

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

D E P A R T A M E N T O   D E

B I B L I O T E C A

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Rector:	DR. ALBERTO CARDONA ARANGO
Secretario General:	DR. HERMILDO ALVAREZ LOZANO
Decano:	DR. ANTONIO ESTAU DE LAFOIT
Secretario de la Facultad:	DR. JORGE PAYARES BOGGA

Presidente Honorario:	DR. ALFONSO NIIEVES GOMEZ
Presidente de Tesis:	DR. FABIO NORON HIAZ
Examinadores:	DR. ANTONIO ALVARADO CABRALES DR. RICARDO VELEZ PAREJA, <i>DR. Alejandor Augusto Gasset</i>

2



TESIS

PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO

V

CIENCIAS POLITICAS

"LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS"

POR

S CIB  
00019022

ALBERTO L. MERCADO FERNANDEZ

32303

374  
M37

3

A mis Padres

A mis Hermanos

y

A mi Esposa

"La Facultad no aprueba ni desaprueba  
las opiniones emitidas en las tesis;  
tales opiniones deben considerarse  
como propias de sus autores".-

"Dos géneros de impulsos  
suelen mover a los hombres a  
los más violentos accionamientos: con  
ellos las ideas y los sentimientos".-

DARIO ECHANIZA

- INTRODUCCION -

Para llevar a cabo esta investigación, con la cual pretendo obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, fue un producto de una lenta y paciente consulta de expositores extranjeros y nacionales, en sentido concreto se refiere a los expositores franceses, porque ellos son los creadores del derecho administrativo, y por lo tanto, los primeros en exponer las teorías de los servicios públicos y como consecuencia de esto los contratos administrativos. Su desarrollo de principio a fin se circunscribe solamente al plano jurídico ya que no hago incursión a otro tema sino al referente a derecho.

Se entró desde un principio a tratar el fondo de la tesis, o sea, los contratos administrativos por considerar que primero tenía que dejar las bases necesarias, para después tratar lo principal. Por esa razón en el Capítulo I y II, hago una síntesis del Estado Moderno y los Servicios Públicos respectivamente.

La razón primordial en la elección de este tema se debió al gran interés que despertó en mí el derecho administrativo y en general el derecho público, ya que día a día va evolucionando, y pretender su inviolabilidad es colocarse de espaldas a la realidad social, ante fenómenos vitales y las cambiantes relaciones de los titulares del poder con los gobernados.

## CAPITULO I NOCIÓN GENERAL DEL ESTADO MODERNO

Para que la tesis lleva un orden lógico, para que este tema se comprenda con mayor facilidad, empiezo tratando en primer lugar las Doctrinas que han existido a través de la historia acerca del concepto de Estado.

Primero expongo las doctrinas religiosas, como son las doctrinas de derecho divino sobrenatural, de derecho divino providencial y la de la iglesia católica. Luego paso a la doctrina democrática hasta llegar a la nueva concepción del Estado moderno, o sea el Estado de derecho.

Sería muy largo hacer una exposición de todos y cada una de las doctrinas de carácter divino que sobre el Estado han existido, por lo cual me he visto en el apremio de hacer una breve exposición siguiendo las tesis de los tratadistas clásicos.

TEORIAS TEOCRATICAS.- Asignan un fundamento divino al poder, pero difieren en cuanto a la parte que reconocen a la providencia en la designación del soberano. Como bien lo observa BURDEAU, estas diferencias son capitales pues determinan que ciertas teorías teocráticas son incom-

patibles con la de la soberanía del pueblo, mientras que otras se pueden acomodar al menos parcialmente, con ella. Dentro de las teorías teocráticas cabe distinguir la llamada del derecho divino sobrenatural, la de derecho divino providencial y la ortodoxa de la iglesia católica.

**LA TEORIA DEL DERECHO DIVINO SOBRENATURAL.**- Explica que Dios creó no solamente la sociedad y la autoridad necesaria para que ella subsistiera sino que también designó a la persona o dinastía que debía gobernar determinado grupo social. Esta concepción aparece en las memorias de Luis XIV y según BURDEAU fue adoptada por los protestantes en el curso del Siglo XVIII y esconde una máquina de guerra destinada a combatir la autoridad pontifical. Esta teoría cuya evocación hace la carta de 1.814 ya citada, no tiene en la actualidad defensores.

**LA TEORIA DEL DERECHO DIVINO PROVIDENCIAL.**- La doctrina del derecho divino providencial, también sostiene la tesis que Dios es la única fuente de todo poder, pero que los hombres lo poseen o lo han adquirido por medios humanos dirigidos siempre por el poder invisible de la divina providencia. Estas doctrinas han tenido dos grandes expositores al principio del siglo pasado siendo ellos JOSE DE MAISTRE y BONALD, quienes por su autoridad las incluyeron en la corriente de la historia del pensamiento moderno, donde se conservan como reliquias, ya que en la época contemporánea los han sustituido por sus investigaciones científicas sobre la realidad social, que es el hecho de donde emanan las obligaciones que tienen los gobernantes respecto de los gobernados que en el lenguaje jurídico individualista se llama poder público.

**LA TEORIA DE LA IGLESIA CATOLICA.**- Afirma también el origen divino del poder. Dios es la fuente de la autoridad, pero la forma de su ejercicio, por el contrario es completamente humana porque Si no elige

a la persona que debe desempeñar el poder. La designación corresponde al grupo social, y por ello la iglesia no concede preferencia a ninguna forma de gobierno, monárquica o republicana, y admite su legitimidad en cuanto satisfaga el bien común.

La concepción católica no parece así incompatible con la intervención del pueblo en el señalamiento de sus gobernantes. A diferencia de las teorías democráticas de la soberanía, en ésta el pueblo no es quien la detenta, sino que es el canal, como dijera FENELON, por donde corre la autoridad suprema.

**TEORIAS DEMOCRATICAS: DE LA GOBERANIA DEL PUEBLO O DE LA NACION.-**  
En ellas el pueblo es la sede donde reside la soberanía. Ellas implican necesariamente la adopción del gobierno democrático.

Estas teorías tienen un origen muy antiguo; figuran en el pensamiento político de ARISTOTELES y en la filosofía medieval. El razonamiento que supone es realmente sencillo: si el poder político está establecido en beneficio de todos, todos deben tomar parte en su establecimiento y control.

Naturalmente estas ideas no tuvieron ninguna consecuencia práctica en la forma de gobierno de la época. La monarquía absoluta, con exclusión de participación del pueblo en el gobierno, se explicaba por la transferencia definitiva del poder de éste al rey al momento del contrao de la dinastía. En el siglo XVIII vió salir las ideas democráticas de su plano especulativo y convertirse en técnica de gobierno.

**BURDEAU .-Comenta que este mérito se le ha venido atribuyendo a ROUSSEAU y pone de presente que éste tuvo predecesores y, sobretodo, que la concepción de ROUSSEAU se validó en la redacción de las constituciones**

revolucionarios modificada se incorporó a la traducción jurídica francesa

**ROUSSEAU.**- Explicaba la formación de la sociedad política como la resultante de un contrato entre el pueblo y los gobernantes. A través de un pacto, los individuos renuncian a una parte de sus derechos para gozar de las ventajas de la vida en comunidad. La soberanía reside en la universalidad de los individuos y de su delegación a los gobernantes surge el poder político.

Esta tesis, que se llama de la soberanía popular, se opone a la de la soberanía de la nación, que acogió la revolución francesa. Este principio fundamental del derecho francés consiste en designar al conjunto de individuos, como cuerpo (nación), como titulares de la soberanía. La soberanía no existe fraccionada en cada uno de los habitantes de un país, cuya suma es la soberanía del Estado, sino que reposa en todo el cuerpo social denominado nación. Invocando a CARRE DE MALBERG, otro celebre traidor francés; BURDEAU dice: "Cada ciudadano no es detentador de una parcela de la soberanía; él no participa en ella sino como miembro de la nación; no hay en Francia cuarenta millones de soberanos, sino uno, la nación".

La diferencia no es solamente de palabras. Si el titular de la soberanía es el pueblo, los elegidos para atender a las funciones del Estado deben cumplir sus instrucciones en la resolución de los asuntos públicos. Si, por el contrario, se acepta la tesis de la soberanía de la nación, se está significando que ella, a la manera de una persona jurídica produce sus actos válidos solo por intermedio de sus representantes, quienes obran según su criterio de servicio y no como mandatarios del pueblo; la elección en su favor los convierte en representante de la nación pero no en mandatarios, del pueblo elector; éste, apenas, interviene en la gestión de los asuntos públicos dando su voto para designar los representantes de la na-

M

ción.

La Constitución Colombiana, heredera del buen linaje de la tradición jurídica francesa, acoje la teoría de la soberanía de la nación, y no la de soberanía popular, en su artículo segundo se lee: "La soberanía reside esencialmente y exclusivamente en la nación y de ella emanen los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta constitución establece". Por su parte, el artículo 105 la corta toda posibilidad de mandato imperativo, característico de la soberanía popular, al disponer: "Los individuos de una y otra cámara representan a la Nación enteramente, y deben votar consultando únicamente la justicia y el bien común. O sea que, jurídicamente, los representantes y senadores no representantes del pueblo que los llevó allí, ni deben votar según los deseos o intereses de este electorado, sino que esta fracción del pueblo que los eligió apenas ha servido de canal para que, mediante su voto, los congresistas alcancen la investidura de la nación.

La división en circunscripciones electorales que comprende el territorio de los departamentos es una simple técnica de elección y no implica mengua en la adopción de la teoría de la soberanía de la nación.

BURDEAU, comenta que al discutirse la constitución francesa de 1.946, llamada de la cuarta república, uno de los puntos de controversia fue el relativo al titular de la soberanía. Propuesta la soberanía del pueblo, dice el profesor PAUL BASTID "hizo valer la significación tradicional del término soberanía nacional con el corolario que ella comporta: de una parte, en cuanto a la superioridad de la nación. Sin-tesis de la continuidad histórica, de la solidaridad de las generaciones y de la permanencia de los grandes intereses colectivos sobre el pueblo concebido como cuerpo electoral; de otra parte, en cuanto a la

necesidad que ello implica de un régimen representativo con prohibición de un mandato imperativo.

Oponentos los dos criterios, se llegó a una fórmula transaccional que ha recogido también la constitución de 1.958: la soberanía nacional pertenece al pueblo francés. Contradicitoria desde el punto de vista jurídico, puesto que comprende dos posiciones irreconciliables, la fórmula tiene la virtud que advierte BURDEAU de no romper con la tradición jurídica francesa, pues que la expresión de que la soberanía corresponde al pueblo no implica que sea por fracciones a cada individuo, sino a la colectividad entera y, lo que es más importante, no conlleva el mandato imperativo.

**CRITICAS A LA TEORIA DE LA SOBERANIA DEL ESTADO.**- Las críticas a la soberanía del Estado resultan provocadas por cierta exageración que se ha dado a la autoridad, del Estado y por una cierta incompatibilidad entre la calidad de soberano y el sometimiento a normas. En efecto, es válido preguntarse si el Estado es soberano. ¿Por qué le obligan los tratados internacionales que celebran, por qué debe cumplir los compromisos en ellos adquiridos?

Desde el punto de vista político y jurídico se criticaron las consecuencias nocivas derivadas de la tesis de la soberanía absoluta. Ella, en el plano de las relaciones internacionales, implicaban el rechazo de los estados, movilizados por un nacionalismo agresivo, a aceptar o someterse a pactos o convenios, con todos los efectos perjudiciales que ello aporta en un mundo en trance de constantes integraciones de países. En el orden interno, la tesis de la soberanía absoluta llevaba a un predominio abusivo del Estado con respecto a los gobernados, declarandose irresponsable por los daños que cometiera.

Estas concepciones extremadas despertaron la reacción de la doctrina jurídica. Algunos tratadistas se han alcanzado contra la nación de soberanía tachandola de contraproducente y de inútil.

DUGUIT, que ocupa sitio destacado entre ellos, criticaba aceradamente la teoría de la soberanía haciendo los reproches que he hemos comentado sobre su influencia negativa en las relaciones internacionales y sobre las libertades públicas. A cambio de un derecho público movido por el principio de autoridad o poder (corolario de la soberanía) que distinguía los actos del Estado, DUGUIT construyó en sus libros un derecho público montando sobre la nación de servicio.

El régimen jurídico especial aplicable a las actuaciones estatales, no derivaría de la cantidad de autoridad que el Estado influye en cada acto suyo sino que se explicaría por esa obligación constante de servicio público, finalidad esencial del Estado.

El fuerte émparo de las ideas contrarias a la soberanía del Estado, no alcanzó a derrocar esta teoría de las categorías del derecho. Sin embargo, produjeron un efecto tonificante al eleminar la concepción de la soberanía absoluta y entender la soberanía del Estado como algo compatible con el mantenimiento de relaciones internacionales y la aceptación del principio de responsabilidad para las actuaciones del Estado.

**TEORÍA MODERNA DEL ESTADO.**- El hecho innegable y que no se puede desconocer jamás, es la existencia del grupo social al cual no se puede atribuir una conciencia y una voluntad distinta de las conciencias y de las voluntades individuales que lo forman. En este grupo social se observa sin ningún esfuerzo la existencia de una distinción entre los -

fuertes y los débiles, imponiéndose aquellos a estos por la mayor fuerza, y recibiendo por este hecho el nombre de gobernantes, a pesar de la distinción entre unos y otros; lo que no se puede negar es que existe entre ellos una interdependencia social impone a los gobernantes la obligación de hacer uso de la fuerza que poseen para cumplir su misión, que es la de la realización del derecho. De aquí se deduce la obediencia debida por los gobernantes, pero siempre a condición que esas reglas sean la expresión o la ejecución de una regla de derecho. Los gobernantes y sus agentes pueden hacer legítimo uso de la fuerza cuando se trata de asegurar el cumplimiento de actos aun unilaterales que vayan encaminados a procurar el cumplimiento de la misión que la regla de derechos les impone. Y finalmente los gobernantes están en la obligación de asegurar el cumplimiento de las instituciones a su cargo, cosa que es de su naturaleza; estas instituciones son las que se conocen con el nombre de servicios públicos.

Esta constitución jurídica del Estado, sigue de cerca los hechos sociales que son los que le sirven de fundamento apartándose de las construcciones metafísicas por ser fórmulas vacías que no expresan una realidad social. Las construcciones jurídicas no tienen valor si no son fórmulas abstractas de realidades concretas.

**ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO.**- De acuerdo a esta teoría el Estado tiene sus elementos integrantes, que según el profesor Duguit, quien es su autor, son los siguientes:

- 1) Una colectividad determinada;
- 2) una diferencia en esta colectividad entre los gobernantes y los gobernados, siendo los gobernantes los que poseen la mayor fuerza, causa por la cual gobiernan;
- 3) Una obligación jurídica, atribuida a los que gobiernan, para que estos hagan que el derecho es una realidad;
- 4) El respeto debido a toda regla general formulada

por los gobernantes para promulgar o poner en ejecución la regla de derecho; 5) El uso legitimo de la fuerza para sancionar todos los actos conformes a derecho; 6) El carácter propio de las instituciones que tienden a asegurar el cumplimiento de la misión obligatoria de los gobernantes, o sean los servicios públicos.

El Estado constituido en esta forma, no puede concebirse como una colectividad personificada, dotada de poder soberano de mando, sino como un "hecho" caracterizado por la existencia, en una colectividad determinada, de una diferencia tal, que el grupo de los más fuertes formula el derecho, lo sanciona y organiza, vigila y ordena los servicios públicos.

En esta forma no puede hablarse de los poderes y obligaciones del Estado, sino de poderes y obligaciones de los gobernantes y sus agentes. De modo, pues, cuando hable del Estado, no debe entenderse la persona colectiva y soberana dotada de poderes omnímodos, sino de "hombres reales que, de hecho detentan la fuerza".

De acuerdo con la doctrina eclesiástica del Estado, este no tiene obligaciones para con sus gobernados, no existiendo por consiguiente la noción de servicio público y menos todavía podrían tener vigencia los contratos administrativos, porque aquella es la base esencial de estos. Esta es la razón por la cual me he visto precisado hacer una sucinta exposición sobre el Estado moderno, que es el que acepta esta noción de servicio público y la considera como uno de sus elementos esenciales. Esta doctrina se está imponiendo en la práctica, los hechos son más fuertes que las teorías abstractas, como puede observarse en la simple comparación del Estado de hoy en día en cualquier parte del mundo y el de hace un siglo no importa que existan textos de legislación positiva escri-

tos con base en la doctrina clásica, para que la teoría moderna del Estado se imponga, ella es producto social, y como tal evoluciona. La ciencia del desarrollo no tiene dogmas inmutables, el día que los tenga deje de ser ciencia.-

## CAPITULO II

### LOS SERVICIOS PÚBLICOS

#### NOCIÓN GENERAL

El estudio de los servicios públicos es la parte más importante del derecho administrativo, y según opinión de eminentes tratadistas es su base fundamental, por considerar que toda la actividad del Estado gira alrededor de ellos. Entre estos tratadistas se destaca LEON DUGUIT y GASTON JEZE, considerando el primero que el Estado "Es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes" y el segundo afirma que el "El fin del Estado es organizar y hacer funcionar los servicios públicos".

Estos eminentes tratadistas de derecho público, cuyas teorías han tenido gran influencia en el derecho público moderno, parten de hechos reales que no se pueden negar, como es el de la solidaridad o interdependencia social que posee lazos que sujetan en igual forma a los gobernantes y gobernados, esto por el hecho de vivir en una sociedad, la cual tiene que tener una disciplina a la que deben de estar sometidos todos sus componentes, no pudiendo de manera alguna los gobernantes ejecutar nada que vaya contra la solidaridad que similitud y la solidaridad por

división del trabajo.

La noción de servicio público es consecuencia inmediata y directa de la doctrina que hace depender la organización del Estado de la solidaridad o interdependencia social, y no de la del Estado o personas, porque este no se crea obligaciones entre gobernantes y gobernados.

La noción del servicio público apareció en la conciencia del hombre en el mismo momento en que se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, comprendiendo estos "que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era al vez la conciencia y la justificación de su mayor fuerza tal esencialmente la noción de servicio público".

Esta noción ocupa hoy en día muy destacado lugar en el campo del derecho, debido a las transformaciones profunda que está operando en el derecho moderno.

Lógico es concluir que el intervencionismo del Estado ha aumentado el número de actividades a cargo de la administración, o bajo su dirección y por consiguiente, la Noción de servicio público se ha ensanchado. Tal es el caso, por ejemplo, del control de precios, distribución y ventas de artículos de consumo general y de cambio. En épocas pretéritas, la libertad de industria sin restricciones predominaba, pero en la época presente el Estado, la administración, intervienen para defender al consumidor del especulamiento, la especulación al abuso etc., entonces crea, organiza y dirige el servicio de CONTROL.

**DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.**— El profesor Duguit dice que es "Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes; por el cumplimiento de esta actividad es indis-

parable la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y por que, además es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurado sino mediante la intervención de la fuerza gobernante".

HAURIOU expone: "Se puede definir el servicio público en la aplicación de normas especiales tendientes a dar satisfacción a las necesidades generales bajo un régimen a derecho público".

El doctor Carlos H. Pereja dice: "El servicio público es la actividad del Estado, ejecutada directamente o por medios de concesionarios encaminados en satisfacer las necesidades de interés general en forma regular y continua, mediante a derecho público".

El doctor Castro Martínez lo define, "El servicio público consiste en la satisfacción eficaz, regular y continua de las necesidades comunes, por medio de un procedimiento especial de derecho público aplicados por los funcionarios públicos".

El doctor Eustorgio Serrie se expresa así: "Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados o a cargo de simples personas privadas".

De las definiciones transcritas anteriormente se destacan elementos integrantes comunes a todas ellas, como son: 1) De la actividad desarrollada por el Estado; 2) El fin perseguido, que es el de prestar servicio a la colectividad; 3) El régimen de derecho público al cual debe someterse el servicio; 4) La dirección y control del Estado; 5) Y la regularidad y continuidad en el servicio.

La definición del profesor Duguit, es un poco vaga, no dice claramente que requieren darse someterse el servicio, como también no deja ver muy bien si los particulares pueden prestar el servicio en calidad de concesionario, por lo demás se ciñe en todo a la doctrina moderna.

La misma objeción se le pueda hacer a la del profesor JEZE.

La de HAURIOU se puede decir que excluye las actividades que por razón de su finalidad son verdaderos servicios públicos y se hallan a cargo de personas privadas.

Las definiciones anteriores son de tratadistas franceses, a continuación criticaremos las definiciones de tratadistas colombianos.

La del doctor Pareja, según el criterio restrictivo: no comprende las actividades a cargo de particulares, y que son, por su finalidad, verdaderos servicios públicos.

La definición del doctor Castro Martínez adolece de la falla anotada a la definición de HAURIOU, pues excluye las actividades que cumpliendo necesidades comunes, deben considerarse como actividad de servicio público, aunque no se realicen "por medio de sus funciones", es decir, de los del Estado.

La definición del doctor Eutorgio Barricen un concepto en lo que más se ajusta a la realidad actual de servicio público.

Por que si bien participa de todos los elementos que integran la noción del servicio público, estos pueden ser prestados por personas distintas de los funcionarios públicos, todos los concesionarios o administradores delegados, ejemplo, la explotación de minas y yacimientos de petróleo y el de construcciones de carreteras y vías férreas .

Por medio de entidades descentralizadas del Estado como el crédito agrícola, emisión de monedas el transporte ferroviario.

Personas privadas por su cuenta y riesgo también prestan los servicios públicos, ejemplo, el transporte terrestre, fluvial y aéreo.

Por último, se prestan también con la cooperación del Estado y de personas privadas. Tal es el caso de la enseñanza y de la asistencia social. \*

**ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.**- a) una ACTIVIDAD. En relación con este elemento, alguno lo remplazan por el de EMPRESA, por lo que da a pensar que se trata de una actividad organizada de acuerdo con principio de la técnica. Lo que importa es que se trate de una actividad seria, con bases racionales y no ensayos o esfuerzos individuales o colectivos sin conexión o armonía. b) Una NECESIDAD DE CARÁCTER GENERAL. Se entiende por tal aquella que comprende a todos los sectores del conglomerado social y cuya no satisfacción, total o parcialmente traería graves perturbaciones social o económica, suficientes para alterar el orden público.

Ejemplo, necesidad de carácter general, el transporte, extracción, refinación y transporte del combustible, luz, agua etc. c) Un régimen Jurídico Especial.

Este elemento surge precisamente de la calidad de necesidad que llena el servicio público, o en otras palabras encuentra su explicación en esa necesidad. La prestación regular del servicio público, la permanente protección de los intereses del distinto orden vinculados a él, demandan de adopción de un régimen jurídico especial, que contempla la

intervención de la "Fuerza gubernamental".

Si las actividades propias de un servicio público quedaron bajo el régimen de derecho privado, difícil sería asegurar su continuidad e imponer a los gestores condiciones o tasas especiales que excluyen el lucro immoderado o hacer la prestación gratuita, y en fin, dar oportuna y adecuada solución a los múltiples problemas que se presentan.

De ahí la necesidad de un régimen jurídico especial, inspirado en los postulados de la solidaridad social o interdependencia humana. Este régimen jurídico especial se halla contenido en actos jurídicos legislativos o reglamentarios, creadores de una situación jurídica general.

Son normas del servicio público, que por su naturaleza jurídica pueden modificarse o sustituirse de modo unilateral. d) Un GESTOR. existen algunos servicios públicos, que por la naturaleza misma de las actividades que comprenden, únicamente el Estado está en capacidad de organizar y prestar directamente. Tales por ejemplo como el servicio de policía, la justicia etc. Pero como lo expuso anteriormente hay servicios públicos que pueden ser prestados por personas privadas. Por ejemplo, transporte, educación etc.

**CARACTERES ESPECÍFICO DEL SERVICIO PÚBLICO.**- De los tratados consultados sobre la materia, el doctor Rafael H. Paraja, es que más expone con profundidad al tema de las características específicas al servicio público.

De lo expuesto anteriormente, podemos decir que las principales características son los siguientes:

**EL FIN SOCIAL O SOLIDARISTA DEL SERVICIO.**- Este no puede ser organizado con el fin de lucro o de ganancia, sino todo lo contrario con el de prestarle servicio a la colectividad; por eso se diferencia de los negocios privados, en los que el fin perseguidos por estos es el de ganancia o lucro. Hay empresas organizadas en tal forma que aparentemente constituyen servicios públicos, pero bajo esa apariencia secondan el ánimo de lucro, de modo que el fin que persiguen no es el de la solidaridad humana, fin este perseguido por el servicio público, hasta al punto que hay servicios de los prestados por el Estado directamente o sea de los primarios, que le dejan pérdidas y tienen que sostenerlos, porque satisfacen necesidades colectivas que el estado está obligado a sostener, tales como los de policía, higiene, asistencia pública etc; estos servicios son prestados gratuitamente por el Estado, quien a su vez los cobra al público por medio de contribuciones de carácter general e indirecto. Hay servicios organizados y prestados por el Estado al costo, es decir que los usuarios pagan el mantenimiento del servicio, tales como los de correos y telégrafos, también hay servicios pagados por el Estado de carácter industrial, que le dejan beneficios pero estos no constituyen su finalidad, sino que son medios de los que se valen los Estados para pagar aquellos servicios de carácter primario que causan erogaciones y que el Estado está obligado a sostener, como ejemplo: puede citarse el ferrocarril, que está organizado como una empresa privada pero esto no le quita el carácter de servicio público, porque se presta con criterio social, como el de fomentar el desarrollo económico en la región. Estos servicios si dejaren ganancia, no se reparten en la misma forma que lo hacen las empresas privadas, ellas pasan a poder del Estado para satisfacer sus necesidades de carácter general lo que se tiene en cuenta al prestar el servicio es el fin de ayudar a la colectividad, cosa que es de la esencia del servicio público.

EL SERVICIO PÚBLICO TIENE UN CARÁCTER OBLIGATORIO: Es decir, que puede usarlo todo el que quiera y esté en condiciones de hacerlo. De aquí se deduce que quien está encargado de prestarlo y no lo presta o lo presta mal, está en la obligación de reparar el daño causado al lesionado, esto siempre y cuando se encuentre en condiciones de hacerlo cumpliendo la ley que lo regula.

EL PÚBLICO EN GENERAL ESTA EN EL MISMO PLANO DE IGUALDAD ANTE EL SERVICIO. Este carácter es lo dà la ley, no puede haber privilegios tratándose de servicios públicos. Todos los ciudadanos con igualdad ante él, no puede haber diferencia a favor de unos u otros, todo el que lo ocupe llenando las condiciones reglamentarias, tiene el derecho de ser servido; cosa distinta se observa en los negocios de ca-  
racter privado.

TODO SERVICIO PÚBLICO TIENE UN CARÁCTER DE IMPERIO O FUERZA PARA PODERSE IMPONER EN CASO DE RESULTAR EN CONFLICTO CON EL INTERÉS PRIVADO. Debido a ese carácter de imposición de que goza el servicio público conlleva la facultad de expropiación de la propiedad privada, cuando sea el caso para la mejor marcha de aquél. De esta prerrogativa no gozan los empresas de carácter privado, no pueden jamás expropiar por ninguna causa, porque su finalidad es distinta a la que persiguen los servicios públicos, que es la utilidad pública. En estos casos las expropiaciones que se hagan deben ser indemnizadas de acuerdo con la constitución y las leyes, menos cuando de la instalación del servicio público resulte beneficio al que sufrió la expropiación, siendo de este modo injusto imponerle al Estado una indemnización, porque ya ha quedado compensado el perjuicio con el beneficio.

Una de las principales características del servicio público es la de ser modificable en su parte legal y reglamentaria, <sup>por</sup> parte

del Estado, cuando las necesidades públicas así lo exijan. Esta prerrogativa del Estado, siempre va encaminada a la mejor prestación del servicio, como es la de la regularidad y continuidad del servicio, para que el público pueda obtener más ventajas, ya que en favor de él están constituidos esos servicios. El Estado por este aspecto de la modificabilidad de las condiciones del servicio, el único límite que tiene es el de mayorarlo en beneficio del bienestar general. Cuando esas modificaciones a las condiciones del servicio causen trágicas y el servicio esté a cargo de un concesionario, será necesario y justo darle una reparación. En este caso de la concesión el contrato contiene una parte llamada "Financiera o Contractual", que es inmodificable en teoría, pero que en la práctica se puede modificar por parte de la administración por causas imprevistas. Aquí entra en juego la teoría de la imprevisión.

**TODOS LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESTAN SOMETIDOS A UNA JURISDICCIÓN DISTINTA DE AQUELLA QUE VENTILA LOS NEGOCIOS DE CARÁCTER PRIVADO.** Aquellos están sometidos al régimen del derecho público y estos al del servicio privado, cosa distinta, porque el criterio civilista es muy diferente al criterio con que se juzgan los problemas de derecho público. Aquel es casuístico y todo lo somete a los moldes rígidos de Código Civil, mientras que el derecho administrativo que es el que regula los servicios públicos, es derecho vivo, palpítante, que está en constante movimiento, ya que las situaciones que él regula son de orden público y por consiguiente interesan a todo el conglomerado social. Los conflictos que se presentan en este campo deben ser ventilados por el Concejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

**LA HUELGA ES PROHIBIDA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LÍCITA EN**

LAS EMPRESAS PRIVADAS CUANDO ES LEGAL.- El artículo 18 de la Constitución Nacional. "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio". Este artículo es claro y terminante, no permite la huelga en los servicios públicos, ni en los que administra directamente el Estado ni en los que dirigen los particulares, porque el permitirlo vendría al desorden y como consecuencia la alteración del orden público.

Es de la esencia del servicio público tener una ley que lo regule. A la cual deben someterse tanto quien presta el servicio, como quien se sirva de él; éste debe ser prestado en la forma establecida por la ley o el reglamento. Cuando esto se violado por quien presta el servicio o por quien se sirve de él, el usuario en el primer caso, tiene derecho a que se le repare el daño causado por la violación del reglamento, y en el segundo caso se justifica la negociación de la prestación del servicio por la falta cometida.

Todo bien que se destine a la prestación de un servicio público, por este solo hecho toma el carácter de bien de dominio público, y por lo tanto goza de todas sus prerrogativas.

CREACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.- El origen de los servicios públicos está en las necesidades de los pueblos que no pueden por si solo satisfacerlas, debido a que día a día la vida se va haciendo más complicada con el avance de la ciencia, de la técnica de la industria, de la economía, etc., teniendo por esta razón que recurrir al Estado para que presta estos servicios, quien está obligado a hacerlo en virtud de la mayor fuerza que posee, la que debe ponerle al servicio del progreso de la interdependencia social. De aquí se deduce que solo el Estado pueda organizar los servicios públicos, es decir darle vida jurídica.-

WALINE, citado por el doctor Pareja dice que crear un servicio público es, "Decidir que determinada actividad interesa tanto a la generalidad, que es preciso que la persona administrativa tome en sus manos la tarea de satisfacerlo, para eliminar este riesgo de que no lo sea satisfactoriamente por la actividad privada".

En definitiva, crear un servicio público no es más que decidir que una actividad sometida al derecho privado hasta ese momento, sea regida en adelante por el derecho administrativo, controlada y dirigida por el Estado con el fin de prestarle servicio a la colectividad; o en otras palabras; que actividades ejercidas libremente por ciudadanos, pasen a control del Estado, bajo un régimen de derecho, público con la finalidad de prestar servicios de interés general.

**SUPRESION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.**— Suprimir un servicio público, es todo lo contrario, se dice que determinada actividad controlada por el Estado, ha dejado de tener interés general, y que los particulares puedan ejercerla sin peligro de causar perturbación en el orden público. La supresión de los servicios públicos está a cargo del Estado que es el único competente para hacerlo mediante una norma jurídica.

**MODOS DE PRESTAR LOS SERVICIOS PUBLICOS.**— Existen varios modos de prestar los servicios públicos como son:

1o.) Los prestados directamente por el Estado, en que los encargados de la organización, control y funcionamiento de los servicios son funcionarios públicos; teniendo el servicio un patrimonio escrito, patrimonio éste que hace parte del dominio público del Estado. Este es el más usual de los modos de prestar los servicios públicos.

2o.) Los llamados por administración delegada, que es una modalidad de los servicios públicos administrados directamente por el Estado; es un

sistema intermedio entre la administración directa y la concesión propiamente dicha, consiste en que la obra es ejecutada por un particular pero bajo la dirección y responsabilidad del Estado.

3o.) Los que prestan los establecimientos públicos, que son entidades autónomas con patrimonios independientes y con un personal técnico nombrado total o parcialmente por el Estado.

4o.) Los prestados por los establecimientos de utilidad pública que muestra Constitución Nacional, en el numeral 19 del artículo 120 los ilama "Instituciones de utilidad común". Estos son unca verdaderos servicios públicos, con características sui-generis.

5o.) Los atendidos por las empresas de economía mixta, que están organizadas como empresas de carácter privado, pero que prestan servicios públicos por ser esa su finalidad, y que casi siempre están organizados para proporcionar por el progreso comercial e industrial de una región.

6o.) Los prestados por medio de concesión, que consiste en que un particular llamado concesionario toma a su cargo, por su cuenta y riesgos, la obligación de hacer funcionar por cierto tiempo un servicio público del Estado, bajo el control de este, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en los tratos o derechos que el Estado permite al concesionario cobrar a los usuarios del servicio".

**CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.**.- Atendiendo al territorio, los servicios públicos pueden ser nacionales, departamentales y municipales, habiendo algunos que participan de varios de esos caracteres, teniendo entonces una jurisdicción mixta.

Según las necesidades que satisfagan pueden clasificarse en primarios y secundarios; aquellos son los que el Estado presta directa

mente y que no pueden ser concedidos a particulares como lo son el de policía, el diplomático, el de justicia, etc., los seviciosarios si pueden ser concedidos por no ser de tanta importancia tales los de teléfono, alumbrado, acueducto, etc., en generales y especiales, si todo el público en general puede hacer uso de ellos o solamente aquellos que estan a determinadas condiciones; y en directos e indirectos, según las necesidades se satisfagan directamente, como en el caso de los mercados o en forma indirecta como con los seguros sociales.

De lo expuesto en el capítulo I, y lo tratado en el capítulo II, se dan las bases sobre las cuales voy a desarrollar la doctrina sobre los Contratos Administrativos.

Antes de tratar los Contratos Administrativos, he hablado del Estado Moderno y de los Servicios Públicos, por considerar que estos temas son los que le dan un verdadero sentido al tema principal que a continuación expongo, Los Contratos Administrativos.

Ellos son el producto del progreso del derecho público moderno.

## CAPITULO III LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### TEORIA GENERAL

Una verdad indiscutible es la que el derecho es una ciencia social, y como tal ha evolucionado a medida que la civilización progresó. Desde los tiempos de JUSTINIANO hasta nuestros días, ha andado un buen trecho. En un principio solo existía el derecho privado que regulaba las relaciones entre particulares, más tarde apareció el derecho de gentes, y así sucesivamente fueron haciendo las demás ramas del derecho, hasta llegar al momento presente en que con varias las cinco se divide.

Pues, bien, teniendo en cuenta lo anterior, antiguamente y antes de haberse cuestionado la noción de servicio público, que es sobre la cual se basan los contratos administrativos, los Estados cuando contrataban lo hacían sometiéndose en un todo a las reglas del derecho privado. Pero a medida que fué apareciendo la noción de Estado moderno, y como consecuencia la del servicio público, ha ido apartándose del derecho privado en sus relaciones con los particulares, hasta llegar a regular por medio del derecho público.

Francia es la cuna del derecho administrativo, todos los países

latinoamericanos nutren sus legislaciones con los mismos principios elevados por sus grandes juristas. Fue allí donde nació, a mediados del siglo pasado, a estructurarse la teoría general de los contratos administrativos, para después pasar a nuestros países. Ello tiene su origen en los fallos del consejo de Estado francés. Aquí en Colombia nuestra legislación acepta casi todos los principios del derecho administrativo francés. Por estos el exponer los principios generales de los contratos administrativos, no se basan en los textos del Código Civil sino en "las ideas generales que justifican estos textos". Para mayor comprensión de esta noción, voy a transcribir lo que dice GASTON JEZE sobre el particular: "En derecho público francés no se aplican los mismos textos del Código Civil o de las leyes de derecho privado, que establecen las mencionadas teorías generales; se tiene en cuenta únicamente las ideas generales que justifican estos textos al mismo tiempo que las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos."

"Es éste el servicio esencial, que domina todo el derecho público francés, y, por consiguiente, los problemas de la colaboración oferida de los particulares en el funcionamiento de los servicios públicos". (GASTON JEZE, principios generales de derechos administrativos. Volumen III. Pag. 171).

Más adelante explica como se ha elaborado ésta principio, lo cual veo también pertinente transcribir; con sus palabras: "Las leyes y reglamentos aplican muy raramente, por si mismo, el principio fundamental. Es la jurisprudencia del consejo de Estado la que, por sus pronunciamientos concretos, ha elaborado paulativamente y continúa elaborando el régimen jurídico aplicable, no sin contradicciones, vacileaciones y desviaciones. Es ésta la teoría de los contratos administrativos". (JEZE -

sobre cit. pag. 312).

Las palabras del ilustre tratadista no relevan de hacer una síntesis del principio general que dominan los contratos administrativos; así en esos dos párrafos está condensada en forma clara y llana toda la teoría de los contratos administrativos desde el punto de vista moderno.

**COLABORACION DE LOS PARTICULARS EN LA ADMINISTRACION.**— El Estado para asegurar el funcionamiento continuo y regular de los servicios públicos, cosa que es su fin, frecuentemente solicita la colaboración de los particulares o la acepta cuando éstos último la ofrecen. Esta colaboración puede ser de dos formas: voluntaria o forzosa. De esta última no me ocuparé por no ser objeto de este trabajo.

Cuando los particulares aceptan las propuestas hechas por los gobiernantes, o éstos le da éstos, se celebra entre ellos un contrato, que bien puede ser de obras públicas, suministro etc. Esta colaboración de los particulares con el Estado, para asegurar el funcionamiento del servicio público, es voluntaria, que es la de que me voy a ocupar en el presente.

**DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS FORMAS DE COLABORACION VOLUNTARIA.**—Antes de seguir adelante conviene decir que existen dos formas de colaboración voluntaria, entre las cuales hay una diferencia, que es la que quiero destacar aquí.

A simple vista parece que nada más existiere una sola categoría, el contrato. Ello por que se piensa que en toda colaboración voluntaria existe un acuerdo de voluntades. De un lado un agente público y del otro un particular que se ponen de acuerdo sobre un acto de colaboración voluntaria.

Sin embargo, creer que todo acuerdo de voluntades es un contrato es un error. "Todo contrato es un acuerdo de voluntades, pero todo acuerdo de voluntades no es un contrato". (JEZE. obra cit. pag. 165).

Para que existe contrato no sólo es necesario que haya acuerdo de voluntades, sino otras condiciones como las siguientes:

- 1º) Las voluntades deben emanar de partes oponentes, el contrato es un acuerdo bilateral de voluntades;
- 2º) Las partes deben querer crear una situación jurídica;
- 3º) La situación jurídica así creada debe ser una situación jurídica individual, y no una situación general.

Entre el Estado y los funcionarios públicos que prestan sus servicios en forma voluntaria, hay un acuerdo de voluntades, pero no un contrato, su situación jurídica no es individual, sino una situación jurídica general e impersonal, están sometidos a un Estado legal y reglamentario. De aquí se desprende lo dicho anteriormente, que todo contrato es un acuerdo de voluntades, pero que todo acuerdo de voluntades no es un contrato. Entre estos dos formas voluntarias de colaboración de los particulares con la administración pública, existe nada más un elemento común, el acuerdo bilateral de voluntades; en lo demás se diferencia en todo.

**DEFINICION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**- Los actos celebrados entre el Estado y los particulares, con el fin de organizar o hacer funcionar un servicio público, se han denominado en la terminología jurídica con la expresión de **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**. Pero es el caso

que si hace un análisis de esos actos, no concuerdan en un todo con la noción clásica de los contratos. Lo primero que se nota es que el principio de la autonomía de la voluntad, no opera, es decir, no tiene vigencia en esta clase de actos, quedando anulado por la ley, lo mismo puede decirse de igualdad de las partes contratantes, ya que cada una de estas situada en un pleno distinto, el Estado, teniendo como fin el interés general, y el particular su interés privado.

La expresión "contratos administrativos" ha sido muy criticada, habiendo tratadistas que en vista de que estos actos no pueden en forma técnica llamarse "contratos", han optado que se le denomine de otra manera. El profesor PAREJA, comentando esta expresión, cita las palabras de MAURICIO, quien dice que el término perdura por "hábitos de lenguaje y hábitos de espíritu".

El doctor SARRIA, sobre el particular, se expresa de lo siguiente: "En efecto, los gobernantes para la eficaz prestación de los servicios públicos a ellos encomendados requieren la intervención de particulares mediante el perfeccionamiento de ciertos actos jurídicos a los cuales ha sido costumbre denominar "contratos administrativos". Pero lo cierto es que si estudian a fondo tales actos, bien pronto se advierten que ellos no cumplen los indeficientes requisitos que los civiltistas, clásicos y modernos, señalan para el contrato; la igualdad de las partes contratantes, la no alteración unilateral de las cláusulas. Se debe precisar sus características, ya se insiste en calificarlos como "contratos administrativos", o bien sea que se le otorgue otra denominación". (EUSTOR-GID SARRIA pag. 313).

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, pero a dar las definiciones de dos eminentes tratadistas de derecho administrativo:

El doctor PAREJA dice: " Contrato administrativo es aquel que la administración pública celebre en interés directo de un servicio público, para su organización o para su funcionamiento, o en interés de un fin de utilidad pública, conforme a normas del derecho administrativo y sobre bienes o cosas del dominio público. (Obra cit. pag. 384).

Por contrato administrativo se entiende, dice el profesor JEZE, los "celebrado por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, que se rigen por las reglas especiales, distintas de las que se aplican a las relaciones de los particulares entre sí. (obra cit. pag. 312).

Las definiciones transcritas concuerdan en dos elementos que son esenciales: a) que el contrato se celebre para la organización o el funcionamiento de un servicio público; y b) que el régimen jurídico el cual está constituido sea también de derecho público. En lo demás no coinciden, cosa que a mi parecer son adjuntas, pero en el fondo son idénticas las definiciones.

**REGLAS ESPECIALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**— Los contratos administrativos como lo sabido, se rigen por reglas especiales, las cuales se relacionan con:

- a) La fuerza de ellos;
- b) La fuerza coercitiva de la administración para obtener la debida ejecución de la prestación convertida, mediante intimaciones unilaterales.
- c) Las facilidades de que gozan los contratantes de la administración para el mejor cumplimiento de sus obligaciones contractuales;

d) Las competencias de los tribunales administrativos para dirigir las controversias que surjan entre la administración y los contratantes; y.

e) El régimen de derecho público al cual debe someterse todas las relaciones de la administración con los particulares.

A esta regla deben someterse imperativamente todas las relaciones contractuales de la administración con los particulares, desde las más simples hasta la más compleja, desde el contrato de suministro hasta el contrato de concesión de servicios públicos, por que de no someterse contrarien el régimen jurídico al cual pertenecen, que es el de derecho público, por que el derecho privado no permite en términos generales deducir las anterioras reglas.

De acuerdo con la doctrina clásica del Estado, estas reglas no son aplicables a todas las relaciones contractuales del Estado.

**CARACTERES DOMINANTES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**— La noción de los servicios públicos es la base fundamental sobre lo cual se asientan los contratos administrativos, así como también el régimen especial de derecho público al cual se encuentran sometidos por su misma naturaleza. De aquí se deducen los dos caracteres dominantes de los contratos administrativos la noción de servicio público y el régimen especial de derecho público.

Todo contrato administrativo es celebrado con el objeto de organizar o hacer funcionar algún servicio público, no lo crea así JEZE quien dice, que hay contratos celebrados por la administración con el pro-

posito de asegurar el funcionamiento de un servicio público que no son contratos administrativos. Escribió él: "Por lo tanto, entre los contratos concluidos con el propósito de asegurar el funcionamiento de un servicio público, hay dos categorías:

1a.) Los contratos ordinarios regidos por el código civil:

2a.) Los contratos administrativos, sometidos a las reglas especiales del derecho público, todos los cuales se recogen en fórmula fija: El contratante no está obligado únicamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con relación a otro particular; deberá interpretarla de que sus obligaciones se extiendan a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiste en colaborar. La administración, por su parte, estará obligada a indemnizar al contratante en caso de que la explotación de estas obligaciones le causare un perjuicio especial, que no podía razonablemente prever en el momento de contratar.

No entiendo eso de que el Estado pueda contratar para asegurar el funcionamiento de un servicio público, sin que sean contratos administrativos en todo lo extensión del vocablo; y menos de que esos contratos estén regidos por normas del Código Civil. En mi concepto, todo contrato que celebre el Estado que incida directamente (todos inciden), sobre la organización o el funcionamiento de un servicio público, es contrato administrativo, porque de acuerdo con la teoría del Estado moderno, éste no puede contratar en otra forma, - ya puestos los tiempos en que el Estado era limitado a los personas naturales o naciones, teoría ésta que permitió que el Estado, en

cierto caso, se rigiere en sus relaciones contractuales por el derecho privado, lo mismo que lo hacian los particulares.

En el servicio público es imposible que esté sometido a las normas del Código Civil, por ser éstas muy rígidas y no permitir la flexibilidad que aquél necesita. El servicio público y las normas del Código Civil se excluyen.

Del mismo poder de JEZE, en LEON BLUM, comisario del gobierno francés, quien, refiriéndose al mismo tema, sostiene que el Estado puede contratar en la forma de los particulares; además dice que para reconocer un contrato administrativo, hoy que estamos más a la naturaleza del contrato que a su objeto. LEON BLUM citado por JEZE dice: "Cuando se trata de contrato, no es necesario determinar con qué objeto se celebra el contrato, si no lo que es el contrato por su misma naturaleza... No basta que el suministro, que es el objeto del contrato, debe ser utilizado de inmediato para el servicio público; es preciso que este contrato, por sí mismo, y por su propia naturaleza, sea de aquellos que pueden celebrar una persona física, es decir que sea, por su forma y su contexto, un contrato administrativo....."

No se trata de determinar si el suministro es destinado o estará destinado a un servicio público, o si el contrato considerado en sí mismo, presenta o no los caracteres del contrato administrativo. Los caracteres del contrato administrativo no difieren de precisar. Sin embargo refiriéndose a nuestras más recientes decisiones, puede decirse que el contrato administrativo es el que permanece influido y teñido en cierto modo por el servicio público

en vista del cual se ha incluido, el que, por consiguiente creyendo erróneamente que existe entre el proveedor y el servicio público un contrato, cualquiera que sea, entre el proveedor y el servicio público en cuyo interés se ha celebrado en el primero. Aunque un contrato de suministro sea un contrato administrativo, es preciso, pues, que participe, poco que sea, de lo characteristico del contrato de obras públicas o del contrato de concesión; es necesario que establezcan relaciones precisas y constante del proveedor o de sus agentes, con el municipio al caso, se trataba de un contrato de suministro municipal, o con el público. Es preciso que sea el proveedor, en cualquier medida, con la gestión del servicio. Pero cuando, por el contrario, la sola intervención del proveedor en el servicio público es la entrega misma, cuando el contacto entre el municipio y aquél no se prolonga después de dicha entrega, cuando el contrato, en una palabra no establece entre el municipio y el contratante relaciones diferentes de las que se establecen entre un particular y un comerciante cualquier, siempre que el contrato se celebre en las condiciones habituales del comercio, nos hallaremos en caso en que el municipio, habiendo obrado del mismo modo que un simple particular, se halla sometido a las mismas reglas y a las mismas jurisdicciones.

En términos generales no comparto la tesis de LEON BLUM, cuando dice que los contratos son administrativos por su naturaleza y no por su objeto; a mi juicio, todo contrato que celebre el Estado es administrativo, porque éste lo celebra en interés directo o indirecto del servicio público, que es su fundamento.

En apoyo de mi tesis citó a un eminente tratadista Colombo-nio de derecho administrativo el doctor SARRIA, quien dice:

"El contrato administrativo no puede concebirse sino en función de la noción de servicio público, o en otros términos la administración, los gobernantes, únicamente pueden contratar como tales para asegurar la prestación de los servicios públicos, así se trate los más insignificantes de los actos. Por esta razón no se concibe lógicamente que tales gobernantes unas veces celebren contratos de tipo administrativos y otras veces celebren contratos de "derecho privado". Esta dualidad es absurda frente a la finalidad excluyente del contrato administrativo el servicio público. Por lo demás su abandono es evidente.

En los contratos administrativos el lucro no tiene cabida, sólo que si es de la índole de los contratos civiles o privados. Al contratar la administración no pura o debe derivar ningún provecho distinto del de la eficacia el servicio público, y en aquellos quedan ten la imposición de tasas a los usuarios, deben procurar que estas sean, cada vez más reducidas hasta poder llegar a su eliminación más completa".

**CONDICIONES ESENCIALES PARA LA FORMACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**-Los contratos administrativos, como todos los actos jurídicos, necesitan para su formación ciertas condiciones esenciales, las según JEZE, son las siguientes:

- 1) Un acuerdo de voluntades entre la administración y el particular contratante;
- 2) Ese acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de una cosa o de servicios personales, mediante una recompensación.

30) La prestación a que está obligado el particular tiene por finalidad asegurar el funcionamiento de un servicio público;

40) Los partes contratantes al celebrar el acuerdo de voluntad, por una cláusula expresa, por la forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial de derecho público. A su vez la administración ha querido este régimen jurídico especial. Además, el particular al someterse voluntariamente a este régimen especial, ha renunciado prevalecerse de las reglas de derecho privado, para la determinación de su relación jurídica.

#### DECLARACIONES DE VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.-

Cuando los gobernantes solicitan la colaboración de los particulares para la organización o funcionamiento de los servicios públicos y éstos la prestan, y cuando los particulares la ofrecen y los gobernantes la aceptan se forma entre ellos un acuerdo bilateral de voluntades, que si lleva determinadas condiciones, se perfeccionan los llamados contratos administrativos.

Estos contratos, para que surjan a la vida jurídica, además de las condiciones anotadas, necesitan de otros requisitos, como son: el de competencia del agente público de quien emana la manifestación de voluntad y el de que su voluntad sea libremente expresada; el del objeto que sea posible y lícito; y por último, que lo motivo que lo inspiren también sean lícitos.

En derecho privado los requisitos esenciales para que una persona se obligue a otra, son los siguientes:

10) Que sea legalmente capaz;

- 20)Que consista en lo dicho o declaración y su consentimiento no adulterca da vicios;
- 30)Que recaiga sobre un objeto lícito; y
- 40)Que tenga una causa lícita.

En apariencia estos requisitos son exactamente los mismos que requieren en derecho público.

Se pecaría de exagerado o es constatar un grave error sostener que los regímenes aplicables en derecho público son absolutamente opuestos o idénticos a los que dominan el derecho privado. Entre ellos existen diferencias muy importantes, la que enotaré más novedosa en la ejecución sintética del régimen jurídico general de las manifestaciones de voluntad en el derecho público.

En el régimen jurídico general de los actos de voluntad en derecho público, comprende varias teorías, a saber:

- 10)La teoría de la competencia y de la capacidad;
- 20)La teoría de los vicios del consentimiento;
- 30)La teoría del objeto;
- 40)La teoría de los motivos determinantes; y
- 50)La teoría de las formalidades.

Por ser de mucha importancia el estudio y conocimiento de estas teorías underinas del derecho público, voy hacer resumen de ellas siguiéndose el pensamiento de GAUTON JEZE;

TEORIA GENERAL DE LA COMPETENCIA EN DERECHO PUBLICO.-En derecho público, es condición indispensable para que los actos jurídicos ejecutados por los agentes públicos produzcan efectos jurídicos, que los agentes sean competentes para realizar el acto. Además es también necesario que el particular sea capaz de celebrar el mismo acto, porque de lo contrario se vicia de nulidad. La competencia del particular y la competencia del agente público, tienen la misma naturaleza jurídica; ellas son situaciones generales, que consisten en el poder legal de realizar actos jurídicos.

Los agentes públicos están sujetos a un régimen especial, con respecto a su competencia, al cual no están sujetos los particulares en lo que se refiere a su capacidad. La competencia de los agentes públicos está delimitada expresamente en el derecho positivo. De donde se deduce que todas las ideas generales que inspiran el régimen de la capacidad de los particulares, son aplicables para el buen funcionamiento y la continuidad de los servicios públicos.

Respecto a la teoría de la competencia hay varias reglas; expongo algunas de las más importantes;

**PRIMERA REGLA.**-Los agentes públicos no tienen la libertad de ejercer más allá su competencia. Ellos, por el papel que desempeñan dentro de la administración pública, están en la obligación inneludible de ejercer su competencia que el interés público así lo exige. Hay ocasiones en que el derecho positivo les impone el deber de ejercer su competencia en determinado sentido cuando se cumplen ciertas condiciones de hecho, no pudiendo hacer lo contrario aún cuando su opinión personal sobre la oportunidad del acto no sea esa. La situación del particular es muy

distinta, si tiene plena libertad de ejercer o no ejercer su capacidad sin más guía que su interés personal, su conciencia o sólo su capricho.

Entre la actividad del agente público y la del particular existe una fundamental diferencia. Para mejor comprensión ilustraré la teoría con un ejemplo: Supongamos que existe una ley que dice todo o menos lo siguiente: "Todo individuo que haya cursado cierto curso escolarario superior y obtenido el título correspondiente de maestro de acuerdo con el reglamento del plantel, tiene el derecho a ocupar un puesto de maestro, cuando éste esté vacante y él se solicite". En este caso el agente público o director del servicio, no puede rechazar la colaboración voluntaria del solicitante alegando cualquier motivo. "El agente público tiene el deber jurídico de ejercer su competencia al proceder al nombramiento, con cuento estime que la colaboración de este candidato es indispensable. Se quita a la autoridad que tiene la competencia de nombramiento toda facultad de apreciación de individuo. Este poder ya no tiene su significación ordinaria, lo contrario que muestra ya no tiene el poder de obligar a los colaboradores, o los individuos que ocupan la función.

Esta elección no lo hace la autoridad que nombra, solo tiene una facultad: decidir si va designar a un titular para determinada función y fijar el momento en el que se efectuará el nombramiento". (JZEE, obra cit., pag. 190).

Lo expuesto anteriormente, se refiere al caso en que el agente público tiene su esfera de competencia delimitada por el derecho positivo; que en un principio esta competencia estaba limitada al derecho positivo, esto no quiere decir que no pueda ser discrecional.

Examinando el caso de la competencia reglada , es decir, cuando una disposición expresa del derecho positivo la consagra, y por consiguiente el agente público no puede actuar en otro sentido sino en el indicado, por el buen funcionamiento del servicio público, pasamos a otra faz de la competencia, llamada discrecional, pero no entendiendo el vocablo "discrecional" en su sentido lato, sino en uno limitado.

Pues, bien, los agentes públicos cuando están investidos de la competencia discrecional(excepción a la regla general que es la de tanerla circunscrita a un radio de acción), no pueden obrar como lo haría un particular haciendo uso de su capacidad, porque ésta no está sometida a las mismas reglas que aquella.

"El ejercicio de la competencia discrecional del agente público está dominado por el principio fundamental de que la competencia sólo lo puede ejercerse en interés del buen funcionamiento del servicio público".

Como es fácil observar, hay una gran diferencia en el ejercicio de la competencia discrecional del agente público y el ejercicio de la capacidad del particular; el agente público está en la obligación de obrar, es decir, de ejercer su competencia en interés del buen funcionamiento del servicio público, manera distinta como puede ejercerse su capacidad el particular; este puede ser guiado por su interés personal, por su conciencia y aún más ,por su capricho, todo lo cual nos pone de presente la gran diferencia que existe entre la teoría de la competencia de los agentes públicos y la de la capacidad de los particulares en lo

46

una prima un interés público y en la otra uno de interés privado.

Anteriormente infuistré con un ejemplo el caso de la gente pública cuando el ejercicio de su competencia está limitado por un texto positivo, ahora hago lo mismo refiriéndome al ejercicio de la competencia, pero en forma discrecional de los citados agentes públicos; esto para que se haga más clara la exposición de la teoría.

Supongamos la hipótesis que un texto positivo confiere al jefe de un servicio público competencia para cerrar la lista de aspirantes de un concurso, lo cual le da poder para no inscribir dicha lista a la persona o personas que él quiera. Este poder es discrecional. Pero, significa esto que jefe de servicio puede descartar a determinado aspirante por cualquier motivo?. Si se tratase del ejercicio de la competencia, la respuesta a la pregunta anterior sería afirmativa, pero tratándose del ejercicio de competencia, hay que contestarla en forma negativa. Es verdad que la gente pública goza de ejercicio de la competencia en forma discrecional, pero esto no lo autoriza para que lo ejerza como lo hace los particulares con la capacidad, él tiene que actuar mirando como norte el buen funcionamiento de l servicio público, de lo contrario comete un exceso de poder. Cuando un agente público esté investido del ejercicio de la competencia discrecional, solo puede hacer uso de ello para asegurar el buen funcionamiento del servicio público.

"Cuando se ejerce por un motivo distinto al interés, el agente público comete un exceso de poder, siendo irregular el acto jurídico".

Anotado lo anterior, no es exacto decir que "el Gobierno esté en libertad de elegir sus funcionarios". Esta fórmula frecuentemente usada por los agentes públicos, ya no responde al derecho público actu-

al.

LA COMPETENCIA DE LOS AGENTES PÚBLICOS ESTÁ DIVIDIDA.-  
Se asbida es que en derecho privado, la capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción. De este principio se deduce que todo individuo puede realizar, por si sola todos los actos jurídicos, salvo que la ley decida expresamente lo contrario. Para corroborar el principio expuesto citó ejemplos tomados de la legislación privada Colombiana: "Será capaz y digna de sujeción toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o digna". (Artículo 1010 del código Civil)/ "Todos parecen ser legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". (Artículo 1503 del Código Civil).

Eso sucede en el campo del derecho privado tratándose de la capacidad, pero en campo del derecho público y tratándose de la competencia, la regla es distinta:

13) El agente público no puede ejercer sus competencias en una forma ilimitada, ella solo existe para las materias que la ley la ha organizado.

27) Cuando se trata de actos jurídicos importantes, es una regla que un agente público sea el único competente para celebrarlo: es necesaria la colaboración de varios agentes.

Hablando desde un punto de vista jurídico y además circunscribiéndose al campo del derecho público, no puede existir autoridad pública que tenga competencia de hacer por si sola todos los actos jurídicos que tiene que realizar un Estado.

La competencia es especial para todos los agentes públicos

desde dos puntos de vista:

1º) Se divide según las materias, en los actos jurídicos que forman parte de la competencia;

2º) Para la celebración de un mismo acto jurídico, se divide generalmente entre varios agentes.

Por lo expuesto se puede observar claramente la oposición que hay entre el derecho público y el derecho privado en este punto; de acuerdo al primero el agente público no puede "por si solo" realizar todos los actos jurídicos cuando éstos son de cierto importancia mientras que de acuerdo al segundo, el particular tiene capacidad de realizarlos si la ley no se lo prohíbe.

Siempre que un agente público celebre un acto jurídico, debe tenerse en cuenta una doble cuestión:

a) El agente es verdaderamente competente para realizar el acto?

b) En la celebración de dicho acto han intervenido todos los agentes entre los cuales se reparte la competencia para celebrarlo?

Esta es, en síntesis, la regla de separación de las funciones, entre los agentes públicos. Con ella se consigue asegurar automáticamente el funcionamiento de los servicios públicos en interés general; además, en esta forma de pueden estudiar con más detallamiento y cuidados los negocios sometidos a su competencia, saliendo garantizados el buen funcionamiento de los servicios públicos y también la colectividad que se sirve de ellos; porque es cierto que un agente público cuando tiene stri-

buidos a su competencia muchos y varios negocios, no puede atenderlos con la debida diligencia y cuidados que ellos requieren. Mirando la cuestión desde otro punto de vista, hay que evitar el predominio del interés personal de determinado agente público sobre el interés general.

"La justificación de esta organización especial de la competencia de los agentes públicos por oposición a la capacidad de los individuos, es la idea fundamental que se encuentra a cada instante en derecho público, la necesidad de asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos".

**LA COMPETENCIA DE HECHO.**- En derecho público existe una teoría muy importante y de aplicación bastante frecuente, teoría que en derecho privado tiene un papel un poco restringido. Esta teoría es la de la competencia de hecho, de la función de hecho.

Hay casos en que un individuo ejerce funciones públicas sin estar regularmente investido de ella, en interés de los servicios públicos. Caso es natural, esos efectos jurídicos ejecutados por ese individuo, producirán sus efectos jurídicos como si emanaran de un agente público regularmente investido.

Este caso se ha presentado aquí en Colombia, en época normal, porque en época de anomalía jurídica es en otra forma, lo que estudiaremos más adelante.

Pongo por ejemplo el siguiente: "Un individuo es nombrado por un tribunal Superior de Distrito Jurídico para desempeñar el cargo de Juez Municipal, no llenando el nombrado los requisitos legales para poder serlo. Posteriormente, su nombramiento lo anulan". Esto no obstante

pero que los actos realizados por él sean válidos, ellos producen sus efectos jurídicos. Las sentencias que dictó son válidas. Los matrimonios que celebró también son válidos.

En época de anomieidad—y con esto me refiero a la jurídica, política, social, etc.—los individuos que ejercen la competencia en una forma no regular, la han adquirido de un modo distinto a la adquirida por el otro individuo en época normal, que bien puede ser por una auto-imposición, por determinación del grupo social que lo rodea, o por otras razones, lo que para el caso no tiene mucha importancia para funcionar los servicios públicos esenciales y realizar los actos jurídicos que si emanaran de agentes públicos regularmente nombrados.

Estos son los llamados Funcionarios de Hecho, en contraposición a los funcionarios de derecho.

Los servicios públicos por la función que desempeñan en la sociedad, presentan a ésta un servicio vital, por lo tanto tienen que funcionar regularmente y sin interrupción: la continuidad de los servicios públicos es una necesidad social de primer orden. Por consiguiente, tratándose de época normal los servicios públicos no funcionarían en forma regular y continua, si el público le exigiera a los individuos que están regularmente investidos de la función, la justificación de la autenticidad de su título. Si esto fuese así, verría al discordia, la anarquía, los litigantes exigiéndole a los jueces que justifiquen el ejercicio de competencia, el público a los guardián de del orden y la tranquilidad la misma cosa.

Pero en realidad los hechos suceden de otra manera, los agentes públicos no tienen necesidad de justificar el ejercicio regular de

su competencia. Los litigantes por lo general no conocen a sus jueces, y los gobernados obedecen sin recordar de inquiren la regularidad de la competencia de quien manda. "No podría existir servicios públicos si todo debieran, por su cuenta y riesgo, y, con la auxiliosa de un juzgante ajeno, verificar a cada instante la regularidad de la inscripción de quien se presenta ante él, pacífico y publicamente, con el consentimiento general, como funcionario regular. No podría existir tampoco servicio público si, antes de obedecer las órdenes de los autoridades públicas, los individuos exigiesen algo más que las garantías de regularidad".

En el campo del derecho privado existe una teoría parecida, pero tiene un radio de acción un poco más restringido que la del derecho público; ello es la del propietario sperante, que consiste en que un individuo se presenta al público con las experiencias de titular de un derecho, y la ley avoca a los actos jurídicos ejecutados por ese individuo la atribuye los mismos efectos jurídicos que si lo hubiese realizado el titular verdadero de ese derecho.

No es el momento oportuno de exponer aquella teoría de la posesión de buena fe, lo que he querido es demostrar que existen los dos tipos paralelos, la del derecho público y la del derecho privado, que tienen su fundamento en ideas de necesidad práctica; ideas parecidas pero no idénticas, y que por consiguiente dan nacimiento a reglas jurídicas diferentes.

En ambos campos, tanto en el del derecho público como en el del derecho privado se perfila una doble regla fundamental, que sea:

- a) Todos los actos jurídicos para que produzcan efectos jurídi-

cos deben emanar de individuos investidos regularmente de la copacidid.

b) Los terceros, antes de contratar deben investigar por su cuenta la capacidad jurídica de su cocontratante.

En derecho privado esta doble regla tiene atenuaciones, pero son tanto numerosas e importantes que en derecho público, en todo, aparte de las atenuaciones, que se operan en el derecho privado, hay consideraciones de gran valor que se deben tener en cuenta, como son las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, necesidades éstas que originan atenuaciones frecuentes de la doble regla fundamental.

En derecho privado las razones que limitan o favorecen la atenuación de la doble regla, son entre muchas, las siguientes: necesidades prácticas, de paz social, etc.. No serían posibles las relaciones comerciales si los terceros, antes de contratar la compra de muebles, tuviesen que investigar en una forma detallada y minuciosa - los trámites del derecho del individuo que se presenta como titular del derecho de dominio.

**TEORIA DE LA COMPETENCIA "PRATIQUE TERRITORIAL".** - Los agentes públicos jamás pueden comprometerse jurídicamente a ejercer o no su competencia, cuando de dicho compromiso pueda resultar entorpecimiento al buen funcionamiento de los servicios públicos.

En derecho privado no sucede esto, los particulares son absolutamente libres para ejercer o no su capacidad en un sentido determinado; la única limitación que se les impone es la de lo moral,

el orden público y las buenas costumbres; por lo demás pueden hacer del ejercicio de su capacidad jurídica lo que quieren y es perfectamente lícito. De ahí viene que muy excepcionalmente se presenta el caso de que una obligación de hacer o no hacer derecho privado, no tenga valor jurídico. Es muy común el hecho de que un individuo se comprometa, por ejemplo, a no casarse para recibir un legado que le han dejado con esa condición; caso tal que se case, su matrimonio es nulo, pero en cambio violó la obligación de no hacer, teniendo como consecuencia jurídica la revocación del legado.

En derecho público el compromiso de un agente público de ejercer o no ejercer su competencia, muy raramente tiene valor jurídico; porque es cosa bien sabida que la competencia está organizada y debe ser exclusivamente ejercida en vista del buen funcionamiento del servicio público, y por consiguiente un funcionario público no puede comprometerse a ejercer su competencia en uno u otro sentido para un tiempo futuro, porque la apreciación del correcto funcionamiento del servicio público no puede hacerse con mucha antelación, esa apreciación depende de las circunstancias del momento. De donde se desprende, que si el compromiso contraído con antelación por el agente público con respecto a un individuo, de ejercer o no su competencia, obligase a la Administración, el correcto funcionamiento de los servicios públicos podrían verse perturbados. Esta es la razón por la cual los compromisos jurídicos de los agentes públicos de ejercer o no su competencia en un tiempo futuro, no tiene valor jurídico casi nunca. Tal es el sentido de lo que en derecho público se denomina teoría de la competencia "Ratione Temporis".

TEORÍA DE LOS VÍCIOS DEL CONSENTIMIENTO.- Tanto en derecho público como en derecho privado los acuerdos bilaterales de voluntades, suponen como cosa condición esencial que el consentimiento de las partes se ha manifestado en forma libre y espontánea. Por consiguiente, todo hecho que se presenta de manera tal que, si no hubiese existido, no se habría dado el consentimiento, representa un vicio del consentimiento. Entre en el caso del dolo, del error y de la violencia, que tiene aplicación lo mismo en derecho que derecho privado, pero no con la misma rigidez, porque en derecho público sólo se hace uso de las ideas generales que dominen esos principios.

A veces en derecho público o en derecho privado el dolo, el error y la violencia no son vicios del consentimiento; para que lo sean se necesita como condición indispensable que los hechos tengan tal magnitud que, si ellos no hubiesen existido, el consentimiento no se habría manifestado. De donde se desprende que el dolo sólo es un vicio del consentimiento cuando los motivos dolosos han sido tan notorios que, si no es por ellos, la persona víctima no habría consentido. Existe error y vicio el consentimiento cuando recae sobre una cualidad que las partes han considerado sustancial de la cosa. La violencia vicia el consentimiento cuando ha sido tan intensa que la persona que la sufrió no la pudo resistir; el llamado temor reverencial, no vicia el consentimiento. Todo esto en las relaciones entre particulares, es decir, dispensadas por el derecho privado, como también en las relaciones de derecho público. Mín a menos lo mismo como se resuelven estos problemas en derecho privado, se resuelven en derecho público, de ahí que las ideas generales que inspiran esas soluciones no sean contradictorias con las necesidades del correcto funcionamiento de los servicios públicos. Consecuencia gene-

ral, puede decirse que a los vicios del consentimiento tanto en derecho público como en derecho privado pueden aplicarse las mismas soluciones, porque entre los dos campos casi no hay diferencia.

**TEORIA DEL OBJETO.**— Todas las manifestaciones bilaterales de voluntades tanto en derecho privado como en derecho público, deben recaer sobre un objeto posible y lícito. Éste tiene en ambos campos casi las mismas limitaciones, siendo en el derecho público un poco más restringido. En derecho privado solamente la limitan el orden público y los buenas costumbres; en derecho público hay que tener en cuenta, además de las anteriores limitaciones, las del buen funcionamiento del servicio público.

Poco, bien, el objeto de un acuerdo bilateral de voluntades, es la prestación que se cumplirá como consecuencia de una situación jurídica que ha sido creada por un acto jurídico.

En derecho público se aplican más o menos las mismas reglas que rigen en el derecho privado, pero teniendo en cuenta que el acuerdo bilateral de voluntades tiene por objeto asegurar el regular y continuo funcionamiento del servicio público.

Los actos o contratos celebrados por los agentes públicos, en que el objeto de éstos tuviesen como consecuencia la perturbación del regular y continuo funcionamiento de los servicios públicos, serían nulos, su objeto, ilícito, ya que van contra el servicio público que los actos o contratos deben hacer funcionar.

**TEORIA GENERAL DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES.**— Esta es uno de los problemas más debatidos en el campo del derecho privado; desde los tiempos de Roma hasta nuestros días se ha ensuciado mucho papel y

desarrollado bastante tinta sin llegar todavía a una conclusión precisa y definida; tratadistas hay que lo han considerado como "inutil y superfluo".

En derecho público moderno la llamada teoría de los "motivos determinantes", nombre fate con que la llamaré en este trabajo.

Su exposición la haré a través de los tratadistas de derecho público, no sin de vez en cuando ayudarme con los expositores de derecho privado.

A la teoría de los motivos determinantes en general, la intarés resolver en primer término si los acuerdos bilaterales de voluntades son irregulares cuando los motivos que los han determinado son erróneos o ilícitos; pero ante todo, ¿qué es un motivo?.

He ahí la gran cuestión. Para el derecho público son consideraciones de hecho o de derecho las que impulsan a un individuo a realizar determinado acto jurídico.

Para que la exposición sea más clara y se pueda entender mejor, voy a poner ejemplos: Un individuo solicita dinero en calidad de préstamo para comprar una cosa; el destino que esa persona le da al dinero prestado es el motivo determinante del acto jurídico realizado. Un hombre dona a una mujer una casa con el objeto de obtener sus favores o de recompensarla en razón de dichos favores; el motivo determinante en este caso han sido las relaciones íntimas habidas entre ellos.

Por lo expuesto se ve claramente que el motivo determinante es personal, subjetivo; varía según las personas y las circunstan-

CH

cias. Un mismo acto jurídico puede tener infinitud de motivos de terminantes, que bien pueden ser las necesidades de los personas, sus gustos, sus caprichos, etc. Las personas no siempre presentan dinero para adquirir casas, ni tampoco los hombres hacen donaciones para obtener los favores de las mujeres; aveces se presta dinero para negocios, para vestir, para viajar, etc. El objeto de cada uno de los préstamos es el mismo, pero varía el motivo que lo determina.

A. Colin y H. Capitant, en su Derecho Civil, dicen: "El motivo (causa resata) es el motivo personal de cada individuo, variable con cada contratante, que ha inspirado al deudor el deseo de comprometerse, es una razón psicológica, esencialmente personal de cada cocontratante, infinitamente variable, que impulsa a un individuo a contratar".

En derecho público y en derecho privado predomina la idea general de que los motivos pueden influir sobre el valor jurídico de los acuerdos de voluntades, si han sido dominantes de la voluntad de realizar el acto jurídico. Cuando el motivo determinante no existe de hecho o si es ilícito o immoral, la manifestación de los acuerdos bilaterales de voluntad son irregulares. Esta teoría es profundamente subjetiva, en contraposición a la teoría duplicitaria que es esencialmente objetiva.

El profesor GASTON JEZE, en sus Principios Generales del Derecho Administrativo, trae una cita del eminentemente constitucionalista, LEON DUGUIT, referente al motivo determinante, que por ser oportuna la transcribo en seguida: "Cada contratante - dice DUGUIT - quiere tener en su poder. Lehrer un contrato, y tener efectos en este contrato, un des-

Es preciso, pues, determinar primamente el objeto y el fin del primer acto de voluntad, voluntad de celebrar un contrato. Es necesario, luego, determinar el objeto y el fin de cada uno de los actos de voluntad emanados de cada contratante y relativos a la misión que entiende desempeñar en el contrato... En el préstamo..., el prestamista quiere entregar la cosa prestada y convertirse en acreedor, a fin de que el prestatario se convierta en su deudor. Entregar la cosa prestada es el objeto inmediato que persigue; convertirse en acreedor, el objeto mediato; "a fin de que él otro quiera convertirse en deudor" es el fin determinante de su voluntad de desempeñar en el contrato el papel de prestataria. Por su parte, el prestatario quiere dar a conocer su intención de comprometerse a devolver, para que el prestamista le entregue la cosa prestada. La declaración de la voluntad de obligarse es el objeto inmediato que persigue; la obligación de reintegrar, es el objeto mediato; la recepción de la cosa prestada es el fin determinante de la voluntad que tiene el prestatario de desempeñar dicho papel en el contrato. Finalmente ..., es preciso señalar que la entrega de la cosa prestada es únicamente el fin determinante de la voluntad del prestatario de obligarse a reintegrar, y no el fin de la voluntad del prestamista de convertirse en acreedor, y además y sobre todo, el fin determinante de la voluntad de celebrar un contrato de préstamo... Si consideramos el ejemplo de la compra-venta, contrato sinálogmático en enfoque nos revelan las mismas distinciones. Quiero realizar un de compraventa, he aquí el primer acto de voluntad. En esta compraventa, quiero desempeñar el papel de vendedor, es decir, quiero expresar la voluntad de ser vendedor con la intención de convertirme en deudor de la cosa para que el comprador se convierta, respecto a mí, en deudor de precio. La declaración de la voluntad de ser vendedor es el objeto inmediato "a fin de que el comprador se convierta en de-

udor del precio", es el fin determinante del acto de voluntad del vendedor. Si se considera al comprador .. el objeto inmediato es la declaración de querer ser comprador, el objeto mediato, la intención de llegar a ser deudor del precio; el fin determinante, la idea de que el vendedor se convertirá en deudor de la cosa".

En esta teoría el profesor DUGUIT presenta el fin determinante en una forma netamente objetiva, para él, el fin determinante es el mismo para todos los compradores, para todos los vendedores. Según esta teoría el fin determinante no influye para nada en el valor jurídico de los actos jurídicos, en el caso del individuo que hace una donación a una mujer para obtener sus favores, no tiene esa hecho ningún valor; lo ilícito o immoral no tiene ningún significado. No comparto esta teoría, ya que con ella se pueden constar actos ilícitos o morales sin que para ello signifique nada, estoy más de acuerdo con la teoría subjetiva de los determinantes que influye en el valor jurídico de los actos jurídicos.

El mismo profesor DUGUIT, en otro aparte se acerca un poco más a la teoría subjetiva, diciendo lo siguiente : "Es preciso también investigar el fin determinante del acto de voluntad que consiste, no en desempeñar tal o cual papel en un contrato, sino en hacer este contrato mismo. Cuando una de las partes hace un contrato en si mismo con un fin determinante ilícito, este contrato está indudablemente viciado. El fin tiene un papel preponderante en la apreciación del valor social y moral de un acto de voluntad cualquiera. El acto contractual no puede escapar a esta ley. Es imposible omitir la doctrina que afirma, apoyándose en no sabemos qué precedentes históricos que nadie tiense que hacer aquí, o en una estricta interpretación de los textos del Código Napoleón, que el motivo que determina a los partes a contratar escapa a la acción del de-

recho. Cada contratante que quiere celebrar un contrato es determinado por un fin, que es un elemento de su acto voluntario. El objeto y el fin son dos elementos esenciales de todo acto de voluntad. No se puede dejar de lado ninguno de ellos, pues se corre el riesgo de llegar a soluciones que lesionen al mismo tiempo el interés social y el sentido de la justicia".

Más adelante DUGUIT hace una exposición en que aparece claramente expuesto el carácter subjetivo del fin determinante, en contraposición del carácter objetivo del objeto. Son sus palabras: "El fin o motivo determinante no es de ningún modo el objeto, ni inmediato, ni mediato, del acto jurídico, puesto que es simplemente una representación del espíritu, la imagen que se forma el espíritu de aquél que realiza el acto, de la posible realización de otro deseo que puede emanar de si mismo o de otro sujeto. Es esta imagen la que ha determinado la volición. De donde resulta que si el objeto de este deseo futuro o pasado es ilícito, la volición que ha sido determinada por la representación que el espíritu del sujeto se ha formado de ella, es también ilícita. No se puede desear jurídicamente el nacimiento de una situación, para que se haga realizable una violación del derecho. No es necesario decir que es exclusivamente al fin lo que determina el valor del acto, un acto ilícito por su objeto sigue siendo ilícito, en principio, cualquiera sea el fin que lo determina. Pero un acto cuyo objeto es ilícito, es ilícito si el fin que lo determina es también ilícito. El papel del fin en el derecho moderno adquiere una importancia cada vez mayor". Esta es una exposición ~~antagonista~~ del fin determinante de carácter subjetivo, en contraposición a la anterior donde aparece desvirtuado el fin determinante en una forma claramente objetiva. El ilustra su exposición con un ejemplo, que es el siguiente: "Yo prido prestado para jugar y recibir los dineros

que se me prestan con la intención de convertirme en deudor de su devolución. El objeto inmediato del acto jurídico es el recibo del dinero. El OBJETO MEDIATO es el nacimiento de la restitución; el fin es la representación que se ha formado en mi espíritu en el sentido de que, cuando tuviese en mi poder el dinero que se me prestará, podría "jugar". El análisis anterior es exacto, pero se tendrá en cuenta que aquí DUGUIT considera el recibo del dinero como el objeto inmediato del acto jurídico; y no había dicho si el recibo del dinero era el fin determinante?

El profesor DUGUIT concluye su análisis con las siguientes palabras que son terminantes en el sentido de que el fin determinante si influye en el valor jurídico de los actos jurídicos: "No cabe, pues, dudar que el fin es también objeto de la voluntad, objeto del acto jurídico. El fin es objeto de otro deseo completamente distinto del que constituye el acto jurídico y no puede emanar de un sujeto diverso del que quería realizar este acto. Un agente público distituya a un funcionario para vengarse de él, privandole de su sueldo y de las demás ventajas inherentes a su calidad de funcionario. El acto es regular si se considera solamente el objeto inmediato y el objeto mediato. Indudablemente es ilícito en cuanto al fin que lo ha determinado. Este es el fundamento de toda la teoría moderna de la desviación de poder, que no es sino una consecuencia del papel durante mucho tiempo ignorado del fin del acto jurídico y que no tiene nada de particular en el derecho público francés".

Este tema del motivo determinante en derecho público, y de causa, fin o motivo impulsivo y determinante en derecho privado, como los llaman los tratadistas, ha sido y es uno de los problemas más debatidos del derecho sin llegar todavía a una conclusión clara y definitiva. Pero en derecho público tiene una gran importancia la teoría de los motivos

determinantes, hasta el punto de haber dado origen a otra teoría llamada desviación de poder.

TEORIA DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES EN DERECHO PRIVADO.- Anteriormente traté de la teoría de los motivos determinantes en general, ahora quiero hablar de los motivos determinantes de derecho privado, para después pasar a exponerla en el campo del derecho público. Los tratadistas de derecho privado han elaborado distintas teorías para resolver el problema, recibiendo cada una de ellas nombres diferentes; pero el nombre común es teoría de la causa.

Trotaré el tema en una forma sucinta por ser muy extenso hablar de él en detalle, no queriendo decir con esto que el problema no sea importante ni apasionante, sino todo lo contrario. Además, no es oportuno en un trabajo de derecho público entrar a hacer disquisiciones de carácter metafísico que vendrían a no estar a tono con la idea general de la tesis desarrollada, como también se saldría del pleno en que me situo dando un principio, que es el puro sentido jurídico.

Se han formulado varias teorías para explicar este debatido tema de la causa, habiéndose destacado las siguientes:

- 1) Teoría clásica de la causa o del motivo inmediato;
- 2) Teoría de la causa es fin; y
- 3) Teoría del motivo impulsivo y determinante.

Para los seguidores de esta doctrina, la causa estuvo representada por el motivo inmediato que se tiene el contratista, sin darle importancia a los motivos más remotos, ejemplos: Pedro vende a Juan una casa. Entre Pedro y Juan se ha celebrado un contrato de compraventa, contrato bilateral del cual se derivan como ya se sabe, obligaciones para ambas

partes. Para Pedro vendedor, la obligación de entregar la cosa; para Juan comprador la obligación de entregar el precio. ¿Cuál será la causa de las obligaciones contraídas por Pedro y Juan respectivamente?. Por qué se obligó Pedro a entregar la cosa, y Juan a pagar el precio?. ¿Qué motivos los indujo a obligarse en esta forma?. La causa de la obligación de Pedro (entregar la cosa), según los clásicos será LA OBLIGACIÓN de Juan (pagar el precio); la obligación de Juan (pagar el precio), tendrá como causa LA OBLIGACIÓN de Pedro (entregar la cosa). Esto es, las obligaciones se sirven reciprocamente de causa, pero al mismo tiempo, ese móvil que lo ha inducido a obligarse puede tener mil motivos: con el dinero recibido va a hacer un viaje, o a establecer un negocio, o a comprar una casa.

Las consecuencias que se derivan de esta concepción son las siguientes:

- 1o.) Según esta doctrina es forzoso distinguir entre la causa y el motivo, porque la causa tiene importancia jurídica, es un elemento esencial del contrato, coetáneo a su nacimiento, y en cambio el motivo es indiferente al legislador, el cual no tiene por qué contemplarlo.
- 2o.) Siendo la causa el fin próximo del contratante, va a resultar que en contratos del mismo tipo, de la misma naturaleza, la causa es idéntica, la misma; los motivos podrán variar, pero no la causa.

Esta teoría es netamente objetiva, se parece mucho a la teoría del fin determinante, también objetiva, del profesor DIGUIT. Pero se diferencian: lo que la teoría clásica llama motivo inmediato es a su vez causa, y el profesor lo llama objeto inmediato solamente dejando el nombre de fin determinante, para la entrega de la cosa. Para la teoría clásica de la causa el motivo que indujo al individuo a celebrar determinando acto jurídico, no tiene ningún valor jurídico, así que bien puede ser un acto que vaya contra la moral o el orden público, y para ella eso es

es indiferente. Esta teoría pudo tener su aplicación en otros tiempos pero ahora que la sociedad ha avanzado tanto en el terreno de la solidaridad social, es insuperable. Eso en derecho privado, porque en derecho público ni hipotéticamente puede exceptuarse su aplicación. Porque el motivo determinante que induce a los agentes públicos a ejercer su competencia en un determinado sentido es el correcto funcionamiento de los servicios públicos, de ahí que cuando no lo ejerzen en debida forma, sus actos sean nulos, dando origen a la llamada teoría de desviación de poder. Si la teoría clásica de la causa se aplicara en derecho público, tal cual se estructura en derecho privado, los servicios públicos no podrían existir; por eso en derecho público se ha elaborado la teoría de los motivos determinantes.

La teoría de la causa en fin, es elaborada por HENRI CAPITAT, quien critica de poco la teoría clásica, diciendo que lo que es denominada causa, bien podría llamarse fin, porque "la causa no es otra cosa que el fin que persiguen los contratantes".

Para Capitant, "La cause de uno de los contratantes, no es la obligación del otro, sino el cumplimiento de la obligación del otro contratante". Lo que Capitant, llama fin, el profesor DUGUIT lo llama fin determinante, pareciéndose en este aspecto las dos teorías.

La teoría del motivo impulsivo y determinante, es producto de la jurisprudencia francesa y seguida por JOSSEYARD y otros, siendo bastante acogida en el derecho privado moderno por la idea moralizadora que conlleva, porque la moral y el derecho son productos sociales que no pueden andar separados: qué sería del derecho sin la moral?; y también, qué sería de la moral sin la fuerza coercitiva del derecho?.

Pues bien, la teoría del motivo impulsivo y determinante, es o-

puesta a las anteriores, por ser subjetiva; los motivos que inducen a un individuo a ejecutar determinado acto jurídico varían de unos a otros, es imposible enumerarlos en una forma taxativa, tienen por límite las necesidades, gustos, caprichos etc., de las personas. En esta teoría la razón que obliga a un individuo a ejecutar determinado acto jurídico, es el motivo impulsivo y determinante; aquí no hay utilidades metafísicas, sino hechos reales y concretos.

Los tridentistas hacen una distinción entre causa, fin y motivo, siendo según ellos cada una diferente. Son sus palabras:

"La palabra causa hace pensar, en efecto, en algo anterior al acto cumplido, en algo de lo cual es consecuencia este acto, y la palabra fin hace relación a algo futuro, o, a lo más, presente, por que puede suceder que se alcance en el momento mismo de la conclusión del acto, pero nunca se refiere al pasado. Sería preferible para la claridad de las ideas, sustituir la expresión de fin por la de causa. Sin embargo, es preciso aceptar esta última, que está consagrada por el uso."

Mes edelante agregan: "El motivo es la razón contingente subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona hacer un contrato. Así una vende determinada cosa porque tiene necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc.,

Desde el punto de vista metafísico el Dr. Vález Martínez diserta muy bien, y tratándose de una cátedra como en el caso presente, lo hace mejor, pero desde el punto de vista positivo estas utilidades no conducen a nada práctico. Lamenta no estar de acuerdo con él y con el respe-

to debido a un gran profesor se apartó de su tesis.

No comparto la tesis anterior, porque para mí el motivo, el fin y la causa, son palabras distintas respecto a la escritura, pero expresan todas y cada una de ellas, una misma idea.

En las líneas anteriores he resumido el tan llevado y traido problema de la causa en derecho privado; no entré en detalles si no que lo traté en términos generales porque era lo que convenía al plan trazado; de haber hecho lo contrario, este trabajo hubiera resultado ser sobre la teoría de la causa y no sobre los contratos administrativos en el derecho moderno.

**TEORÍA DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES EN DERECHO PÚBLICO.**- La teoría de los motivos determinantes en derecho público están extensa como la teoría de la causa en derecho privado, pero no entrará a exponerla en forma minuciosa por la misma razón que tuve para no hacerlo con la teoría de la causa, pero sin embargo será un poco más elástica con la teoría de los motivos determinantes por considerarla de vital importancia en este trabajo, ya que ella es de la esencia de los contratos administrativos hasta el punto de que no se pueden estudiar éstos sin hablar de ella.

La teoría de los motivos determinantes en derecho público, tiene mucha importancia que la teoría de la causa en derecho privado. En derecho público la idea fundamental es que toda actividad de los agentes públicos y el ejercicio de su competencia, solo pueden tener por motivo determinante el regular y continuo funcionamiento de los servicios públicos ; de aquí se infiere que los interesados pueden elegir que los actos realizados por los agentes públicos en desarrollo

del ejercicio de su competencia, ha tenido por motivo determinante un interés distinto al interés público, dando éste origen a un desenvolvimiento de la teoría de los motivos determinantes. En derecho privado no sucede así, porque el ejercicio de la capacidad de los individuos, el único límite que tiene es la ley, las buenas costumbres y el orden público; aquí la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; en derecho público sucede todo lo contrario, el ejercicio de la competencia de los agentes públicos es taxativo; en derecho privado el ejercicio de la capacidad de los individuos está por proposiciones negativas; en derecho público el ejercicio de la competencia está determinado por proposiciones de carácter positivo, es decir, la ley les dice a aquéllos lo que pueden hacer, y a estos últimos lo que deben hacer.

En el campo del derecho público esta teoría de los motivos determinantes ha sido desarrollada de dos modos principales:

1º) Los agentes públicos deben ejercer su competencia por un motivo de interés público en lo referido a su competencia, además de motivar los actos jurídicos que lo realicen, siempre que las leyes así lo impongan. El no motivar sus actos cuando la ley lo exige, es una causa de irregularidad en el procedimiento. Esto de que la ley le marque la esfera de acción y le impone la obligación de motivar sus actos a los agentes públicos, es muy conveniente, mejor dicho necesario, porque en esta forma se le da a la función pública un carácter objetivo, "libre de todo sentimiento de lenitudo personal hacia el jefe del Estado, los gobernantes y los jefes de servicios".

2º) El concejo de Estado francés que es el autor de esta teoría siempre se ha mostrado bastante severo en su aplicación, habiendo tenido que establecer una serie de reglas en forma sistematizada y coherente.

La teoría de los motivos determinantes es bastante amplia, llegando a englobar y superar la teoría de la desviación de poder. De aquí que si mismo Consejo de Estado se hubiera visto en la necesidad de limitarla de "hecho, mediante exigencias particulares sobre los medios de prueba relativos a los motivos determinantes. De lo contrario, todos los actos realizados por los agentes administrativos correrían el riesgo de ser impugnados por espíritu de chisca política, tan difundido en las democracias, y la actividad de los agentes públicos se realizaría. Su pretexto de asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, se correría el peligro de perturbarlos".

La jurisprudencia del Consejo de Estado francesa que fue quien elaboró esta teoría, formuló a la vez unas reglas, siendo éstas más o menos como siguen:

1a) Los agentes públicos sólo están obligados a motivar sus actos, cuando la ley o un reglamento así lo disponen.

Esto quiere decir que cuando la ley no les exige que motiven sus actos, ellos pueden ejercer su competencia en una forma discrecional, teniendo como objeto el regular y continuo funcionamiento de los servicios públicos. En caso de no motivarlos y surgiendo irregularidad en el servicio, la ley no podría prohibir investigar los motivos que indujeron al agente público a ejecutar ese acto.

2a)  Cuando un agente público está obligado, según las leyes y reglamentos a motivar sus actos, debe hacerlo bajo pena de nulidad del acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical.

De aquí se desprende que si el agente público no motiva el acto,

no se supone que el motivo determinante no es de interés público, y por lo tanto debe ser anulado.

3a) Cuando el agente público expresa en el acto mismo el motivo que lo indujo a obrar en esa forma, se considera como determinante en principio ese motivo. Esta regla se debe aplicar en forma estricta cuando el agente está obligado por la ley a motivar su acto, pero debe aplicarse en forma más elástica cuando no está obligado a motivarlo, por ser un acto espontáneo de él no cobijado por la ley.

4a) Cuando la ley obliga a los agentes públicos a motivar los actos jurídicos que realizan, deben hacerlo en una forma clara y precisa, sin usar frases vacías de sentido, fórmulas de estilo, que sirven más para esconder el verdadero motivo que los impulsó a obrar; cuando proceden de ese modo es porque el motivo es de interés público.

5a) Los motivos alegados deben ser materialmente exactos.

Puede darse el caso de que el agente público no está obligado a motivarlos, y sin embargo puede ser anulado el acto por ser el motivo alegado falso.

6a) El motivo determinante invocado debe ser ilícito.

Los agentes públicos están encargados de velar por el fiel cumplimiento de las leyes, ésta es su misión principal, no pudiendo ir contra ella, porque, que se esperaría de los particulares cuando los encargados de hacer cumplir las leyes y de respetarlas hasta más que los particulares por su posición dominante, no lo hacen?. Vendría la desorganización administrativa y la alteración del orden público como consecuencia inevitable. El derecho administrativo exige que para que los ser-

vicios públicos marchen regularmente, la administración debe ser legal, o como quieran algunos, que en ello predomine el principio de la legalidad o la teoría de la normalidad administrativa.

El profesor GASTÓN JEZE, refiriéndose a esta regla, hace una exposición magistral, como todas las que salen de su pluma, la cual quiero transcribir en sus apartes más interesantes, por que me temo que al hacer yo un resumen de ella, no interpreta fidel y exactamente el pensamiento del eminente maestro del derecho. Lo que quiero transcribir es lo siguiente:

"Las aplicaciones de esta regla son extremadamente variadas. Resulta imposible estudiarlas todas, pues son muy numerosas. Veamos las principales; se puede clasificarlas en cuatro categorías; la jurisprudencia ha establecido una gradación muy delicada sutil:

- 1o) el agente público persigue un fin prohibido por la ley;
- 2o) el agente público persigue un fin de interés general y lícito, pero que no es de su competencia propia;
- 3o) el agente persigue un fin de interés general y lícito, de su competencia, pero mediante el ejercicio de un poder jurídico general que no se ha organizado para obtener ese fin;
- 4o) el agente público persigue un fin que no es un fin de interés general.

Volvamos sobre estas cuatro categorías:

- 1a) Categoría.- El motivo determinante es ilícito, cuando el fin perseguido por el agente público es contrario a la ley o a un regla-

mento.

Se puede distinguir aquí tres grados de motivo determinante ilícito: 1o) el motivo determinante está en oposición flagrante con la ley; 2o) el motivo determinante está en oposición con la interpretación oficial de la ley; 3o) el motivo determinante desvirtúa la ley.

1o) Motivo determinante en oposición flagrante con la ley. Ejemplo: un alcalde es suspendido en sus funciones "por haber penetrado en un cuile" de una escuela primaria pública. Este motivo se halla en oposición flagrante con el decreto del 18 enero 1937, se refiere a la legislación francesa que dispone que el alcalde vigilará el comportamiento de los alumnos, y la higiene. El acto es nulo y el Concejo de Estado lo ha anulado.

2o) El motivo determinante es ilícito, cuando el agente público comete un error de derecho.

El error de derecho debe distinguirse de la violación de la ley. Toda ley o reglamento puede presentarle a dificultades de interpretación. En derecho público francés, los agentes públicos están obligados a dar a las leyes y reglamentos una interpretación uniforme. El Consejo de Estado es el órgano que asegura la uniformidad de la interpretación de la ley y de los reglamentos por los agentes públicos. Por consiguiente, cuando un agente público da, como motivo determinante de su acto, un motivo de derecho, el Consejo debe determinar si este motivo es, verdad, legal, si el agente ha interpretado bien la ley que invoca. De lo contrario, el motivo determinante falta jurídicamente. En tal caso, la medida se adopta "por motivos extraños a las reglas administrativas".

3o.) El motivo determinante es ilícito, cuando un agente públ

co se sirva de su competencia legal con el propósito de torcer una ley o un reglamento.

2a. Categoría.- El motivo determinante es ilícito, cuando el agente público usa de su competencia para obtener un fin lícito en sí mismo, pero que las leyes y reglamentos no han puesto en su competencia propia. Es ésto un caso de ilegalidad relativa de los motivos determinantes.

Vamos una aplicación de esta idea:

El presidente de la República se refiere al de Francia tiene el poder legal de destituir colectivamente a los miembros. Pero no concejo municipal: ésto es lo que se llama la disolución. Pero no puedes usar de este poder legal para anular las elecciones municipales, sin cuando estas elecciones sean irregulares. La anulación de las elecciones irregulares no es de la competencia del presidente de la República, sino del Consejo de prefectura. El motivo determinante es, pues, ilícito - con relación al presidente de la República.

3a. Categoría.- El motivo determinante es ilícito, cuando el agente público persigue un fin, de interés general y lícito en sí mismo, de competencia del agente, pero mediante el ejercicio de un poder jurídico general que no ha sido organizado por la ley para alcanzar este fin. Es ésto, también, un caso de ilegalidad relativa del motivo determinante.

El caso típico, más conocido y frecuente, es el de un agente administrativo investido de una doble competencia, policía y finanzas, y que utiliza su poder de policía con el objeto de proteger los intereses financieros del patrimonio administrativo que administra. El motivo determinante es ilícito; se trata, por lo demás de una ilegalidad

relativa, pues es evidente que el agente administrativo no persigue un fin absolutamente ilícito, sino que busca realizar acciones en beneficio del patrimonio administrativo.

4a. Categoría.- El motivo determinante es ilícito, cuando el agente persigue un fin que no es de interés general. La competencia no debe ejercerse con un "fin distinto a la salvaguardia del interés general y al buen funcionamiento del servicio". Tal es la fórmula que ha terminado por adoptar el Consejo de Estado en sus sentencias más recientes.

Hagamos algunas aplicaciones de la idea general:

1a.) El fin perseguido no es de interés general cuando el agente público - mediante el ejercicio de su competencia - trata de satisfacer un resentimiento personal, una venganza política.

a). La venganza política es un motivo que determina bastantes a menudo los actos de los agentes públicos, encuadrados en la política ministros, prefectos, alcaldes, concejos municipales. Se trata de un motivo ilícito, que vicia el acto jurídico. Veamos algunos ejemplos:

1a.) Industrial excluido, de antemano, de las adjudicaciones de contratos de suministros de un Ministerio, en razón de sus opiniones políticas o de su posición política.

2a.) Medida disciplinaria (suspensión, destitución) aplicada a un agente público por resentimiento político.

. 2a.) El fin perseguido no es de interés general cuando el agente público ha procurado, mediante el ejercicio de su competencia, favorecer los intereses privados de un particular, de un empresario privado

do o de una sociedad privada.

Hasta aquí he citado textualmente al profesor Jaze, por considerar sus conceptos de suma importancia en la exposición de la teoría de los motivos determinantes en derecho público; no transcribi todos sus conceptos ni todos sus ejemplos, sino aquellos que encajan sin esfuerzo dentro del lineamiento trazado desde un principio, que no es otro que el de la extensión jurídica.

7a.) Hay casos en que los motivos de derecho determinantes son numerosos, y si uno de ellos se sospecha que sea ilícito, el Juez está en la obligación de investigar si fuera del motivo determinante de derecho considerado ilícito, los motivos determinantes de derecho restantes, son suficientes para legalizar el acto jurídico.

8a). Los gobiernos públicos no quieren sustraerse al control jurisdiccional, sosteniendo que los motivos determinantes son de orden político. Esta es la célebre teoría de los móviles políticos, de la que cada rato los gobernantes echan mano para justificar sus actos inconfundibles.

De este turrío han hecho un instrumento peligroso todos los gobernantes en todos los tiempos y latitudes, para justificar sus abusos, arbitrariedades y depredaciones; con ella han tratado de que sus actos escapen al control jurisdiccional, educiendo súbditos que al motivo determinante que los ha impulsado a obrar en determinado manerlo sea de orden político. La razón de Estado era un motivo determinante que le daba a los actos de la Administración una inmunidad absoluta. Hubo épocas en que los Jueces sentaron doctrina al respecto, llegando a elaborar la teoría de los actos de gobierno en razón del móvil político; pero los

tiempos han cambiado y el derecho público ha avanzado bastante en este campo.

Desde fines del siglo pasado los juristas le dieron un vuelco a la doctrina de la razón de Estado, respondiendo a su vez la de la legalidad y también la de la moralidad administrativa. El profesor JEZE, refiriéndose a este tema, dice que desde el establecimiento de la tercera República francesa, "comienza el movimiento de opinión que represta la razón de Estado y va en ella, sobre todo la máscara de la arbitrariedad gubernamental y administrativa. Es, en efecto, una fórmula muy cómoda para los gobernantes que cometen ilegalidades, responder misteriosamente: móvil político, razón de Estado. Con los progresos de las ideas de legalidad, de moralidad administrativa, y con el desarrollo de los ideas democráticas, desde fines del siglo XIX, la opinión pública estima cada vez más que los gobernantes deben ser los primeros en dar el ejemplo de respeto de la ley, de no violarla. Los gobernantes no son seres sobrenaturales. Son, simplemente, individuos que, temporalmente, tienen poderes, disponen de la fuerza de la fortuna pública; sólo tienen facultades para organizar y hacer funcionar los servicios públicos. En un Estado civilizado democrático, la obediencia a la ley es impuesta, pues, a todos, tanto a los gobernantes como a los gobernados. La contradicción entre las ideas políticas nuevas y la teoría del móvil político, debía manifestarse cada vez más fuertemente. El desarrollo de la teoría de los motivos determinantes, debía eliminar el pretexto de la razón de Estado.

Pero esto no ha sucedido sin obstáculos ni sin resistencia. El móvil político resulta tan cómodo que los gobernantes..... no vacilan en invocarlo, y han seguido invocándolo hasta época muy reciente, y no es seguro que hayan renunciado a hacerlo, sin en la actualidad!"

Esta es a grandes rasgos la teoría de los motivos determinantes en derecho público, que permite señalar la verdadera naturaleza jurídica de un acto, a pesar de las especies, las disimulaciones y los términos impropios con que se lo califique, como también sirve para saber si la competencia de un agente público ha sido ejercida correctamente, es decir, de acuerdo a los términos establecidos por la ley.

La teoría de los motivos determinantes es el complemento de la teoría de la competencia de los agentes públicos, dándose al caso de ser imposible separarlos. Para saber si un agente público es competente en determinado caso, es necesario saber primero qué acto ha realizado; el motivo determinante permitirá esclarecer la situación.

**TEORÍA DE LAS FORMALIDADES.**— Las manifestaciones bilaterales de voluntades para que produzcan sus efectos jurídicos, deben celebrarse de acuerdo con las formas exigidas por las leyes. Esta es una regla que exige tanto en derecho privado como en derecho público, siendo en éste caso más severa.

Las formalidades son garantías establecidas por las leyes en beneficio del regular y continuo funcionamiento de los servicios públicos, que evitan las decisiones irreflexivas, prematuras e insuficientemente estudiadas de los agentes públicos. El control establecido por la forma a que deben someterse los actos jurídicos celebrados por los agentes públicos, son a la vez una garantía para los intereses generales de la colectividad como también para los intereses particulares afectados directamente por las medidas adoptadas. Las formas deben ser más numerosas y minuciosas, si los actos jurídicos que van a realizarse pueden tener consecuencias graves para el buen funcionamiento del servicio

público, porque en su bien es que se establecen.

El profesor MAURICIO se expresa de la siguiente manera considerando este tema: "Para comprender la importancia del vicio de forma, es preciso darse cuenta de que las formalidades de los procedimientos son con la determinación precisa de las competencias, la principal condición del orden y de la moderación en el ejercicio del poder administrativo. La Administración no es sino un organismo autónomo, existiendo una conciencia central siempre alerta; este elemento de la conciencia central es suplido por la multiplicidad de las formalidades que hacen entrar en el procedimiento de la operación una cantidad de agentes que se controlan unos a otros. Por tanto no solamente las formalidades limitan el poder de cada agente sino que lo hacen controlar y complementar por otros; de ahí la importancia y la gravedad de la omisión de una formalidad. Se ha protestado mucho, desde hace algún tiempo, contra el expediente; es posible que en tiempos de crisis sea perjudicial, pero en tiempo normal es una rareza".

LAFERRIERE, todavía es más claro commentando al mismo punto. El dice: "El vicio de forma consiste en la omisión o en la realización incompleta o irregular de las formalidades a las que se somete un acto administrativo, por las leyes y reglamentos. Estas formalidades nunca deben considerarse procedimientos de pura forma, un acto exterior destinado a dar mayor solemnidad al acto; según la intención de la ley, ellas son garantías ofrecidas a los interesados, al público, a la propia Administración, contra las decisiones opresoras o insuficientemente estudiadas. Estas formalidades... pueden te-

ner en vista solamente la redacción del acto, por ejemplo, cuando la ley exige que una decisión sea motivada. A cada una de estas formalidades corresponde, en el pensamiento del legislador, un medio de evitar un error, de impedir una injusticia, de asegurar la madurez y la oportunidad de la decisión; de tal modo que el acto sólo es presumible correcto cuando se han observado todas las formalidades exigidas.-

**PRINCIPALES CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**- Estudiando lo anterior, y en desarrollo del plan que me ha trazado, toca en este punto hablar de los principales contratos administrativos en particular, haciendo en cada uno de ellos una pequeña síntesis, porque hacerlo en detalle equivaldría a escribir un tratado sobre cada uno de ellos.

Entre una variedad muy grande de contratos administrativos, de la cual ha escogido los que a mi juicio tienen mayor importancia, siendo ellos el de suministros, el de obras públicas y el de concesión de servicios públicos.

El de suministros se refiere a la entrega o fabricación de una cosa mueble.

El de obras públicas tiene por objeto la construcción o conservación de una obra pública inmueble.

El de concesión de servicios públicos tiene por finalidad al asegurar el funcionamiento de un servicio público.

**CONTRATOS DE SUMINISTROS.**- Este es un contrato típicamente administrativo que tiene por objeto la provisión de cosas muebles; en él el proveedor colabora en el funcionamiento del servicio público, pero la medida de su participación es mucho menor que la que tiene el empresario

del contrato de obras públicas, y todavía mucho más insignificante, comparándola con la del concesionario de un servicio público. Esta participación que tiene el proveedor en el funcionamiento del servicio público se asemeja un poco a la del contratista de obras públicas y también a la del concesionario de servicio público, cuando se trata de los llamados contratos de suministros múltiples o continuos, debido a que éstos son celebrados por largo tiempo, ejemplo: suministro de agua, de luz eléctrica a un municipio, etc. Esto de la dureabilidad no es la regla general de ellos, sino la casi instantaneidad, de donde viene el nombre de contratos incidentes, ejemplo: compra de un barco de guerra, de un determinado número de cañones, etc.

**CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL CONTRATOS DE SUMINISTROS.**- Este, como todos los demás contratos administrativos tiene sus características especiales que lo distinguen, ellas son muchas, pero las principales son las siguientes:

1º) En esta clase de contratos, el proveedor por lo general ejecuta su actividad en una forma libre, independiente de la administración; ella no lo dirige ni lo vigila, siempre que el resultado se ajuste a las cláusulas contractuales; en estas condiciones el proveedor como le plazca, por su cuenta y riesgo.

2º) Cuando el proveedor no cumple sus obligaciones, es decir, que viola las estipulaciones del contrato, a la administración le es fácil reemplazarlo sin mayores consecuencias para el servicio público, por otro que presta el servicio con la regularidad debida. Este reemplazo no sería tan fácil tratándose de una concesión de servicios públicos, porque sus resultados tendrían consecuencias catastróficas, casi igual como sucedería sienda un contrato de obras públicas. Estas interrupciones en esta cla-

se de contratos no son tan graves como para perturbar el servicio, ni por eso tampoco vendría una alteración del orden público, elles son pa-  
sajeras.

3a) Por lo general los contratos de suministros tienen por ob-  
jeto una prestación única; excepcionalmente tienen prestaciones múlti-  
ples o continuas.

4a) Estos contratos se celebran por corto tiempo; sólo se hacen  
por largo periodo cuando son contratos de suministros múltiples o conti-  
nuas.

5a) El proveedor no necesita para la ejecución del contrato  
grandes sumas de dinero, capitales enormes; esta clase contratos se hacen  
pequeños capitalistas; por lo regular el proveedor es un particular o una  
sociedad, pero sin carácter financiero.

Teniendo en cuenta estos caracteres, durante mucho tiempo se con-  
sideró el contratos de suministros como un contrato de derecho privado, re-  
gido por las normas del código civil y del código de comercio; era asimi-  
lado al contrato de compraventa. Después de mucho tiempo los juristas y el  
Consejo de Estado francés, estudiaron a fondo este contrato, llegando a  
la conclusión de que no era contrato de derecho privado, que no podía re-  
girse por el derecho civil ni por el derecho comercial, sino por el de-  
recho público, por ser un contrato administrativo en toda la extensión del  
término.

ELEMENTOS ESENCIALES.- Todos los contratos administrativos ti-  
enen sus elementos esenciales que los diferencian unos de otros. El de su-  
ministro tiene cuatro que son los siguientes:

1º) Es un contrato administrativo, es decir, que reúne todas las condiciones antes expuestas: acuerdo de voluntades, que crea una situación jurídica individual, con mira al buen funcionamiento del servicio público y sometimiento al régimen especial del derecho público.

2º) El suministro es de cosas muebles. Este elemento lo diferencia radicalmente de todos los demás contratos administrativos.

3º) Los gastos y riesgos corren a cargo del proveedor. Esto es en principio, por que hay ocasiones en que el proveedor solicita de la administración una modificación en la parte financiera del contrato, en razón del alza de los precios de los materiales o de los salarios, desconociendo en esta forma las estipulaciones contractuales que rigen este punto. También en principio la equidad exige que se rechace este solicitud. Pero hay circunstancias completamente excepcionales que no pudieron ser previstas por las partes al tiempo de contratar, que obliga a la administración a aceptar las prestaciones del proveedor. Aquí en este caso juega un papel importante la teoría de la imprevisión.

4º) La remuneración es al dinero. Esta remuneración en dinero es la que hace creer a muchos que esto no es un contrato administrativo, sino un contrato de derecho privado, que es una venta; opono es así, él pertenece a una categoría jurídica diferente a aquél.

**CLASES DE CONTRATOS DE SUMINISTROS.**.- Estos contratos por la dirección de su cumplimiento, pueden ser de dos clases:

- 1º) Contratos que tienen por objeto un suministro cielso, único.
- 2º) Contratos que tienen por objeto suministros múltiples o continuos.

1 Los primeros no asocian al proveedor en forma muy estrecha

con el servicio público, su cooperación es casi instantánea, ejemplo: suministro de vestuario para el ejercito. Los segundos cooperan en el funcionamiento del servicio más estrechamente por la forma de la prestación que es continua, ejemplo: suministros de alimentos a un establecimiento público (Universidad, hospital).

Estas dos clases de contratos de suministros de diferencia nada más por su duración, en lo demás no, por que ambos contratos inciden directamente en el funcionamiento del servicio público que es su motivo determinante.

**CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS.**— El contrato de obras públicas, es el contrato administrativo más antiguo que existe, dándose el hecho de haberse presentado casi todos los casos posibles y obteniendo su solución. La colaboración en sí del empresario es diferente a la que presta el concesionario de servicio público y también a la del proveedor en el de suministros; ella no es tan estrecha como la que existe entre el concesionario de servicios públicos y la administración, ni tan distanciada como la habida entre el proveedor y también la administración. Este contrato tiene por objeto la construcción o conservación de una obra pública inmueble.

La doctrina y la jurisprudencia desde un principio elaboraron las reglas más precisas que darse pueden sobre el contrato administrativo de obras públicas, las que han servido de modelo para todos los demás contratos de esta categoría jurídica.

#### CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS.—

- 1a) La colaboración prestada por el empresario a la Administración

ción no es tan íntima como la del concesionario de servicio público, ello se debe al objeto de la presentación, que es de construcción e conservación de una obra inmueble; respecto al proveedor en el contrato de suministro, sucede lo contrario, es decir, existe más intimidad entre el empresario del contrato de obras públicas y la Administración, que entre éste y el proveedor.

2o) Por lo general las faltas del empresario de obras públicas pueden comprometer la regularidad del servicio público, pero no tiene las mismas consecuencias que tienen las faltas del concesionario de servicio público; esto se desprende de que el contrato es para las construcciones de una obra pública y no para el funcionamiento de un servicio público, aun cuando hay casos en que el contrato de obras públicas engloba tanto la construcción de la obra como el funcionamiento de 1 servicio, como lo demostré cuando trité del contrato de concesión de servicios públicos.

3o) La regla general en el contrato de obras públicas es que el objeto de la prestación es único, y no prestaciones sucesivas como en el de concesión de servicios públicos.

4o) La duración del contrato de obras públicas es mucho más corta que la del contrato de concesión de servicio público, y más largo que la del de suministros,

5o) Por lo regular el empresario de obras públicas es un particular, no habiendo necesidad de constitución de sociedades financieras para su ejecución como sucede en el de concesión de servicios; en esto se asemeja mucho al de suministros.

ELEMENTOS ESENCIALES.- Los elementos esenciales integran de esta clase de contratos- de obras públicas, con los mismos que estructuran el contrato de suministros, con la excepción del elemento que se graviere al objeto de la presentación ; por que en el contrato de obras públicas el objeto de la presentación es la construcción o conservación de una obra inmueble. Este elemento lo diferencian en forma fundamental de todos los demás contratos administrativos. Los restantes elementos son los mismos para uno y otro contrato. Por esta razón no habla de los elementos del contrato de obras públicas, ya que sería una redundancia.

CONTRATO DE CONCEPCIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.- Esta categoría jurídica de los contratos administrativos fue considerada por mucho tiempo como perteneciente al derecho privado, pero las investigaciones de los juristas a través de la luz del derecho público en época que en puede decir reciente, han llevado a la conclusión que es un contrato administrativo en toda la acepción del término; sobre esto no existe hoy la menor duda, la doctrina y la jurisprudencia lo tiene consagrado.

Los tratadistas de derecho privado sostienen que en el contrato de concesión de servicios públicos celebrado entre la Administración y los particulares ( personas naturales o jurídicas), las relaciones extintas son de orden exclusivamente contractuales, aplicándose por consiguiente todas las reglas del derecho civil para esta clase de relaciones.

Por otra parte, los expositores de derecho público entienden encabezados por DUGUIT, HOUDIEN y JEZE, dicen que las situaciones del concesionario por un lado es igual a la de un agente público, por que sus obligaciones son determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamenta-

rio, pero que por otro lado tiene derechos y obligaciones determinados contractualmente, viniendo a ser el contrato de concesión de servicios públicos un acto complejo.

Por considerarlo pertinente al caso transcribo aquí lo que dice el profesor DUELL en su tratado de derecho Constitucional; son sus palabras:

"Incontestablemente la concesión de un servicio público tiene el carácter de una convención. Pero ésta es de carácter complejo; es uno convención-contrato y es una convención -ley, o en otros términos, comprendidas categorías de cláusulas muy diferentes. Las cláusulas contractuales establecen obligaciones determinadas que imponen a las partes, concedente y concesionario, el cumplimiento de ciertas prestaciones, por ejemplo, la obligación de una renta o canon de participación de beneficios para el concesionario. Por el contrario, todas las cláusulas que determinan el modo y las condiciones de explotación del servicio público concedido, forman verdaderamente la ley de ese servicio. Esta parte de la convención no tiene nada de contractual!

"El Estado puede modificar las condiciones de explotación del servicio, tal como han sido determinadas por las cláusulas reglamentarias del acto de concesión. Cuando la modificación se ha realizado por un acto unilateral, haciendo más oneroso el servicio para el concesionario, debe una indemnización. Es cierto que la situación del concesionario, bajo el punto de vista de las condiciones de la explotación, no es la de un contratante; es indiscutible que consideradas en sí las cláusulas que determinan el régimen del servicio concedido, tienen un carácter reglamentario no contractual y que la situación modificada por el Estado

es objetiva y legal y no subjetiva y contractual. Si fuera de otro modo el Estado no podría tocarlos. Pero, por otra parte, es cierto también que aceptando los cláusulos contractuales, el concesionario toma en consideración las condiciones de explotación que se le imponen, el régimen según el cual debe funcionar el servicio".

El profesor DUGUIT dice que cuando el Estado modifica unilateralmente las condiciones de explotación del servicio, haciéndolo más oneroso para el concesionario, le debe una indemnización; pero no dice nada cuando la parte contractual, o como dicen otras, la parte financiera del contrato es modificada por circunstancias ajenas a la voluntad de los partes, por hechos que no se pudieron prever al tiempo de contratar, haciéndose la situación más onerosa para el concesionario. - Según se desprende de la lectura del trozo transscrito del profesor DUGUIT, esa parte contractual del contrato es inmodificable; pero estimo yo que será en principio, porque no sería justo que el concesionario en el caso enotodo sufriera tales perjuicios. Estos hechos imprevistos son los que han dado origen a lo llamada teoría de la imprevisión, aplicable en circunstancias análogas a las anteriores.

#### DEFINICION DEL CONTRATO DE CONCESSION DE SERVICIO PÚBLICO.-

Casi todos los tratadistas de derecho público definen el contrato de concesión de servicios públicos en la misma forma; las diferencias que existen son de carácter adjetivo, sea bien en la redacción; no pensando lo mismo con los tratadistas de derecho privado, porque ellos enfocan el problema desde otro punto de vista.

De todos los expositores de derecho público consultados, que a mi juicio defienden mejor y en forma más completa el contrato de concesión,

ción de servicios públicos, son los Profesores JAZE y PAREJA.

"La concesión de servicio público es un contrato administrativo propiamente dicho, que tiene por objeto la explotación de un servicio público, el funcionamiento de un servicio público, que se realiza a riesgo y peligro del concesionario y cuya remuneración consiste en el derecho que se le confiere de percibir, en su provecho, de los usuarios, del público, una tasa, fijada por una tarifa, durante todo el tiempo de la concesión, la que generalmente se otorga por un largo período".

"Es una especie de contrato administrativo mediante el cual un particular llamado concesionario tiene a su cargo, por su cuenta y riesgos, la obligación de hacer funcionar por cierto tiempo un servicio público del Estado, bajo el control de éste, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en los términos de derecho que el Estado permite al concesionario cobrar a los usuarios del servicio".

Estas dos definiciones son las que más se acercan de todas las conocidas; ellas tienen diferencias que no son tan fundamentales, tales como las siguientes:

JAZE dice que es un contrato administrativo propiamente dicho PAREJA que es una especie de contrato administrativo; JAZE que tiene por objeto la explotación o el funcionamiento de un servicio público, PAREJA nada más se refiere al funcionamiento del servicio público; PAREJA, que el servicio público es del Estado y controlado por éste; JAZE sobre el particular no dice nada. En lo que resta de la definición por analizar, ambos concuerdan en un todo.

Tengo que observar que la definición de JEZE tiene un carácter

mas acuñación que la de PAREJA. Respecto a que el servicio público sea del Estado y controlado por éste, está demás, porque el Estado es el único que puede crear servicios públicos y controlarlos, ya que ellos son uno de sus elementos esenciales; a tanto que se acepten las tesis de algunos tratadistas sobre la materia, como las del doctor SARRIA, quien le atribuye el carácter de servicios públicos a ciertas actividades de los particulares por el hecho de ser prestados al público.

**ELEMENTOS ESENCIALES.**- Los elementos esenciales que contienen los contratos anteriormente tratados - administrativos y otros públicos - , son casi los mismos que tiene el contrato de concesión de servicios públicos; ésta tiene uno más que es el que se refiere a la duración del contrato que es por un largo período de tiempo en el de concesión. Por consiguiente nada nos tratará de aquellos elementos que distinguen al contrato de concesión de servicios públicos de los otros contratos administrativos; ellos son los que hacen relación al objeto del contrato y a su remuneración.

1) El objeto del contrato de concesión de servicios públicos es la explotación o el funcionamiento de un servicio público. Este elemento lo distingue claramente del contrato de obras públicas, porque no se refiere a la construcción ni a la conservación de una obra pública.

Hay casos en que el contrato de concesión de servicio público va agregado a un contrato de obras públicas, por ejemplo, se trata de la construcción y del funcionamiento de un ferrocarril. En Francia a la reunión de estos dos actos jurídicos los llaman contratos de concesión de obras públicas.

Apartándose de la denominación anterior por no estar de acuerdo con ella, quiero dejar establecido en forma muy bien clara, cual es

el procedimiento a seguir, cuando se presenten estos casos. Entiendo que jurídicamente lo que se debe hacer es aplicar distributivamente las reglas del contrato de obras públicas y las del contrato de concesión de servicio público, a efecto de obviar la dificultad, que algunos de los dos tiene que predominar, dando por resultado ser o un contrato de obras públicas o uno de concesión de servicio público; si el primero, el elemento construcción o conservación de la obra pública predominó; si el segundo, el funcionamiento del servicio; o sea de distinguirlos también por la forma de la remuneración. De modo pues, que pueden haber contratos de obras públicas que lleven anexos contratos de concesión de servicios públicos, y contratos de concesión de servicios públicos que lleven anexos contratos de obras públicas, ello depende de que predominen unos u otros elementos. A esta clase de contratos los llamaría yo, contratos mixtos.

El contrato de concesión de servicios públicos no siempre se presenta de la manera antes expuesta, la mayoría de las veces existe mezcla de contrato de obras públicas, esto sucede cuando el concesionario de servicio público no tiene a su cargo la construcción o conservación de una obra pública.

2) La remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere para percibir, en su beneficio, de los usuarios, del público, una contribución (tasa), establecida mediante una tarifa durante la duración de la concesión. Esta es un elemento esencial del contrato de concesión de servicio público, ningún otro de los contratos administrativos se caracteriza por esta forma de la remuneración.

Esta remuneración tiene la naturaleza jurídica de una tasa, es decir, de un impuesto especial.

De los otros elementos esenciales del contrato de concesión de

servicio público no habla, porque lo hace cuando trató del contrato de suministros y del de obras públicas.

**CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE CONCEPCION DE SERVICIO PUBLICO.**- Esta categoría jurídica de los contratos administrativos - como todos los demás, tiene sus caracteres especiales que sirven para distinguirla; ellos son a grandes rasgos:

1a.) El objeto del contrato de concesión es el servicio público es decir, una actividad del Estado encaminada a satisfacer necesidades de carácter general a la colectividad, actividad esa que debe regirse por el derecho público.

2a.) El servicio por el hecho de no ser prestado por el Estado, no deja por eso de ser servicio público. Las relaciones que surgen entre el Estado concedente y el concesionario, y entre éste y los particulares que se sirven del servicio, son relaciones legales y reglamentarias, cotidianas en un todo al derecho público.

3a.) El contrato de concesión de servicio público se concede - intuitu personae, es decir, que consideración a la persona concesionaria, de aquí que ésta no tenga derecho a traspasar la concesión a otra persona sin consentimiento del Estado; como tal que lo haga, pueda éste aplicarle la cedulidad, sufriendo el concesionario las consecuencias que ésta medida acarree.

4a.) El servicio público concedido queda bajo el control del Estado, porque si sale de su órbita de acción deja de ser servicio público para convertirse en otra clase de actividad.

5a.) La parte y reglamentario del contrato de concesión de servicio público es modificable unilateralmente por parte del Estado cuando éste lo crea conveniente para la mejor organización y funcionamiento del servicio público concedido.

6a.) El concesionario asume por su cuenta los gastos y riesgos de la concesión, sin que el Estado esté obligado a indemnizarlo en caso de fracaso de su parte. El concesionario está obligado a responder al Estado y al público por el buen funcionamiento del servicio, pudiendo el Estado aplicarle una medida drástica al concesionario por una falta grave suya, corriendo todos los gastos y riesgos por cuenta del concesionario.

7a.) El fin de todo contrato de concesión de servicio público es al interés público, de donde se desprende que no es admisible que se sacrifique ante las conveniencias del concesionario, pero tampoco es justo que los derechos contractuales de ésta se perjudiquen por prestar el servicio, por circunstancias que no pudieron ser previstas al tiempo de contratar, de donde se deduce que el contrato puede ser modificado en su parte financiera durante su vida jurídica debido a circunstancias imprevistas.

8a.) Toda concesión debe ser revertida al Estado, no sólo en el derecho que éste le concedió, sino en todos sus bienes, expresos y elementos de explotación al vencerse el periodo de duración por el cual fue concedida.

#### **REGIMEN DE LAS SANCIONES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.-**

Los principios generales sobre las sanciones de las obligaciones que se describen del contrato de concesión de servicio público, son los mismos que pueden aplicarse a todos los contratos administrativos. Esos principios son los siguientes:

1a.) Todo obligación contractual tiene una sanción, aunque el contrato no la haya previsto.

2a.) La Administración misma pronuncia las sanciones sin diri-

qirse al Juez del contrato.

3o.) La administración, en caso de necesidad, tiene poder para sustituir rápidamente al empresario, sin esperar la decisión del Juez del contrato, adoptando por si misma todas las medidas para asegurar el funcionamiento del servicio público.

4o.) Cuando el contrato prevé una sanción determinada para de terminar obligación, la Administración, salvo que corra peligro el servicio público, no debe aplicar otra sanción distinta.

Los principios anteriores que son los que dominan el régimen jurídico del contrato de concesión de servicio público, con los mismos que conciernen a los demás contratos administrativos, aplicándose por consiguiente para resolver situaciones idénticas; esto no quiere decir que cuando se presenten problemas particulares de cada contrato se resuelven por las reglas que rigen a los otros, porque hay que tener en cuenta que cada uno de ellos tiene sus caracteres especiales, a los cuales deben corresponder reglas también especiales; pero en el fondo los principios dominan.

**MEDIDAS JURÍDICAS COERCITIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN.**— Las medidas jurídicas coercitivas que el Estado aplica a sus contratantes en caso de faltas cometidas por ellos, con facultades innatas que tienen de la naturaleza misma del Estado, son medios de que él se vale para que los contratantes cumplan con sus obligaciones contractuales.

Los servicios públicos son uno de los elementos esenciales de que se compone el Estado, de ahí su obligación jurídica de hacerlos funcionar en forma regular y continua, bien que él los preste directamente o los particulares por medio de contratos. Cuando sucede esto último el Estado vigila y controla para que el servicio no sea desviado de su fin

que es el de satisfacer necesidades de carácter general a la colectividad. De ahí es de donde le nace al Estado la facultad de establecer medidas jurídicas coercitivas para aplicarlas a una cocontractante cuando éstas se hacen acreedoras de ellas. Estas medidas jurídicas tienen - por fin hacer que las que contraten con el Estado cumplan sus obligaciones contractuales, y por consiguiente asegurar el correcto funcionamiento del servicio público.

Esas medidas jurídicas coercitivas son las siguientes:

**CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.**- El fin perseguido por el Estado al establecer que en todo contrato administrativo vaya incluida una cláusula penal pecuniaria, no es el de obtener un beneficio pecuniorio, ni el de infligirle un sacrificio al contratista particular, sino el de compelirlo a que desarrolle sus actividades en armonía con lo previsto en el contrato y con las impostergables exigencias del servicio público, que ha sido creado en beneficio de la colectividad, no interstandole a ella que el Estado reciba del contratista cuantos de dinero por elevados que sean; a la colectividad lo que le interesa, lo que quiere, es que el servicio funcione en forma regular y continua.

Esta cláusula penal pecuniaria a los de ser imperativa para el Estado, se establece únicamente en su beneficio, pudiéndola imponer sin otro requisito que el de la falta comprobada del contratista particular. Ella es la sanción más leve de todas, establecida también para faltas que no tienen grandes consecuencias en el funcionamiento del servicio público.

**SACRETARIO.**- Esta medida jurídica coercitiva tiene un carácter de orden público, o posee de ser provisional y temporaria, cuya ob-

...fato es privar al contratista, durante determinado tiempo, del ejercicio de los derechos que la otorga el contrato.... con el fin de garantizar provisionalmente el servicio público.

Los tratadistas lo llaman secuestro o medidas necesarias para asegurar el servicio, cuando se trata de contratos de concesión de servicio público, y medidas de circuncisión directa, cuando se relaciona con el contrato de obras públicas, pero en la práctica son la misma cosa, porque tienden a la constitución temporal del contratista particular, con el fin de asegurar provisionalmente el servicio público suspendido por éste.

Quando el Estado aplica esta medida jurídica coercitiva, no porque el contratista particular ha cometido una falta grave, pero no de tal magnitud como para aplicarle la caducidad, ni tan insignificante como para imponerle una pena pecuniaria.

Lo que se persigue con el secuestro es hacer funcionar lo más pronto posible el servicio público interrumpido, de ahí que se justifique que el Estado no intimide previamente al contratista para adoptar esta medida, porque de hacerlo podrían producirse trastornos de todo orden en la sociedad. Esta es una medida de ejecución rápida jurídica coercitiva que si permite intimaciones.

Por medio del secuestro se priva temporal y provisionalmente al contratista particular de todo o parte del contrato, para confiarlo a otro contratista particular o bien para el Estado tomarlo directamente a su cargo; esta medida se explica porque el fin perseguido por el Estado, no es el de cancelar definitivamente el contrato

sino si se suspenden al contratista particular provisionalmente, de sus derechos, hasta tanto esté en condiciones de volverse a hacer cargo del servicio público interrumpido por su falto. De aquí se desprenden de qué el secuestro tiene dos objetos:

1o.) Asegurar la continuidad del servicio, en interés de los usuarios, en interés general.

2o.) Per al contratista el tiempo necesario para resarcirse. Verificado lo último, vuelve el contratista particular a hacerse cargo del servicio; pero si sucede lo contrario, es decir, durante ese lapso no se pone en condiciones de hacer funcionar el servicio público en las condiciones establecidas contractualmente, puede muy bien el Estado declarar caducado el contrato.

**CADUCIDAD.**— La caducidad tiene un carácter de orden público es la medida más energica que se aplica a los faltos graves cometidos por el contratista particular. La Administración es la Unión que tiene facultad para decretarla, previo requerimiento al contratista.

La caducidad se distingue de la resolución y de la rescisión estos dos últimos con fundamentos del derecho privado y la primera del derecho público.

La primera la pronuncia la Administración, previo requerimiento, y las otras dos el Juez. La caducidad es decretada por falta grave cometida por el contratista; la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales por cualquiera de las partes contratantes; y la rescisión por un vicio o defecto inherentes al contrato. La resolución tiene doble efecto, para lo pasado y para lo futuro; desata todos los

derechos y obligaciones que del contrato emanaran, volviendo las cosas al estado en que se hallaban antes de contratar, esto para el pasado, y para el futuro, no teniendo ningún efecto. Caso semejante sucede con la rescisión.

La caducidad una vez pronunciada causa sus efectos para el futuro; ella no puede aplicarse retroactivamente, al menos en principio.

La caducidad es la terminación definitiva del contrato, teniendo por consiguiente consecuencias graves tanto para la Administración como para el contratista particular; para la primera, porque entraña una desorganización momentánea del servicio público obligándola a tomar su dirección mientras busca un nuevo contratista; para el segundo, implica su ruina evidente por las consecuencias que lo acarrea. Debido a esto la Administración debe examinar detalladamente esta cuestión antes de tomar una medida de este tipo.

La caducidad supone una falta grave de las obligaciones contractuales del contratista particular, falta que demuestra que es incapaz de hacer funcionar el servicio público regularmente. Esta incapacidad debe ser durable, estable, y no transitorio, porque si esto último no fuera, se aplicaría el secuestro. El secuestro supone que el contratista es incapaz transitoriamente; la caducidad que lo es permanentemente.

La caducidad se diferencia del secuestro en que aquello es una medida que no se puede tomar en forma precipitaria, mientras que el secuestro es una medida de carácter urgente; también en que la primera excluye definitivamente al contratista del servicio público, y la segunda, en que nada más lo suspende en forma temporal. La caducidad va

procedimiento de requerimiento y el rescate no.

**RESCATE.**- Esta es una medida que toca la Administración en forma unilateral en interés del buen funcionamiento del servicio público, en que fuera del caso de caducidad, la Administración pone fin al contrato, antes de la fecha fijada para su expiración.

El rescate se diferencia de la caducidad en que en él la Administración tiene facultad discrecional de apreciación del interés general en beneficio del cual se pronuncia, mientras que la caducidad es aplicada también por la Administración, pero por una falta grave cometida por el contratista y previo requerimiento.

Los motivos que la Administración tiene para decretar el rescate, los aprecio en forma discrecional, cuando uno lo pueden controlar por desviación de poder. Estos motivos pueden ser: que la Administración quiera prestar el servicio directamente, o modificar radicalmente la organización del servicio público con el propósito de adecuarlo a las exigencias del público; o también puede darse el caso que el contratista no está en condiciones de efectuar la cumplición necesaria del servicio, por ser insuficiente su capacidad técnica o financiera.

La Administración cuando va a decretar el rescate no da preaviso ni hace requerimiento al contratista, como sucede en la caducidad, ella lo pronuncia sin necesidad de estos requisitos.

Cuando la administración pronuncia el rescate, debe una indemnización al contratista, diferenciándose en esto de la caducidad. JEZE, comentando el rescate de una concesión de servicio público dice que al concesionario la Administración debe "una justa indemnización

que deje indecente al concesionario y la asegure, hasta el término designado a la concesión, al pago de todos los vencimientos que tenía derecho a cobrar, en virtud del contrato de concesión".

**MEDIDAS PRECAUTELATIVAS.**- Son aquellas que el Estado toma con el objeto de asegurar sus derechos en caso de haberse visto obligado a declarar la caducidad, o el rescate al contratista, o también cuando ya ha vencido el plazo fijado para la terminación del contrato. Lo que se persigue con estos medios es impedir que el contratista particular deteriore o sustraiga indebidamente aquellos elementos que sirven para la explotación o el funcionamiento del servicio y que él está obligado a entregar al Estado. Estos medios no deben confundirse con aquellos otros que el Estado toma para asegurar el buen funcionamiento del servicio público. Los medios precautelativos tienen un carácter de especialidad.

• Cuando el Estado adopta estos medios precautelativos, lo hace para prevenirse de las gestiones dolosas o simplemente irregulares del contratista, o hablando con más propiedad, del concesionario de un servicio público, porque es cosa común que al pasar la propiedad a poder del Estado por cualquiera razón, el contratista particular abandone la explotación o no haga funcionar el servicio de acuerdo a sus obligaciones contractuales. En todo caso, el contratista o concesionario, está obligado a entregar al Estado lo expreso en buen estado de servicio, y si se trata de un servicio público concedido, funcionando en normales condiciones.

**LA REVERSIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**- La reversión se presenta especialmente en el contrato de concesión de servi-

cio público. Consiste en la devolución que hace el concesionario del derecho concedido por el Estado y de la entrega de los elementos materiales de que ha hecho uso en la explotación del servicio una vez vencido el plazo fijado por el contrato. Ello se explica por la índole misma de la actividad de servicio público.

Este fenómeno jurídico tiene carácter de orden público, y debe ser incluido en todo contrato de concesión de servicio público.

**LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL REGIMEN JURIDICO CO -  
LONDIANO.**

La constitución política contiene normas especiales acerca de los contratos administrativos, que sirva de punto para establecer un régimen legal sobre los mismos, a saber:

1o.) En su artículo(76. Ord. 16), dice..... "Corresponde al Congreso las leyes y por medio de ellas aprobar o improbar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, corporación o entidades públicas, en los cuales tenga interés la nación, sino hubieren sido previamente autorizados o si no hubieren llegados en ellos las formalidades preestablecidas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren sujetadas a la respectiva ley de autorizaciones".

2o.) Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes y con la obligación de dar cuenta al congreso en sus sesiones ordinarias" (Art. 120 Ord. 13).

En el código administrativo y fiscal y otros leyes que lo adicionan y reforman se consagran normas de carácter general para el perfeccionamiento de los contratos administrativos, a saber,

En el código contencioso administrativo está consagrado en los artículos 242 a 260.

En el código fiscal en sus artículos 21 a 43.

- CONCLUSIONES -

1a.) El contrato administrativo es celebrado por Administración, Gobernantes (o entidades descentralizadas), con particularidad, o entre si, cuya finalidad directa es garantizar, en lo esencial, la organización o prestación, o ambos casos, de un servicio público, o el cumplimiento de una actividad de interés público o social.

2a.) El contrato administrativo se rige por los principios del derecho público, salvo excepción legal.

3a.) Es un acto jurídico complejo: contiene una parte reglamentaria, o sea una situación jurídica sujettiva, los recursos del servicio o actividad pública; y una parte financiera, o sea una situación jurídica sujettiva, que define, en especial, los derechos económicos del contratante.

4a.) El Estado conserva o contiene, siempre el poder o facultad para modificar por sí, o sea unilateralmente, la parte reglamentaria del servicio público, en acuerdo con las necesidades de los gobernados.

5a.) La alteración de la situación económica base del contrato administrativo se causa de su modificación o terminación, de acuerdo con la teoría de la impresión.

6a.) Los controvertidos que se originen la interpretación, desarrollo o cumplimiento del contrato administrativo, son de la competencia de los jueces administrativos, pues están sujetos a una jurisdicción especial.

7a.) La publicidad es nota característica del contrato administrativo.

- BIBLIOGRAFIA -

- DIEZMA RAFAEL.- Ideas Generales sobre lo Contencioso Administrativo.
- BILLRIEY RODOLFO.- La Naturaleza Jurídica de la Concesión Pública.
- CASTRO MARTINEZ JOSÉ J.- Tratado de Derecho Administrativo.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.- JACOBU PEREZ.
- DUGUIT.- Manual de Derecho Constitucional.
- DUGUIT.- La transformación del Derecho Público.
- FERNANDEZ DE VELASCO.- Los Contratos Administrativos.
- JEZE CASTILLO.- Los Principios Generales de Derechos Administrativos.
- ORTEGA TOSTES JORGE.- Código Civil.
- PAREJA CARLOS.- Curso de Derecho Administrativo.
- ROCHA ANTONIO.- Teoría General de las Obligaciones.
- RODRIGUEZ RIVERA.- Código Fiscal Colombiano.
- ROUSSEAU J.- Contrato Social.
- SARMIENTO GUTIERREZ.- Derecho Administrativo.
- TACCON VALIO E.- Derecho Constitucional Colombiano.
- VIDAL PENDON JUSTIC Derecho Constitucional.

- C O N T E N I D O -

**CAPÍTULO I**

Teoría general del Estado moderno. Doctrinas tradicionales. Doctrina Democrática. Crítica a la doctrina anterior. Teoría moderna del Estado. Elementos constitutivos del Estado.

**CAPÍTULO II**

Los servicios públicos. Definición de los servicios públicos. Elementos integrantes de la noción de servicios públicos. Caracteres específicos de los servicios públicos. Creación de los servicios públicos. Supresión de los servicios públicos. Poder de prestar los servicios públicos. Clasificación de los servicios públicos.

**CAPÍTULO III**

Los contratos administrativos. Colaboración de los particulares en la administración. Diferencias entre las dos formas de colaboración voluntaria. Definición de los contratos administrativos. Reglas esenciales de los contratos administrativos. Constitución de acuerdos en los contratos administrativos. Condiciones especiales para la formación de los contratos administrativos. Denominación en los contratos administrativos. Teoría general de la competencia en derecho público. Teoría de los motivos determinantes en derecho privado. Teoría de los motivos determinantes en derecho público. Teoría de las formalidades. Principales contratos administrativos. Contrato de suministro. Características esenciales del contrato de suministro. Elementos esenciales. Clasificación de los contratos de suministro. Contrato de obras públicas. Características esenciales de los contr

104

tos de obras públicas. Elementos esenciales. Contratos de concesión de servicios públicos. Definición de los contratos de concesión de servicios públicos. Elementos comunes. Características especiales del contrato de concesión de servicios públicos. Reglamento General de los ejercicios de los contratos administrativos. Medidas jurídicas correctivas de la administración. Cláusula penal pecunioria. Recurso. Conciencia. Recorte. Medidas proctectorias. La severidad en los contratos administrativos.

APUNTAJAMIENTO  
S I B A I O T E C A  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA