



REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

" CONCESION DE OBRAS PUBLICAS "

Por : Orlando Abello Martinez - Aparicio.

TESIS PRESENTADA EN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA OPTAR AL TITULO DE " DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS".

SCIB
00018109

Cartagena, 1.978.

31453

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS. -

Rector de la Universidad : Doctor, Pedro Pacheco Osorio"

Secretario General de la Universidad : Doctor, Alvaro Barrios Angulo.

Decano de la Facultad : Doctor, Eduardo Hernández Malo.

OFICINA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BIBLIOTECA

Secretario de la Facultad :

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Presidentes Honorarios : Doctores, Juan Ignacio Gómez Nair
Arturo Matson Figueras
Osvaldo Abello Noguera

Presidente de Tesis : Doctor, Fabio Moron Díaz

Examinadores : Doctores, Antonio Alvarado Cebrales
Luis Bustamante del Valle

T 344.2
A 13

I N D I C E

	Página
CAPITULO I	
Concepto de Acto Administrativo	1
 CAPITULO II	
La concesión en obras públicas.	12
 CAPITULO III	
Causas de la concesión, sus ventajas e inconvenientes. .	81
 CAPITULO IV	
Financiación de la concesión	37
 CAPITULO V	
Naturaleza Jurídica de la concesión	52
 CAPITULO VI	
Relaciones Jurídicas que la concesión origina.	65
 CAPITULO VII	
Expiración de la concesión de obra pública	72
 Bibliografía.	81

ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS, TALES OPINIONES SON CONSIDERADAS PROPIAS DE SU AUTOR. "

DEDICATORIA:

" A mi esposa Olga Lucia, a mi hija
Ana Maria, a mi Madre, mi Hermano,
y a la memoria de mi Padre."

C A P I T U L O I

CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.-

Tres han sido las corrientes más importantes seguidas por la doctrina para explicar el concepto de acto administrativo.

De acuerdo con la primera corriente el término "Acto Administrativo" es considerado bajo la forma "actividad de la administración" o sea que se empleó para designar todos los actos, resoluciones y hechos - provenientes de la administración, es decir, los encuadraba en una sola categoría. Los principales sostenedores de esta teoría son los Alemanes JELLINECK Y FLEINER, teniendo cierta acogida por nosotros así como por algunos autores Italianos. Esta teoría no se acomoda a las nuevas tendencias de la doctrina que presupone la distinción entre - acto y hecho de la administración.

La segunda teoría concibe el acto administrativo como un acto jurídico, es decir, la declaración de la voluntad destinada a producir efectos - jurídicos, pero no de la voluntad privada, sino de la voluntad de una autoridad administrativa; dejando de lado por lo tanto los hechos materiales y los jurídicos de los agentes públicos.

Esta corriente ha surgido con una bifurcación en razón del efecto que produce, sea este particular o general. Así tenemos que mientras Ferrari considera que detentan esta categoría los actos administrativos

que producen efectos tanto individuales como colectivos; otros autores como Cascón y Marín y Fernández de Velasco consideran que sólo producen esta categoría cuando el acto administrativo crea efectos particulares.

Tenemos por último la concepción de acto administrativo en la doctrina moderna; esta corriente empieza haciendo la distinción entre acto y hecho, excluyendo a estos últimos del concepto de acto administrativo. Y para sus sostenedores el acto administrativo es el acto jurídico en sentido negocial (o sea el acto administrativo que posee el elemento volitivo) pero es además, la generalidad de las decisiones y declaraciones que emanan de los órganos de la administración en ejercicios de sus potestades legales) o sea los meros actos administrativos), son sus principales propugnadores Ranalletti y Zanobini representantes de la doctrina Italiana moderna.

Es importante destacar que la función administrativa se ejercita, decide, o se pronuncia mediante las potestades administrativas; por lo tanto la característica más sobresaliente del acto administrativo es que éste se dicta en ejercicio de atribuciones administrativas.

ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.-

Para el desarrollo de este punto, he escogido la clasificación del tratadista Genesles Vergara Ariel, quien eligiendo un punto de vista ecléctico y de acuerdo con los conceptos de acto administrativo anteriormente expuestos, los clasifica así :

- a) Órgano competente
- b) Promnnciamiento o decisión
- c) Causa
- d) Objeto
- e) Fin
- f) Formalidades legales

ORGANO COMPETENTE :

La administración como ente jurídico necesita de titulares que suplan la capacidad de que adolece, con el objeto de realizar la materialización de sus actos. Estos titulares son las personas administrativas quienes son las que detentan los derechos y prerrogativas que a la administración corresponden, constituyendo en esta forma la expresión subjetiva de la administración. Pero estas personas administrativas siendo personas jurídicas no pueden actuar por si mismas por lo que necesitan de un órgano que materialice su actuación, en esta forma nos encontramos con el órgano administrativo quien actúa como instrumento de la administración y que aparece integrado por la persona física del agente unida a un conjunto de atribuciones que constituyen su competencia.

" El órgano administrativo es en consecuencia la voluntad de la administración manifestada a través de personas naturales investidas de ciertos poderes y atribuciones "

La competencia de un órgano administrativo presenta caracteres de ór-

den público lo que hacen de ella sea irrenunciable, imprerrogable e indalegable, como norma general. Cada órgano tiene pues una competencia determinada por la ley y limitada al cumplimiento de los fines que la misma ley señala al tenor del artículo 68 de la Constitución Nacional que expresa : " No habrá en Colombia ningún empleo - que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento."

PRONUNCIAMIENTO :

El pronunciamiento es una manifestación de la voluntad del órgano - administrativo que manifiesta el acto administrativo apoyándose en el querer de la ley.

Esta manifestación de voluntad debe estar libre de vicios pues de - otro modo se configura un acto administrativo irregular. En cuanto al contenido del acto este puede llevar envuelto como ya lo señalamos, una declaración de voluntad en sentido estricto o negocial, o una manifestación de juicio de conocimiento o razonamiento según - la especie de acto.

CAUSA :

Las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo, constituyen la causa o motivo de éste. La causa o motivo es, de esta suerte, la razón de ser, el por qué del acto. Así, se produce un nombramiento de un funcionario - público, porque existe una vacante en la administración y el funcio

ario designado para proveerla está en posesión de los requisitos exigidos por la ley.

EL OBJETO :

Fernández de Velasco en su obra " El acto administrativo " conceptúa : " El objeto del acto administrativo " está determinado por su contenido, o sea, por las consecuencias jurídicas que el acto produce."

FORMALIDADES :

Así como para la vida de ciertos actos jurídicos de derecho privado se necesitan una serie de requisitos, en el acto administrativo para su materialización, debe ser revestida de formalidades para que la voluntad de la administración produzca sus efectos.

Precisamente una de las características del derecho público es ser esencialmente formalista. Como lo señala Patricio Aylwin al expresar en su obra: " Las formalidades se establecen en el derecho administrativo, como garantías de juricidad del acto destinadas a proteger el interés y el derecho de los administrados".

Como norma general en la expresión de la voluntad de la administración se impone la forma escrita ella es necesaria en los decretos emanados de la rama ejecutiva, en las resoluciones y acuerdos de los cuerpos colegiados y en los actos que se expidan para controlar su aprobación. Teniendo en cuenta lo delicado de sus funciones es im-

(6)

portantísimo que el central en los actos sometidos a su consideración exista un constancia escrita de estas actuaciones. Siendo esto efectivo son también frecuentes las formas verbales, principalmente en las relaciones de la administración con terceros, con todo, no puede establecerse una regla fija que nos determine con exactitud, cuando es que puede usarse la forma oral, aunque podría resultar en consideración a las circunstancias en casos tales, como las actuaciones de la policía y en algunos procedimientos que por su urgencia, la forma escrita y les restaría la flexibilidad requerida en las manifestaciones de voluntad de la autoridad encargada de actuar en ese momento.

La doctrina distingue entre formalidades Esenciales y no Esenciales:

Son esenciales, las necesarias para la existencia del acto y sin las cuales éste no pueda existir.

Las esenciales se subdividen en : Sustanciales y accidentales.

Las primeras constituyen requisitos de validez jurídica del acto y son reconocidas por la ley como fuente de la particular eficacia de éste.

Las segundas se encuentran entregadas a la voluntad del órgano emisor.

Biala agrega : " Las formalidades integrales que son aquellos requisitos anteriores o posteriores al acto y que someten su eficacia a

(7)

La creación de éstos." normalmente están constituidos por la organización previa o la aprobación posterior al acto siempre que se trate de actos complejos.

FORMALIDADES LEGALES EN EL DERECHO ROMANO .-

Las formalidades caben dentro de la clasificación del antiguo derecho romano así :

" AD SOLEMNITATEM " : Como protección a terceros

" AD SUBSTANTIAM ACTUS " : Como requisito esencial de validez

" AD PROBATIONEM " : Como un medio de prueba.

NOTA : Para mejor comprensión elaboramos a continuación un cuadro sinóptico que incluya el estudio del acto administrativo con sus elementos y notas determinantes.

ACTO ADMINISTRATIVO
ELEMENTOS .

ORGANO COMPETENTE.-

DECISION O PROMUNCIAMIENTO.-

CAUSA .-

OBJETO .-

FORMALIDADES

ESCRITO

VERBAL

ESENCIALES

Sustanciales
Accidentales
Integrales(Biel
sa).

NO ESENCIALES

AD SOLEMNITATEM

AD SUSTANCIAM ACTUS

AD PROBATIONEM

EXTINCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO.-

El acto administrativo se extingue, porque deja de ser eficaz, e porque, se retira o elimina de la vida juridica. Por lo tanto el concepto extinción comprende la eliminación del acto en si, o la cesación definitiva de su eficacia juridica.

Así mismo el acto administrativo puede extinguirse por dos formas: Forma Natural o Forma Provocada.

FORMA NATURAL .-

Esta se produce cuando el acto agota normalmente sus efectos, cumpliéndose de esta forma el objetivo de la administración al dictarlo. Esto puede producirse como consecuencia de la expiración del plazo dentro del cual se cumple o debe cumplirse el acto, o porque se ejecutan los hechos o actos materiales en que incide. Ejemplos: del primer caso seria la expiración de una licencia por haberse cumplido el plazo señalado; del segundo, en la orden de ejecutar una obra, por la realización de la misma.

FORMA PROVOCADA .-

Es la que se produce por un hecho o por un acto juridico. A su vez este hecho puede ser previsto o imprevisto.

La extinción es producida por un hecho previsto cuando el mismo acto administrativo condiciona su existencia a la ocurrencia de un hecho posterior que el mismo acto ha previsto; y este hecho futuro

puede ser cierto o incierto. En este caso es el mismo acto administrativo el que señala la causa de su defunción y ello ocurre porque la condición o el término son acontecimientos previstos en el momento de la expedición del acto, dependiente de la misma voluntad e incorporado en la misma forma. Ahora bien, la extinción es provocada por un hecho imprevisto cuando desaparece el objeto del acto lo cual puede ocurrir en dos casos : a) Respecto de los actos dictados INTUITO PERSONAE Ejemplo : el nombramiento de un funcionario cuando la persona muere o desaparece. b) Respecto de los actos INTUITO REI, cuando se extingue el objeto material, (ejemplo: respecto del acto de concesión de un bien nacional de uso público, cuando el bien objeto de la concesión se desafecta en su uso) o el objeto jurídico del acto. (ejemplo : cuando se destruye un terreno de playa sobre el cual se había otorgado una concesión.)

LA EXTINCIÓN PROVOCADA POR UN ACTO JURÍDICO.-

Ello ocurre cuando una declaración de voluntad posterior hace desaparecer el acto primitivo o interrumpe definitivamente su eficacia. Esta declaración de voluntad posterior puede emanar de un tribunal o de un órgano administrativo, en el primer caso estamos en presencia de la figura de nulidad del acto como consecuencia de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción. En el segundo caso, es la propia administración a través de la figura común de " el retiro " la que pone término a la eficacia del acto jurídico.

(11)

Es el " retiro " una figura extintiva genérica porque su concepción engloba a diversas instituciones específicas como son : la invalidación, la caducidad, el rescate, la revisión, la revocación y el mero retiro entre otras. Sin embargo dentro del carácter de generalidad - del retiro pueden distinguirse dos aspectos : uno sancionador de - los actos ilegítimos en razón de vicios estructurales del mismo y - que se le denomina en la doctrina " Invalidación " y otro especialmente administrativo que reacciona contra los actos contrarios al interés público por no ser convenientes u oportunos y que en la doctrina se denomina revocación.

Tanto la revocación como la invalidación, emanan de la misma administración. La primera figura procederá cuando el acto no sea conveniente. La segunda, cuando sea ilegítima, y en ambos casos pueden producirse tanto de oficio como a petición de parte. Lo normal es que la revocación proceda de oficio ya que la administración tiene el deber de hacer cesar los efectos de los actos que no resultan convenientes y que por lo tanto dificultan su acción o la entorpecen. Pero nada impide que los particulares se lo adviertan mediante peticiones que puedan hacerle y para lo cual están constitucionalmente facultados.

La invalidación procederá de oficio cuando la propia administración advierta la ilegitimidad del acto y decida retirarlo, sin embargo, - la regla general a la inversa de lo que ocurre con la revocación - es que proceda a petición de parte mediante el empleo de los recur

17

ses de impugnación del acto, los que serán gratuitos cuando se interpongan ante el propio órgano emisor, y jerárquicos, cuando se interpongan ante el superior jerárquico del mismo.

C A P I T U L O I I

LA CONCESION EN OBRAS PUBLICAS. CONCEPTO.

Es la atribución de poder de la administración que se confiere a un particular para que efectuando una obra pública se reserve durante cierto tiempo la explotación del servicio consiguiente, con el objeto de que pueda resarcirse de los gastos y obtener una ganancia. - Transcurrido el plazo, pasa al Estado la prestación del servicio.

DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO Y LA CONCESION.

En el contrato, el contratista limita su trabajo a la realización de una obra. Una vez efectuada ésta y recibido el precio estipulado, pasa la obra a la administración, la que explota directamente el servicio o lo arrienda.

En la concesión la misión del concesionario va más lejos ya que terminada la obra y establecido el consiguiente servicio lo hace objeto de explotación.

Hay dos ideas fundamentales en esta noción, la una, en lo que hace referencia a la realización de una obra pública y la otra, que estriba en la prestación de un servicio público y como un modo especial de su gestión.

La doctrina ha evolucionado mucho hacia esta última idea. Inicialmente fué estimada como sustancial en la concesión la ejecución de la obra junto a la cual la explotación por el concesionario era un accidente, un modo de remunerar la carga por él asumida. Pero más tarde comienzan los autores y la jurisprudencia en ciertos países a fijarse no tanto en la ejecución de la obra como en la gestión del servicio, llegándose a pensar que la concesión de obras públicas es una operación completa, cuyo elemento más importante no es ya la construcción de la obra sino más bien su explotación por el concesionario; explotación que se traduce en la gestión de un servicio público. A partir de este momento el nombre de "concesión de obra pública" comienza a ser sustituido por el de "concesión de empresa pública", en Alemania con Otto Mayer. En Francia el nombre de "concesión de obra pública" viene a ser reemplazado por el de "concesión de servicio público" con Hourion; quien establece la unión entre el concepto de concesión de servicio público con el que venimos estudiando.

Esta confusión que nos podría llevar al error de reunir en un sólo término a dos actos distintos, a saber : Concesión de obra pública

y concesión de servicio público, en la actualidad no hay lugar a confusiones puesto que en la doctrina ambas nociones se distinguen claramente.

Está comprobado que si bien normalmente, las concesiones de obras públicas, implican también una concesión de servicio público al que la obra está destinada, hay concesiones de servicio público que no requieren la construcción de obra alguna como ocurre con las concesiones de servicio de transporte colectivo de pasajeros o carga.

Lo más importante en concesión de obra pública es la construcción y la explotación posterior de ella. Esta explotación posterior es realmente la prestación de un servicio público, pero englobado dentro del concepto de explotación inherente a la construcción de la obra.

Esta confusión de la explotación de una obra construída mediante concesión, explotación que a su vez, consiste, en la prestación de un servicio público, ha llevado a Garcia Oviedo en su " Tratado de derecho administrativo", trae una definición de concesión en los siguientes términos : " La concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio de cargo de la administración, de índole económico e industrial. El contrato puede comprender la construcción reparación o adición de obras indispensables al servicio."

CRITICA DE LA DEFINICION ANTERIOR :

Esta definición descriptiva encierra en sus términos dos conceptos.

Primero : La concesión es un contrato. Segundo : Engloba dentro del concepto, la concesión de servicio público y la concesión de obra pública.

En cuanto la afirmación de que la concesión es un contrato, si bien es cierto que existan ciertas semejanzas, por la influencia del derecho civil sobre el de derecho administrativo; la figura de la concesión se caracteriza por requerir para poder traspasar las cosas, bienes, y las facultades bajo la potestad de otro sujeto, de tres formas fundamentales y lícitas, a saber :

- a) La incautación por un superior en virtud de su fuerza.
- b) El desprendimiento mediante el acuerdo de libres voluntades, siendo de la equidad su principio regulador.
- c) La cesión de bienes, cosas o facultades de un superior a un inferior por solicitud de éste.

El primero de estos sistemas se denomina expropiación, el segundo es sinónimo de contrato y el tercero podemos equipararlo a la concesión.

Encontrámos como nota fundamental en los procedimientos primero y tercero, la desigualdad en los términos de la relación en uno y otro, - las cosas o facultades son tomadas o cedidas mediante la aplicación de " el imperium". Salta a la vista la relación jerárquica, la diver

sidad de planes entre las personas que interviniens en el traspaso; cosa completamente diferente ocurre en el caso segundo, donde existe un libre concurso de voluntades encaminadas a la producción de un hecho o acto siendo característica fundamental la igualdad entre las personas que intervienen en la relación, sin producirse la exigencia ni la solicitud, ya que están colocadas en un plano de igualdad tan importante, que el Estado, en sus regulaciones de contratos es celoso en guardar la igualdad entre las partes.

Considerando las relaciones entre el Estado y los particulares se configuran plenamente las anteriores formas fundamentales de traspaso de bienes facultades o cosas.

En la prestación de sus servicios, el Estado emplea indistintamente procedimientos de derecho público o privado. Cuando el Estado se sirve del segundo medio, se coloca en el mismo plano de sus contrapartes, así pues se coloca en la misma situación como cuando arreglan sus asuntos ordinarios los particulares.

Cuando por el contrato se mantiene en la órbita del derecho público, pues así le conviene para sus fines, estima conveniente entonces ampliar el dominio de sus cosas o de sus competencias, tomara entonces del particular aquello que sirva para sus fines, así, expropia, rescata, ocupa, incauta y si finalmente estima, que por razones de conveniencia es aconsejable la cesión en favor de particulares de poderes o facultades, previa solicitud de éstos, emite el

acto que otorga una concesión.

Mediante las anteriores consideraciones podemos establecer la distinción entre, actos contractuales y los actos realizados por IMPERIUM o de autoridad. Los actos contractuales son celebrados mediante el concurso de voluntades de ambas partes. Y si no ocurre así, el acto es inexistente; o nulo cuando una de las partes es coaccionada a obrar por cualquiera de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolor).

En los otros dos sistemas no acontece lo mismo ya que el Estado procede autoritariamente. Apropia o concede y la voluntad del particular no agrega nada a la producción de los mismos. Cuando el Estado obra en esta forma, la voluntad particular es absolutamente innecesaria.

Por el contrario, cuando el Estado concede, la voluntad particular sí es necesaria, pero no ya para la producción del acto mismo, sino como presupuesto o condición para la eficacia del acto.

Por lo tanto en la definición del Dr. Sarría, se encuentran el término contrato en contradicción con sus apartes anteriores, a saber: cuando expresa; " Tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal para la prestación..." etc., encontramos claramente su carácter unilateral aunque Sarría le llame contrato, ya que de la primera parte de la definición se desprende claramente la voluntad del estado de otorgar una facultad a una persona; en este otorgamiento

Vemos sin lugar a dudas la expresión de la voluntad soberana del Estado expresada en el término " facultad legal" de la definición, aquí está el principio vital del acto.

Anotamos además lo incompleto de la definición cuando desaparece - en ella, la petición del futuro concesionario, en orden a obtener el otorgamiento de la facultad legal suficiente para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio.

Dentro de la esfera de la concesión y éste es importante anotar, si puede existir y de hecho existe un elemento contractual, pero ya no referente al acto mismo, sino en todo lo que atañe al arreglo financiero de la concesión, a las ventajas económicas que el concesionario recibe en compensación de la carga que asume. Nada de esto afecta directamente al servicio. Esta es la doctrina de la moderna jurisprudencia Francesa.

Más adelante en el capítulo correspondiente veremos como el arreglo financiero de la obra puede ser sujeto de concesión separándolo completamente del sistema contractual anacrónico, introduciendo la idea moderna, que distingue de una vez por todas, el derecho administrativo del civil, desplazándolo del término contrato a las discusiones puramente técnicas relacionadas con la ejecución de la obra.

ESTRUCTURA VERBAL DE LA VOZ CONCESION .-

En el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, encon -

trácese "concesión" definida como, "la acción y efecto de conceder".
 Por otra parte conceder significa : "dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa".

Otra acepción indica, que es otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local.

De estas acepciones transcritas anteriormente se infiere que en un lenguaje común se estima que la concesión es un acto de la autoridad, que otorga a los particulares variados derechos, en el caso de la definición de la Real Academia Española de la Lengua, incluye además de los particulares, las empresas. Estos variados derechos se traducen, en el uso, goce o disposición sobre cosas o servicios de dominio público.

CONCEPTO TÉCNICO JURÍDICO.-

Es necesario observar la evolución histórica en primer término ya que el concepto técnico jurídico nos ofrece ciertas dificultades en su precisión y en segundo lugar estimamos muy importante exponer los criterios que a través del tiempo han formulado los tratadistas.

ACEPCIÓN ANTIGUA : En el diccionario ESCRIBHE se define concesión " como todo lo que se otorga como gracia o merced, como los privilegios concedi-

des por el príncipe como la gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándole de alguna carga o gravámen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros".

En esta definición notamos que el concepto técnico jurídico así expresado aparece demasiado restringido, por cuanto sería solamente aplicable a las cesiones de terrenos pertenecientes a la corona o al Estado. Esto tiene su explicación en que, en los primeros tiempos, las concesiones se otorgaban en gracia o privilegio para premiar los servicios, actos heroicos, prestados por el súbdito a la realeza o simplemente por la mera liberalidad o capricho principesco.

Es así que en un estado feudal la mejor recompensa era la tierra.

Desde otro punto de vista, el concepto antiguo de concesión es de una amplitud excesiva, pues como consecuencia de tales mercedes o privilegios se transfería en dominio sobre bienes y no solamente su uso o goce temporales, como actualmente ocurre.

Así la concesión ha dejado de ser un acto de disposición para convertirse en un acto de administración.

EVOLUCION :

Con el tiempo el Estado tomó a su cargo la satisfacción de innumerables intereses y necesidades. Pasó a tener ingerencia en actividades que épocas anteriores le estuvieron vedadas. Se crearon servicios públicos

de carácter industrial y se interviene en forma más directa en la sa tisfacción de las necesidades colectivas.

La falta de recursos para atender ciertos servicios ligados al inte- rés general, determina que el Estado busque el concurso de los parti- culares para su explotación. Surgen de este modo los servicios pú- blicos concedidos, en los que se comete a un particular su explota- ción por su cuenta y riesgo.

Algo similar ocurre con las obras públicas en que el Estado interesa- do en fomentarla recurre a la ayuda de los administrados dando origen a la concesión de obras públicas, en cuya construcción el Estado no - aporta capital. Pero puede aportarlo mediante otra concesión, que se rá motivo de un capítulo aparte, denominado "concesión para la finan- ciación". Esta otorga al particular que la construye y se responsabiliza del crédito, el derecho de explotarla durante cierto tiempo y de cobrar por su uso, una tasa o suma determinada que le permita rearsar- se de sus inversiones y obtener una legítima ganancia.

DOCTRINA SOBRE LA CONCESION :

La doctrina admite unánimemente, dentro de los actos de derecho público, el acto de concesión, sin embargo, no todos los autores están de acuey- do en cuanto a la amplitud que debe atribuírsele.

Es importante anotar la dificultad para encontrar definiciones de con

cesión ya que la mayor parte de los tratadistas definen con profusión determinadas especies de concesión. (Servicio público, obra pública etc.)

Pero no abordan el concepto genérico de concesión.

A continuación exponemos algunas definiciones de concesión, que nos servirán de base para elaborar un concepto de concesión analizando - las notas comunes de las mismas, si como aquellas en las cuales los autores no están completamente acordes.

El doctor Eustagio Sarria en su obra " Derecho administrativo " Pag. - 203 conceptúa : Concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación por su cuenta y riesgo de un - servicio a cargo de la administración, de índole económico e industrial. El contrato puede comprender la construcción, reparación o adición de las obras indispensables al servicio.

ZANOBINI GUIDO, en su obra " Curso de derecho administrativo " Pag.384 define al acto de concesión como aquel que tiene por objeto conferir a una o más personas extrañas a la administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos con los cuales queda ampliada su esfera - jurídica ".

ROMANO, en su " Curso de derecho administrativo " Pag. 189, dice : " El acto de concesión lleva consigo a una pérdida o limitación del cedente y al mismo tiempo una adquisición del concesionario, por lo tanto, una cierta relación de sucesión entre uno y otro".

VILLEGAS, en su obra " Derecho administrativo ", Pag. 303 señala que :
" La concesión es el acto discrecional de la administración pública, -
que crea, transmite o constituye derechos en favor de otros entes o de
los particulares ".

MANUEL MARIA DIAZ, en su obra " El acto administrativo ", Pag. 131, lo
concibe como " un acto por medio del cual se confiere a una persona ex-
traña a la administración, una nueva condición jurídica, un nuevo dere-
cho subjetivo".

Extrayendo las notas fundamentales de las definiciones anteriormente ex-
puestas, fluye que la característica esencial del acto de concesión radica
en la circunstancia de ser un acto eminentemente creador de derechos.

Es un acto constitutivo de derechos en favor de los administrados, repre-
sentados en este caso por los concesionarios. Sobre este particular esta
de acuerdo unánimemente la doctrina.

En cuanto a las discrepancias, se agrupan en dos corrientes opuestas que
se refieren, a una concepción amplia del acto, y a una concepción res-
tringida del mismo.

Dentro de los que consideran la concesión en un sentido amplio la suponen
como el acto de la autoridad que crea en favor de un particular una capa-
cidad o derecho nuevo o que transfiere al particular un derecho que es -
propio de la administración y del que éste, antes, carecía totalmente. De
esta manera por la concesión se amplía la esfera jurídica del particular,

sea mediante el traspaso de derechos propios de la administración, sea simplemente por la constitución de derechos nuevos derivados directamente del ordenamiento jurídico.

Siempre, entonces, que la esfera jurídica del particular se amplie con la adquisición de nuevos derechos otorgados por la administración, estamos en presencia de un acto de concesión. Tal acontece con la generalidad de los actos que obedecen a esa denominación y debe acontecer así mismo con todos aquellos actos que carezcan de otra denominación específica, y cuya naturaleza sea esencialmente constitutiva de derecho.

Este concepto amplio ha sido criticado por la doctrina, se ha dicho que esta extensión desmesurada de la concesión conduce a la vaguedad del término cuyo preciso significado técnico-jurídico conviene no alterar. Es vago en cuanto a que no permite establecer diferencias jurídicas con otros institutos, y en suma es susceptible de originar confusiones. Esto conlleva, dar la definición de concesión a los actos administrativos que crean derechos que antes no existían, lo cual acontecería por ejemplo con el nombramiento de un funcionario o empleado, acto administrativo que crea en favor del particular derechos que antes no tenía.

Según el concepto restringido se infiere que hay acto de concesión solamente en el momento cuando la administración se despoja de poderes que le son propios para dárselos al particular. Es conveniente hacer notar que ROMANO ha dicho : que la concesión implica siempre " una pérdida e lini tación de la autoridad cedente y al mismo tiempo una adquisición del con cesionario y por lo tanto una cierta relación de sucesión entre uno y otro.

Este concepto nos llevaría a pensar que estamos frente a la concesión solamente en aquellos actos en que se verifica una transferencia de derechos que eran propios de la administración, lo cual ocurre en con tados casos, siendo los más importantes la concesión de servicios pú - blicos y de obras públicas. Limitar el concepto haciéndolo únicamente aplicable a esos casos sería desconocer no sólo el criterio mayorita - rio de la doctrina, sino también el de las diversas legislaciones que han consagrado además de las concesiones ya mencionadas, las antiquí - simas sobre personalidad jurídica, bienes de dominio público, títulos honoríficos, pensiones de gracia, nacionalidad, etc.

Ciertamente como veremos oportunamente, la voz " concesión " se ha a - licado y aun se aplica a otros institutos que técnicamente deben agru - parse en otras especies de actos administrativos.

Nosotros estimamos que debe acogerse el concepto amplio de la palabra - concesión, puesto que, como acto jurídico administrativo ella tiene su aplicación en una serie de actos en los cuales no existen necesariamente traspaso de poderes al concesionario, que sean propios del cedente y que no sabríamos como denominar.

Acogemos por lo tanto la definición del vocábulo concesión traída por - Consales Vergara en su obra " La concesión Acto administrativo Creador de Derechos " (Pág. 29) y que dice : " Concesión es el acto del po - der público que atribuye a una persona nuevas capacidades o derechos sea que estos emanen como consecuencia de la transferencia de derechos

propios de la administración o simplemente del ordenamiento jurídico".

ELEMENTOS DE LA DEFINICION.-

1) ES UN ACTO DE PODER PUBLICO .-

Por su misma estructura verbal se infiere que existe una notoria diferencia entre el concedente y el concesionario por lo tanto es un acto que sólo tiene lugar dentro de la esfera del poder público.

Como acto del poder público, ella puede tener origen en un acto de la administración, caso en el cual es una especie de acto administrativo conforme al concepto orgánico sustentado o bien en un acto del poder legislativo, como ocurre en las concesiones de pensiones, de gracias, nacionalización.

2) ACTO QUE CREA DERECHOS. -

Este es el elemento definitivo de la concesión, que le permite diferenciarlo con toda precisión de los otros actos administrativos, así, por lo demás lo ha determinado la doctrina.

Recordemos que para Zenobini el carácter propio de las concesiones es el de " conferir a una o más personas extrañas a la administración, nuevas capacidades o nuevos poderes o derechos, con los cuales queda amplificada su esfera jurídica.

GINO VITTA, en su obra " Derecho administrativo " expresa : " es nota común de la concesión el de hacer un derecho que de otro modo no se tendría.

3) DERECHOS DEL CONCESIONARIO (ORIGEN):

Para el concesionario es indiferente que los derechos que emanan del acto de concesión, tengan su origen en una transferencia de poderes propios de la administración, o del propio ordenamiento jurídico.

En efecto, para el concesionario, en ciertas oportunidades, sus derechos nacerán de la transferencia de aquellos que pertenecían al concedente, y en algunos casos esto, no sólo se ve limitado en sus derechos por virtud de la concesión, sino que los pierde por completo como consecuencia de la transferencia que se ha operado, esto ocurrirá en las concesiones de servicio público, de obra pública y de bienes del Estado. El servicio concedido ya no lo podrá prestar la administración sino el particular concesionario; y lo mismo sucede en el caso de la obra pública con su construcción y explotación; y en el caso de la concesión de bienes con los derechos de uso y goce de esos bienes.

ZANOBINI, opina al respecto : " Se ha sostenido a veces, que los derechos derivados de la concesión deben ser propios del Estado, o en general de la administración pública concedente. La concesión consistiría en otras palabras, en una transferencia del ente público al ente privado. Esto puede decirse, pero, solamente en algunas concesiones entre ellas las -

que transfieren el ejercicio de funciones o de servicios públicos.

En otros casos, el acto crea una capacidad o un derecho que deriva solamente del ordenamiento jurídico. Así, el decreto con el que se le concede la ciudadanía a un extranjero, la legitimidad a un hijo natural, la personería jurídica a un ente de hecho.

A veces se ha negado a estos actos el carácter de concesión y la naturaleza de actos administrativos, pero la opinión dominante los incluye entre los actos de que hablamos.

B) RESERVA DE CIERTOS PODERES O DERECHOS EN FAVOR DE LA ENTIDAD -

CONCEDENTE.-

Así, en la concesión de servicios públicos, la administración conserva siempre poderes de intervención en la gestión económica, poder de reglamentación, modificación, fiscalización e incluso sustitución.

En la concesión de los Bienes Nacionales o fiscales está siempre implícita la reserva del Estado o de la colectividad respecto del dominio del suelo y la facultad de velar porque los bienes concedidos se les dé el uso y goce que están llamados a proporcionar conforme a su naturaleza y destino. Existen así mismo los poderes de reglamentación, modificación y sustitución.

En la concesión de obra pública el Estado concedente se reserva de
 rechas similares a los señalados en la concesión de servicio públi
 co y que tienden a asegurar que la construcción de la obra y su -
 explotación subsiguiente se realicen normalmente y de acuerdo con
 las condiciones establecidas por la ley y el acto de concesión; se
 reserva así mismo el derecho de dominio sobre el bien, para cuando
 verificado su término de explotación, por la entidad concesionaria
 pase al estado la obra construída y la subsiguiente realización -
 del servicio público prestado.

En las concesiones de personería jurídica, el Estado se reserva -
 siempre la facultad de modificar los estatutos de las corporacio -
 nes y fundaciones y de cancelarlas cuando atenten contra la seguri
 dad e intereses del Estado.

El fundamento de todos estos poderes que se reserva la administra -
 ción pública se cuenta por la necesidad que tiene el Estado de ve -
 lar por el interés general, el cual prima en todo momento sobre el
 interés particular del concesionario e por otras circunstancias,
 la administración deberá ejercitar estas prerrogativas reservadas.

4.) LA CONCESION ES PRECARIA.-

Los derechos que la concesión confiere, están expuestos a perderse
 en cualquier momento por la decisión de la autoridad, ya sea por -

causas imputables al concesionario en el caso de la caducidad o de la cancelación, o por razones de conveniencia, de utilidad como la revocación o rescate.

" La caducidad es la más grave de las medidas que pueda imponer la Administración al concesionario, dentro del régimen sancionatorio a que está sujeto éste último. Ella es una sanción propia del Derecho Público, y procede en caso de grave incumplimiento del concesionario a las obligaciones que le han sido impuestas". Por ella el concesionario pierde necesariamente la concesión, sin perjuicio de otras consecuencias previstas por el acto mismo, por ejemplo, pérdida de cauciones, atribución al concedente, con o sin indemnización, de las instalaciones de la maquinaria, etc. (Jena Castón " Principios Generales del Derecho Administrativo " Pag. 78.)

Por la revocación la administración decide unilateralmente poner término a la concesión antes de la fecha fijada para su expiración y - por razones de oportunidad o conveniencia que ella juzga discrecionalmente. La revocación, en la concesión de servicio público, nace de rescate cuando se acompaña de otros efectos que analizaremos al estudiar la expiración de la concesión.

5) LA CONCESION ES POR REGLA GENERAL, TEMPORAL .

La temporalidad de la concesión es absoluta respecto de las concesio

nes que se dicen traslativas, puesto que en ellas se transfieren poderes que son propios de la administración y éstos no pueden cederse a perpetuidad. Respecto de las concesiones constitutivas, si bien algunas de ellas carecen de plazo, normalmente cesarán sus efectos con la extinción de la persona o ente beneficiarios, ya que estas concesiones son generalmente " intuito personae ", y en consecuencia no son transmisibles a sus herederos. En otros casos estas concesiones expirarán con el cumplimiento del objeto para el cual se concedieron.

6) LA CONCESION ES POR REGLA GENERAL " INTUITO PERSONAE ".

La concesión se otorga generalmente, teniendo en consideración la persona del concesionario. Por tal motivo, éste no puede transmitirle ni conferir o ceder los derechos a ella inherentes, sin intervención de la autoridad concedente.

C A P I T U L O I I I

CAUSAS DE LA CONCESION, SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES .-

Las consideraciones más importantes que mueven al Estado para esta

blecer una concesión de obra pública son, en primer lugar el interés económico y en segundo lugar, el afán de prestar un servicio = útil a la comunidad. Esta es una clasificación arbitraria por cuanto los intereses en ella colocados no obedecen a un orden de prioridad sino es simplemente una clasificación atendiendo a causas externas del interés mismo del Estado.

Las obras generalmente exigen cuantiosas erogaciones que en muchos casos el Estado no está en condiciones de subvenir, teniendo en cuenta las limitaciones presupuestales, el Estado acude a empresas particulares para la realización de una construcción que con sus propios medios no podría efectuar.

García Oviedo en su obra " Derecho Administrativo " Pag. 299, fiel a su identificación entre concesiones de servicio público y de obra pública, expresa : En síntesis no son otras que un interés = público económico. La creación de ciertos servicios públicos suele originar gastos cuantiosos, exige una administración especial y difícil. Muchos de ellos aparecen denominados por la nota aleatoria, propia de toda empresa nueva y que por su naturaleza está llamada a alcanzar vastas proporciones. La creación de estos servicios por la administración impone al país sacrificios importantes, al Estado un intenso esfuerzo administrativo y amenaza a la hacienda con una grave carga. De otra parte, la lentitud con que suele conducir sus obras la administración, coartada en sus movi

mientos por el expedienteo, constituye muchas veces una rémora de difícil vencimiento para la satisfacción inmediata de las necesidades en cuya vista se organizan los servicios públicos.

A remediar estos males responde la concesión. La concesión dice - MOREAU - entraña una economía para las haciendas públicas y permite la pronta ejecución de obras que las personas administrativas no podrían realizar sino castigando a los contribuyentes o aceptando operaciones desventajosas. Y por eso dice PRESUTTI, es explicable que cuando se trata de organizar la gestión de los servicios públicos de nueva creación y reorganización los que se hallen completamente desorganizados se acuda a este sistema de gestión.

CHARDENET expresa : " La buena organización y el feliz funcionamiento de un servicio público importante, suelen imponer gastos elevados y la movilización durante largo tiempo de grandes capitales. Si consideramos verbigracia, el servicio de luz, habría que construir primeramente fábricas, hacer canalizaciones, etc.

Más tarde sería menester realizar gastos de entrenamiento de reconstrucción, de renovación del material..... En el curso de la explotación del servicio sería preciso celebrar contratos importantes para asegurar las materias primas necesarias para la fabricación del gas..... Para evitar que las personas públicas se vean expuestas a los gastos mencionados, con sus riesgos consiguientes, para evitar también que comprometan sus recursos en las operaciones comerciales e industriales que impone el funcionamiento del servicio y los em -

préstitos más o menos onerosos que sean necesarios, se ha imaginado el sistema de que sean otros - particulares o compañías - quienes se encarguen del servicio. Así se ha llegado al contrato de concesión".

(Ponencia en el asunto de la Compañía de Sase de Burdeos, resuelto por el Consejo de Estado Francés el 30 de Marzo de 1.916.)

De estas consideraciones se desprende cuales pueden ser los servicios explotables por concesión. Hay, en primer término, una serie de servicios que afectan a la seguridad pública y privada y a la realización de la justicia, y que según sabemos, determinan y justifican la propia existencia del Estado. Tales son los servicios de la defensa nacional, policía y justicia, que en el actual Estado de derecho público no deben ser objeto de concesión.

Tampoco deben serlo los servicios de carácter social no económico - (correos, telégrafos), y no, porque el hecho implique como en los del primer grupo, claudicaciones fundamentales del Estado, sino - porque supondrá para él, la renuncia sin causa justificada de competencias que entran en el círculo de sus negocios ordinarios.

La concesión puede admitirse en los servicios que satisfacen también necesidades sociales, pero cuya organización y entretenimiento entrañan un grave esfuerzo económico y en donde entra por mucho lo aleatorio; es el ramo de los servicios públicos industriales.

UTILIDAD :

La concesión de obra pública es uno de los medios más eficaces para la descentralización administrativa ya que por su medio muchas funciones de administración que estarían necesariamente en manos de los funcionarios del Estado, pasan bajo el control de los particulares, quienes realizan por medio de ésta una labor de descongestión en la administración pública. Además, por la figura de la reversión la obra pasa al Estado con el consiguiente aumento de su patrimonio. La Corte Suprema de Justicia refiriéndose a la figura de la reversión dijo en sentencia de 1.944 Pag. 228. SARRIA " La reversión constituye en Colombia una de las prerrogativas del Estado cuando éste hace concesiones de carácter temporal.... Hay más, y es que constituye también principio de nuestro derecho público el que jamás podría admitirse la existencia de una renuncia en un contrato celebrado con el gobierno y aún en los aprobados por el Congreso cuando se trata de las prerrogativas propias del Estado, y menos aún cuando el Estado por conducto del Gobierno, hace concesiones, otorga privilegios o da permisos. Principio es éste, por lo demás, de aceptación Universal, como es bien sabido. La renuncia si llegara a existir, tendría que ser expresada y no hecha simplemente por el Gobierno, sino necesariamente constante en un acto expedido por el cuerpo legislativo del Estado."

La concesión sin embargo encierra peligros no pequeños ya que por

este sistema pasa a manos de los particulares porciones de las competencias públicas despojándose de deudas que le son propias.

Mediante este despojo de poderes o facultades, se puede restringir la libertad civil, además tenemos que los concesionarios por este método adquieren la facultad de cobrar a los beneficiarios del servicio una tasa mediante la cual se abonan periódicamente la inversión inicial por lo tanto los usuarios de este servicio pueden ser víctimas de la rapacidad de los concesionarios.

Este peligro puede ser conjurado por los poderes del control y fiscalización que la entidad concedente tiene sobre los concesionarios, ya que por el poder de policía, el Estado interviene en el régimen interno de la empresa concesionaria, ayudando así mediante la fijación de tasas remuneratorias pero no excesivas, el impulso de las empresas que unidas por la codicia puedan en un momento dado cobrar tarifas muy altas.

No puede estimarse la concesión cual una mera empresa industrial - aunque el espíritu de lucro anime la acción del concesionario y sea la perspectiva de una ganancia el incentivo que la administración pública ponga en ella. No es la concesión de servicio público - ha dicho JEZE - una empresa privada que en razón a su importancia está sometida al control de la administración (formación, medicina, profesiones sanitarias en general.) Lo fundamental en ella es que se trata de un servicio público propiamente dicho y no de una empresa privada importante controlada por la administración.

Esta idea capital se vierte en esta fórmula : que en ella el interés general es lo decisivo, que este interés prevalece sobre los intereses privados. Lo que acontece es que siendo la ganancia el móvil - que determina al particular hacerse cargo del servicio, éste es también para él una empresa industrial y así la concesión reviste este doble carácter : un servicio público cuya gestión como la de todos los servicios de esta naturaleza, ha de efectuarse persiguiéndose - el predominio del interés general, y una empresa industrial que entraña la compensación económica al concesionario por las cargas que la gestión le impone " JEZE " Los principios generales del Derecho Administrativo " Pag. 284).

C A P I T U L O I V

FINANCIACION DE LA CONCESION .-

Desde el punto de vista del alto costo de las obras que se construyen actualmente en consideración a la capacidad económica de las empresas constructoras en nuestro país, las cuales no cuentan con suficiente respaldo para obtener un préstamo de entidades prestamistas - extranjeras y su disponibilidad de fondos es insuficiente para acometer por sí solas la construcción de las mismas, estaríamos abocados al problema de dar en concesión obras a empresas que necesariamente tendrían que ser foráneas, con el consiguiente perjuicio de las na-

cionales, que no estarían en condiciones de competir con aque-
llas, estando vedado un campo en nuestro país que logrando supe-
rar el obstáculo abriría el camino para la realización de obras
de infraestructuras que por nuestra escasez de dinero no pueden
ser llevadas a cabo.

Es importante dejar clarificado que el sistema de financiación
de la concesión no debe ser solicitado como una cláusula más en
un contrato, sino como una "concesión adicional", siendo esta
una concesión constitutiva, mientras que la que llamaremos "con-
cesión principal" cae dentro de la categoría de las concesiones
translativas.

IMPORTANCIA DE ESTA DISTINCION :

Son concesiones translativas aquellas en las cuales el derecho pa-
ra el concesionario nace como consecuencia directa e inmediata -
del traspaso de poderes propios del concedente.

En estas concesiones se produce una verdadera relación de sucesión
entre la administración y el concesionario. La adquisición de los
derechos de éste provienen de una pérdida o limitación de aquella.

Como ejemplo de concesiones de esta especie, anotamos la de ser -
vicio público, obra pública y según algunos, la de bienes nacio -
nales de uso público.

La concesión de servicio público pertenece a esta categoría de concesiones porque en ella la administración transfiere al particular una facultad suya; la de atender en forma regular y - continúa la gestión de un servicio público, facultad que, a no mediar la concesión, debería ejercitar directamente la administración.

El concesionario de un servicio público, es pues, un delegatorio de las funciones que corresponden a la administración.

Lo mismo cabe afirmar con respecto a la concesión de obra pública : La facultad de construir y explotar la obra pública, corresponde al estado, el cual, por la concesión, decide desprenderse de ellas, para otorgarles al particular, quien realiza la construcción y explotación por su cuenta y riesgo.

CONCESIONES CONSTITUTIVAS :

Son concesiones constitutivas aquellas en las cuales la administración, ejercitando poderes que la ley les atribuye constituye en los particulares nuevas capacidades o nuevos derechos.

En estas concesiones a diferencia de las anteriores el derecho del concesionario deriva del ordenamiento jurídico y se forma nuevamente en el particular.

al La ley/establecer la institución, determina los derechos inherentes a ella, así como, sus limitaciones y cargas. La misma ley -

faculta a la administración para que decida su otorgamiento invistiendo con esta situación al particular. De ahí, que normalmente, por estas concesiones se confiera al particular un verdadero STATUS legal preestablecido.

Por estas consideraciones no existe en ellas ningún orden de sucesión ni delegación de derechos o poderes entre el ente público y el concesionario, como anotaremos en las concesiones translativas.

No hay pues, limitaciones, ni mucho menos pérdida de los derechos del concedente.

En consonancia con lo anterior afirmamos que la "concesión adicional para la financiación" es realmente una verdadera concesión así que como antes lo expusimos reúne todas las características para ser denominada "concesión constitutiva".

José Joaquín Castro Martínez en su "tratado de derecho administrativo, organización administrativa del servicio público" Pag. 197, trae una parte bajo el título de "Subvenciones y auxilios", que por tener estrecha relación con nuestro tema, ya que nos demuestra la manera como el Estado puede intervenir en ayuda de intereses privados por medio de auxilios de carácter económico, para propender por servicios de interés general, transcribimos a continuación :

" No todas empresas privadas que persiguen fines de permanente interés general, se consideran comprendidas por las doctrinas - que antes hemos expuesto, acerca de la intervención que en ellas toma el Estado para darles el carácter semioficial o el de instituciones de utilidad común.

Hay otras que deben ser tenidas en cuenta por el beneficiario, - que dejan a la comunidad sin que las ganancias a favor de los empresarios sean obstáculos para que se les preste apoyo con fondos del tesoro público y aún por medio de la destinación de bienes de propiedad del Estado.

La utilidad pública es un concepto que tiende a garantizarse conforme se van prestando nuevas necesidades, en las cuales la iniciativa privada representa un valor considerable. De ahí nace la idea de que tanto los servicios públicos que prestan las instituciones oficiales como los que están a cargo de los particulares pueden ser materia de contribución pecuniaria o material con el objeto de que patrimonio común concurre a llenar aquellos fines de utilidad colectiva.

Las subvenciones o auxilios son sumas de dinero que se pagan por el erario con el fin de estimular y ayudar la iniciativa privada en obras de interés general, ya sea para darles mayor capacidad económica y financiera o para establecer vínculos de cooperación entre el Estado y los particulares.

Se dice tambien que hay subvenciones o auxilio cuando la Na - ción paga a los Departamentos, a los Municipios o Estableci - mientos públicos, cantidades de dinero con el simple propósi - to de ayudar a la prestación de determinados servicios públi - cos.

La subvención es legal, temporal y precaria.

LA SUBVENCION ES LEGAL :

Es legal porque tiene origen únicamente en la ley y está por - consiguiente sujeta a las apreciaciones que el legislador haga respecto de la conveniencia de otorgarla y de las razones que la justifiquen.

No tiene origen contractual porque entonces se convertiría en una obligación y sus características se modificarían sustan - cialmente. Para que el legislador ordene una subvención a favor de empresas o servicios particulares, debe tenerse en cuenta - el positivo provecho que la comunidad recibe, pues no debe ol - vidarse que los gastos del Tesoro Público deben responder siem - pre a las exigencias de los servicios o a motivos de utilidad pública claramente reconocidos.

La ley que decreta el pago de un auxilio debe fundamentarse en consideraciones sociales o económicas que influyen notoriamente en el bienestar común para que pueda justificarse el gasto.

Los establecimientos de educación, la construcción de obras de sanidad y embellecimiento de las ciudades, los caminos las empresas de transporte y colonización, ciertos cultivos que convengan desarrollar para la mayor solidez de la economía, son finalidades que se buscan por medio de leyes que conceden subvenciones o auxilios porque allí se ve claramente cual viene a ser el resultado de una política que estimula y fomenta el trabajo y la acción particular cuando el Estado no puede acometer directamente la satisfacción de necesidades generales.

La ley que vota la subvención puede señalar condiciones especiales para el goce de ella, cuyo cumplimiento está a cargo de los funcionarios públicos o de los particulares sin que puedan oponerse éstos, a ninguna de aquellas condiciones porque como dejásemos dicho, la subvención no tiene carácter contractual y depende únicamente de la voluntad del legislador.

Las condiciones que se fijan no pueden entenderse en el sentido de que un a vez cumplidas haya la obligación de pagar el auxilio o que no pueda posteriormente modificarse o revocar la ley que lo haya establecido.

Así por ejemplo, al decir la ley que ^{que} para los Hospitales puedan cobrar los auxilios con que se les favorece anualmente se requiere - que funcionen en ellas salas de maternidad, no quiere decir que - al cumplirse esta condición el auxilio se vuelva obligatorio y can

se un derecho cuyo cumplimiento pueda exigirse por vía distinta de la simple petición administrativa.

Así pues, una Asamblea Departamental dispone, que ciertos cultivos como el tabaco, algodón, etc., se auxilien por medio de sumas con el objeto de hacerlas más intensivas y permanentes, siempre que se sometan a los procedimientos técnicos prescritos en una reglamentación especial, al llenarse esta condición, los particulares pueden cobrar el auxilio, no como un derecho adquirido contractualmente, sino como el reconocimiento de haber cumplido aquella condición para hacer efectiva la disposición de la ordenanza.

LA SUBVENCION ES REVOCABLE .

Porque el legislador no puede establecer cargas en contra del erario para gastos ajenos a los servicios públicos sin determinar precisamente el tiempo dentro del cual hayan de beneficiarse las entidades a cuyo favor se establezcan.

Si la ley, ordenanza o acuerdo, que vota la subvención no le fija término se entiende que es por una sola vez y que para lo sucesivo será necesario que la ley vuelva a incluir la partida correspondiente con el objeto de que pueda entenderse que la voluntad del legislador ha sido la de que se continúe pagando aquella suma, desde luego es preferible que el tiempo para el goce del auxilio se fije expresamente en vista de que todo gasto público debe es -

tar autorizado en la ley sustantiva y que un sistema diferente se prestaría a interpretaciones erróneas, respecto del cual ha ya sido en verdad la voluntad del legislador.

Además, como las subvenciones y auxilio recaen siempre sobre objetos de utilidad pública conviene que tales contribuciones del Estado se funden en el explícito reconocimiento de que la necesidad existe y de acuales son en realidad las ventajas que se desprenden de aquella ayuda fiscal.

Al decir que la subvención es revocable, se entiende que el Estado puede hacerlo cuando lo juzgue conveniente por razón relativa al mayor bienestar de la comunidad o porque estime conveniente - que la iniciativa privada puede desarrollarse por sí misma o que no se justifica la intervención o ayuda del Estado.

La revocatoria del auxilio se hace de igual manera, por medio de una ley sin que este principio signifique que entre tanto haya - la obligación perentoria de pagarlo, porque al revocarse la ley, el único fenómeno jurídico que se produce es el de que, desaparece la disposición sustantiva en que se funda el gasto y la consiguiente apropiación presupuestal.

LA SUBVENCION ES PRECARIA :

El carácter precario de la subvención consiste en que su efectividad depende enteramente de la voluntad de los gobernantes y que no

obstante que exista la disposición legal sustantiva no es exigible el pago sino en virtud de providencia y orden del respectivo funcionario.

De acuerdo con el régimen fiscal acontece que la clasificación de los gastos públicos se hacen según que sean fijos o accidentales, quedando incluidos entre estos últimos invariablemente - las subvenciones o auxilios. De modo que el pago de esas subvenciones depende primero de que se incluyan las partidas en el presupuesto y luego de que durante la vigencia fiscal sea posible darles cumplimiento previa la segura ejecución de los capítulos correspondientes a los gastos fijos.

Esto implica naturalmente que el gobierno puede ejecutar traslados siguiendo las disposiciones legales, tomando las cantidades necesarias a gastos accidentales y entre ellas las de subvenciones o auxilios, según la mayoría conveniencia de la administración para pasarlas a aquellas apropiaciones que requieren mayor atención e interesan más vivamente a los servicios ordinarios.

Lo anterior se justifica; porque no habiendo de por medio un servicio público ni contratos que impongan la obligación de hacer determinados pagos, puede el congreso dejar de incluir en las apropiaciones las partidas correspondientes a auxilios, sin que el beneficiario tenga derecho a formular reclamos ni se haga tam-

poco acumulable lo que en cada vigencia se deje de pagar.

Estas reglas tienen igual aplicación, aún en el caso de que la subvención se haya votado a favor de entidades públicas como - los departamentos o municipios, porque no habiendo de por me - dio un servicio público a cargo de la Nación, ni un compromiso legalmente adquirido; la subvención no representa un aporte - directo al patrimonio de esas entidades sino una simple contri - bución por motivos de utilidad pública, limitada por las cir - cunstancias que influyan en las posibilidades fiscales naciona - les; el no pago de la subvención no significa que queda revo - cada, si el legislador ha fijado término para el goce del benefi - ciario o si habiéndose decretado para un cierto número de ve - ces quedan ya alguna o algunas pendientes. En estos casos el derecho de la persona o entidad a cuyo favor ha de hacerse el pago, se limita a obtener en lo sucesivo, se hagan efectivas - las apropiaciones conforme a las reglas generales.

Es prudente advertir que las subvenciones deben responder a un interés manifiesto de la comunidad, pues no será aceptable que los fondos del Estado se invirtieron en cosas ajenas a las ne - cesidades colectivas, o que mediando una empresa lucrativa se le diera auge financiero con esa clase de ayudas, sin explicar - se concretamente el fundamento social de la medida.

Sin embargo, tratándose de institutos semioficiales, es justificable que el Estado de apoyo con fondos de su tesoro a las empresas privadas, cuando son lucrativas, si ello se funda en razones claras de interés público, como serían por ejemplo la instrucción, la agricultura, la colonización, los transportes, etc.

La subvención es compatible con cualquiera otro de los sistemas de intervención o cooperación del Estado, tales como los establecimientos públicos, las instituciones de utilidad común, los institutos de interés general, porque tratándose de un concurso temporal pecuniario por razones de utilidad pública no se modifica la situación jurídica general de los establecimientos, como tampoco la de los Departamentos y Municipios, cuando la nación los auxilia en la prestación de los servicios que tienen a su cargo.

En los contratos no hay lugar a estipular subvenciones, aunque en algunos reciban esta denominación, las prestaciones a que se obligan las entidades públicas, porque siendo por naturaleza revocables y precarias sólo pueden tener origen en la voluntad del legislador y no en las convenciones.

Cuando en virtud de compromisos contractuales el Estado tiene que pagar cantidades de dinero por razón del servicio que presta una entidad pública o una persona natural o jurídica, no se dice

propiamente que hay subvención o auxilio sino la retribución por el servicio que es materia del contrato.

Otra fórmula acostumbrada en la administración para ayudar a la satisfacción de las necesidades colectivas es la afectación de bienes muebles o inmuebles, la cual se cumple en los términos - dispuestos por el legislador. Estas afectaciones no constituyen traspaso del dominio ni limitaciones o gravámenes, dado que no - existen contratos ni actos algunos que signifique la voluntad de enajenar o de constituir derechos sobre los bienes del Estado en favor de terceros.

La afectación de bienes, como el reconocimiento de auxilios que - dejamos explicado, es sencillamente la voluntad de destinar a fines determinados de interés público, los inmuebles materiales o elementos que hacen parte del patrimonio común y que pueden ser utilizados para servicios que tiene a su cargo otras entidades - de derecho público, como los Departamentos, Municipios o establecimientos públicos, o personas de derecho privado, como las instituciones de utilidad común, las semi-oficiales o las empresas - privadas que producen beneficio positivo a la comunidad.

La afectación de bienes es también revocable y temporal y puede - estar sujeta a condiciones, de cuyo cumplimiento dependa su efectividad.

En ningún momento se considera que los bienes dejan de pertenecer al Estado, ni que este pierda la facultad de variar su destinación, ya sea para fines directos de la administración pública o para otros objetos de interés públicos.

Por ejemplo : Si la nación destina un edificio para un colegio privado en atención a la importancia que tiene el fomento de la enseñanza secundaria, es éste el fin justificativo de aquella determinación; pero si posteriormente la necesidad contemplada cobra nuevas modalidades, pueden los gobernantes decir que en adelante funcionen en ese edificio un instituto oficial sin que esto implique el desconocimiento del servicio que prestan los particulares, ya que en esta forma lo que se hace simplemente es devolver a la administración directa un inmueble que temporalmente se destinó al funcionamiento de un instituto privado.

Este es diferente al contrato de arrendamiento o cualquiera otra obligación que grave o limite el dominio de la simple afectación de bienes, porque en el primer caso las estipulaciones contractuales rigen para todos sus efectos y no pueden ser variadas ni suspendidas por la voluntad de ambas partes, en tanto que cuando se destinan bienes de propiedad del Estado para fines que interesan a otras entidades o personas, el derecho del dominio no se altera ni se pierde y por consiguiente pueden los gobernantes revocar en cualquier tiempo esa afectación o someterla a condiciones diversas en base a lo anteriormente expuesto.

Los premios, primas y otros beneficios semejantes decretados a favor de particulares como estímulo a las industrias, cultivos y obras de fomento, tienen las mismas características de las subvenciones, aunque en apariencia constituyan un derecho a favor de quienes cumplan los requisitos establecidos para hacerse acreedores del reconocimiento pecuniario.

El objeto de todas estas disposiciones es, el de acrecentar el provecho que la sociedad, recibe, por el incremento económico y representa, por tanto una política cuya bondad se mide por el efecto que produzca sobre la riqueza general, de donde resulta, que si bien los beneficios no pueden recabar el pago como una obligación del Estado, obrarán en cambio las circunstancias sociales que aconsejen mantener el ambiente de entusiasmo y de confianza que se busca cabalmente al votar aquellos auxilios.

El abuso en la política de auxilios ha hecho pensar que quizás es contraproducente para el interés social y que sería preferible que el Estado tomara por su cuenta muchas de las necesidades que se atienden por aqual sistema o las dejara a la libre competencia entre los particulares. Mas ocurre que si bien es verdad que muchas veces se disfruta de la ayuda del tesoro sin causa justificada, tampoco puede desconocerse que hay intereses sociales superiores que se se dejaren abandonadas producirían efectos desastrosos sobre grandes masas que no encuentran el bienestar sino en las ing

UNIVERSIDAD DE CARRANZA

tituciones y empresas que a su turno solicitan la ayuda del Estado, De ahí que la política de subvenciones y auxilios bien dirigida y ejercitada oportunamente, si puede considerarse como uno de los procedimientos más fecundos para lograr los fines del progreso colectivo.

CAPITULO V

NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCESION :

Hay tres corrientes de opiniones diferentes que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la concesión : así unos consideran que es un contrato, otros opinan que es un acto unilateral y para un tercer grupo de autores, es un acto mixto.

a) LA CONCESION ACTO CONTRACTUAL :

Esta es la opinión de los juristas clásicos del derecho Administrativo para quienes la concesión es un contrato que se celebra entre la administración y un particular, por el cual éste se encarga de la realización de una obra mediante ciertas ventajas, - preferentemente de índole económica que aquella le otorga.

Podría decirse que este es un contrato de arrendamiento de obra - con la particularidad de que el precio se abona con los rendimientos que el contratista obtiene con la explotación del servicio, - en vista del cual la obra se realizó.

Todas las circunstancias que concurren en este acto aparentan su naturaleza contractual. Hay en primer término capacidad de las partes, sin la cual el acto es nulo. Hay reciprocidad de consentimiento, libremente expresado, pues ni se impone como prestación personal o carga obligatoria la de ser concesionario, ni de otra parte se puede exigir como un derecho frente al Estado el otorgamiento de concesiones.

Existe también objeto : La construcción de la obra y la gestión del servicio, hay finalmente formalidades contractuales : el - pliego de condiciones (documento formalmente sometido al contratista por la administración, en donde consta el objeto del contrato) y en el sentir de BERTHELEMY es un contrato sinalagmático, - comutativo y oneroso. (BERTHELEMY " TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO " Pags. 474 y 475)

Sin embargo, como anota Fernández de Velasco en su obra " Teoría Jurídica de las concesiones administrativas "(Pag.121) El acto de concesión no debe analizarse subjetiva o formalmente, sino - por su objeto y contenido y desde entonces se descubre en la con

cesión mucho que trasciende evidentemente de la esfera contractual, le da carácter jurídico especial.

No en vano, la concesión es un modo de explotación de los servicios públicos a que acompañan poderes y facultades que no suelen utilizarse en las actividades corrientes de la vida privada.

En primer término y sin salir aun del campo en que se desarrollan los negocios de la vida jurídica ordinaria conviene deshacer un equívoco en que cae un espíritu tradicional y analítico. No todo acuerdo de voluntades que crea una obligación es un contrato (Reciprocidad) - ha dicho Fernández de Velasco (Obra citada Pag. 117) no siempre significa contrato. Si así fuese toda la trama de la vida sería contractual, hay muchos actos de la vida civil celebrados con reciprocidad de consentimiento, que un análisis jurídico penetrante separa de la esfera del contrato. El matrimonio, la adopción, la aceptación de la herencia no son contratos. La investigación moderna va separando de la esfera contractual numerosos actos cuya eficacia brota, sin duda, de la reciprocidad de consentimientos pero que se refiere a estados, a situaciones que tienen su gestación jurídica y encuentran la raíz de su validez en la ley. El consentimiento individual en estos casos no contribuye a la producción del acto válido por sí, es tan sólo una condición legal necesaria para su eficacia. En el terreno del derecho público no ocurre cosa distinta, en la doctrina cada día se afirma con más fuerza la tendencia que sustrae al contrato actos importantes, cuya eficacia, por lo demás depende de un con

curso de voluntades.

b) LA CONCESION ACTO UNILATERAL .-

Esta teoría es diametralmente opuesta a la anterior, la concesión en esta doctrina es un acto de derecho público, un acto de autoridad superior.

La concesión es un acto administrativo - dice Mayer (El derecho administrativo alemán - Pág. 57 - 58), sobre la base de la sumisión del interesado como ocurre con el nombramiento para el servicio del Estado. No es un contrato como no lo es la designación de un funcionario. Las conversaciones que la preceden fijan las condiciones y la medida de esta sumisión y determinan el contenido exacto del acto administrativo, y de sus resultados no son mixtos como algunos creen, en parte de derecho del funcionario a la retribución. Todo cuanto en la concesión hay es de derecho público y por consiguiente, en el sentir de Mayer, también lo es cuando afecta a las ventajas económicas de que el concesionario goza.

c) LA CONCESION ACTO MIXTO .-

Esta teoría acogida sobre todo en el derecho Francés, ve en la concesión, un acto complejo con resultados mixtos acto unilateral y acto contractual, cada uno de ellos con sus particularidades y defectos.

HAURIQU, la ha defendido en su obra " PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF " (aPág.886) - A su juicio la concesión se descompone en dos elementos :la situación reglamentaria y el contrato administrativo, la primera resulta de la organización del servicio público concedido, y es la más importante. La situación contractual le está subordinada, es esencialmente de naturaleza financiera y está destinada a asegurar la remuneración del concesionario por el servicio que asume.

JEZE, participa también de esta idea, dice : Examinando detenidamente el pliego de condiciones de una concesión se observa que no es respecto de los particulares un contrato sino un acto reglamentario o legislativo en el sentido material de la expresión. Es un acto que organiza un servicio público de una manera general y permanente.

Cuando se trata no ya de una situación del público, sino de la del concesionario, el pliego de condiciones contiene algo más.

Determinado individuo el concesionario, está colocado por la administración al frente del servicio organizado. La administración se encarga de su gestión prometiéndole ciertas ventajas particulares en compensación de las cargas que le impone. Manifiestamente hay en esta parte del pliego un acto jurídico que no tiene contenido legislativo o reglamentario, sino que es un acto particular. Y ese acto es unilateral o contractual ? Recordemos el acto de de-

signación de un funcionario ? No se trata en ambos casos de adscribir a un individuo a un servicio público ? No, porque el concesionario no es funcionario y su situación jurídica personal no la regula la ley o el reglamento, sino un acuerdo de voluntades, cosa que evidentemente constituye un acto contractual.

Sin embargo, el estudio de la naturaleza jurídica de la concesión, considerándolo como en primer término se ha dicho, siguiendo los tres lineamientos anteriores expuestos en la obra de Carlos García Oviedo "Instituciones de derecho administrativo" (Pag. 303) carece de importancia práctica porque la evolución experimentada por el Derecho Administrativo, determina que los caracteres esenciales, tanto del acto como del contrato administrativo, coinciden en cuanto al valor que se asigna al interés público que domina la materia y en virtud del cual se reconoce ampliamente a la administración un cúmulo de poderes jurídicos, considerados exorbitantes al derecho privado y que la facultan para modificar o poner término en forma unilateral a los efectos privados de tales actos o contratos administrativos.

Tiene importancia jurídica formal en cuanto sirve para determinar si el acto de concesión se perfecciona con el acuerdo de voluntades del particular y de la administración o bien solamente con el acto de esta última.

Desde otro punto de vista se permite verificar si el contenido de las concesiones es determinado por la voluntad de la administración, o si es el producto del acuerdo de ella y del concesionario.

En la doctrina lo que caracteriza el contrato administrativo es la finalidad pública que persigue y la participación de la administración en el ejercicio de sus potestades también públicas.

Estos dos elementos son los mismos que determinan o caracterizan el acto administrativo según lo hemos expuesto anteriormente.

Esta similitud entre los caracteres del acto y del contrato administrativo han llevado a Diez a sostener con mucha razón que " el acuerdo entre un ente público y un particular, contrato administrativo, ha dado origen a discusiones Bizantinas en el Derecho Público.

DIEZ MANUEL MARIA " EL ACTO ADMINISTRATIVO " (PAG' 154)

En efecto, muestra ZANOBINI que la concesión realizada en forma contractual tiene la misma eficacia jurídica de la que se acuerda por el acto administrativo. Es fuente para la administración de la facultad de dar órdenes al concesionario de aplicarle sanciones administrativas de declarar en casos necesarios, la caducidad y proceder

a la revocación de la concesión.

" La administración reserva los acostumbrados poderes de suprema -
cía y disciplinarios, puede proceder a la resolución de la relación
por razones administrativas según las reglas comunes (Zanobini -
Guido. Curso de Derecho Administrativo. Pag. 303.)

De ahí que el problema se reduzca simplemente a la consideración de
carácter jurídico formal.

PROCEDENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

La idea del contrato administrativo como se ha generalizado en la -
doctrina, ha sido sistemáticamente resistida por un sector de la sig
ma, que no admite que la actividad jurídica de la administración pue
da tener limitaciones contractuales.

Parte de la doctrina estima que la administración no celebra contra-
tos, ni de derecho público ni de derecho privado. La administración
actúa siempre en forma unilateral. Y esta afirmación no pierde vali
des por el hecho de que en determinadas circunstancias se requiere el
asentimiento o adhesión del particular. La personalidad única de De-
recho Público de que se encuentra investido el Estado, lo faculta para
proceder siempre por la vía unilateral.

Otra tendencia, insistiendo en la unilateralidad del acto administrativo, considera que no es posible hablar de un contrato administrativo entre la administración y particulares. Reconoce la capacidad que tiene la administración para contratar, pero agrega que estos contratos se regulan por el derecho privado y no por el derecho público. Entre estos contratos incluye los de obras públicas, suministros empréstitos públicos, venta o arrendamiento de bienes, etc. Sólo los contratos celebrados entre entes públicos se regulan por el derecho público, tal es la opinión sustentada por un importante sector de la doctrina italiana representada entre otros por : RENALLETI, VITTA, etc. en Alemania por Otto Mayer, quien sigue los anteriores lineamientos.

La circunstancia de que la administración en tales relaciones sólo se vincula por el derecho privado, se debe, según esta doctrina, a las siguientes circunstancias.

a) A la desigualdad posición en que se encuentran los sujetos en la relación contractual. El Estado ocupa, frente al particular una situación de primacía que impide la igualdad jurídica de las partes, - igualdad que es de la esencia del contrato.

" Esta desigualdad se evidenciaría principalmente por las siguientes circunstancias : a) La administración señala unilateralmente las -

condiciones, el objeto y otras modalidades del negocio jurídico.

b) En los derechos exorbitantes que se reserva la administración y que hace valer en cualquier momento del desarrollo de la relación jurídica" (Bielsa Rafael " Derecho Administrativo " Pag. 142).

c) A la existencia de la autonomía dela voluntad en los llamados - contratos administrativos. El contenido de tales contratos apare- ce en la mayoría de los casos determinado por la voluntad del le - gislador, quien fija sus condiciones. d) A la in comerciabilidad

del objeto sobre que recaen los mencionados contratos. Estando - fuera del comercio jurídico los objetos a que se refieren las fun- ciones públicas, los bienes, los servicios públicos, etc., el con- trato sobre ellos adolecería de objeto lícito.

CONTRA - ARGUMENTACIONES .-

Las razones anotadas, carecen sin embargo, de valor irrefutable y no surten el efecto de impedir la posibilidad del contrato adminig trativo. Por el contrario, ellas sirven más que todo, para desta car las principales diferencias entre este contrato y el contrato común del derecho privado.

En efecto, cuando se afirma que en el contrato administrativo, la administración ocupa un lugar de preeminencia frente al particular, y cuando se agrega que el contenido de estos contratos está deter-

minado por la ley, no se está haciendo otra cosa que señalar las diferencias existentes entre los contratos regidos por el derecho privado y aquellos regidos por el derecho público. Diferencias - que por otra parte se explican por la diversidad de funciones y cometidos señalados a la administración.

En el ámbito administrativo el Estado contrata para la realización del interés general. Este interés general es el fundamento de la aplicación de normas de derecho público, que permiten a la administración ejercer aquellas potestades que han sido consideradas exorbitantes al derecho privado.

En cuando a que el contenido de estos actos este regulado por la ley, es por otra parte de la esencia de toda la competencia de la administración.

Es más, no es exacto afirmar que el contrato de derecho público carezca de toda autonomía de la voluntad " En ciertas concesiones, - transacciones y otros actos, el contenido se determina en gran parte por los sujetos, Además la falta de autonomía se encuentra - también en ciertos negocios indudablemente bilaterales, como por ejemplo el matrimonio, la adopción y en gran parte el contrato individual del trabajo" (Zanobini Gruido, " Curso de Derecho Administrativo " Pag. 301.)

En relación con la in comerciabilidad del objeto, es obvio que ver - sando estos contratos sobre objetos no susceptibles de transacción - comercial, de estas circunstancias se derivaría una ilicitud en el objeto; sin embargo la sanción correspondiente será de derecho - privado.

Por los demás, El Estado al contratar lo hace con una capacidad de derecho público sobre la base de sus funciones y potestades. El - Estado simplemente atribuye a los particulares parte de sus funcio - nes, las que, cuando se trata de bienes públicos deben ejercerse - conforme al destino del bien y en forma temporal, y cuando se trata de servicios, el particular es un mero colaborador, también tempo - ral de la función que al Estado corresponde; o bien paga un precio, como ocurre con los suministros.

Cuando contrata servicios temporales no hace transferencia de fun - ciones, por el contrario hace funcionario a quien no lo era.

Por último, la doctrina que estima que el contrato administrativo - sólo sería procedente entre los entes públicos y no entre éstos y - un particular, razona sobre la base de la desigualdad jurídica de las partes, pero no advierte que semejante desigualdad existe tam - bien entre el Estado y los demás entes públicos menores respecto de los cuales la idea del contrato es admitida sin discusión por esta

mista doctrina.

Lo anteriormente dicho no significa, que aceptemos como norma general la procedencia del contrato administrativo, ni que respecto de las concesiones nos pronunciemos sobre su contractualidad.-

No existiendo imposibilidad doctrinaria, pensamos con Zanobini que la cuestión debe resolverse únicamente sobre la base de los principios del derecho positivo (Zanobini Guido, curso de derecho administrativo . Pág. 302.)

La aplicación de los principios de derecho positivo, nos demuestra a juicio del autor, que " por lo general, cuando una relación de derecho público debe constituirse por medio de las voluntades concordantes de la administración y de un particular, tales voluntades se concretan en dos actos distintos y unilaterales, uno de los cuales, el de la administración, asume la posición del acto principal y por sí mismo operativo de la relación jurídica, mientras que el acto del particular tiene la función subordinadora de constituir una simple condición de eficacia del primero, más bien se trata generalmente de una condición resolutoria; en cuanto al acto administrativo nos despliega sus efectos desde su expedición, resolviéndose, si falta la aceptación del particular.

Esto resulta claramente de las disposiciones positivas. Por las mismas, el nombramiento de los empleados del Estado asume la forma de un decreto ministerial, el de los empleados municipales se efectúa por resolución del concejo. En todos los casos el acto desarrolla sus efectos desde su expedición, aunque la aceptación del particular ocurra posteriormente o pueda ser tácita o presunta.

También concesión se efectúa, por lo general, por decreto gubernativo. Mientras el consentimiento del particular se expresa en un acuerdo precedente con la administración, lo que sólo constituye la base y el presupuesto del acto unilateral de concesión.

C A P I T U L O V I

RELACIONES JURIDICAS, QUE LA CONCESION ORIGINA.-

La concesión de obras públicas se somete, en general, al mismo régimen jurídico propio de la concesión de servicio público. Esto explica que en la doctrina ambas instituciones sean tratadas en forma sucesiva.

El derecho del concesionario como los derechos de los usuarios de las obras, están regulados por el derecho público.

El derecho de fijar la tarifa o peaje que habrá de ser pagado por los usuarios de la obra y de sancionar los incumplimientos que pueda cometer el concesionario.

Es de la esencia de la concesión de obra pública la facultad de rescate de la obra, el que se producirá cuando se realice el evento de la expiración de la concesión.

Conviene advertir que de la misma manera que en la concesión de servicio público, las relaciones entre concesionario y usuarios se rigen por el derecho privado, pues ambos son particulares.

Los usuarios tienen frente al concesionario acción directa ante los tribunales para solicitar indemnización de perjuicios y el derecho de reclamo ante la entidad concedente por los incumplimientos del concesionario.

La concesión de obra pública, como acto jurídico que es, genera derechos y obligaciones. Estas y aquellos se refieren tanto al concesionario, como a la administración y a los usuarios de la obra dada en concesión.

A) DERECHOS DEL CONCESIONARIO .-

1 - Derecho de Explotación .-

Este es el principal derecho que nace para el concesionario y -
 consiste en explotar la obra destinada a satisfacer necesidades
 públicas. Este derecho puede ejercerse en concurrencia con la
 administración o con otros concesionarios, o en forma exclusiva
 o monopolística. Este derecho es de carácter temporal y preca-
 rio y debe efectuarse de acuerdo con las prescripciones estable-
 cidas por la ley. Y como la actividad que el concesionario to-
 ma a su cargo es la explotación de una obra pública destinada a
 prestar un servicio a la comunidad, debe efectuarse en forma re-
 gular permanente y continua y en igualdad de condiciones para -
 todos los usuarios.

2) Derecho a la Tarifa -

La tarifa es el precio que deben los usuarios por el servicio.
 Para el concesionario ésta determina el resultado económico de
 la gestión. Este precio debe ser racional y justo para que -
 permita una ganancia legítima y equitativa al concesionario.

Puede ocurrir que en el transcurso de la concesión se altere -
 la situación de hecho prevista en el momento de otorgarse la -
 concesión con relación a la tarifa fijada, ya sea que se deba
 a un aumento excesivo en los gastos de explotación como conse-
 cuencia de guerra o de una crisis económica, por ejemplo.

En estos casos y con el fin de evitar la ruina del concesionario y la interrupción del servicio prestado, se ha recurrido a la teoría de la imprevisión, que viene a operar en los casos en que por causas originadas en hechos imprevisionables, la rigida aplicación de las cláusulas de la concesión perjudicaría a todas y no beneficiaría a nadie.

De esta manera con la teoría de la imprevisión se ha querido asegurar la continuidad del servicio público pues, a no mediar esta solución, fatalmente se interrumpiría el servicio prestado por la obra construida.

8 - OTROS DERECHOS DEL CONCESIONARIO .-

Doctrinariamente se señalan al concesionario una serie de derechos menores que han pasado a ser cláusulas típicas de esta institución, y son ellas : exenciones tributarias, subvenciones, no mejores condiciones, exclusividad y monopolio de la explotación.

Las cláusulas que contengan exenciones tributarias, tuvieron mayor aplicación en el pasado; en la actualidad ellas han perdido importancia ante la consagración del principio de la "responsabilidad de la tarifa" según el cual ante un aumento

excesivo de los impuestos que debe pagar el concesionario, la tarifa debe reajustarse.

Por la cláusula de "no mejores condiciones" la administración se compromete a no otorgar nuevas concesiones que contengan condiciones más favorables que las proporcionadas al primitivo concesionario. Según el parecer de Sayagues Lasso, esta cláusula debe entenderse implícita en toda concesión.

Las demás cláusulas mencionadas, nos abstenemos del comentario en esta ocasión, por haberlo hecho en capítulos anteriores.

4 - Derechos de carácter públicos .-

La concesión puede contener derechos propios de la administración, como por ejemplo, derechos para expropiar bienes, o derechos de policía interna. En cuanto a los primeros no tienen cabida en nuestro derecho, ya que la facultad de expropiar compete exclusivamente por mandato constitucional al Estado.

5 - Derecho a indemnización .-

En la doctrina se discute si el concesionario tendría derecho a

indemnización por los perjuicios sufridos a raíz del acto unilateral de la administración que pone fin anticipado a la concesión. A nuestro modo de ver hay que distinguir si esta determinación se produce por causas imputables al concesionario o bien por razones de interés público. En el primer caso la indemnización no sería procedente, en el segundo, debe aceptarse el derecho a indemnización por razones de equidad y por que estaríamos en el caso de una carga pública que sólo estaría soportando el concesionario.

B - DERECHOS DE LA ADMINISTRACION .-

La administración mantiene en todo momento el derecho para regular, modificar y controlar la ejecución de la obra y su posterior servicio; pudiendo incluso asumir directamente su explotación o extinguir la concesión si el interés público lo requiere.

Cuando la administración unilateralmente decide poner término a la concesión por causas imputables al concesionario estamos en presencia de la CADUCIDAD, expresión del poder sancionatorio de la administración. Cuando la terminación se decide por razones de conveniencia o utilidad estamos en presencia de la REVOCACION .

C - SITUACION DE LOS USUARIOS -

Los usuarios son los consumidores o beneficiarios de la obra y de su servicio correspondiente y tiene por lo tanto el derecho de servirse de él, conforme a su naturaleza y a las reglamentaciones impuestas por la ley o la autoridad administrativa.

En desarrollo de ese derecho que tienen los usuarios a obtener la prestación del servicio, puede obligar al concesionario a mantener el servicio en forma continua e ininterrumpida y a un mismo precio para todos.

Es así como en la doctrina se sostiene que en caso de funcionamiento deficiente, los usuarios tienen dos tipos de derechos :

1 - JUDICIAL.- Directo, contra el concesionario para exigir el cumplimiento de la prestación y para reclamar indemnización si la ejecución deficiente o suspensión acarrea daños.

2 - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .- Contra el concedente para que constriña al concesionario a prestarlo regularmente.

C A P I T U L O VII

EXPIRACION DE LA CONCESION DE OBRA PUBLICA.-

La concesión de obra pública al igual que cualquier otro acto administrativo expira ya sea por hechos o por actos que la tornan inoperante o ineficaz.

En la doctrina se señalan las siguientes causales de extinción: vencimiento del plazo, caducidad, revocación, rescisión por mutuo acuerdo, muerte del concesionario y quiebra del concesionario.

1 - VENCIMIENTO DEL PLAZO :

El vencimiento del plazo constituye el modo normal de extinción de la concesión de obra pública. A su llegada, el concesionario cesa la explotación de la obra cuyo ejercicio reasume la administración, y mediante la figura de la revocación la obra pasa a poder de la administración pública. Este vencimiento puede ser objeto de prórroga cuando la ley no lo prohíbe y la administración no se encuentra en condiciones de asumir la explotación de la obra; siempre que la prórroga se efectúe antes de expirar el plazo de la concesión.

2 - CADUCIDAD .-

La caducidad es una sanción general del incumplimiento por parte

del concesionario de las obligaciones que le han sido impuestas en el acto de la concesión.

En nuestro derecho existe un antecedente legislativo, cuando el 29 de septiembre de 1937, se presentó a nombre del Gobierno Nacional un proyecto de ley sobre régimen jurídico de los contratos administrativos, en el cual su artículo 4o. consagra las figuras de la caducidad y de la imprevisión; cuya exposición de motivos dice :

" Considerando que los contratos sobre construcción de obras públicas y prestación de servicios públicos, a que se refiere el artículo 41 del código fiscal, son contratos administrativos propiamente dichos, se ha creído conveniente introducir en ellas los principios que inspiran la reforma del actual proyecto de ley. El gobierno cree que esta reforma es esencial para defender debidamente los intereses públicos comprometidos, cada vez con mayor gravedad, en esa clase de actos administrativos, pero no ha querido proceder sólo con ese criterio, sino ha buscado en la forma que establece este artículo, la equidad más completa, tanto para el contratista como para el gobierno, a fin de que esta disposición no se tache de imposición unilateral por parte del Estado. Los modernos tratadistas del derecho administrativo, especialmente JEZE, BERTHELEMY, BONNARD Y ROLLAND estudian lo relativo al riesgo imprevisible en los con

tratos de esta clase y a lo que se llama la ecuación financiera de esos contratos que, en síntesis, es el equilibrio económico que debe existir en todo acto de esta clase, equilibrio que es justo que se respete, porque es obvio que tratándose de obras públicas o servicios públicos, tanto el Estado como el contratista están interesados en que a ambos les resulte ventajoso y conveniente el contrato. No se debe tolerar que el contratista gane más que lo justo en un contrato de esta clase, pero tampoco es equitativo exponerlo a que pierda, porque el interés común está en que preste eficientemente el servicio público concedido, ejecute la obra de que se trate.

" Principios análogos a los de este proyecto, son los que dominan en Francia, en donde el Consejo de Estado ha sentado numerosas doctrinas al respecto.

" La cuestión es ésta, en síntesis : el código civil establece en su artículo 1.602 que " todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales".

" Este principio que establece " la intangibilidad" de los contratos civiles, deberá aplicarse exactamente a los contratos y concesiones de servicio público ? imposible aceptarlo, porque mientras en los contratos civiles sólo van envueltos intereses

colectivos, intereses que son de la generaciones actuales y tambien de las futuras".

" El principio es que por regla general, todo contrato administrativo celebrado en interés del servicio público debe poder modificarse, siempre que las conveniencias de este servicio lo exija. Con este objeto, se establecen situaciones jurídicas generales, relativas al servicio público, y situaciones jurídicas individuales relativas a la parte notamente económica del contrato.

Respecto de las primeras es innegable, sin necesidad de decirlo en la ley, que estas situaciones pueden modificarse por el Estado, unilateralmente, cuando los reglamentos del servicio público lo requieren; respecto de las segundas tambien pueden modificarse en pro o en contra del Estado cuando ocurran circunstancias imprevisibles con o sin indemnización, según esas circunstancias, y este es el principio que el proyecto establece.

En el artículo que comentamos, se consagran causales de caducidad y causales de modificación, ampliando los términos del artículo 41, del código fiscal, que sólo consagra las primeras. Obvio es que el riesgo imprevisible que este artículo

del proyecto desarrolla, no se puede confundir con la fuerza mayor o caso fortuito, que son fenómenos diferentes, mientras éstos establecen una imposibilidad para cumplir el contrato, - el riesgo imprevisible parte del supuesto de que el contrato - puede cumplirse, sólo que en virtud de las nuevas circunstancias que han surgido, debe modificarse dentro de la equidad para ambas partes y conforme a las conveniencias públicas aplicadas para el contrato.

JEZE, resume en los siguientes puntos el régimen jurídico a que se sujeta la caducidad. (" Los principios generales del derecho administrativo" Pág. 78 y 55 (.

- 1 - La caducidad es una sanción de orden público, no es necesario incluirla expresamente en el acto de concesión para que ella eventualmente opere.
- 2 - Cuando la caducidad no figura en el acto de concesión como sanción de una obligación determinada del concesionario, - la administración concedente no puede pronunciarla por sí misma, sino solicitarla por vía jurisdiccional.
- 3 - La caducidad supone una falta grave del concesionario como medida sancionatoria que acarrea necesariamente perturbaciones y debe emplearse sólo cuando exista grave incumplimiento del concesionario.

4 - La caducidad sólo puede pronunciarse bajo pena de nulidad, luego de un requerimiento previo al concesionario.

5 - La caducidad entraña para el concesionario la pérdida de la concesión.

8 - LA REVOCACION .-

En virtud de esta figura la autoridad concedente, decide por la via unilateral, no obstante existir un plazo, dejar sin efecto la concesión, bien sea porque el acto que la otorgó adolecía de vicios que lo hacen anulable; o bien por razones de oportunidad o conveniencia públicas.

Puede la concesión invalidarse por incompetencia del órgano concedente, omisión de formas o requisitos (falta de autorización legislativa, de licitación previa etc.) o por vicios del consentimiento.

En cuanto al rescate o revocación, puede fundarse en la necesidad de la administración de sustituir la concesión por la explotación directa, o bien de modificar radicalmente la organización del servicio, adecuandolo a las exigencias del público o a los nuevos adelantos de orden científico o industrial.

El concesionario no puede juzgar ilegítima esta decisión, por cuanto sólo tiene un interés patrimonial en juego, interés - que no puede oponerse al interés general perseguido por la - administración y que se satisface con una justa indemnización. BIELSA, fundamenta este derecho de la administración en los - siguientes términos: " el principio contractual de que el - pacto es ley para las partes, sólo tiene aplicación estricta en el régimen económico de la concesión, es decir, patrimonial respecto del concesionario. Por eso y porque nuevas necesidades, nuevos adelantos de orden científico y técnico industrial pueden, de un momento a otro, imponer a la administración pública la necesidad, o tan sólo la conveniencia, de una reforma en el servicio. Si estas modificaciones o rescisiones no están previstas, se resuelven a veces indemnizaciones o bonificaciones al concesionario, y esto lo aconseja una razón de equidad. La revocación está sometida al criterio y apreciación de la administración según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquella, sin - que ningún interés privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente " (Pag. 293 y 294.)

4 - EXTINCION DE LA CONCESION POR OTRAS CAUSAS -

La concesión, se extingue, además de las causales examinadas,

por mutuo acuerdo entre concedentes y concesionario y por la quiebra o muerte de este último.

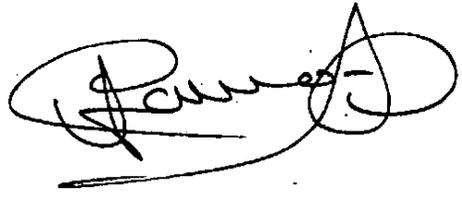
Cuando se afirma lo anterior, surge la idea de que la concesión de obra pública es un contrato administrativo celebrado entre la administración y el concesionario.

Esta orientación predomina en la doctrina francesa, la que ha elaborado todo un cuerpo doctrinario de principios que armonizan con el sistema institucional francés; el cual a creado unas verdades judiciares del derecho administrativo representada por el Consejo de Estado. La actividad de este Consejo, ha permitido ir creando todos los principios generales que rigen el contrato administrativo.

Sin embargo, siendo la concesión un acto administrativo, es obvio que sólo la administración puede dejarle sin efecto por otro acto administrativo suyo. El mutuo acuerdo entre concedente y concesionario resulta inócua, pues la concesión no es un producto del acuerdo de voluntades, no es un contrato.

Lo mismo ocurrirá en el caso de que sobrevenga la muerte o quiebra del concesionario, ambas situaciones determinarán que la administración ponga término a la concesión por la revocación del acto que le dió origen. La concesión no se extinguirá pues IPSO JURE, por el acaecimiento de estas circunstancias. Los partidarios de la doctri

llegan tambien a esta conclusion, ya que Bielsa expresa que, " La quiebra simplemente implica la pérdida del derecho subjetivo o - la concesión. Pero la administración pública no se obliga por e se acto; ella puede revocar la concesión o permitir que la masa continúe en la explotación." (Bielsa Rafael, obra citada Pág. 802.).-

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rafael Bielsa', written in a cursive style with a large loop at the end.

BIBLIOGRAFIA

- 1 - ALESSI, RENATO : Sistema Institucional de Derecho Administrativo Italiano " Dott Guifre - Editoremilano 1.958. Página 820 y siguiente.
- 2 - BERTHELEMY : "Tratado Elemental de Derecho Administrativo" Paris 1.921 - Página 474 y 475 C.
- 3 - BIELSA, RAFAEL : " Derecho Administrativo " 4a. Edición 1.947, Tomo 1 Pagina 202, 212, 287.
- 4 - CASTRO MARTINEZ JOSE JOAQUIN : " Tratado de Derecho Administrativo, Organización Administrativo, y Teoría General del Servicio Público " Ediciones Librería Siglo XX - Bogotá - 1.942 - Página 197.
- 5 - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COLOMBIA : " Sentencia de 1.944 citada por Barría en su obra Tratado de Derecho Administrativo Página 228.
- 6 - DIEZ, MANUEL MARIA : " El Acto Administrativo " Tipografía Editora S. A. " Buenos Aires - Edición 1.961 Página 128, 113, 158, 181, 154, 95.

- 7 - FERNANDEZ DE VELASCO, RECAREDO : " El Acto Administrativo " -
Imprenta Helénica, Madrid
1.929 - Páginas 15. 179 y 92.
- 8 - GARCIA OVIEDO, CARLOS : " Instituciones de Derecho Administra-
tivo, Imprenta y Librería Eulogio -
de las Heras - Sevilla, 1.927. Tomo I Página 298, 299, 31, 8 y 303
y siguientes.
- 9 - GASCON Y MARIN : " Tratado de Derecho Administrativo " 13A Edi-
ción, Madrid 1.955 - Tomo I - Página 184.
- 10- JEZE, GASTON : " Los principios Generales del Derecho Administra-
tivo" 1.988 - Tomo III - Páginas 188.
- 11 - RANELLETI : " Teoria Degli Atti Administrativo Specialli " Mi-
lano 1.945 - Página 3.
- 12 - ROMANOSANTI : " Curso de Derecho Administrativo" Padua 1.980
Tomo I Página 189.
- 13 - SARRIA, EUSTORGIO : " Tratado de Derecho Administrativo " 2a. E-
dición Editorial Temis - Bogotá 1.957 - Pág.
203 - 228.

14 - SAYAGUEZ LASO ENRIQUE : " Tratado de Derecho Administrativo "
 Montevideo, Tomo I Página 445, 420-
 Tomo II - Página 72 y 45.

15 - VITTA, GINO : " Derecho Administrativo " - Unión Tipográfica -
 Tolimense, Turin 1.954, Tomo I - Página 868.

16 - ZANOBINE, GUIDO : " Curso de Derecho Administrativo " Buenos
 Aires, 1.954, Tomo I - Parte General, Pág.
 186, 188, 331, 334, 303, 301 u 302.

MINISTERIO DE
 EDUCACION
 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA