

Sa
AUTORES ANTIOQUEÑOS
Biblioteca General
U. de A.

LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

DR. JAIRO E. DUQUE PEREZ

El extraordinario incremento de las actividades del Estado Moderno ha acarreado, como obligada consecuencia, una variada reglamentación legislativa de múltiples fases de la Administración Pública que, en la mayoría de las veces, corresponde a un amplio estudio de los fenómenos sociales que le sirven de marco, pero que en otras no ha merecido la atención e importancia que la institución requiere. Entre estas últimas debe mencionarse preferentemente, en el orden jurídico colombiano, las referentes a los contratos administrativos.

Desde las florecientes épocas de Grecia y Roma, el régimen de contratación del Estado da origen a la adopción de sistemas básicos para controlar la inversión de los dineros públicos y, particularmente, a especiales privilegios de la Administración en la ejecución de los convenios que correspondieron en su tiempo, a las necesidades reales de la colectividad.

Pero a medida que se acrecienta la intervención estatal en la actividad privada y se esfuma la noción clásica del contrato libremente estipulado entre las partes, intensificándose así el "dirigismo contractual", se hace necesario señalar los elementos de la nueva **entidad convencional** llamada a convertirse, por su trascendental importancia, en insustituible instrumento de la gestión de los servicios públicos.

Del rubro del presente artículo, se desprende que no está en el ánimo del autor acometer el estudio de la noción del contrato administrativo, ya que ésta se presume aceptada al considerar algunos aspectos de la ejecución del convenio, particularmente los referentes a los poderes que incumben a la Administración para terminarlos unilateralmente, sin que deba condicionar su acto a la previa calificación judicial del comportamiento del co-contratante.

Sin embargo, es conveniente sentar algunas breves nociones sobre el contrato administrativo, principalmente sobre los elementos que lo tipifican como entidad diferente del contrato civil.

AUTORES ANTIOQUEÑOS
Biblioteca General
U. de A.

Es un hecho indiscutible que el Estado, para el logro de sus múltiples cometidos, necesita obtener la voluntaria colaboración de los particulares en la prestación de servicios personales o elementos de su patrimonio que han de vincularse a la actividad material que constituye parte de su extensa finalidad.

Cuando obra en solicitud de esa colaboración, no usa de sus soberanos poderes que lo habilitarían para imponer sus decisiones sin la aquiescencia del particular elegido para prestarla, sino que, colocándose con éste en un plano de relativo equilibrio o igual, se somete en la medida compatible con las posibilidades de los fines sociales que persigue, a un régimen convencional libremente aceptado por el contratante, quien de esta manera se presenta en una especial situación jurídica de derecho, con las implicaciones que adelante se enunciarán.

La concepción individualista del contrato ha sido escollo de la institución del contrato administrativo por encontrarse en ella, como elemento esencial de su estructura, voluntades independientes e iguales que señalan libremente las condiciones del acuerdo, lo que no acontece en aquel que, en general, omite la consideración de esos elementos.

De esa aparente desigualdad se ha valido la doctrina para tipificar al menos, uno de los más importantes aspectos del contrato administrativo. Al respecto escribe Jacobo Wainer:

"A pesar de que todo contrato significa la libre exteriorización de la voluntad de las partes no olvidemos, que, por la propia naturaleza del Estado, éste se halla en condiciones favorables para establecer las cláusulas que la otra parte debe aceptar. Sobre este punto debemos desde ya establecer que la libertad contractual, prácticamente es, muchas veces, más aparente que real. En la mayor parte de los contratos las partes se contentan con prever los efectos esenciales de su acuerdo de voluntades, pero dejan en la sombra todos los efectos accesorios, todas las consecuencias secundarias que pueden resultar posteriormente del acto concluído por ellas. Existen reglas supletorias dadas por el legislador, reglas que son el resultado de la experiencia de siglos y se adaptan, las más de las veces, en forma tal a la mayor parte de las situaciones contractuales para las cuales se han dictado, que las partes no hacen más que reproducirlas, ya que prevén y aseguran todos los efectos de su convención". (Contratos Administrativos, pág. 11).

El desnivel de las partes en el contrato administrativo, sirve de fundamento a algunos tratadistas, los que estiman dominante en el derecho administrativo la noción de servicio público, para rechazar el término "contrato" por suponer, según acepción clásica, igualdad jurídica

de las partes, situación ésta inconciliable con la técnica del servicio público que impone la preeminencia del Estado en razón de la necesidad a que éste atiende en forma regular y continua.

La tendencia a explicar instituciones típicamente administrativas mediante los principios del derecho civil, y el desacierto de convertirlas a un común denominador de derecho privado, debe rechazarse de plano a fin de evitar confusiones que muchas veces son el fundamento de criterios doctrinarios incompatibles. Sobre el particular cobra vigencia la siguiente admonición de Jéze: "Ahora cuando se va llegando al convencimiento de que a problemas enteramente diferentes de los del derecho civil corresponden o deben corresponder teorías diferentes de las del derecho privado, convendría adoptar una terminología menos defectuosa. Sería necesario renunciar a estas expresiones de "contrato administrativo", de "mandato de derecho público", de "tutela administrativa", de "derecho de potencia pública", de "propiedad pública", etc., puesto que se sabe perfectamente que el pretendido contrato administrativo de derecho público se diferencia esencialmente del contrato de derecho privado; que el pretendido mandato de derecho público difiere esencialmente, del mandato de derecho privado" (citado por Guillermo Varas "Derecho Administrativo". Pág. 265 y ss.).

Debe reconocerse como hecho consumado por la evolución jurídica iniciada desde fines del pasado siglo, que la clásica noción del contrato se encuentra en crisis y de sus escombros ha brotado el contrato de derecho público obediente a las nuevas condiciones de la vida social caracterizadas por el gran desarrollo del comercio y de la industria. Gounot, citado por M. A. Bercaitz, apunta con razón: "Cuando el mundo real se transforma, nuestros sistemas técnicos, que no valen más que en la medida en que ellos son capaces de ajustarse a él, no pueden quedar perpetuamente fijos e inmutables, puesto que llega un día en que el desacuerdo entre la realidad y la abstracción hecha ficción, es tal, que todo el edificio jurídico amenaza desplomarse.... El comercio jurídico ya no es hoy como era en la época de Gaius y de Paulo, ni tampoco en aquella de los redactores del Código Civil. Cuando los unos y los otros hablaban de contratos, se referían al viejo contrato tradicional en que dos personas de idéntica situación jurídica y de igual poder económico, exponían y discutían en un libre debate sus pretensiones opuestas".

Pero aún dentro del campo del derecho privado, la supuesta igualdad jurídica de las partes se modifica notoriamente hasta el extremo de desaparecer en típicas categorías de contratos, producto de la evolución contemporánea: así acontece en los contratos de adhesión y en los táci-

tos; en aquéllos sólo una parte fija previamente las cláusulas que la otra se limita a aceptar *in totum*, sin que sea posible ninguna discusión o deliberación al respecto. Justamente por esa imposición se ha discutido con vehemencia en torno a su verdadera naturaleza contractual, afirmándose que ésta sólo existe cuando el objeto del acuerdo es realmente — no ficticiamente — el resultado de una elaboración en común, de un debate; "hay adhesión cada vez que este objeto es la obra unilateral de una de las partes, a la que la otra parte no tiene más que la elección de dar o rechazar su asentimiento sin debate". (Renard).

El advenimiento del intervencionismo de Estado en el campo de las relaciones convencionales y la reglamentación cada vez más intensa de las cláusulas que tienden a crear situaciones de interés general, han sido el fundamento de lo que hoy se denomina la "publicización del contrato" a cuyo amparo surge impetuoso el contrato administrativo. Lo real, lo evidente, como lo anota M. A. Bercaitz, es que el contrato de derecho privado que se esgrimía para demostrar que el contrato administrativo no era contrato, no existe ya. "Ahora el contrato de derecho privado se parece más a un contrato administrativo, que a aquél viejo contrato de derecho privado del siglo XIX".

Las divergencias doctrinarias que se han presentado en torno a la noción del contrato administrativo, convierten en confusa y dudosa su existencia, hasta el punto de que aún hoy se discute acaloradamente sobre su real configuración. La extrema diversidad de caracteres fuerza a esquematizarlo tomando en cuenta los principales aspectos y prescindiendo de los meramente secundarios. Guiados en parte por la ya clásica obra del profesor Enrique Sayagués Laso, presentamos un cuadro de los principales criterios doctrinarios sobre la aceptación o rechazo de los contratos administrativos.

Es el siguiente:

I). — Para algunos autores, entre los que figuran D'Alessio y A. Méndez, no existen vínculos contractuales en la actividad administrativa. El Estado se limita a ejercer sus funciones por actos **unilaterales** en los que no se requiere el consentimiento del particular para su formación, así se precise en ciertos eventos de su mero asentimiento como condición de realización o incumplimiento de un acto administrativo ya creado.

II). — Quienes sostienen la misma radical concepción admiten, sin embargo, que la Administración celebra contratos regulados por el derecho privado, entre los cuales los de obra pública, suministro, empréstito, venta o arrendamiento de bienes, son los más importantes. Pueden

incluirse dentro de este grupo a los autores Vitt, Zanobini, Presutti, Renalleti y Cammeo.

II). — Waline, Bonnard, Rolland —entre los franceses— y Fernández de Velasco, Royo Villanova y García Oviedo—entre los españoles—aceptan que la Administración puede dictar actos unilaterales, así como celebrar contratos administrativos, y además, vincularse contractualmente según las normas del derecho privado. Se presentan discrepancias sólo en lo atinente a la delimitación de estas distintas actividades públicas que muchos involucran desconcertadamente.

IV. — Alvarez Gendin, para no citar sino al más conocido autor de este grupo, afirma en oposición a los precedentes, que allí donde la Administración actúa, la relación jurídica es siempre pública y por tanto, según sea unilateral o bilateral, habrá ACTO o CONTRATO administrativo. Se niega pues, la existencia de contratos civiles o comerciales a cargo del Estado y se reduce toda la actividad voluntaria de éste al acto (declaración unilateral), o al contrato público (declaración bilateral de voluntad).

Quede para ulterior ocasión el estudio de los fundamentos jurídicos de estas diversas tesis y muy especialmente de la influencia por ellas ejercida en las instituciones jurídicas de los distintos países que las han adoptado. Baste aseverar que el pensamiento del suscrito, expuesto exhaustivamente en la cátedra, encaja dentro del tercer grupo de autores, a los que se han sumado los más connotados representantes de la doctrina administrativista contemporánea.

Pero, si bien es cierto que en la actualidad no es dable discutir la existencia del contrato administrativo, al menos acatando el más importante sector de la doctrina moderna, su caracterización y tipificación da origen a innúmeras controversias que, lejos de unificarse, se reducen a criterios incompatibles e irreductibles, que conviene analizar sucintamente.

Las tesis que a continuación se exponen, avocan la tipificación del contrato de derecho público, confrontándolo con el contrato de derecho privado el cual, según lo consignado en los precedentes párrafos, constituía hasta la aparición de aquél, el dominante en el campo jurídico. Y debe recordarse en este lugar, la advertencia que con ribetes de profecía hizo el gran Kelsen, al afirmar que **“la diferencia entre el contrato civil y el administrativo se busca en vano hasta ahora”**. lo que ha resultado corroborado pero en términos menos pesimistas, por Rouviere, con las siguientes palabras:

“Todos los esfuerzos tentados para extraer los caracteres distintivos de los contratos administrativos e insertarlos en una fórmula, han

fracasado. No es posible librar a una fórmula única los caracteres de todos los contratos concluidos en este vasto dominio" (*Aquels signes reconnaitre les contrats administratifs* — pág. 56).

La ubicación de los contratos administrativos en categoría diferente a los civiles, implica a la vez, la existencia de elementos técnicos y jurídicos que permitan individualizarlos y separarlos nítidamente de aquellos. En busca del acertado sistema que a tal fin conduzca, se enumeran los siguientes criterios que ponen de presente la evolución doctrinaria de la entidad "contrato administrativo".

a). — Criterio subjetivo; b). — Sistema de la Jurisdicción;
c.) — Criterio Formal; d). — Teoría del Servicio Público; e). — Teoría de las cláusulas exorbitantes del derecho común.

La simple enunciación de las anteriores teorías es índice seguro de que aún no se ha hallado una, suficientemente satisfactoria, para distinguir los contratos civiles de los administrativos.

Antes de analizar a espacio el último de los criterios, que en sentir del autor es el más recomendable porque considera el fondo de la estipulación y los poderes de que se encuentra investida la Administración para proceder unilateralmente a su terminación, conviene reparar en los fundamentos de los otros.

La teoría subjetiva parte de la premisa de que la sola calidad de un contratante (la Administración Pública), le infunde especial naturaleza al contrato. Son contratos administrativos —dice el autor arriba citado— aquéllos en que el Estado es parte; aquéllos que se concluyen con la Administración Pública, o los concluidos por ésta obrando como poder público. Del hecho de que la competencia de la Administración esté determinada en leyes constitucionales y administrativas, se infiere la calidad especial de los pactos que estipula, sin tener en cuenta que un contrato no pierde su naturaleza civil por el hecho de prescribir una ley especial una formalidad determinada.

Bien se dice que este concepto, hoy obsoleto o al menos superado notablemente, es una secuela de la división bipartita de los **actos administrativos** en **actos de autoridad** y **actos de administración**, que ya ha recibido el golpe de gracia del mismo Consejo de Estado Francés que con tanto ahínco la sistematizó.

No son incompatibles la naturaleza del contrato y la calidad jurídica de la norma que señala la competencia, su forma y fin. Es decir, del hecho de tratarse de contratos civiles celebrados por el Estado, no puede afirmarse que las leyes administrativas carecen de atribuciones para fijar la competencia del órgano público, que en todo tiene que regularse por el Código Civil. Como bien lo anota Gabino Fraga: "Lo único que

importa para conservar la naturaleza civil del acto es que los efectos que produce, la regulación de los derechos y obligaciones que origine y la interpretación de sus cláusulas, queden subordinadas a los preceptos que sobre el particular estatuye la ley civil" (Obra citada, pág. 541).

Es modalidad especial de la tesis en comento, la que sostiene que los contratos administrativos son los celebrados por la Administración cuando ésta actúa en ejercicio de su **poder especial**, mientras que en los civiles interviene como simple **persona jurídica**. La variante tesis incurre en el ya rectificado error, de sostener la doble personalidad del Estado además de desplazar la cuestión que pretende resolverse, porque lo que se busca, precisamente, es conocer las razones por las cuales se justifica en unos casos la intervención del Estado como Poder Público y en otros como Persona Jurídica.

b). — El criterio de la Jurisdicción es bien precario para sostener con apoyo en él, la diferencia que separa a los grupos de contratos. Afir-mar que los contratos administrativos son aquéllos atribuidos por el legislador, en las controversias que susciten, a la jurisdicción contencioso-administrativa, es no sólo dejar al libre arbitrio de aquél la separación científica de dos categorías de estipulaciones bien diferentes, sino partir de una de sus consecuencias para darle fundamento.

c). — Es igual o similar al anterior el comentario que puede hacerse al tercero de los enumerados criterios. En efecto, la sola regulación de las formalidades a que deben someterse los contratos administrativos, no es suficiente para separar, jurídicamente, dos órdenes de convenciones. Las solemnidades externas son hasta cierto punto, y muy especialmente en la materia de que tratamos, accesorias. Está bien entonces, traer a colación el siguiente párrafo de la obra de C. Himario, citado por Hauriou: "No es por su forma como las cláusulas derogatorias al derecho común, pueden llevar a la competencia administrativa; es por su fondo. Es su fondo que debe ser derogatorio, y no lo sería si no estipula en provecho de la Administración, prerrogativas de poder público, que serán prerrogativas del procedimiento de la decisión ejecutoria, tales como el derecho de denunciar el contrato por defecto, o de invalidarlo en provecho de la Administración, todo por simple decisión".

d). — Hasta hace pocos años en el derecho francés se le dio preferencia a la doctrina del "Servicio Público" que, como toda novedad jurídica, de ese gran País es la más acatada por nuestros tratadistas (Carlos H. Pareja, Eustorgio Sarria, Castro Martínez y Diego Tobón Arbeláez). Se considera en ella, principalmente, el **objeto** o **fin** que se persigue con el vínculo contractual: existe contrato administrativo cuando el

fin que mueve a la Administración al celebrarlo, es DE SERVICIO PÚBLICO.

La doctrina así enunciada, construida por autores de la categoría de Duguit, Jéze, Bonnard y otros representantes de la escuela realista del derecho, ejerció como todas las instituciones del derecho francés (tén-gase en cuenta que este país fue la cuna del derecho civil, de los presentes tiempos —Código de Napoleón de 1804), una influencia subyugante sobre nuestros juristas, hasta el punto de prescindir de consideración distinta a la noción del servicio público para fundamentar el concepto de contrato administrativo.

Lo dicho justifica el que nos extendamos un poco en el estudio de esta tesis y de sus antecedentes doctrinarios, particularmente de las **directivas** de Duguit y Jéze quien siguió en parte las orientaciones de aquél aunque le introdujo un nuevo elemento que las aproximan a la realidad jurisprudencial.

Con las siguientes propias palabras explica Duguit el fundamento y fin del contrato administrativo: "Si hay contratos que den lugar a la competencia de los tribunales administrativos, eso no puede ser más que en razón del FIN en vista del cual ellos son hechos. Hay algo análogo a lo que pasa con los contratos comerciales. En cuanto al fondo, no hay diferencia entre un contrato civil y un contrato comercial. Lo que hace al contrato comercial y funda la competencia de los tribunales de comercio, es el fin comercial en vista del cual es hecho. No hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo. Lo que da a un contrato el carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el **FIN DEL SERVICIO PÚBLICO EN VISTA DEL CUAL ES HECHO**". (Derecho Constitucional, pág. 453).

Mención especial merece el profesor Gastón Jéze, de quien ya se dijo ideó una especial variante de esta doctrina, más admirada y seguida por los comentadores, que la concepción originaria de Duguit, quien realmente rechaza la distinción del contrato administrativo.

Ese autor, que tanto ha contribuido al desarrollo de la doctrina general del contrato administrativo y ha llevado a grandes avances la escuela realista del derecho, concibe el contrato administrativo como una operación jurídica bien definida cuyos elementos esenciales están constituidos, en primer lugar, por un **ACUERDO BILATERAL** de voluntades, y, en segundo, por la **CREACION DE UNA SITUACION JURIDICA INDIVIDUAL**. Analicemos brevemente estos elementos:

1o.) — Es necesario que el acuerdo de voliciones sea **BILATERAL**, lo que equivale a decir, que éstas tienen que emanar de partes o-

puestas que persiguen resultados diferentes. En esto se distingue el acuerdo convencional que se estudia, del acto unilateral y muy particularmente de la ley, o la resolución de un tribunal judicial, que no obstante ser también manifestaciones concurrentes de voluntad, no implican fines opuestos o incompatibles.

2o.) - El contrato necesariamente tiene que estar encaminado a producir una situación jurídica individual.

Situación jurídica es el conjunto de derechos (facultades jurídicas) y obligaciones (deberes jurídicos), que emana del contrato y se ubica activa o pasivamente en el patrimonio de quienes lo celebran.

Según el grado de voluntad en que se mueven las partes y de conformidad con los sistemas intervencionistas del Estado, la comentada situación jurídica será más o menos amplia. En el matrimonio por ejemplo, y por estar resueltos sus efectos por la ley y no poder los contratantes modificarlos, la voluntad particular sólo se CONCRETA a la ACEPTACION de esa ya disciplinada materia.

La situación jurídica que emerge del contrato es INDIVIDUAL o PARTICULAR, porque ella responde a las necesidades económicas de los contratantes. "El contrato, escribe Gabino Fraga, constituye el medio jurídico para que dentro de una comunidad, los hombres puedan satisfacer exigencias de carácter económico y como esas exigencias varían de hombre a hombre, cada uno de los contratantes debe fijar para su caso individual el objeto, extensión y modalidades de las prestaciones que requiere". (Derecho Administrativo, pág. 539).

Pero los presupuestos vistos, pertenecen a la NOCION GENERAL DEL contrato, es decir, abarcan tanto al contrato PUBLICO como al PRIVADO. De ahí que para la cabal tipificación del contrato administrativo se requieren otros elementos. A esas condiciones agrega el comentado autor, que la prestación del particular tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio y, muy especialmente, la de que en estos contratos, "las partes por cláusula expresa o por la forma del contrato, por el género de cooperación pedida al contratante o por cualquier manifestación de voluntad HAN ENTENDIDO SOMETERSE AL REGIMEN ESPECIAL de Derecho Público. Por una parte la Administración ha creado este régimen especial; por otra, el contratante, sometiéndose voluntariamente a este régimen jurídico especial, ha renunciado a prevalerse de las reglas de derecho privado para la determinación de su situación jurídica". (Los principios Generales del Derecho Administrativo, pág. 322).

Es explicable que Jéze, que reduce al servicio público la total actividad del Estado, caracterice el contrato administrativo por su rela-

ción directa o inmediata con su oportuna y completa prestación. Pero no todas las atribuciones del Estado moderno se sintetizan en la prestación de servicios públicos. El carácter administrativo y, por ende, la aplicación de un régimen legal de excepción del derecho común, corresponde a los contratos en razón de la FINALIDAD que persiguen, que debe ser PUBLICA, o, según otras expresiones menos limitativas, DE UTILIDAD PUBLICA, o SOCIAL.

A las precedentes observaciones debe agregarse que el concepto de servicio público es demasiado vago, impreciso y hasta equívoco. Ni siquiera se ha definido por los autores de manera aproximadamente uniforme, y en él se pueden abarcar, como lo sostiene Bercaitz y Bielsa, desde los que presta ineludiblemente el Estado por sí o por concesión, (servicios públicos esenciales), hasta los que sólo son objeto de reglamentación o licencia especial (servicios públicos impropios o facultativos).

Reducir los contratos administrativos a los que se relacionan con objetos vinculados a los servicios públicos, es excluir de esta noción múltiples actividades contractuales, tal como la relativa a concesiones o permisos de uso del dominio público para el desarrollo de una actividad comercial; lo mismo el contrato de obra, cuya calidad administrativa nadie niega, y que sin embargo, no siempre implica la prestación de un servicio público.

G. Pequignot, citando una muy trascendental decisión del Tribunal de Conflictos de Francia, sostiene que esta alta entidad ha decidido en muchos casos que no todo contrato celebrado por la Administración Pública para la prestación de un servicio público, es contrato administrativo.

Se aclara, además, que Jéze hace depender la existencia del contrato administrativo, del hecho de que las partes hayan entendido someterse al régimen de derecho público. Este criterio es inaceptable, porque condiciona el carácter administrativo del pacto a la voluntad de las partes y, como lo anota Fraga, "en vez de que el régimen legal especial sea consecuencia de la naturaleza del acto, éste dependerá de que las partes hayan querido no sujetarse a un régimen legal determinado".

Se concluye: no es suficiente la noción del servicio público cuya satisfacción se persigue con la ejecución del contrato, para la calificación de éste, así como tampoco es suficiente su ausencia para excluirlo de sus cuadros, caracterizándolo, sin otras discriminaciones, pura y simplemente como contrato de derecho privado.

e). — Teoría del contrato administrativo por naturaleza.

Del éxodo de autores que renegó de la clásica concepción del contrato administrativo, encastillados en los amplios moldes del servicio pú-

blico, se destaca especialmente el célebre comisario de Gobierno M. Leon Blum, quien separándose de la tesis generalmente aceptada, quiso destruirla en sus fundamentos esenciales. Al efecto escribió: "Cuando se trata de contrato, hay que buscar, no en vista de que objeto ese contrato se ha concluido, sino **lo que es ese contrato por su naturaleza misma**". "Para que el Juez administrativo sea competente, no es suficiente que la provisión objeto del contrato, deba utilizarse de inmediato en un servicio público: es necesario que ese contrato por sí mismo y por su NATURALEZA propia, sea de esos que sólo puede concluir una persona pública; sea por su forma y contextura, un contrato administrativo".

La mejor crítica que se puede hacer a esta doctrina, emana de su sólo enunciación. Si algo se pierde en la incertidumbre, es precisamente el elemento que convierte el contrato civil en contrato administrativo. Las creaciones doctrinarias que hasta aquí se han comentado, pretenden sentar elementos de distinción entre los dos grupos de contratos sin considerar ninguna de ellas, como la última, cumplida su misión con la exclusiva afirmación de que es la NATURALEZA del pacto lo que lo sustrae fundamentalmente de los principios del derecho privado.

f). — Teoría del fin de utilidad pública.

Se busca aquí, como fácilmente se comprende, ampliar el restringido concepto del "servicio público" que, como ya vimos, es demasiado vago e impreciso. Por tanto, quienes la propugnan han marginado tal noción, sustituyéndola por la más amplia en su sentir, de "utilidad pública", sin perjuicio de complementarla con otros especiales elementos, tales como la intervención de un sujeto de derecho público y la posibilidad de que la Administración tenga facultades para modificar, unilateralmente, las estipulaciones convencionales, en la medida en que tal utilidad o conveniencia lo exija.

A pretexto de la insuficiencia e imprecisión de la noción de servicio público, se adopta un concepto que si en apariencia es más amplio que aquél, es tan vago como el mismo. Por tanto, no escapa esta concepción, a las censuras que se formulan a la del servicio público.

g). — Teoría de las cláusulas exorbitantes.

Vamos a entrar ahora en el estudio de fundamentales puntos de separación entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado. La diferencia entre estos grupos radica en la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado que justifican un régimen jurídico especial de derecho público, que por su misma naturaleza es inaplicable a las relaciones convencionales entre particulares.

Reparando en los poderes especiales de que goza la Administración en los contratos administrativos, se hace consistir en ellos la tajante

diferencia de esos dos arquetipos de contratos. La inclusión de cláusulas exorbitantes del derecho privado, que no es procedente que acuerden los particulares sin provocar la nulidad del contrato, transforma a éste en contrato administrativo que implica el reconocimiento especial del poder público para ciertos aspectos, que luego se comentarán.

A virtud de estas prerrogativas la Administración se coloca en una situación de notoria superioridad con relación al contratante que, por ende, queda ubicado en un plano de subordinación jurídica, o investido frente a terceros, de atribuciones que son propias del poder público. Estas cláusulas que posteriormente se estudiarán, no pueden pactarse en los contratos celebrados por los particulares, porque únicamente los organismos judiciales son competentes para pronunciarse sobre la violación de las obligaciones por parte de los contratantes, y tomar las medidas compatibles con ese hecho. Todo lo relacionado con el cumplimiento, rescisión y ejecución de los contratos civiles, es de orden público, razón por la cual las partes no pueden reservarse, válidamente, el derecho de convertirse en Juez de su recíproca conducta.

Afirmamos nuevamente, que la doctrina que se deja esbozada es en nuestro concepto, la más jurídica, pero deben atemperarse sus implicaciones teniendo muy presente que del contrato administrativo nacen, por naturaleza, especiales facultades para la Administración, tendientes a supervigilar y regular el comportamiento del co-contratante. La Administración Pública es la llamada a adoptar para el cumplimiento del contrato, las disposiciones que estime oportunas y está a la vez facultada, por su sola existencia, para imponerlas unipersonalmente a pesar de no estar previstas, y **aún contrariando lo dispuesto** sobre el particular, en el texto mismo de la convención.

Cuando el contrato no contenga cláusulas exorbitantes, o cuando de su especial naturaleza no sea dable sostener su tácita vigencia, será preciso analizar si su no estricta ejecución en la forma pactada, o su ejecución pura y simple, puede afectar un interés público superior de la colectividad. Si a este alcanza, será igualmente un contrato administrativo, ya que, pese a la ausencia de toda cláusula exorbitante, la Administración pública podrá modificarlo, ejecutarlo, hacerlo ejecutar, revocarlo o declararlo caduco, por sí y ante sí, directa y unilateralmente, (ver M. A. Bercaitz, obra citada, pág. 197).

No encontramos pues, fundamento jurídico para separar de este sistema doctrinario, la tesis que eleva la subordinación jurídica del contratista frente a la Administración, a elemento esencial de diferencia de los contratos administrativos y civiles, dando por aceptado el hecho de que tal dependencia no encaja dentro de la tesis que se estudia.

Es indudable que la especial dependencia que vincula al particular con la Administración, por virtud del contrato administrativo, es sólo una materialización de esas facultades o poderes exorbitantes del Derecho Privado, de los cuales goza el Estado en los contratos de Derecho Público, o, si se quiere, la consecuencia de esas prerrogativas.

La sujeción de que se trata y que es la más clara revelación del régimen especial de derecho público, no es caprichosa ni se justifica por la circunstancia de ser la Administración parte en el contrato. Estriba en la diversidad de propósitos que alienta a los contratantes: mientras el particular persigue su propio beneficio, la Administración vela por el interés público, por las necesidades colectivas, e intenta su adecuada satisfacción.

Cuando el contratista pretenda alterar caprichosamente este especial régimen, en el que se halla atrapado, y peligre el interés del Estado, la Administración interviene como Juez inmediato de ese desmañado comportamiento, sin precisar la intervención de los Organos Judiciales ordinarios; al respecto se cita: "La satisfacción premiosa de las necesidades públicas hace imposible la demora inherente a la sustanciación del proceso civil ordinario y reclama perentoriamente, la acción ejecutiva del poder público a quien compete velar por la satisfacción de esas necesidades impostergables". (Derecho Público y Constitucional, pág. 161 M. Hauriou).

Antes de acometer el estudio particular de esas preeminencias legales, es adecuado definir el contrato administrativo, haciendo resaltar el rasgo distintivo de que se viene tratando. A este efecto, nos parece acertada la descriptiva del Profesor Barcaitz: "Los contratos administrativos son por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al co-contratante de la Administración Pública, en una situación de subordinación Jurídica".

Regimen de revocación de los contratos administrativos.

Quedó establecido que la subordinación jurídica en que se coloca el particular, en los contratos administrativos, es el esencial elemento de distinción, en forma tal, que sin él, el pacto sería inexistente. Pero este vínculo de intermediación se pone de manifiesto en poderes particulares que incumben al Estado contratante. Estos los principales: a). — Facultad para adaptar el contrato a las cambiantes necesidades públicas. modificán-

dolo dentro de ciertos límites; b). – Poder para ejecutar directamente, o por medio de un tercero, el objeto de la prestación asumida por el particular, en caso de que éste incurra en mora o negligencia imputable; c). – Poder para terminarlo directa y UNILATERALMENTE ante el incumplimiento del contratista, o cuando las necesidades colectivas así lo exijan; d). – Poder para disponer la variación de las obras proyectadas; e). – Utilización de sus medios de ejecución para hacer efectivas las obligaciones y, en su caso, las responsabilidades en que incurra el contratista.

La ejecución del contrato administrativo, constituye un aspecto importante de la sumisión jurídica de que se viene tratando. En este ciclo es donde se palpa con características bien definidas, la concreta diferencia que los distingue de los pactos de derecho privado. El régimen jurídico de derecho público monopoliza, por decir así, la regulación de las relaciones entre el órgano público y el particular que con él contrata; éste se hace en cierta forma solidario con el Estado en la prestación de los servicios o actividades públicas, cuya consideración directa o remota constituye objeto o contenido de los contratos administrativos.

Del mismo principio se derivan especiales reglas de aplicación en cuanto al cumplimiento del contrato, que varían en razón del grado de participación del contratante en la ejecución del servicio. Anotemos muy genéricamente, la que constituye objeto de esta parte del artículo, y que se puede enunciar así: el particular contratante debe cumplir estrictamente sus obligaciones y con mayor severidad que si se encontrara sometido al derecho común, pero también bajo el límite que las hace inoperantes en el derecho civil, es decir, en los eventos de fuerza mayor, caso fortuito y, en cierta medida, en el incumplimiento por parte de la Administración de sus propias obligaciones.

La facultad de revocar el contrato no es más que un aspecto del poder genérico que tiene el Estado para modificar los actos que produce, cuando se presentan especiales circunstancias que permiten afirmar la desviación del interés público o general, en la ejecución del mismo. Esta facultad la cumple por sí y ante sí sin necesidad de obtener la conformidad del co-contratante, ni menos la calificación judicial de la legitimidad de ejercicio del anotado poder, sin esto significar que el particular carece de interés para incoar las acciones judiciales de que cree ser titular, para obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un acto administrativo de esa significación, en el supuesto de entranar el ejercicio inmoderado de las atribuciones públicas.

Para la doctrina dominante, el poder de revocación de los contratos administrativos, procede en los siguientes eventos:

1o.) - Por razones de legalidad; 2o.) - Por razones de oportunidad o conveniencia; 3o.) - Por hechos relativos al contratante; 4o.) - Por hechos imputables al contratante; 5o.) - Por razones de moralidad.

Se repite, antes de entrar en el análisis sucinto de estos eventos, que todos ellos proceden o pueden declararse aún sin cláusula expresa, ya que están insitos en el contrato. Además, según jurisprudencia reiterada del derecho francés, ellos son de ORDEN PUBLICO y por tanto, IRRENUNCIABLES.

Siguiendo el ciclo de la ejecutoriedad del acto administrativo, tal como se concibe en la doctrina, la decisión unilateral de la Administración que extingue el contrato por cualesquiera de las causas enumeradas, tiene que ejecutarse en forma inmediata, para cuyo efecto el ente público goza de medios jurídicos, emanados de la soberanía de que se halla investido para cumplir los fines que se le han asignado y transitoriamente confiados a la actividad del particular.

“Es un hecho cierto—afirma Gascón y Marín—que la Administración puede hacer cumplir lo que en ejercicio de sus potestades decida y ordene; lo que no necesita para ello acudir al Poder Judicial, como acaece en la esfera privada cuando un particular se sustrae al cumplimiento de sus obligaciones; la observación muestra que la Administración ejercita una acción directa por sí misma; que sus decisiones tienen carácter ejecutorio y se ejecutan sin perjuicio de los recursos jurídicos que las leyes hayan establecido en defensa de los derechos particulares; que puede sancionar y sanciona el incumplimiento de los deberes que a los particulares corresponden en la esfera pública, correctivos y sanciones que se imponen no por autoridades y procedimientos judiciales, sino por autoridades y procedimientos administrativos; que la Administración restringe los derechos de los particulares; que en unos casos autoriza determinadas cosas y en otros las prohíbe; que la Administración, cuando le es preciso, incluso priva a los particulares de derechos que les están reconocidos por las leyes, otorgando en cambio indemnización”. (Tratado de Derecho Administrativo, T. I., pág. 430).

La declaratoria de caducidad del contrato administrativo, y en general la revocación del pacto por cualesquiera de las causas arriba indicadas, así como también la revocación o modificación de los meros actos unilaterales, hace tránsito a la ACCION DIRECTA por parte de la Administración, para hacer efectiva la sanción y proceder, con respecto al contrato terminado, a tomar las medidas que juzgue convenientes en orden a su cabal realización. Esta facultad es emanación obligada o necesaria de las atribuciones ya anotadas y que habilitan a la Administración para realizar por sí, sus propias determinaciones, sin necesidad de acu-

dir a órganos de otro poder: es, en suma, la concentración de prerrogativas inherentes a la Administración para atender a la realización de los servicios que en ocasiones ella misma traspasa a los particulares que, en un momento dado, pueden estar prestándolos.

La tutela de los principios de moralidad y legalidad que severamente debe observar la Administración en el ajuste de los contratos, torna en precaria la situación jurídica que de éstos se desprende cuando se ha violado flagrantemente la ley, o desconocido los preceptos éticos que le infunden estructura al orden jurídico. No cabe considerar el beneficio que obtiene la Administración de estas anónimas circunstancias, porque toda utilidad derivada de ellas debe rechazarse por atender contra la estabilidad-ética de la Administración.

La seguridad de las transacciones y la institución de la cosa juzgada en el orden administrativo, no ceden ante las facultades que se analizan, pero únicamente, téngase muy en cuenta, cuando se refieran a actos regulares, vale decir, aquéllos que reúnen las condiciones esenciales de validez: forma, competencia, fin legal y moral. A falta de tales presupuestos la revocación es procedente.

Si bien es verdad que en la doctrina administrativa se admite sin restricciones estos poderes para que la Administración unilateral califique la legalidad y moralidad del contrato, en nuestro régimen legal no parece factible su procedencia, pues en el sistema del C. C., particularmente de la Ley 50 de 1936, la nulidad es un fenómeno JUDICIAL y por ello escapa a la declaración de una de las partes, a menos que en el contrato, si éste es administrativo, expresamente se reserve ese poder la Administración; se estaría, entonces, ante una cláusula exorbitante del derecho privado especialmente pactada y fundada en el interés público que gestiona el Estado.

La revocación del contrato por razones de **oportunidad** o **conveniencia** y por **hechos relativos** o **imputables** al contratista, es la manifestación más trascendental de los caracteres propios del contrato administrativo. Muchas veces los fundamentos de hecho del pacto, se modifican en forma tan intensa que la Administración se ve obligada a revocarlo por ausencia de causa, o por el acaecimiento de la condición resolutoria consistente en el incumplimiento, por parte del particular, de sus obligaciones.

Cuando la revocación se motiva en razones de **oportunidades** o **conveniencia**, el contratista tiene derecho, según lo aceptado por la doctrina, a que se le indemnice por los daños e intereses que esta medida le ocasione, siempre que suceda antes del vencimiento del plazo máximo de duración del contrato, a menos de pacto expreso en contrario.

Con gran precisión jurídica anota Otto Mayer, refiriéndose a la precaria situación del concesionario frente a los poderes del Estado para extinguir la concesión: "La posibilidad de hacer desaparecer así el derecho del concesionario no está en contradicción con la naturaleza del derecho subjetivo. El derecho más firme de todos —la propiedad inmobiliaria misma— debe ceder ante el interés público. Las medidas de las cuales se trata aquí tienen cierta afinidad con la expropiación. Como éstas, dan lugar a una indemnización equitativa que en general, se debe al interesado por el sacrificio que se le ha impuesto". (Derecho Administrativo Alemán, T. III., pág. 279).

La caducidad del contrato.

Con este nombre particular se denomina la revocación del contrato administrativo o del acto unilateral, por hechos relativos o imputables al contratante o al beneficiario de éste.

Una de las mayores dificultades que se advierte en esta materia es la imprecisión terminológica. La diferencia es nítida entre caducidad y revocación, como lo sostiene Villegas Basavilbaso, quien, citando a Marienhoff, anota: "La caducidad y la revocación son medios de extinción de una concesión; pero lo supuesto en que procede una y otra difieren fundamentalmente; la caducidad está determinada por un incumplimiento de la concesión imputable al concesionario; en cambio, la revocación reconoce como causa determinante de la extinción del acto, la ilegitimidad de éste, o el interés público". (Derecho Administrativo, T. IV, pág. 263).

Para Bielsa, por el contrario, la aludida diferencia no se justifica por ser insustancial: "La revocación es el género; la caducidad es una especie de revocación. En efecto, la caducidad es revocación por incumplimiento de las obligaciones del concesionario, si ese incumplimiento le es imputable".

La caducidad en su acepción técnico-jurídica, implica la extinción de un derecho o de una facultad por incumplimiento atribuible a negligencia de una de las partes vinculadas por la relación contractual. Equivale en derecho administrativo, como lo enseña con *sindéresis* jurídica Villegas Basavilbaso, a la **resolución**, por incumplimiento del concesionario, de las obligaciones estipuladas en el acto de la concesión.

Para Enrique Sayagués Laso, la caducidad es la extinción de un acto administrativo en razón del incumplimiento del interesado de las obligaciones que se le impone. Tiene que ser declarada por la Administración y supone un incumplimiento grave. Admítase que debe estar pre-

cedida de una intimación previa al interesado para constatar, fehacientemente, su situación de mora.

"En cierta medida la caducidad viene a constituir para los actos administrativos un equivalente de la condición resolutoria implícita de derecho privado". (Obra citada, pág. 527, T. I).

El fundamento jurídico de tan importante institución, estriba en un acuerdo expreso o tácito de voluntades, caso éste que lo hace actuante aunque nada se hubiere establecido en el contrato, y siempre que el particular incurra en incumplimiento de cierta gravedad imposible de evitar en sus funestas consecuencias.

Entiende Mayer, tratando de la concesión pero sentando principios que en nuestro concepto son transferibles a los contratos administrativos en general, que de tal acto, se desprenden ciertas cargas relativas a la naturaleza misma del contrato y a la forma de su ejecución. Se obligará al contratante a cumplir esas cargas por la vía administrativa, porque ellas son las que condicionan el respeto de la concesión por el Estado, de tal manera que "su incumplimiento no entraña la extinción del derecho por sí mismo, pero da a la Administración el poder de declarar la caducidad del derecho del concesionario y de pronunciar en consecuencia, la revocación de la concesión. **El cumplimiento de las cargas especialmente previstas, es pues, la condición en virtud de la cual la autoridad está obligada por la concesión otorgada**". (Obra citada, pág. 265, T. III).

Jéze, Bielsa y Spota, estiman que la imposición de esta sanción por la Administración, procede solamente cuando en virtud de cláusula expresa se ha reservado ese poder, y que, en caso contrario, se debe acudir al Juez para calificar en el respectivo proceso el comportamiento del co-contratante y la incidencia sobre el fin de utilidad pública que informa el contrato. Del mismo parecer es Gascón y Marín: "En las condiciones de todos los contratos deberán preverse los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercitar la Administración, las garantías y medios por los que hubiese de compeler a aquéllos al cumplimiento de sus obligaciones. Se entiende implícita la condición de que las cuestiones que no puedan resolverse por disposiciones especiales administrativas, se resolverán por las reglas del derecho común". (Obra citada, pág. 258).

Bien está que no se haga un uso abusivo de tan importantes atribuciones y que la Administración respete hasta donde sea posible, la fuerza vinculante del contrato, pero de esto no es dable pasar a sostener tan esencial función en un ACUERDO EXPRESO de voluntades. La Administración es la única que se encuentra en condiciones técnicas para

estimar el incumplimiento del co-contratante y sus repercusiones en la normal atención de las obligaciones que nacen de esos pactos. La naturaleza, gravedad y extensión de las faltas o del incumplimiento anotado es una **cuestión de hecho y no jurídica**, razón por la cual el presunto perjudicado con el acto administrativo que la verifica, tiene acción para pedir ante la justicia su revisión y el subsiguiente resarcimiento de los perjuicios cuando sea arbitrario o acuse desviación de los poderes propios del Organo que lo profiere.

Sería absurdo, por decir lo menos, que la Administración ante el desmañado comportamiento del contratante, tuviera que esperar la decisión del Organo Judicial y soportar, pasivamente, el cortejo de males que de tal dilación se desprende para los asociados. Sólo a ella incumbe desplegar constante actividad para la prestación de los servicios públicos. Los actos que profiera en ejercicio de este cometido son ADMINISTRATIVOS y UNILATERALES, investidos, por ende, de la presunción de legitimidad y asentados, como ya se dijo, en el privilegio de la EJECUTORIEDAD que permite su cumplimiento **inmediato y directo** por la Administración, dejando a salvo su régimen de impugnación administrativa o contenciosa tendiente a controlar su regularidad.

Esta tesis así planteada, la que más se aproxima a la verdadera noción del interés colectivo que representa el Estado en los contratos administrativos, ha sido sin embargo criticada. Se afirma un efecto, que el incumplimiento no estipulado, expresa o tácitamente, debe ser materia de prueba y **no puede** quedar al arbitrio de la Administración: "**No presumirse la renuncia a ser juzgado por los correspondientes órganos jurisdiccionales establecidos por el derecho positivo**". (Marienhoff, citado por Villegas Basavilbaso, T. IV, pág. 270).

Se entiende que el co-contratante ha renunciado a toda discusión por vía jurisdiccional, en lo tocante a su comportamiento, cuando sólo en forma expresa o de la especial naturaleza del contrato aparece implícito el poder del Estado para ponerle fin unilateralmente.

Dos clases de hechos dan lugar a la caducidad. Y son: a).

Hechos **relativos** al co-contratante; y, b). — Hechos **imputables** al mismo. Entre los primeros enumera la doctrina como principales: incapacidad sobreviniente, el fallecimiento si se trata de una persona física, o su extinción o disolución, si es persona jurídica.

Es lógico que el acaecimiento de los aludidos hechos sea suficiente causa de caducidad porque todos ellos implican el retiro del contratista o su ausencia definitiva, y en los contratos administrativos la consideración de éste, en principio es, elemento esencial (contrato *intuitu personae*).

Atendiendo a la severidad especial como el contratista ha de satisfacer las prestaciones que libremente se impuso, es dable sostener que debe cumplirlas PERSONALMENTE no pudiendo, por tanto, transferir el contrato ni delegar su cumplimiento a terceros, salvo que exista autorización expresa.

Se entiende que dentro de la incapacidad sobreviniente queda incluido todo hecho que de conformidad con la ley civil prive a la persona de su legal capacidad: demencia, interdicción judicial, quiebra, concurso de acreedores y la muerte que abarca no sólo la desaparición natural de la persona, sino la muerte presunta por desaparecimiento.

El art. 254 de la Ley 167 de 1941 dispone que en todo contrato celebrado por la Administración Nacional y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse, claramente, los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad.

La norma que consagra en favor de la Administración una amplia facultad para pactar las causales especiales que a bien tenga, señala las siguientes, como impostergables: La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores; la incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente o se le abre concurso de acreedores.

En el Código Fiscal (artículos 41 y siguientes), estatuto por su naturaleza llamado a regular en detalle el régimen de contratación pública, se indican otras causales de caducidad que se entienden incluidas en los contratos celebrados por el Estado. Cuanto a los contratos celebrados por Departamentos y Municipios, generalmente es de la competencia de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, respectivamente, fijar las condiciones del pacto tanto en su relación con la Administración o con los particulares que se benefician de él.

En el segundo grupo de hechos mencionado en precedentes párrafos, se incluye la variadisima gama de actos de incumplimiento atribuibles al co-contratante, y que le sean legalmente imputables.

Sobre esta última circunstancia, se expresa así V. Basavilbaso, aludiendo al incumplimiento de las obligaciones del concesionario, situación que en concepto del suscrito es la misma para todos los contratos administrativos de ejecución o tracto sucesivo: "No todo incumplimiento de las obligaciones del concesionario implica la caducidad. En primer lugar es necesario que la trasgresión le sea **imputable**, por cuanto aquélla por su naturaleza jurídica constituye una sanción, esto es, una pena administrativa. Además, debe la trasgresión asumir una determinada gravedad en relación con el uso de la cosa pública. La apreciación del in-

cumplimiento es una cuestión de hecho librada al criterio del concedente. En todos los casos la sanción de caducidad requiere el debido proceso legal: el concesionario necesariamente ha de ser oído, puesto en mora o interpelado'. (Obra citada, pág. 268).

La caducidad, como máxima sanción, sólo debe decretarse ante pruebas fehacientes e indubitables sobre la culpable violación del contrato. A ella se debe llegar sólo en forma subsidiaria, es decir, cuando no producen resultados satisfactorios otros medios de coacción administrativa, menos severos, dirigidos a conseguir el cumplimiento del pacto, tales como: intimaciones, apercibimientos, cláusulas penales, etc.

La Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia en este sentido, desde 1935, refrendada en sentencia de la Sala de Negocios Generales del 8 de noviembre de 1955, (G. J. Tomo LXXXI, Nros. 2160 y 2161).

Efectos de la caducidad.

Siguiendo los lineamientos generales de la doctrina de la resolución de los contratos de **tracto sucesivo**, a los que en principio son equiparables las consecuencias de la institución en estudio, la caducidad sólo produce efectos para el futuro dejando a salvo las situaciones creadas durante la vigencia del contrato, que mantienen su estabilidad y son causa suficiente para que el particular exija el pago correspondiente a la parte de la prestación cumplida, sin que pueda excepcionar la Administración con la invocación en su favor, de la resolución de caducidad.

Pero es claro que el co-contratante queda privado de las prerrogativas o derechos que le confirió el contrato, y se produce con todas las consecuencias jurídicas, la disolución del vínculo que lo unía a la Administración.

El contrato existe desde que se formalizó hasta que se ejecutoria el acto administrativo que lo declara extinguido; por tanto, mientras existió, han nacido de él derechos y obligaciones que deben respetarse.

La declaratoria de caducidad hace cesar el contrato para el futuro, en lo que se diferencia de la resolución, la cual, además de extinguirlo para el futuro, lo aniquila retroactivamente, desde su nacimiento. Dice la Corte: "la resolución obra doblemente sobre el contrato: para el futuro, quitándole su fuerza, para el pasado, deshaciendo sus efectos"; la caducidad sólo produce el primer resultado.

La Corte Suprema de Justicia en ya reiterada jurisprudencia, ha-

ce equivalente jurídicamente, la caducidad con la resolución estipulada expresamente en el contrato, según se desprende del siguiente fragmento de un fallo de la Sala de Negocios Generales, de 8 de noviembre de 1955: "Si la caducidad se mira desde el punto de vista del derecho privado, es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la declaratoria judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque **en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes**: en aquéllos la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. **En ambos sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes**, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque **ipso facto** quedan sin valor los derechos o privilegios que consagra el contrato o la concesión". (G. J. T. LXXI, Nros. 2160 y 2160).

Si bien es verdad que en ciertos aspectos estas figuras jurídicas tienen puntos tangenciales que las asemejan, existen también profundas diferencias que no es dable omitir a pretexto de asimilarlas en sus consecuencias legales. Anoto las principales, según la enumeración que hace el profesor Carlos H. Pareja.

a). — La caducidad la declara unilateralmente la Administración; la resolución sólo puede ser declarada por el Juez.

b.) — La caducidad se establece legal o convencionalmente, en interés directo del Estado contratista, e indirecto, de la colectividad en general de cuyos intereses es gerente; la condición resolutoria favorece tanto al Estado como al contratista.

c). — La caducidad como medida extrema para sancionar el incumplimiento del particular, obra excepcionalmente y ante una grave falta; en tanto que la resolución procede por simple incumplimiento y aún sin falta.

d). — La resolución de arbitrio al demandante para exigir, o la extinción del contrato o su cumplimiento con indemnización de perjuicios; la caducidad no da opción alguna, es la muerte definitiva del contrato y no confiere derecho al contratista en cuyo perjuicio se expide, para exigir indemnización alguna.

Cuando se trata de la caducidad de la concesión de servicio, su efecto inmediato es la pérdida del derecho real administrativo, en virtud del cual el concesionario tenía el uso y goce privativo de una parte del dominio público. La Corte Suprema de la Argentina que a tan alto ha llevado la doctrina de la concesión de servicio público, se expresa de la siguiente manera:

"La caducidad de la concesión, fuera de toda disposición expresa acerca de sus efectos en relación a los bienes y obras afectados al servicio público, no puede tener más consecuencia que la de privar al concesionario del derecho de hacer aquello mismo que el acto de la concesión le otorgaba como privilegio, esto es, la facultad de ejercer su actividad futura en esa parte de la Administración Pública que, dentro de ciertos límites, le había sido delegada" ("Fallos", Corte Suprema de Justicia, T. CXLI, pág. 190).

El justo precio de los gastos realizados por el contratista, es el límite de la indemnización a cargo de la Administración para precaver así, un enriquecimiento injusto a su favor. Como implica una sanción administrativa, no debe comprenderse en la aludida indemnización, la utilidad o ganancia que presumiblemente habría derivado el particular sancionado, ya que tal renglón sólo es calculable ante un desarrollo normal del acuerdo y suponer por ende, un cumplimiento riguroso de las cláusulas.

Además de la extinción del derecho real administrativo, la caducidad conlleva por naturaleza, la imposición de sanciones pecuniarias que gradúa también unilateralmente la Administración, teniendo en cuenta la responsabilidad del contratista. Pero para que la sanción pecuniaria proceda, es necesario que se hayan pactado expresamente. "Que la caducidad no es una pena se ve por el hecho de que puede y debe establecerse simultáneamente con la cláusula penal pecuniaria, sin infringir el principio *non bis in idem*". (Carlos H. Pareja, T. I, pág. 416).

Cuando del incumplimiento se siguen graves perjuicios para la Administración, que exceden a los cálculos de la cláusula penal, proceden las respectivas acciones, por parte de la Administración y ante los organismos jurisdiccionales propios, para obtener su resarcimiento. "La caducidad de la concesión no es, así, una sanción única, y el poder concedente tiene después de decretada, el ejercicio de las acciones resarcitorias que los hechos y circunstancias le deparen, sin menoscabo, naturalmente, de los derechos comprometidos de terceros". (Concesión de Servicios Públicos" - Dr. Raúl E. Dumm; Enciclopedia Jurídica Omeba, T. III, pág. 584).

Características de la caducidad

Siguiendo muy de cerca la doctrina nacional, y las actuales orientaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, hallamos como distintivos de la caducidad, los siguientes:

a). — **Es de Orden público**, tal como se desprende de las disposiciones de los artículos 5o. de la Ley 53 de 1909, 41 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), 252 de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo), que le dan carácter de cláusula obligatoria en los contratos de obra pública, prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, concertados por la Administración Nacional con particularidad. Por tanto la Administración no puede renunciar a ella.

b). — Deben determinarse con gran precisión, los motivos y causas que den lugar a su declaración; en caso contrario, únicamente por grave incumplimiento, muerte o quiebra del contratista, es factible proferirla.

c). — El contratista tiene acción para impugnar la resolución declaratoria de la caducidad, cuando la Administración procede con desviación de sus poderes o en cualquier otra forma abusa de sus atribuciones.

La característica anterior puede decirse que es creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que conforme al Art. 73, ordinal 1o., del C. C. A., no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones de los funcionarios o empleados del orden administrativo, **que tengan origen en un contrato.**

Además, el Art. 258 de la Ley 167 de 1941, que le asignaba competencia al Consejo de Estado para conocer de las demandas que se promovieran contra la resolución declaratoria de la caducidad, fue declarado inexecutable por sentencia del 31 de agosto de 1943, por ser violatorio de la norma 3a. del Art. 148 de la Constitución, que le imponía a la Corte el conocimiento de los negocios contenciosos en que tuviera parte la Nación, pero no por estar en pugna con principios constitucionales que por el contrario, están asentados en lo relacionado con la jurisdicción contencioso administrativa, en el principio de que toda la actividad del Estado está sometida al control jurisdiccional.

d). — Deben fijarse como motivos de caducidad, hechos graves o que no impliquen por sí mismos, un trastorno fundamental en la ejecución de la obra, o en la prestación del servicio.

e). — La caducidad no debe proferirse sino mediante previo requerimiento al contratista para construirlo en mora, y evitar así toda sor-

presa y muchas veces aún perjuicios para la Administración, porque en un momento dado, puede resultarle más benéfico conseguir que el contratista continúe la prestación, que celebrar un nuevo pacto o concluir la obra, por administración directa.

Requisitos para declarar administrativamente la caducidad

No existen en nuestro sistema legal, disposiciones que señalen expresamente el procedimiento a seguirse, para la declaratoria de caducidad. Se deben observar los requisitos generales para la expedición y validez del acto administrativo, pero con la especial particularidad de darle **audiencia previa al interesado** para que tenga oportunidad de hacer las aclaraciones o descargos que sean atendibles.

Encontramos razonable y altamente conveniente por llenar el vacío a que se alude, la siguiente jurisprudencia de la H. Corte: "Las disposiciones pertinentes del Código de lo Contencioso Administrativo (Art. 254 y ss.), no establecen ciertamente, ningún procedimiento administrativo antes de llegar a la caducidad, limitándose a determinar que ésta debe proferirse mediante RESOLUCION MOTIVADA del Gobierno, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella. Mas, si de la expresión RESOLUCION MOTIVADA ha de deducirse la facultad para el gobierno de allegar oficiosamente las informaciones y pruebas necesarias, no es menos evidente que de nuestra legislación, en lo tocante a ciertos contratos o concesiones administrativas, se desprende a las claras, como principio dominante en materia de caducidad, el de permitir al contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente". (Sala de Negocios Generales, febrero 22 de 1952. T. LXXI. Nros. 2110 y 2111).

Caducidad y riesgo imprevisible.

Este tema que bien puede ser objeto de especial investigación, lo abordamos incidentalmente a fin de señalar los límites en que se interfieren o relacionan la institución de la caducidad administrativa, tal como la hemos enmarcado en el presente trabajo, y la muy novedosa del riesgo imprevisible, también llamada por la doctrina de "La teoría de la imprevisión" y que tuvo su consagración jurisprudencial, precisamente con relación a la ejecución de los contratos administrativos de prestaciones periódicas, en el célebre fallo dictado por el Consejo de Estado francés, el 30 de marzo de 1916 en el "affaire" de una compañía de gas de Burdeos.

Se pretende saber, en qué medida es justificable la violación o incumplimiento de los contratos administrativos, por el advenimiento de hechos imprevisibles que tornan excesivamente gravoso para el deudor, el regular cumplimiento de sus prestaciones.

La doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible como la bautiza con autoridad Ramón Badenes Gasset, se puede comprimir en el siguiente interrogante: "El contrato, o en términos generales, el acto jurídico una vez concluido debe permanecer incólume, intangible, inalterable, aunque circunstancias altamente extraordinarias, que no pudieron racionalmente preverse, trastornen la economía de la obligación convirtiendo la prestación en excesivamente onerosa, o si por el contrario, en virtud de esos acontecimientos sobrevinientes, debe llevarse a cabo una revisión?"

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la doctrina de la imprevisión, que tiende a regular debidamente el equilibrio de las prestaciones asumidas por los contratantes, sólo se aplica en los **contratos a término** o en los de **prestaciones sucesivas o periódicas**, en los que hay tantos objetos distintos de obligación, cuantas sean las prestaciones individualizadas que van actualizando el cumplimiento del contrato en un momento dado de su vigencia.

Destacados tratadistas de derecho administrativo han considerado como elemento esencial del contrato administrativo, la **periodicidad** de la prestación; por tanto, los contratos instantáneos, que son los que se agotan en el momento en que las partes cumplen recíprocamente sus obligaciones, quedan por fuera de la noción de contrato de derecho público.

Creemos haber arribado científicamente a una concepción de contrato administrativo, en la que no cuenta, con relevancia jurídica, la forma cronológica como se difiere el cumplimiento de la prestación. Estimamos por ello, que no es de la esencia del pacto la forma periódica como se cumple la obligación; pero sí creemos y en esto no hacemos más que reconocer un hecho evidente, que son los contratos de **tracto sucesivo**, los más actuantes en el derecho administrativo y los que han sido objeto de múltiples decisiones jurisprudenciales que los han modelado en el terreno jurídico.

Precisamente, sólo los contratos de esta clase, y entre ellos muy especialmente el de la concesión de servicio público, admiten la discusión planteada en la tesis que arriba se deja enunciada.

La caducidad como manera administrativa de sancionar el incumplimiento de las obligaciones que incumben al contratista particular, está apoyada, como el sistema general de la responsabilidad civil con-

tractual, en la **CULPA** del deudor que ha de presumirse inicialmente, conforme a la doctrina que informa el inciso 3o. del Art. 1604 del C. Civil, y que en el proceso previo a la declaración, debe la Administración establecer con medios probatorios practicados con su citación y audiencia.

Por esto, hemos sostenido con reiteración, que los hechos o causales de caducidad tienen que ser **IMPUTABLES** al deudor, es decir, atribuibles legalmente a su conducta orientada voluntariamente a conseguir un resultado opuesto al previsto en el contrato. En cambio, la revisión del contrato por hechos sobrevinientes que lo tornan gravoso en extremo para una de las partes, procede cuando esas circunstancias son **IMPREVISTAS** y escapan por ende, a todo cálculo de los contratantes y acaecen contra el querer de ellos, es decir, que **no le son IMPUTABLES** al deudor.

Ramón Badenes Gasset anota con gran precisión: "**La diferencia entre la culpa y el riesgo imprevisible es clara: mientras éste es una causa de inimputabilidad, aquella es causa de imputabilidad**". (El riesgo imprevisible. Pág. 23).

No puede entonces el deudor, pretextando la modificación de las circunstancias concomitantes con la celebración del convenio, suspender el cumplimiento de éste, así tenga acción para conseguir su revisión judicial en el supuesto de que la Administración no se allane voluntariamente a hacer los reajustes que lo libren de su ruina económica. Es que, como lo anota Roberto Tello: "La imprevisión contempla no la imposibilidad de la prestación que trae consigo la extinción de la obligación si no es imputable al deudor, sino una gran onerosidad a causa del cambio de circunstancias después del nacimiento de la obligación, situación en la cual el deudor —o el acreedor en el caso de desvalorización de la moneda— no puede ejecutar la prestación sino con gran esfuerzo o exponiéndose a pérdidas considerables, conduciendo la misma sea a rescindir el contrato, sea a modificar la prestación". (Teoría de la Imprevisión en los contratos Administrativos — pág. 19).

En caso de que el concesionario, y nos estamos refiriendo al más actuante de los contratos administrativos de ejecución sucesiva, detenga la explotación del servicio sin estar absolutamente constreñido por los acontecimientos y **sin que** medie decisión judicial o acuerdo previo con la Administración, opera en su integridad jurídica el sistema de sanciones administrativas que impone ésta, unilateralmente, o por intermedio de la justicia ordinaria: cláusula penal pecuniaria, apremios y apercibimientos, caducidad o condenación a pagar daños y perjuicios.

BIBLIOGRAFIA

1. — Waline M. Manual Elemental de Derecho Administrativo. — París 1939.
2. — Santamaría de Paredes V. Curso de Derecho Administrativo. Madrid 1914.
3. — Alvarez Gendin Sabino .. Los contratos públicos. Madrid 1934.
4. — Renard G. Cours Elémentaire de Droit Public. París 1922.
5. — Rouvier J. Les Contrats Administratifs. Leurs Caracteres Distinctifs D, après la Judisprudence. París 1930. Librería Dalloz
6. — Otto Mayer Derecho Administrativo Alemán. Buenos Aires, Editorial Depalma 1949.
7. — Cirte Jara Manuel Manual de Derecho Administrativo.
8. — Bielsa Rafael Derecho Administrativo
9. — Ciencia de la Administración Buenos Aires 1955. — Editorial Depalma.
10. — Gastón Jéze Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Madrid 1928 — Editorial Reus.
11. — José Gascón y Marín Derecho Administrativo. Madrid 1952 (C. Bermejo).
12. — M. Hauriou Principios de Derecho Público y Constitucional. — 2a. edición. Madrid (Instituto Editorial Reus).

13. — Leonard D. Wite Introducción to the study of Public Administration.
4a. Edición — The Macmillan Company; New York 1955.
14. — L. Duguit Tratado de Derecho Constitucional. París 1921.
15. — Rodolfo Bullrich Principios Generales de Derecho Administrativo.
Buenos Aires — 1942.
16. — Juan Antonio Iribarren Lecciones de Derecho Administrativo. Chile — Editorial Nascimento — 1936.
17. — Miguel A. Bercaitz Teoría General de los Contratos Administrativos.
Buenos Aires — 1952.
18. — Guillermo Varas C. Derecho Administrativo (Nociones Generales).
Santiago de Chile 1940 (Editorial Nascimento).
19. — Recaredo Fernández de Velazco Los Contratos Administrativos. Madrid — 1927.
20. — Carlos García Oviedo Derecho Administrativo.
Sexta Edición. Madrid (Imprenta Provincial — Murcia). — 1957.
21. — G. Jéze Les Contrats Administratifs.
París — 1927.
22. — Gabino Fraga Derecho Administrativo.
México — 1952 (Editorial Porrúa, S. A.).
23. — E. Sayagués Laso Tratado de Derecho Administrativo.
Montevideo — 1953.

24. — Guido Zanobini Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires 9 Ediciones Arayú) 1954.
25. — G. Pequignot Théorie générale du contrat administratif. — Paris — 1945.
26. — Benjamín Villegas Basavilbaso. Derecho Administrativo (6 tomos) Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires — 1949.
27. — Carlos H. Pareja Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico. — Bogotá—1939.
28. — Diego Tobón Arbeláez Principios Fundamentales del Derecho Administrativo. Medellín — Tipografía Industrial. 1939.
29. — Ramón Badenes Gasset El Riesgo Imprevisible. Bosc. — Barcelona 1946.
30. — Roberto Tello La Teoría de la Imprevisión en los Contratos de Derecho Público. Librería Jurídica — Buenos Aires. 1946.
31. — Jacobo Winer Contratos Administrativos. Buenos Aires — 1939).
32. — Enciclopedia Jurídica Omeba Varios Juristas (Editorial Bibliográfica. Argentina) — Buenos Aires — 1954.

JAIRO E. DUQUE PEREZ

Medellín, 14 de Diciembre de 1959.