

EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA

Dr. Pedro Alirio Sánchez Novoa *

A pesar de estar reglamentado en nuestra legislación, todo lo referente a Contratación Administrativa, parece ser que Colombia se está convirtiendo en un país que ha olvidado el verdadero objetivo de los Contratos de Concesión, el bienestar general. Y es que contrario a ello, vemos que prima el interés particular y dichas concesiones se adjudican a particulares que no brindan la totalidad de requisitos pero que llenan otros intereses de los funcionarios de las entidades contratantes.

Palabras Clave: Contratación Administrativa, Concesión, Estado, Particular.

ABSTRAC:

Despite being regulated in our legislation, all matters relating to Public Procurement, it seems that Colombia is becoming a country that has forgotten the true purpose of the concession contracts, the general welfare. And that is contrary to it, we see that premium private interests and these grants are awarded to individuals who do not provide all requirements but who meet other interests of officials of the contracting entities.

Key Words: Government Contracts, Grant, State, Private.

Mucho se ha hablado sobre el contrato de concesión en los últimos tiempos debido al escándalo Nacional que se produjo por el Carrusel de Contratación (Periódico El Tiempo, 2011), que se presentó en la Capital de la República y en otros sitios del país, situación que dejó a la intemperie las falencias del Estado Colombiano, con respecto a la contratación administrativa, y especialmente en el sector de las concesiones viales.

La Contratación Administrativa, esta revestida del principio de transparencia (Art. 24 de la ley 80 de 1.993, modificada por la ley 1150 de 2.007), que implica que la escogencia del contratista por parte de los funcionarios del estado, sea teniendo en cuenta la prevalencia del interés general, escogiendo la propuesta más beneficiosa y favorable, evitando la Corrupción Administrativa (Abinader, 1986), como el clientelismo, favoritismo, preferencias...etc., tal y como lo ha reseñado la Corte Constitucional en su sentencia C-932 del 2.007, que en uno de sus apartes indica: "...Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno...".

Como primera medida, se tiene que la ley 80 de 1.993, reformada por la ley 1150 de 2.007, y sus decretos reglamentarios, recogen los principios que rigen la contratación administrativa, bajo el concepto de Servicio Público, bienes de uso público y fines del estado, al cual deben acogerse el Estado en todos sus niveles, la Nación, los Municipios, los Departamentos, los Distritos, las Asociaciones de Municipios o Departamentos, los territorios indígenas, los Establecimientos Públicos, los ministerios, las Empresas del Estado, las Empresas de Economía mixta con participación gubernamental de más del 50%, la Fiscalía General de la Nación, La Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, y en fin la Administración Pública.

Aunado a lo anterior, a los contratos estatales, también se le aplican las disposiciones comerciales y civiles en lo que tiene que ver, con los elementos del contrato: a.) Esenciales: Estos son los requisitos mínimos para la existencia de una relación contractual definida; b.) De naturaleza:

* *Docente – Comercial – Contratos Mercantiles, Obligaciones – Universidad Simón Bolívar – extensión Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo Auxiliar de Magistrado – Sala Civil Familia – Tribunal Superior de Cúcuta.*

Las estipulaciones que se encuentran sobreentendidas en los contratos y que son cubiertas por las normas supletorias, así no sean transcritas literalmente en los contratos; y c.) Accidentales: Que son pactados por las partes en ejercicio de la Autonomía de la Voluntad Negocial (Tamayo, 2008), este último elemento es limitado por las cláusulas de poder a favor del estado en intereses generales, tales como: La Interpretación Estatal del Contrato Administrativo, que consiste en que la Administración Pública, podrá, mediante acto administrativo motivado, interpretar las estipulaciones del contrato, si no se llega a algún acuerdo con el contratista para evitar la paralización de la obra o afectar el servicio público (Sentencia c-1514, 2000); La modificación Unilateral del Contrato mediante acto administrativo motivado, también si no se llega a ningún acuerdo previo con el contratista y con la misma finalidad evitar que se afecte el servicio público o se paralice una obra estatal (Roa, 2008); La terminación unilateral del contrato por parte del estado, mediante acto administrativo motivado, cuando las exigencias del servicio público lo requiera o la situación de orden público lo imponga, por la muerte o incapacidad permanente del contratista o por disolución de la personería jurídica del contratista, ya sea por la interdicción judicial o declaratoria de insolvencia empresarial grave, concurso de acreedores y por ende liquidación judicial (Ley 1116 de 2.006) del contratista, por el contrario la iniciación de un proceso de reorganización empresarial de que trata la misma ley, impedirá la declaratoria unilateral de terminación del contrato y el contrato se ajustará al plan de negocios del acuerdo de la reorganización (Sentencia c-0454,1994); La declaratoria de Caducidad del Contrato, de la cual se hace uso cuando se presenta incumplimiento de las estipulaciones contractuales a cargo del contratista que afecten gravemente la ejecución del contrato y ponga en riesgo la paralización de la obra, tal decisión se realizará mediante acto administrativo motivado (Art. 18 de la Ley 80 de 1993), es pertinente hacer la siguiente salvedad, que en el caso de que el contratista, sea persona natural o jurídica comerciante e incurra en cesación de pagos, pero no presente una insolvencia total, podrá optar por un Proceso de Reorganización Empresarial para recuperar a la empresa como unidad productiva, y si ello se presenta en ejecución de un contrato estatal, no se podrá decretar la caducidad de dicho contrato a partir del inicio de dicho proceso, a menos que la declaratoria sea anterior (Ley 1126, 2006); y por último hay que destacar lo referente a la reversión del contrato, que consiste, en que al finalizar el contrato de explotación de recursos naturales o de concesión, los elementos y bienes directamente involucrados en la ejecución del contrato, pasaran a ser propiedad del estado, sin ningún tipo de compensación (Ley 80, 1993).

Lo anterior, conlleva a que en gran parte las reglas de los contratos civiles y comerciales se le aplican a los contratos estatales, siempre y cuando sean compatibles con la contratación estatal y no atenuen las cláusulas exorbitantes o de poder, que le permiten al estado obtener una ventaja significativa frente al contratista, que atenúa en parte la característica conmutativa de algunos de los contratos, pues el estado, contractualmente hablando tiene una superioridad, que es otorgada por la Constitución y la ley para preservar el interés general del conglomerado social.

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

Es pertinente reseñar, que el acuerdo de voluntades se presenta en la contratación estatal, conforme lo establecen los artículos 1494 y 1495 del C. C. y Art. 864 del C. Cio, pero tiene limitaciones, dado que el estado solo puede celebrar contratos con sujeción a la constitución y

la ley, más concretamente al Estatuto de Contratación Administrativa, en lo que respecta al pliego de condiciones, la elección de contratista, la ejecución y liquidación del respectivo contrato.

Con todo lo anterior, es un postulado constitucional y además legal (Art. 871 del C. Cio.), la buena fe en la celebración de los contratos, debiendo acatar la esencia del contrato, la naturaleza, la ley, la costumbre y la equidad. Hasta el punto de que la teoría de imprevisión, se aplica en los contratos, tanto mercantiles, civiles y administrativos, ya que todo fenómeno posterior que surja a la ejecución del contrato, que genere un desequilibrio financiero debe ser restablecido.

Así mismo, si se presenta el abuso del derecho, de cualquiera de las partes, genera que la parte desfavorecida pueda exigir indemnización de perjuicios que se hubieren causado.

Las Normas de Código Contencioso Administrativo, para identificar los contratos, aplica el criterio objetivo o material, estableciendo el campo de aplicación de la función pública, para cumplir con los cometidos estatales conforme lo señalan los principios de la contratación administrativa, la ley, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

Cuando se genere un conflicto originado en un contrato estatal, la acción que ha de ejercerse es la acción contenida en el artículo 87 del C. C. A., debido a que se presenta una controversia contractual, además es factible la revisión de los contratos estatales conforme lo establece el artículo 253 y 265 del C. C. A.

Por otra parte, el Código Penal, contempla conductas ilícitas relacionadas con la celebración de contratos estatales, como la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, el interés ilícito en la celebración de los contratos, así mismo la celebración indebida de contratos por parte del empleado oficial que en ejercicio de sus funciones obtenga provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos. Esto implica que una cláusula contractual no puede ser leonina, ni mucho menos favorecer desproporcionalmente al contratista, pues ello genera la comisión de un punible.

En este orden de ideas, es contrato estatal u administrativo, es todo acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en normas especiales o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad colectiva en interés general.

Siempre que se hable de contrato de concesión, este surge debido a que una entidad pública que tiene a su cargo la prestación de un servicio público o realización de una obra, decide prestar dicho servicio o realizar dicha obra en forma indirecta. Contratando a unos beneficiarios que se le denomina concesionarios, para que preste el correspondiente servicio o realice la correspondiente obra, con la particularidad que el concesionario actúa por cuenta propia, bajo su propio riesgo y se encuentra encargado de realizar el respectivo recaudo de los dineros públicos, tal y como lo ha reseñado el Consejo de Estado "La concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal." (Hoyos, 1998), sobre el tema de la concesión el profesor GEORGES VEDEL expresa: "El término "concesión" es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener

como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de “incrementos futuros” que son simplemente ventas de materiales. La expresión “concesión de servicio público” que se abrevia a veces con el término “concesión”, tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio “. (Derecho administrativo, 1980).

El numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, establece: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Todas las definiciones de Contrato de Concesión, poseen dos ingredientes, la existencia de un régimen legal, del cual hace uso la administración pública; y, el otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc., según el Consejo de Estado, la naturaleza jurídica del contrato de concesión es: “la de un instrumento de derecho público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciables: unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de estirpe puramente contractual. En conclusión, bien se considere que la naturaleza jurídica de la concesión es la de un “acto mixto” o “acto condición” que supone la integración de un componente contractual y de uno legal y reglamentario como, se reitera, parece más ajustado a la dinámica del contrato de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano, o bien se estime que la naturaleza de este tipo contractual es exclusivamente ésta, vale decir, la de un contrato estatal stricto sensu, cuyas estipulaciones vienen gobernadas, en todo caso, por el poder de dirección que en la prestación de los servicios públicos o en general, en el ejercicio de la función administrativa incluso, o más aún, cuando ésta es desplegada por particulares siempre concierne a la administración pública, desde cualquiera de las posiciones, forzoso es reconocer que los usuarios del servicio u obra concesionados derivan del reglamento incorporado al contrato, o del aludido poder de dirección entronizado en el convenio, una situación jurídica que comporta derechos y obligaciones cuya efectividad debe poder ser garantizada judicialmente, pues lo contrario implicaría una clara denegación de justicia, o mejor, la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al libre acceso de toda persona a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.” **(Hernández, 2006).**

Una de las características particulares de un contrato de concesión, es que el servicio o labor que se realiza por parte del concesionario, además, debe incluir el recaudo de los derechos, tarifas, tasas, participaciones que genere la explotación del bien o derecho, teniendo mayor autonomía financiera, sin descuidar los fines del estado.

Dentro de las principales características del contrato de concesión tenemos:

- 1.) "Al beneficiario se llama Concesionario y a la entidad estatal concedente." (Solano, 1994).
- 2.) "No requiere registro de proponentes, ni calificación, ni clasificación los beneficiarios." (Solano, 1994).
- 3.) "A las personas se le concede la facultad legal de desarrollar la actividad objeto del contrato por su cuenta y riesgo de explotación, prestación, conservación del servicio u obra que realiza, bajo la inspección u vigilancia de la entidad estatal contratante o delegar en un interventor tal función." (Solano, 1994).
- 4.) "Además de pactarse estipulaciones excepcionales de derecho común, se incluirá la cláusula de REVERSIÓN (ART. 14 NUMERAL 2 DE LA LEY 80 DE 1.993), que consiste en finalizar el contrato, sin compensación alguna, quedando propiedad de la entidad estatal, cuando se vea afectado gravemente la prestación del servicio o la comunidad por la paralización de las obras o prestación de los servicios." (Solano, 1994).
- 5.) "La vinculación de terceros con el concesionario, pero esta relación no será estatal, sino de derecho privado." (Solano, 1994).
- 6.) "La entidad estatal podrá sustituir en cualquier tiempo al concesionario (toma posesión de la empresa) cuando se afecte el normal desarrollo de la prestación del servicio público, para hacerlo funcionar." (Solano, 1994).
- 7.) "Es evidente que por el tiempo de duración de esta clase de contratos se puede alterar la ecuación financiera del contrato, el concesionario tiene derecho a mantenerla, según el jurista BAUTISTA MOLLER, sostiene que: "es aconsejable, cuando quiera que se vaya a utilizar esta modalidad, considerar que todas las previsiones que se hagan apuntar, no propiamente adivinar el futuro, sino convenir revisiones al contrato primigenio con el fin de hacer los ajustes proporcionales a los cambios que afecten directa e imprevista el equilibrio económico del contrato. De esa forma habrá una mayor seguridad para ambas partes por cuanto el elemento aleatorio se reduce considerablemente, lo cual es bueno, pues ninguno de los contratantes, especialmente el ente público, concurre al contrato con una voluntad de pérdida en el desarrollo de la función pública...." (Solano, 1994).
- 8.) "Existen contratos de concesión que tienen unas reglas especiales, tales como los servicios y actividades de telecomunicación, telefonía nacional o internacional, servicios postales....etc." (Solano, 1994).

Es evidente que en un contrato de concesión, en virtud de la buena fe contractual, es necesario pactar todas las situaciones que se puedan presentar y que además impliquen una mayor responsabilidad civil contractual o extracontractual o financiera de la prevista, sin dejar, ninguna eventualidad a la deriva, dado que ello genera pérdidas económicas, debido a que se asume responsabilidad que exceda lo proyectado, por parte del concesionario o del concedente.

De lo anterior, se colige que es una necesidad que en los contratos de concesión se pacte UNA CLAUSULA DE REVISIÓN DEL CONTRATO, por lo menos cada año, para realizar los ajustes proporcionales a los cambios que afecten directa e imprevistamente el equilibrio económico del contrato y así liberar de una responsabilidad económica mayor al concesionario o al concedente.

A continuación encontraremos unos ejemplos de cláusulas de limitación de Responsabilidad, normalmente utilizadas en los contratos de concesión:

CLAUSULA: Todo acto del concedente o de cualquier entidad del estado que tenga como consecuencia hacer más difícil y onerosa la ejecución del contratista, que no se encuentre debidamente descrita del contrato de concesión, será asumida por el contratante, y para ello, se realizará en forma inmediata la revisión del contrato, para efectos de equilibrar el contrato financieramente, con el fin de no alterar los objetivos, de no ser posible, se libera de responsabilidad al contratista, y el estado debe asumir la administración de la obra o servicio público, conforme lo prevé el estatuto de contratación administrativa.

CLAUSULA: En el eventual caso, de que se presenten circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobreviniente a la celebración del presente contrato de concesión, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato, esto es, se debe realizar una Revisión del contrato, para realizar los ajustes pertinentes, de no ser posible, se libera de responsabilidad al contratista, y el estado debe asumir la administración de la obra o servicio público, conforme lo prevé el estatuto de contratación administrativa.

CLAUSULA: El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del cesionario, no se considerará como incumplimiento del contratista, si dicha situación se debe a cualquier circunstancia que se encuentre fuera de control por razones de un evento, producto de un caso fortuito o fuerza mayor, siendo deber del contratista informar tal situación a más tardar dentro de los tres días siguientes al siniestro, para quedar eximido de responsabilidad.

Para concluir, y retomando las directrices del presente escrito científico, es evidente que si bien es cierto, nuestra legislación contempla un Régimen de Contratación Administrativa, bien definido, el factor humano al Servicio del Estado, los Entes de Control, la Administración Pública y nosotros los ciudadanos somos inertes o negligentes en cuidar la RES PÚBLICA (Sánchez, 1998), pues la cosa pública, por ser de todos, debe ser sobre-vigilada, aplicando el principio de transparencia, que implica “que el actuar de la Administración se debe ver como a través de un cristal” (Delpiazzo, 2007), para que se presenten los correctivos a tiempo, conforme lo establecen las normas y así evitar que los bienes del estado sean malversados indolentemente.

Bibliografía:

- **ABINADER, Rafael.** (1986). La corrupción administrativa en Republica Dominicana, ditor alfa y omega, Republica Dominicana, Definición de Corrupción Estatal: “El uso del término corrupción es relativamente nuevo. La palabra corrupción en su actual sentido social y legal, es la acción humana que viola las normas legales y los principios de la ética. Hay quienes al hablar de la corrupción se refieren a los actos deshonestos en que incurrir los empleados del Estado.”
- **SÁNCHEZ, Azael** (1998). Cosa Pública, bienes del estado, intereses del estado, Derecho Romano, Cúcuta, Colombia.
- **DEL PIAZZO, Carlos E.** (2007). Jurista Uruguayo, Artículo Científico publicado en la Revista Goberna (Guayaquil), nombre del artículo “La transparencia como antídoto de la corrupción”.
- **HERNÁNDEZ, Alier Eduardo.** (2006). Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2.006, Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernandez Enriquez, radicado N° 11001-03-26-000-1995-03074-01 (13074)

- **HOYOS DUQUE, Ricardo.** Sentencia del 19 de junio de 1.998 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque, radicado N° 10217.
- Ley 80 de 1.993. Artículo, en mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia N° 11001-03-26-000-1995-11542-0011542, M.P. Susana Montes Echeverri al señalar: "A través de la concesión, contractual o reglamentaria, el Estado hace procedente la prestación de un servicio público, domiciliario o no, como también la explotación de un bien del estado - no necesariamente de uso público - y la realización de actividades comerciales con riesgos compartidos, entre otros.
- Ley 1116 de 2.006. Artículo 21 Ley de Insolvencia Empresarial.
- **MONTES ECHEVERRI, Susana.** Sentencia N° 11001-03-26-000-1995-11542-0011542, M.P. Susana Montes Echeverri al señalar: "A través de la concesión, contractual o reglamentaria, el Estado hace procedente la prestación de un servicio público, domiciliario o no, como también la explotación de un bien del estado - no necesariamente de uso público - y la realización de actividades comerciales con riesgos compartidos, entre otros.
- Periódico el Tiempo, 24 de marzo de 2.011, "FISCALIA PIDE CAPTURAS POR CARRUSEL DE CONTRATACIÓN"
- **ROA ROJAS, Hernán.** (2008). Artículo 16 del Estatuto de Contratación Administrativa, contenido en el libro REGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL, de Hernán Roa Rojas, editorial ECOE EDICIONES, 2008, pagina 22.
- Sentencia C-0454 de 1994. Artículo 17 de la ley 80 de 1.993, declarado exequible mediante Sentencia C-0454 de 1.994 por la Corte Constitucional.
- Sentencia c-1514. (2000). Artículo 15 de la ley 80 de 1.993, declarado exequible mediante sentencia C-1514 de 2.000 por la Corte Constitucional.
- **TAMAYO LOMBANA, Alberto.** (2008) MANUAL DE OBLIGACIONES, Séptima Edición, Bogotá, año 2008, Capitulo IX ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS CONTRATOS, pp. 145 a la 162.
- **SOLANO SIERRA, Jairo Enrique.** (1994). CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, Ediciones Librería Profesional, año 1994, Santa Fe de Bogotá D. C.