

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Arnaldo Mendoza Torres*

Resumen

El concepto de Estado parece haberse divorciado del interés colectivo de los particulares, que debe promover sus acciones, y generar una verdadera dicotomía entre éstos. La contratación estatal en general y los contratos de concesión en particular enfrentan una contradicción al desvirtuar en la práctica el verdadero sentido de los procedimientos licitatorios no sólo por la existencia de un amplio repertorio de excepciones sino, además, al permitir la adjudicación en los eventos en los que no existe concurrencia de propuesta o a través de la implementación de sistemas de control por medios electrónicos, ajenos a las posibilidades de la mayoría de las entidades públicas del país. En materia de concesión específicamente se ha terminado desnaturalizando tanto su objeto como las reglas de selección objetiva, más que por problemas de arquitectura de las normas, por la existencia de claras tendencias, al momento de su aplicación e interpretación, encaminadas a favorecer intereses particulares, lo que constituye un freno al desarrollo del país.

Palabras clave: Contratos estatales, concesión.

Abstract

The concept of state seems to have divorced from the private collective interests which should promote its actions, generating a real dichotomy between them. State contracts in general, and the concession contracts in particular are faced to this contradiction as they devalue in practice the real sense of the tendering procedures, not only for the existence of a wide repertoire of exceptions, but also as it allows the award of contracts in the event there is no proposal concurrence or through the

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2003

* Abogado de la Universidad Libre. Profesor del Programa de Derecho de la Universidad del Norte.
amendoza@uninorte.edu.co

implementation of control systems by electronic media, which are strange to the possibilities of most of the country governmental entities. In this field especially, they have ended up by denaturalizing its object as well as the rules of objective selection, not due to interpretation architectural problems but for the existence of clear tendencies, at the moment of its application, to favor particular interests, which constitutes a restraint for the development of the country.

Key words: State contracts, concession.

El Derecho Administrativo ha sido considerado como la rama del derecho que estudia la organización del Estado y sus relaciones con los particulares. Pero más que esa incompleta definición, el Derecho Administrativo es el conjunto de normas que consagran los principios de protección jurídica de los administrados, y dentro de tales normas aparecen aquellas relacionadas con la organización del Estado, precisamente como una forma más de garantía de los derechos ciudadanos. Es decir, la función primordial del Derecho Administrativo es la defensa colectiva de los derechos de los particulares. Esta concepción del Derecho Administrativo podría considerarse como privatista o como contraria al interés público; pero simplemente obedece a una clara concepción de la razón de ser del Estado, que no es otra cosa que una creación colectiva de los particulares para garantizar el bien común y la vida en sociedad.

Pero la creencia, cada vez más frecuente, de que las organizaciones existen *per se*, independientemente del fin al que estaban destinadas, nos ha llevado a concebir al Estado como un antagonista del particular y no como una creación suya, para su propio beneficio colectivo.

En ese orden de ideas, el concepto de Estado parece divorciado del verdadero interés colectivo de los particulares, y se habla en general de interés público como contraposición del interés particular. En Colombia esta distinción ha resultado tan honda que ha facilitado la creación de una especie de «raza especial»: el funcionario público, individuo esencialmente diferente del particular, como si los funcionarios públicos no fuesen a su vez particulares. Por otra parte, la reacción a esa situación, ha sido la de pretender mejorar la actividad del Estado, trayendo «técnicos» a su manejo, es decir, verdaderos particulares que no pertenecen a esa «raza especial» que antes nombrara. En realidad, lo que se pretende es que ante el fracaso de la gestión estatal, se empiece a manejar el Estado con el mismo criterio con que se maneja la empresa privada. El resultado, con excepciones muy especiales, no ha podido ser más desastroso. Lo que se ha logrado es incorpo-

rar a la gestión estatal el concepto de «utilidad» como única razón de la gestión. Así los proyectos de desarrollo se analizan como negocio, sin tener en cuenta su componente social, sin lograr el necesario balance entre la inversión eficiente y el beneficio colectivo.

En cuanto se refiere al desarrollo legal, también ha sido tradicional la dicotomía entre lo público y lo privado, olvidando que la mayor parte, si no todas, de las instituciones jurídicas que sirven de soporte a las instituciones públicas provienen del derecho privado. Así, las normas del Derecho Administrativo, que debían estar encaminadas a ser usadas por los particulares, independientemente del hecho de que ellos sean o no abogados, por cuanto son las disposiciones que regulan su convivencia y sus derechos fundamentales, constituyen un arte misterioso al que sólo acceden algunos iniciados. El particular entonces desconoce sus derechos o no sabe hacerlos efectivos, y cuando conoce ambas cosas, entonces se enfrenta a procedimientos ignominiosamente lentos y llenos de vericuetos que le impiden una verdadera protección jurídica. El Estado entonces sí se convierte en antagonista del particular, y el derecho, antes que mecanismo de protección, se convierte en simple mecanismo de defensa.

Es dentro de ese proceso de pensamiento que se orienta y desarrolla la normatividad sobre la contratación pública. La ley 80 de 1993 surge entonces como una propuesta modernizante, en cuanto introduce a la mecánica contractual del Estado conceptos tales como la autonomía de la voluntad privada y la aplicación preferencial del derecho privado en las relaciones contractuales. Lo anterior lleva también a una fuerte reacción de los funcionarios y de los tribunales, para conservar lo que consideran una prerrogativa del derecho público, y como consecuencia, una prerrogativa del funcionario público, traducidas ambas cosas como un sinónimo de poder. Esta reacción, que además se ha visto en otros campos y por diferentes motivos, produce una situación nueva en Colombia, a través de la cual la jurisprudencia reemplaza y aun modifica la norma legal, y crea una situación de incertidumbre que produce un efecto contrario al buscado. La colaboración del particular con la administración pública se desvanece en ese mar de incertidumbres en donde se sabe con qué normas se contrata pero se desconoce cuáles serán aplicables durante el desarrollo del contrato, al momento de su interpretación, o lo que es más grave, al momento de surgir una controversia. Por otro lado, en un país donde la utilización fraudulenta de un mecanismo cualquiera sólo logra la eliminación del mecanismo, sin el castigo real a quien comete el fraude, los gobiernos y los tribunales pretenden desconocer la validez de ciertos procedimientos con el argumento de que los mismos no están hechos para el sector público o simplemen-

te que han sido utilizados en el pasado para negociados grandes o pequeños. Todo lo anterior permite que se siga girando como en una eterna noria, en donde se vuelve indefectiblemente a la conducta que se pretende proscribir. La incertidumbre jurídica, el despacible desconocimiento de la norma preestablecida y la modificación directa o torticera de la norma vigente o de su espíritu, hacen que el ciudadano honesto se aleje de la contratación pública y que ésta vuelva a caer en manos de los mismos inescrupulosos cuya presencia se pretendía evitar.

Pero entremos al análisis de aspectos puntuales de la situación legal que impiden que la contratación en Colombia sea realmente transparente, por lo menos en lo que hace referencia al contrato de concesión, forma contractual a la que se han confiado en los últimos años muchas actividades públicas:

Pregona la ley 80 de 1993, como iniciación del artículo que se refiere al pomposo principio de transparencia, que *«la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos,...»*,¹ y más adelante, al definir la licitación pública, se dice que *«Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable»*.² (Las subrayas no son del texto).

Independientemente del hecho de que el mismo artículo 24 señale una serie de excepciones tan larga y tan general que constituye en sí misma una verdadera regla general, resulta claro que la licitación es un proceso de formación de la voluntad contractual que implica la comparación de varias ofertas entre sí, o sea, la necesaria presencia de varias ofertas. No de otra forma puede entenderse la circunstancia de que la norma hable siempre en plural de las ofertas y que señale que el proceso implica la escogencia de la más favorable. No es posible la comparación de la oferta consigo misma, pues ello no podrá determinar que ésta sea la *más* favorable, y tampoco es posible su comparación con los pliegos, como ingenuamente señalan otros, pues el pliego no es una oferta y, en consecuencia, resulta vana la comparación entre sujetos diferentes.

No obstante lo anterior, la exposición de motivos de la ley señala: *«Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de*

¹ Artículo 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. Ley 80 de 1993.

² PARÁGRAFO, artículo 30, Ley 80 de 1993.

declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formulado a ese imperativo en cuanto que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, ésta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio o de concurso, que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas».

No es el único caso en que la exposición de motivos de la ley 80 difiere de su texto; el trámite mismo de la ley está sembrado de episodios extraños, como la objeción que de ella hizo el ejecutivo, por razones de inconveniencia, que provocó en su oportunidad airada respuesta del Congreso por haberse probado el texto sugerido por el propio gobierno.

Pero en el presente caso lo que la ley ha pretendido, aun cuando la exposición de motivos diga otra cosa, es que el procedimiento general es la licitación pública y que al fallar ésta se acuda a la contratación directa, que por lo demás se permite a partir de la primera declaratoria de desierta. Lo que no puede aceptarse, porque es contrario a la letra y al espíritu de la ley, es que se pretenda adjudicar directamente dentro de la misma licitación; por cuanto en tales circunstancias no hay selección objetiva y no existe además la posibilidad de que se examinen las razones por las cuales no hay pluralidad de concurrentes, antes de proceder a la contratación.

Más grave resulta la circunstancia de que el artículo 6° del decreto 287 de 1996 señala: *«De conformidad con los literales g. y h. del numeral 1o. del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no procederá la declaratoria de desierta de la licitación cuando sólo se presente una propuesta hábil y ésta pueda ser considerada como favorable para la entidad, de conformidad con los criterios legales de selección objetiva. La entidad estatal tampoco podrá prohibir la participación de consorcios o uniones temporales».*

No solamente resulta evidente que el ejecutivo se extralimitó en su facultad reglamentaria al expedir esta norma, sino que salta a la vista su incongruencia. En efecto, los dos literales del artículo 24 citados, el g y el h, constituyen causales de contratación directa que se refieren, el primero, a la *«Declaratoria de desierta de la licitación o concurso»*, y el segundo, *«Cuando*

no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación».

Su incongruencia procede del hecho de que se trata de situaciones de excepción, es decir, de aquellos casos en que precisamente no procede la licitación, pero más absurda aun resulta la circunstancia de que en el segundo caso realmente no hay lugar siquiera a la contratación directa, sino a la ausencia de contratación, por cuanto, ¿cómo se adjudicará, siquiera en forma directa, cuando no se presente propuesta alguna? Y en el otro caso propuesto se produce la declaratoria de desierta de la licitación, lo que es realmente lo contrario de la adjudicación.

No obstante, con base en esta norma, se adjudican licitaciones públicas en las que sólo se presenta un oferente, y la práctica se ha vuelto tan común que en muchos organismos resulta rara la participación plural en los procedimientos de selección.

No ha habido por parte del gobierno interés alguno en modificar esta norma, pues incluso las disposiciones que a ese respecto hace el decreto 2170 de 2002 en cierta forma avalan la incongruencia a que me he referido, al establecer unas tímidas reglas para la *«contratación directa en caso de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, o cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones»*.³

De otra parte, las ingenuas disposiciones de esta norma, que se anunció pomposamente como el freno a la corrupción, parten de la base de que las entidades públicas utilizan los medios electrónicos de comunicación con relativa asiduidad y no se tiene en cuenta, por ejemplo, que hace diez años, cuando se expidió la ley 80, se hablaba de la necesidad de publicar los avisos de licitación por bando en un día de mercado para algunos pequeños municipios. ¿Qué hace suponer al Gobierno que en diez años hemos avanzado tanto que en lugar de resultar imposible el simple aviso de prensa ya el país puede, en forma general, informar de las licitaciones en una página web? Además, nótese que la norma no señala que la información previa a la licitación sea verdaderamente oficial, pues la obligación prevista en ella consiste en publicar en la red los proyectos de pliegos de la licitación y no los pliegos definitivos. Obviamente que si existe la posibilidad de un proyecto de pliego y de un pliego, el segundo será diferente del primero.

³ Artículo 16, decreto 2170 de 2002.

En cuanto se refiere a la concesión, que resulta ser el objeto específico de estas reflexiones, se acude a otro de los defectos de nuestro sistema legislativo: Se parte de lo particular y exceptivo para terminar en lo general. Son múltiples los casos en que la norma señala que la celebración de un contrato o la iniciación de una acción está reservada a una persona o a un grupo específico de personas o a un funcionario determinado, para luego de una enumeración de esta clase terminar diciendo que además el procedimiento a que se refiere puede llevarlo a cabo cualquier persona.

En el caso de la concesión, su definición se encuentra en el literal 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

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.

Nótese cómo lo que parecería esencial en el contrato de concesión –la posibilidad de que la obra pública o el servicio público otorgados en concesión al particular produzca unos frutos que permitan su aprovechamiento por parte del concesionario para el pago de su actividad contractual– termina siendo una de tantas posibles formas de contraprestación. Y si de las dos situaciones antes mencionadas –que como dije parecen de la esencia del contrato de concesión, la gestión o administración de una obra o de un servicio público y la obtención de unos beneficios provenientes de la misma obra o servicio a título de contraprestación– se suprime la segunda como requisito contractual, el contrato, visto desde la órbita general del derecho, no parecería ya un contrato de concesión.

Ahora bien, el numeral primero de ese mismo artículo 32 ha definido los contratos de obras públicas como «[...] los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago».

Una primera conclusión nos lleva a que existe una evidente confusión legal del contrato de obra con el contrato de concesión, situación que se agrava con la expedición de la Ley 105 de 1993, relacionada con las disposiciones básicas sobre transporte, que en materia de concesión dice:

ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. *La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.*

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula para las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad, quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1º. *Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.*

Parágrafo 2º. *Los contratos a que se refiere en inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, éstos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.*

Resulta entonces que el contrato de concesión es ahora un contrato de obras públicas perpetuo, pues ya no importa que la obra o el servicio público produzca unos frutos para que el contratista se pague con ellos, sino que en ellos, la forma de pago puede adquirir una cualquiera de las formas

tradicionales, es decir, a precio unitario, a precio alzado, por administración delegada, etc., o bien el Estado puede disponer de impuestos, tasas o simplemente partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, cuando los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Pero además la perpetuidad de tales contratos no tiene cortapisa alguna, por cuanto ni siquiera están sometidos a las limitaciones presupuestales de otros contratos, ni al límite general de los contratos adicionales. En efecto, el Honorable Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, ha señalado que *«La adición de los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación o conservación de proyectos de infraestructura vial, llamados también de concesión de obras de infraestructura de transporte, no tiene límite cuando se utilizan ingresos adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para realización de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de conformidad con el artículo 33 de la ley 105 de 1993. Si se utilizan recursos distintos a los mencionados ingresos, la adición de tales contratos tiene como límite el cincuenta por ciento (50) del valor del contrato original, de acuerdo con el artículo 40 de la ley 80 de 1993. La expresión "dentro del mismo sistema vial" mencionada en el artículo 33 de la ley 105 de 1993 significa que las obras adicionales deben tener relación directa con éste, ya sean que constituyan una vía alterna a la proyectada, una prolongación o derivación de la misma en cualquiera de sus extremos, y por tanto no necesariamente deben estar ubicadas dentro de los límites físicos del proyecto vial de la concesión inicial»*⁴.

He allí entonces el verdadero problema de las concesiones: se desvirtuó su objeto y se pretermitieron las normas sobre selección objetiva. De una parte, se permite que las concesiones se adjudiquen con un solo proponente –y generalmente la presencia de un solo proponente obedece al establecimiento de reglas irnecesarias que excluyen a muchos proponentes posibles–, y por la otra, se utiliza el contrato de concesión para contratar obras públicas que bien podrían contratarse en forma periódica o sectorizada, contando además con la posibilidad de la libre competencia, que podría permitir, en cada caso, mayor eficiencia en los costos de contratación.

La utilización de algunos impuestos, tasas o contribuciones para el financiamiento de un solo contrato, hace que la administración pública pierda eficiencia, en cuanto que tal ingreso se compromete más allá de una gestión

⁴ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejo de Estado. Concepto de diciembre 12 de 1997. Consejero ponente: Dr. César Hoyos Salazar.

de gobierno, e impide que gobernantes futuros vinculen a la contratación pública otros recursos tecnológicos, aprovechen nuevas ventajas competitivas o bien escojan, de conformidad con las particulares condiciones económicas de la entidad, la oportunidad de la celebración del contrato.

La Ley 105 de 1993 pretendió, por otra parte, blindar de tal manera los contratos de concesión así celebrados, que los excluyó de las consecuencias de la nulidad previstas en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. Y si bien es cierto que las disposiciones a que hago referencia y de las que están excluidos los contratos de concesión a que se refiere la Ley 105, constituyen una monstruosa violación del principio general del derecho, según el cual no hay nulidades de pleno derecho, sino que todas deben ser declaradas judicialmente, también lo es que plantear excepciones en este sentido, para un contrato determinado, constituye una exagerada muestra del ánimo del legislador de proteger esta forma de contratación.

El problema no radica entonces en la arquitectura de la norma; radica en la forma como se hace efectiva. Pero si además la disposición misma, sus normas reglamentarias y sus interpretaciones tienen una clara tendencia a favorecer intereses de grupo, ajenos al interés general, su utilización se convertirá, como en este caso, en un freno al verdadero desarrollo.

No puede examinarse el contrato de concesión simplemente a la luz de los éxitos o fracasos de las distintas concesiones; ha de examinarse mejor con la óptica de la intencionalidad de las partes al celebrarlo, sin olvidar que los contratos estatales se suscriben por la administración para el cumplimiento de los fines del Estado, es decir, para la satisfacción de las necesidades colectivas y que en las actuaciones administrativas –además lo repite la Ley 80– *«los funcionarios no actuarán con desviación o abuso de poder»*.