitución ha otorgado competencias normativas a otros organismos, y en lo territorial, que la autonomía reconocida en el artículo 1 de la Carta y las competencias normativas que debe otorgarle el legislador al expedir la ley orgánica de ordenamiento territorial, nos coloca en un contexto esencialmente diferente al hasta hoy vigente. Esto sin hacer referencia a las formas alternativas de creación del Derecho a través de la participación ciudadana.

No es ni puede ser lo mismo la administración en un régimen como el establecido en Colombia en vigencia de la Constitución de 1886, donde el sufragio se ejerce como una función constitucional y en el cual el que sufraga o elige no impone mandato al funcionario electo, a una administración orientada por un régimen como el actual, donde se imponen el voto programático, la revocatoria del mandato, la iniciativa popular de carácter normativo, la consulta popular local y la participación de las juntas administradoras locales en la expedición de normas en la vida administrativa local, como es la elaboración de la iniciativa en los planes operativos de inversión.

En este aspecto debe revisarse rigurosamente las competencias reglamentarias de las leyes que se reconoce al ejecutivo nacional sobre todas ellas, para limitarles esa competencia no sólo a las leyes de aplicación por vía judicial, sino que además debe desconocerse esta competencia en relación con las competencias ejercidas por autonomías administrativas de origen constitucional y de las leyes que son expedidas como mandato que debe ser aplicado por las entidades territoriales. El paso de la descentralización a la autonomía y a la independencia no

debe ser una mera declaración constitucional: es el momento de pasar de la declaración Constitucional a la realidad administrativa.

El reconocimiento de autonomías administrativas diferentes a los poderes tradicionales implica reconocer una variación de fondo en el esquema kelseniano tradicional en el estudio del sistema normativo en nuestras escuelas de Derecho; de idéntica manera sucede con el reconocimiento de competencias constitucionales propias en las entidades territoriales, pues para definir en un caso concreto la aplicación de una norma de carácter local o de un decreto del gobierno no deberá prevalecer como nota determinante la jerarquía de las decisiones del gobierno Nacional sobre los locales, pues antes debe definirse un asunto de competencias y de autonomías territoriales, y si el asunto corresponde a una regulación local que desarrolla una autonomía reconocida en la ley, se preferirá y prevalecerá la norma local.

En cuanto a lo referido a la democracia participativa, es importante tomar en cuenta que el paso de la democracia de representación a la de participación implica una variación fundamental en el modo de ser de la administración pública y por lo tanto del Derecho Administrativo, pues las comunidades y los individuos ya no serán más agentes pasivos de las decisiones del gobierno, sino que participarán activamente en el proceso de producción de las normas, en la ejecución de las mismas, en la planeación, en la prestación de los servicios y en el control y vigilancia de la gestión pública estatal; garantizar que esta transformación sea una gran revolución democrática que no sólo quede escrita en el texto de la Carta Política y de algunas leyes que hoy la

desarrollan, es tarea que nos incumbe a todos, pero en especial a quienes de alguna manera determinamos el desarrollo del Derecho de la Administración.

Pero algo más: en una sociedad en vía de desarrollo como es el caso de la colombiana, liberalización de la prestación de servicios, en especial de los domiciliarios, hace imperativo la toma de decisiones de las que no debe estar al margen de la doctrina administrativa y que contienen un alcance innegablemente político; se trata de cómo lograr un escenario competitivo para las empresas del sector público y cómo permitir a los operadores privados atender estas actividades, bajo un régimen de tarifas eficientes, sin que ello implique el abandono de planes de expansión de los servicios a los sectores más pobres de la población y pueda garantizarse a quienes no tienen capacidad de pago el acceso a los servicios públicos básicos.

La privatización y la liberalización entre nosotros no puede tenerse como un fin en sí mismos; son sólo medios con los que pretendemos lograr la universalización de los servicios, el mejoramiento continuo de la calidad de los mismos, la transferencia tecnológica necesaria para que el desarrollo de este sector permita el establecimiento en el país de productores de bienes transables en mercados internacionales y que las tarifas puedan ser pagadas por los sectores con más bajos ingresos de la población; y este último sector merece una especial protección, la cual no precisamente se encontrará en los inversionistas privados que no tienen la misión de reemplazar al Estado en la función social que le corresponde cumplir; para esos usuarios el Estado, la administración pública y el Derecho Administrativo debe tener una respuesta.

El segundo aspecto, a mi juicio central en un país como Colombia, es el relativo a la defensa y protección de los Derechos Fundamentales en su más genuina expresión como los Derechos Humanos; pasar de que debe reconocerse que en Colombia la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha jugado un valioso papel desde el punto de vista remedial y no preventivo frente a los Derechos Humanos, ha sido esta jurisdicción quien en forma valerosa ha salido en la protección y defensa de este tipo de derechos.

Por considerar inútil hacer mayores comentarios en relación con este punto, me limitaré a transcribir tres pronunciamientos que en relación con la materia muestran la orientación garantista de los Derechos Humanos que ha venido ejerciendo la sección tercera del Consejo de Estado colombiano en los últimos años.

La primera providencia es la sentencia del 13 de mayo de 1994, expediente 8820, con ponencia de Daniel Suárez Hernández: «Si corresponde al Estado por intermedio de sus autoridades la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, según expreso mandato constitucional, tal protección debe cumplirse con apego a las normas legales, dentro de las limitaciones que tal facultad les otorga, pero por sobre todo con un indeclinable respeto de los derechos humanos de los administrados. En tales condiciones, si para investigar actividades supuestamente terroristas, someten a algún ciudadano a tratos inhumanos y violatorios de sus Derechos Fundamentales, le corresponde al Estado responder por las acciones de sus agentes, cumplidas de tan censurable y reprochable manera. Aceptar tan ilegítimos procedimientos sólo llevaría a un agotamiento del mínimo de las garantías que tiene el ciudada-

no frente a la Administración y conduciría a que nuestro Estado de Derecho quedara convertido en una simple ficción, cuyas normas y principios estructurales no superarían la condición de ser apenas teóricos enunciados o sólo intrascendentes declaraciones»²³.

La segunda providencia es la sentencia proferida el 17 de septiembre de 1993, expediente 8420, con ponencia de Julio César Uribe Acosta: «b. La sala considera de interés llamar la atención de la Administración para que centre su acción en el mejor control y vigilancia de los establecimientos carcelarios, en su dotación, construcción y seguridad, pues de lo contrario está corriendo el riesgo de tener que gastar, en el pago de condenas, por fallas en el servicio, más dinero que el que demandaría el hacerle frente a la situación que hoy existe, y que se vivencia a través de la realidad fáctica que se deja analizada. Se impone también una política educativa, en todos los niveles, con el fin de que los detenidos no sean tratados como cosas sino como personas, pues en más de una ocasión hay más interés por saber el número de la celda en que está el hombre que en la real situación de éste. La prisión no debe ser un sitio de muerte segura sino de educación y rehabilitación del delincuente. El Estado Social de Derecho demanda que se cree un sentimiento de seguridad entre las personas que integran la comunidad, que debe abarcar, en forma muy particular, al recién nacido, al enfermo, al accidentado, al obrero que carece de empleo, al anciano, al preso, con el fin de que los colombianos no se sientan abandonados a su propia suerte. Listados de muertos y heridos en las prisiones colombianas, como el que se registró en antes producen vergüenza. La vida no es

un absurdo ni una aventura desesperante. Los presos colombianos no pueden hacer suya la filosofía de Camus cuando predica: "La vida no vale la pena de ser vivida porque todo es absurdo". Esta perspectiva existencial no es de recibo. La vida es la única posibilidad que se nos brinda para SER y no la podemos repetir, ni perderla así se esté en la prisión. El Estado también está obligado a no crear problemas. Él tiene la obligación de dar respuesta adecuada y oportuna a las situaciones problemáticas que a diario se le plantean. Por ello también debe luchar por obtener para sus súbditos los ideales que se ha propuesto, y que con orgullo se recogen en el artículo primero de la Constitución Nacional. Por ello, cada vez que dé pasos en falso, en el cumplimiento de sus deberes, está dando entrada a la falla en el servicio, fuente de responsabilidad»²⁴.

Finalmente, la tercera providencia es la sentencia del 3 de junio de 1993, expediente 6944, con ponencia de Julio César Uribe Acosta:

«Para la sala los estudiantes pacíficos de la Universidad no tienen por qué soportar el daño que les causa el enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Sus predios tampoco deberían ser utilizados ni por los unos ni por los otros como campo de batalla. La Universidad es un servicio público y está condicionada por la estructura del mundo como repertorio general de vivencias de todo orden, como lo recordara en su momento Ortega y Gasset, pero su razón de existir se centra en la docencia. "Propiamente, consiste en eso; todo eso es lo que hace posible la docencia, lo que la completa sus consecuencias y efectos", destaca el filósofo citado. Los centros Universitarios deben ser, en todo momento, sitios de peregrina-

nación a la no violencia, que no es la no resistencia al mal, sino la resistencia sin violencia contra éste. También santuarios donde se oficia en la filosofía del respeto a la dignidad humana, a la cultura de la paz y del amor. Por ello cada vez que se invadan sus predios o sus aulas, se corre el riesgo de tener que indemnizar, a terceros inocentes, los daños causados».

Se hace necesario en Colombia establecer mecanismos de transparencia en la gestión administrativa que impida a la corrupción apoderarse de la gestión estatal, tanto de carácter público como privado. El Derecho Administrativo no puede seguir propiciando la aparición de tendencias que hacen necesario que sea el juez penal, en especial la Fiscalía General de la Nación, quien ante la inoperancia de otros organismos de control del Estado propios de la administración, tenga que actuar como juez penal-contencioso administrativo.

La falta de actuación de los organismos de fiscalización y control y de la jurisdicción contenciosa han logrado que en muchos casos el juez penal tenga que pasar por encima de la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración, invalidarlas implícitamente y conocer de las actuaciones de los servidores y empleados públicos desde la órbita penal desconociendo las actuaciones de las otras instancias del control. El Derecho Administrativo ha posibilitado la existencia de múltiples instrumentos de control preventivos de la gestión pública, los cuales es necesario que se pongan en funcionamiento eficaz hoy más que nunca.

La mutación que han sufrido los conceptos de función reglada de la administración -puesto que más que realizar

funciones los funcionarios públicos están obligados a realizar objetivos—, principio de legalidad al abandonar el concepto de literalidad de la ley y adoptarse criterios finalistas o teleológicos en la interpretación normativa, y control a la gestión pública —que ha dejado de ser numérico legal para convertirse en control de gestión y resultados—, exigen una transformación notable en la función pública que debe entender que los funcionarios en los escenarios actuales deben garantizar una gestión eficiente, eficaz, económica, transparente y en la cual se garantice la igualdad entre los administrados.

El Derecho Administrativo, como Derecho que regula el ejercicio de la función pública, tiene en la implementación de disposiciones contra la corrupción una de sus más importantes herramientas, en una sociedad en crisis de valores como la colombiana, donde diariamente se cuestiona el comportamiento ético de los miembros del gobierno y en general de los integrantes de la sociedad, el Derecho no puede renunciar a intervenir para generar la ética social necesaria que permita a los ciudadanos tener confianza en sus instituciones; esta labor difícilmente podrá privatizarse y debe entenderse como un imperativo ético al que está obligada la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Derecho Administrativo debe procurar porque los ciudadanos dispongan de los instrumentos necesarios para atacar la corrupción; hoy esos instrumentos existen en lo normativo, pero requieren el decidido respaldo de todos; el ejercicio del derecho de petición, la acción de cumplimiento, la participación comunitaria en la gestión estatal, el voto programático, la revocatoria del mandato, las veedurías ciudadanas, la partici-

pación de los usuarios en la administración y control de las empresas de servicios públicos, la participación de las juntas administradoras locales en la elaboración de los planes de inversión, son apenas algunos de los instrumentos de los que se dispone en lo normativo para controlar la corrupción, garantizar que ellos sean eficientes y que en realidad podamos superar lo que constituye uno de los más difíciles flagelos de la administración contemporánea dependerá en buena medida del desarrollo de los controles de la administración, y ellos no deben escapar a la órbita del Derecho Administrativo, pues de lo contrario le corresponderá al juez penal realizar las actuaciones que el control interno, el control fiscal, el Ministerio Público y la jurisdicción de lo contencioso administrativo se declaran incapaces de evitar.

CARLOS ALBERTO ATEHORTUA RIOS
Contralor de Medellín

1. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*; frase citada por Carlos Betancur Jaramillo en sentencia de junio 5 de 1992. *Revista Jurisprudencia y Doctrina* (agosto 1992), p. 657.
2. Durante la vigencia del decreto 222 de 1983, las entidades territoriales tenían competencia para expedir sus propios estatutos contractuales y lo mismo sucedía con las entidades descentralizadas por servicios.
3. Establece el numeral 225 de la ley 80 de 1993: «De la impugnación de la clasificación y calificación. Cualquier persona inconforme con la calificación y clasificación de los inscritos, podrá impugnarlas ante la respectiva Cámara de Comercio. El acto administrativo de la Cámara de Comercio que decida la impugnación podrá ser objeto del recurso de reposición y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del Código Contencioso Administrativo. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Las entidades estatales

deberán impugnar la clasificación y calificación de cualquier inscrito cuando adviertan irregularidades o graves inconsistencias. El gobierno reglamentará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo».

4. La ley 142 de 1994, en sus artículos 1 y 14 determinan cuáles de los servicios públicos son domiciliarios en Colombia, de la siguiente manera: «Artículo 1. Ámbito de aplicación de la ley. Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el capítulo u del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley. Artículo 14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo.

5. JEAN RIVERO, *Derecho Administrativo*. Traducción de la 9ª ed. Caracas, 1984, p. 15.

6. *Ibidem*.

7. JORGE VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo*. Bogotá, 1994, pp. 1 y 2.

8. RIVERO, *Op. Cit.*, pp. 17 y 18.

9. *Ibid.*, p. 21.

10. LIDARDO RODRÍGUEZ R., *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Ed. Ternis, 1994, p. 19.

11. *Ibidem*.

12. Artículo constitucional citado en *Ibid.*, p. 20.

13. *Ibid.*, p. 21.

14. GUSTAVO PENAGOS, *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1993, pp. 216 y 217.

15. Al respecto puede verse MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Contencioso Administrativo*, citado por LmARDO RoDRÍGUEZ R., *Op. Cit.*, p. 26.

16. En relación con el desarrollo histórico del Derecho Administrativo en Colombia, ver: JAIME BETANCUR CUARTAS, "La función de Consulta en el Derecho Administrativo Colombiano" y GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY "Importancia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia", publicados en las Memorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo.

17. JEAN RIVERO, *Op. Cit.*, p. 18.
 18. Véase Jesús VALLEJO MEJÍA, *Op. Cit.*, p. 55.
 19. GEORGES VEDEL. *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar, 1980.
 20. ALTAMIRA GIGENA, "Los principios generales del derecho como fuente del Derecho Administrativo" [1972]. Citado por VALLEJO MEJÍA, en la misma obra y página.
 21. En: HERNÁN CARDENAS SANTA MARIA y WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Eds. *Gerencia pública en Colombia*. Bogotá, 1994, p. 18.
 22. Establece la ley 80 de 1993:
 «Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2° de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
 En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.
 Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y caneección de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de revisión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomado.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales».

23. *Revista Jurisprudencia y Doctrina* (agosto de 1994), pp. 987-988.

24. *Revista Jurisprudencia y Doctrina* (diciembre de 1993), p. 1276.

Los diez mandamientos de las democracias postmoralistas

Hubo una vez una moral impuesta por la religión. Después vino la del Iluminismo. Hoy, en la sociedad de consumo, domina la tercera, donde el derecho prevalece sobre el deber y el bienestar sobre el bien. Empleamos el término "post" para definir los nuevos sistemas de producción y, por extensión, la sociedad actual (post-industrial), el fin de una época histórica (post-comunismo) y el estado de nuestra cultura (post-moderno). Pero nos habíamos olvidado de la moral. Peor aún: al paso que la moral se ponía de moda, hasta ahora nadie se ha preguntado si también la moral no es "post", como todo lo demás. Así piensa el filósofo francés Gilles Lipovetski. Según él, estamos en pleno post-moralismo. El autor del célebre libro *La era del vacío*, al que siguió *El imperio de lo efímero*, ha dedicado a la sociedad post-moralista un amplio ensayo que acaba de publicar Gallimard: *El crepúsculo del deber* o *La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Crepúsculo del deber, ética indolora: ¿qué es lo que nos propone Lipovetski? Fuimos a Grenoble, donde vive y enseña, y le pedimos para *L'Espresso* los nuevos diez mandamientos de las democracias postmoralistas. Éstos son:

1. La democracia reconoce a todo individuo el derecho a la felicidad y a la

libre realización de sus intereses, pero esto no puede darse sin virtudes privadas y públicas. Sin ética, la República muere.

2. La República no exige el sacrificio de las personas, pero sí pretende de ellas la práctica de virtudes "modestas". En primer lugar, la honestidad y el respeto de las leyes. Moral modesta no significa débil, sino firme en los valores humanistas básicos y sin ambiciones regeneradoras.

3. La República privilegia las lógicas del diálogo, liberales, pragmáticas, que desembocan en la búsqueda de lo mejor y no del Bien. Rechaza toda forma de fundamentalismo y de intransigencia y las cruzadas de los valores (contra la droga, el aborto, la pornografía, la ciencia, etcétera).

4. La inteligencia del "justo medio" debe prevalecer tanto en el campo ético como en el político y en el económico. Son mejores las acciones "interesadas" pero capaces de mejorar la condición humana, que "las buenas intenciones", sinceras pero impotentes.

5. La República necesita la crítica social y la diversidad de opiniones, a condición de que no degeneren ni en violencia física ni en el rechazo del otro. La tolerancia es un imperativo absoluto.