

MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE CONCESION EN
COLOMBIA 1991-2016



JULIÁN ANDRÉS CORTES CÁRDENAS
VIVIANA VEGA VÁSQUEZ
RAÚL ALBEIRO SABOGAL MATÍAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO
2016

MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE CONCESION EN
COLOMBIA 1991-2016

JULIÁN ANDRÉS CORTES CÁRDENAS
VIVIANA VEGA VÁSQUEZ
RAÚL ALBEIRO SABOGAL MATÍAS

Informe final presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor
Mg. OSCAR YESID CÉSPEDES GUTIÉRREZ
Mg en Educación

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO
2016

Autoridades académicas

P. JUAN UBALDO LÓPEZ SALAMANCA, O.P.

Rector general

P. ERICO JUAN MACCHI CÉSPEDES, O.P.

Vicerrector Académico General

P. JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO, O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. FERNANDO CAJICA GAMBOA, O.P.

Vicerrector académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN

Secretaria de División Sede Villavicencio

Phd©. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decano Facultad de Derecho

Nota de Aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana de Facultad Derecho

MAYRA ALEJANDRA GOMEZ PUENTES

Coordinadora Especialización en Derecho Administrativo

OSCAR YESID CÉSPEDES GUTIÉRREZ

Director Trabajo de Grado

Villavicencio, Agosto de 2016

Tabla Contenido

	Pág.
Resumen.....	6
Introducción	7
1. Marco referencial.....	9
1.1 Marco Teórico	9
1.2 Marco Conceptual	10
1.3 Marco Legal	13
2. Marco Metodológico.....	15
2.1 Tipo de Investigación.....	15
2.2 Diseño de Investigación	15
2.3 Población y Muestra.....	15
2.4 Técnicas y herramientas usadas para la recolección de información.....	16
2.5 Validez del Instrumento	16
3. Aproximación conceptual al Contrato de Concesión	17
4. Los elementos del Contrato de Concesión	22
Conclusiones.....	27
Referencias bibliográficas.....	29

Resumen

La presente investigación está enmarcada dentro del debate actual sobre el sistema de concesiones, respecto de los beneficios que genera, su conceptualización doctrinal y jurisprudencial.

En primer lugar se realizará un acercamiento conceptual al concepto de concesión, su desarrollo y evolución, para luego delimitar lo que debemos comprender de ella a la luz de las apreciaciones doctrinales de distintos autores.

En búsqueda de argumentos que fundamenten la presente investigación, luego estudiaremos el marco normativo, del sistema de concesiones, que tiene como fuente principal la Ley 80 de 1993, igualmente explicando brevemente su evolución histórica en Colombia.

Seguidamente se hará una exposición del marco metodológico que oriento la realización del presente artículo de investigación situando epistemológicamente la investigación en el contexto de las investigaciones de tipo cualitativo, con un enfoque documental e interpretativo.

En cuarto lugar, se realizara una aproximación al concepto normativo de concesión, desde las distintas versiones doctrinales y jurisprudenciales. Para finalmente recabar el en análisis de los principales elementos de las mismas.

Palabras clave: Concesión, contratación, explotación, actividad, propiedad estatal.

Abstract

This research is framed within the current debate on the system of concessions on the profits it generates, its doctrinal and jurisprudential conceptualization.

First a conceptual approach to the concept of concession, its development and evolution will be made, then define what we understand it in the light of the doctrinal findings of different authors.

In search of arguments to substantiate this investigation, then we will study the regulatory framework, the concession system, whose main source Law 80 of 1993, also briefly explaining its historical evolution in Colombia.

Next will be an exhibition of the methodological framework guiding the implementation of this research article epistemologically placing research in the context of qualitative research, with a documentary and interpretive approach.

Fourth, an approach to the normative concept of concession was made, from the various doctrinal and jurisprudential versions. To finally obtain the analysis of the main elements thereof.

Key words: Award, procurement, operation, activity, state property.

Introducción

El término concesión deviene etimológicamente del latín *concessio*, que significa ceder, consentir, permitir, facilitar, habilitar, avalar. Para Badell (2000) “El estudio de la concesión ha tenido particular importancia dentro del Derecho Administrativo. Basta tener presente que en Francia este ordenamiento jurídico se construyó sobre el cimiento del servicio público, alrededor del cual se edificó y estudio la concesión” (p.222). De manera general, una concesión es el permiso que se entrega para hacer uso de un derecho de explotación de servicios o bienes durante un cierto tiempo.

Es un término que ante todo debemos circunscribirlo a la contratación pública, de manera general implica un permiso o autorización de carácter estatal que se le concede u otorga de manera regular, puede ser concedido a una sujeto de derecho privado o un particular, es decir una persona jurídica o una natural, para que explote económica y lucrativamente una actividad o propiedad, radicada en cabeza del Estado.

En la presente investigación seremos testigos de cómo elaborar un concepto de dentro de cualquiera de las ramas que componen el sistema jurídico es sumamente complejo y con cierta regularidad encontramos en la doctrina diferentes posturas e interpretaciones.

Para comprender y poder conceptualizar a una noción de concesión debemos tener precisión para comprender que el mismo es el producto de la liberalidad que hace el Estado de la actividad o la propiedad en función de un tercero que la ejerce o explota.

La realización de los fines del Estado en muchas ocasiones resulta de difícil realización, a no ser que el Estado concesione la realización de ciertas actividades, por ejemplo, el mantenimiento y desarrollo vial, a terceros especializados, para que estos de manera productiva ejerzan una administración determinada en el tiempo.

1. Marco referencial

1.1 Marco Teórico

La presente investigación está situada principalmente en el ámbito del Derecho Público, donde una concesión de carácter administrativo debe entenderse como un negocio jurídico de carácter complejo, ante todo, un acto jurídico por medio del cual el Estado arroga a uno o más sujetos de derecho privado derechos o deberes de los que era carente sobre bienes del dominio público, son ejemplos de ello: el uso, el aprovechamiento, la explotación, el uso de instalaciones, la construcción de obras, de nuevas terminales marítimas, puertos, terrestres o aéreas, aeropuertos, entre otras. Es decir existe gran número de actividades que pueden ser concesionadas. Traemos a colación el pensamiento de Calafell (1994), cuando señala que “La concesión administrativa es el medio más eficaz, dentro de nuestro Estado moderno, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos”. (p.1)

De igual manera el marco teórico de la presente investigación se centra en la perspectiva del Derecho Administrativo, donde la concesión presenta una mayor dificultad en su definición habida cuenta de su carácter heterogéneo y diverso en cuanto al objeto.

Pero de manera general puede definirse como el medio para obtener la cooperación y participación de sujetos de derecho privado y particulares para, en primer lugar, la ejecución de una obra pública, por ejemplo, la concesión vial Bogotá –Villavicencio, en cabeza de Coviandes, en ese caso en particular el pedaje, constituye la forma de retribución dentro de la concesión. En segundo lugar, la administración de un servicio público, por ejemplo, la energía eléctrica, o finalmente en tercer lugar, el aprovechamiento de un patrimonio de carácter colectivo que se encuentra bajo la propiedad del Estado.

El alcance que deben tener las concesiones públicas sigue siendo objeto de debate en el mundo contemporáneo. Para decidir si la propiedad debe ser pública o privada hay que considerar tanto los costos como la eficiencia en cada caso concreto.

Las empresas privadas a las que se cede una concesión pública se diferencian de otras compañías en que están obligadas a atender a cualquier persona que requiera sus servicios y necesitan una enorme inversión de capital en relación con las ganancias que agencian. Además, suelen estar sometidas a una apremiante vigilancia financiera, y a veces ambiental, por parte del Estado.

El estudio y análisis de la conceptualización, elementos, características, clasificación y régimen de las concesiones en Colombia desde la perspectiva de la teoría general administrativista, bien sean de ámbito nacional o en el derecho comparado, encuentra su razón de ser en el estudio interdisciplinar y transversal del derecho.

1.2 Marco Conceptual

Se traen a colación diferentes conceptos que hacen parte de la investigación y que ayudan a situar el problema en un escenario estructurado para investigar, entre los conceptos más importantes se hallan:

Concesión Administrativa: Se trata una herramienta jurídica propio de la contratación estatal, creado por los Estados contemporáneos para establecer relaciones con diferentes instituciones, es especial de carácter privado, a fin de ofrecer a los ciudadano y a la población en general una serie de actividades o la explotación de ciertos recursos del Estado a particulares, con la pretensión de que éstos se encarguen de organizar, mantener y desarrollar dicha actividad o recurso público.

Sujeto de Derecho: Un concepto de capital importancia dentro de la presente investigación es el relacionado con los denominados sujetos de derecho, dado que el Estado en el contrato de concesión otorga un beneficio a un tercero, que necesariamente recae en esta importante categoría, en primer lugar es preciso reconocer que existen varios tipos de sujetos de derecho, en primer lugar los de derecho público, como es el caso del Estado representado en las distintas entidades que lo componen, y cuya principal forma de comunicación con los ciudadanos es el acto administrativo. En segun lugar se encuentran los sujetos de derecho privado, entre los que es posible distinguir tanto a las personas naturales como las a las personas jurídicas.

Persona Natural, según el argot general del derecho, es todo individuo de la especie humana, que ha cumplido la condición de sobrevivir un instante siquiera al desprendimiento del claustro materno. Mientras que las personas jurídicas, son entidades jurídicas, que cuentan con una personería jurídica y con un patrimonio autónomo, existen personas de derecho público como hemos acotado, entidades estatales, y personas naturales de derecho privado, en éstas últimas es indispensable distinguir entre personas con ánimo de lucro, y personas sin ánimo de lucro, las primeras son las conocidas usualmente como sociedades comerciales, y se encuentran reguladas por el derecho mercantil, los modelos societarios existentes en nuestro ordenamiento son sociedades, colectivas, encomanditas – simples y por acciones- limitadas, sociedades anónimas y sociedades por acciones simplificadas, que son el modelo societario que vino a reemplazar a las denominadas sociedades unipersonales. Además de esto existen sociedades de hecho e irregulares.

Por su parte las personas jurídicas sin ánimo de lucro, tienen como característica principal el que las utilidades y rentabilidad que obtienen debe invertirse en sí misma, sin que exista lo que si ocurre en las anteriores, con ánimo de lucro que es el reparto de utilidades. Las más usuales son las asociaciones, las corporaciones y fundaciones.

De las personas naturales es indispensable tener presente que surgen por el nacimiento y fenecen, por muerte natural o jurídica – proceso de muerte presunta por desaparecimiento- mientras que las personas jurídicas de derecho público surgen por resolución, es decir por un acto administrativo que las crea, finalmente, por su parte, las sociedades comerciales surgen por acuerdo societario protocolizado en escritura pública, más el registro de ésta en la Cámara de Comercio, del lugar respectivo donde la empresa tiene su domicilio, ejemplo si la empresa tiene domicilio en Villavicencio, entonces se registra en esta ciudad. A excepción de las SAS las cuales se pueden crear por documento privado, siempre y cuando no existan inmuebles en los aportes de los socios, caso en el cual será por escritura pública, evidentemente en uno y otro caso, se debe registrar en la Cámara de Comercio respectiva.

Contratación estatal: De conformidad con la normatividad vigente en la materia en Colombia son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las

entidades a que se refiere la Ley 80 de 1993, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Las principales modalidades de contratación, aparte de la Concesión, son en primer lugar, el contrato de Obra, en segundo lugar, el contrato de Consultoría, contrato de Prestación de Servicios, y finalmente los encargos fiduciarios y las fiducias públicas. Para Trelles (2010), es claro que “La Administración requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no sólo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de eficiencia económica” (p.237).

De la misma manera, es indispensable tener presente que la Ley 80 de 1993 exige una formalidad para los contratos estatales, es así como los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Por su parte, las entidades estatales establecerán las medidas de preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Respecto del contenido de los contratos estatales es indispensable referenciar que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la ley 80 de 1993, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Finalmente es preciso señalar como en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la ley y a los de la buena administración, e incluso debe entenderse que pueden estipularse cláusulas exorbitantes, tales como la terminación unilateral del contrato.

1.3 Marco Legal

El marco normativo, del sistema de concesiones, tiene como fuente principal la Ley 80 de 1993, en particular el artículo 32 numeral 4 y siguientes, reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, igualmente reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.

Esta ley 80 de 1993 a la que nos referiremos de manera constante en la presente investigación, es la ley a través de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al referirse a ella Mendoza (2003), manifiesta que “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” (p.84).

De igual manera, específicamente para el contrato estatal de concesión opera la regulación integrada por el Decreto Nacional 624 de 1994 y la Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Al mencionar como las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado y extranjero, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes público y de sus servicios relacionados, que involucra la salvaguardia y transferencia, riesgos entre las partes, y diseminación del riesgos y por supuesto las formas de cancelación y liquidación.

Es muy clara la ley 1508 de 2012 al preconizar que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Mientras que las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la Ley 1508 de 2012 se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración, lo cual es una aplicación efectiva del efecto ultraactivo de la ley, según el cual

circunstancias o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de una ley continúan teniendo efectos, aun cuando la misma ley cambie.

En el marco normativo, traemos a colación a Serra (1979, p.6) cuando manifiesta que “la concesión es un acto administrativo por medio del cual la administración concede a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas”. Montes (2015, p.3) reconoce como “la Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas”. Para comprender la concesión como acto administrativo es preciso recordar a Younes (2010) cuando explica cómo el acto administrativo es toda declaración de voluntad:

De una autoridad proferida en ejercicio de sus atribuciones y en la forma determinada por la ley o reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo y que tenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva. (p.110)

2. Marco Metodológico

2.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación es descriptiva, prospectiva apoyada en las técnicas de revisión bibliográfica, de igual manera la investigación que se realizó fue de tipo cualitativa se centra en el análisis del contrato estatal de concesión como modelo de contratación pública, se recaba la legislación que regula la materia, se recopila las providencias más importantes sobre la materia dictadas por las altas corporaciones judiciales, información principalmente textual y documental que será analizada de una manera interpretativa y hermenéutica.

2.2 Diseño de Investigación

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó un diseño no experimental en el cual se observa los fenómenos tal y como ocurren naturalmente, sin intervenir en su desarrollo y a su vez un estudio cualitativo el cual tiende a ser altamente estructurados, de modo que el investigador especifica las características principales del diseño antes de obtener un solo dato; el diseño metodológico de la investigación constó de tres fases, divididas a su vez en distintas etapas, estas fases fueron:

- a. Recolección de información bibliográfica.
- b. Identificación de la normatividad y jurisprudencia pertinente para construcción del texto sobre la temática particular del contrato de concesión.
- c. Elaboración del trabajo final: artículo de investigación

2.3 Población y Muestra

En esta investigación sobre la concesión como tipo base de la contratación estatal no se tendrá con una población ni muestra sobre la cual realizar una intervención, puesto que es un trabajo bibliográfico, documental, de carácter interpretativo.

2.4 Técnicas y herramientas usadas para la recolección de información

Para el desarrollo de la presente investigación se empleó la técnica de la recopilación bibliográfica de la información normativa y jurisprudencial, como instrumento la observación, y la lectura estructurada. La observación implicó sondear los documentos encontrados sobre el tema, legislación fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la doctrina y el derecho comparado.

La revisión bibliográfica comprende todas las actividades relacionadas con la búsqueda de información escrita sobre un tema, que apoye la investigación.

2.5 Validez del Instrumento

Teniendo en cuenta que la validez del instrumento se pretende establecer si los ítems que se enuncian están relacionados con el objeto de la investigación, en la presente investigación se empleará la técnica de juicio de expertos en este caso la jurisprudencia emitida por las altas corporaciones judiciales y la verdad de autoridad respecto de las leyes que regulan la materia expedidas por el legislador, en particular la Ley 80 de 1993 y la Ley 1508 de 2012.

3. Aproximación conceptual al Contrato de Concesión

En la doctrina y la jurisprudencia administrativa son muchas las aproximaciones que pueden rastrearse respecto de lo que debe entender por concesión, en principio, debemos acordar como punto de partida, entendemos según la concepción legal que 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, según lo comprende la Ley 80 de 1993. De la misma manera, según Fuentes (2103) es indispensable comprender que:

El dominio público ha sido entendido de diversas maneras, en cuanto a través de él se pretende describir la relación del Estado con los bienes que forman parte de él, lo que se funda en una específica concepción de lo que corresponde al Estado en torno a dichos bienes y, lo que resulta ser aún más importante, la extensión de su potestad en cuanto los entrega en uso a los particulares. (p. 414)

Al intentar conceptualizar sobre el contrato de concesión la (Sentencia C-068, 2009), señala que:

La concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona-generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. (p.1)

Igualmente en el contrato de concesión están contempladas todas aquellas diligencias necesarias para la apropiada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control del Estado o la entidad administrativa concedente, a cambio de una erogación, pago o 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 un porcentaje y, en general, en cualquier otra manera de contraprestación que las partes acuerden. En este orden de ideas Cano (1964.p.134) expone como “La concesión es un

acto administrativo público”. Para Matilla (2009) al acercarse al tema de las concesiones es preciso entender que:

Mucho se ha escrito y polemizado sobre la concesión administrativa desde el siglo XIX hasta hoy. Rica ha sido la jurisprudencia y la experiencia legislativa en el Derecho Comparado al respecto. Pero –como las viejas historias que se han consolidado con el devenir de los tiempos–, a pesar de ser un tema recurrido una y otra vez, su atractivo científico no ha cedido ni un ápice y el interés a su alrededor se mantiene vivo. Sobre todo porque muchos de los aspectos que involucra no alcanzan aún una definición completa, ni sobre ellos se ha cerrado el círculo de discusión científica. (p.11)

Las principales características del contrato de concesión son las siguientes, en primer lugar su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, al referirse al tema Acosta (1971) señala que la concesión es “El acto administrativo discrecional por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular” (p.12), el autor reconoce la existencia de un elemento discrecional en este modelo contractual público.

Como segunda característica del contrato de concesión es preciso indicar que es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades, ganancias y pérdidas y costos a las que hubiere lugar.

Por último, debemos señalar dentro de esta caracterización del contrato de concesión que hay siempre lugar a una remuneración, pago o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público.

Entonces se presenta una entidad estatal, que actuaba con el carácter de cedente y por una persona natural o jurídica que tomaba el nombre de concesionario, había siempre lugar a una remuneración, pago o contraprestación, la que se pactaba en favor de quien construía la obra o asumía la prestación del servicio público.

Un contrato de concesión es aquel contrato entre dos personas, una de las cuales representa al Estado, o hace parte de éste, y se denomina entidad contratante, cedente, con el objeto de otorgar a una persona denominada concesionario, la realización, la prestación, operación, explotación, organización, la gestión, total o parcial, de un servicio, o la elaboración, explotación o mantenimiento de una obra o bien predestinados al servicio o uso público como en el caso de las concesión que hace el estado para la construcción y administración de una autopista, un aeropuerto como el Dorado por ejemplo, etc., así como aquellas actividades ineludibles para la adecuada prestación o actividad de la obra o servicio, donde el riesgo corresponde al concesionario y la vigilancia y control de la entidad contratante o al Estado en general a través de las distintas entidades de control, a cambio de una remuneración, pago o contraprestación que puede consistir en derechos, importes, tasas, valoración, pedajes o participaciones que se le ceda en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o por porcentaje y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes en ejercicio de su voluntad, libre y excepta de todo vicio pacten. Al referirse al tema Santofimino (2010) se expande conceptualmente al indicar que:

La concesión administrativa es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública –, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas– para explotarlos económicamente con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general. (p. 16)

El contrato de concesión se puede estipular mediante documento privado o público, o por simple acuerdo entre las partes, pero por las connotaciones que este puede tener y las obligaciones y derechos que de él se pueden emanar, es probado que este se haga siempre por escrito, puesto que será la mejor prueba para expresar los derechos engendrados en el contrato.

Dentro de las principales características esenciales del contrato de concesión podemos establecer las siguientes, en primer lugar la consensualidad, en efecto como toda modalidad contractual, el contrato de concesión es el resultado de un acuerdo de voluntad que concluye en el perfeccionamiento con el simple consentimiento de las partes.

Los contratos de concesión son *intuitu personae*, es decir que se celebran en consideración de las partes, es especial en lo referente al concesionario, quien tiene que tener una capacidad patrimonial para acometer la realización de la concesión, Matilla (2015) sostiene que “En virtud del carácter *intuitu personae* de la concesión, el concesionario tiene la obligación de realizar personalmente lo concedido” (p. 131).

Dentro de las características del contrato de concesión encontramos la biletaridad, pues implica inexcusablemente que se requiere de la existencia de dos partes para la celebración y existencia del contrato.

El contrato de concesión es de carácter conmutativo porque las partes conocen con antelación el alcance de las obligaciones a las cuales se comprometen. Como las partes son quienes elaboran el contrato, mediante su voluntad, ellas confeccionan el contenido de las cláusulas contractuales y el alcance de las mismas. De manera tal que no será admisible ni para la entidad concedente ni para el concesionario alegar con posterioridad el desconocimiento de las mismas.

De igual manera, el contrato de concesión es de ejecución sucesiva o trato, porque las obligaciones están llamadas a ser cumplidas con el transcurso del tiempo de ejecución. Las obligaciones que surgen del contrato de concesión no pueden ser cumplidas de manera inmediata por las partes, es indispensable el transcurso del tiempo para que estas se desarrollen, tanto en lo relacionado con el importe de regalías como en los pagos y cancelaciones, y de igual forma en la construcción de la obra y su correspondiente explotación.

El contrato de concesión es oneroso porque una implica una remuneración para el concedente que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, pedajes, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o por porcentajes y en general,

en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden en el ejercicio de su liberalidad contractual.

La concesión como modalidad contractual es típica, porque se encuentra reglamentada en la ley, en efecto, la legislación colombiana regula este tipo de contrato, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1508 en lo referente a las Asociaciones Público Privadas, como modalidad contemporánea de concesión. Esto no significa que no puedan existir que revistas alguna atipicidad, siempre y cuando estén presentes los elementos esenciales de la concesión.

En este orden de ideas, es indispensable aclarar que el contrato de concesión es de carácter reversible, el contrato de concesión no se celebra de manera indefinida, tiene una limitación temporal, aun cuando los periodos de tiempo que suelen acordarse son en ocasiones muy largos, según el tipo de actividad que se concede, no quiere decir, que estos no culminen.

En efecto, al momento de finalizar el contrato de concesión, el concesionario debe reintegrar los bienes que se le hubieren transmitido para la ejecución o explotación del objeto del contrato, puesto que es de la naturaleza y esencia del contrato de concesión, la reversión, restablecimiento de los bienes destinados a la explotación de la cosa concedida, ejemplos de reversión se dan en el país especialmente en la industria petrolera, donde la reversión de la Cirainfantas en Barrancabermeja, significo en 1948 la creación de la nacional petrolera colombiana Ecopetrol. En los llanos para 2016 Pacific Rubiales debe revertir los yacimientos de Rubiales en Puerto Gaitan – Meta.

. Finalmente es preciso acotar que el contrato de concesión se rige por el principio de libertad contractual, aunque la actividad limita el contrato por su misma naturaleza, las partes dentro del marco general de la ley, pueden estipular sus formas de extinción, que en su defecto y en todo caso serán como mínimo la consumación del tiempo de duración del contrato, el incumplimiento de las partes, la incapacidad de ejecución del objeto del contrato y el mutuo acuerdo como esencia de todo contrato como lo es la voluntad de las partes.

4. Los elementos del Contrato de Concesión

Ley 80 de 1993 concibió tres elementos que conforman el contrato de concesión, lo cual, además, no implica para que en la práctica no puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes, de los cuales es posible identificar por lo menos tres.

En el primer elemento de la concesión debemos percibir que esta se estructura como un negocio de carácter financiero, en el cual el concesionario asume todos los riesgos de la actividad, disemina ese riesgo a través de seguros, pero el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo. Tiene un ánimo lucrativo, por parte de quien ejecuta la acción. Persigue una utilidad y es por ello que como toda actividad productiva involucra un riesgo, una potencialidad de pérdida o desbalance.

En la segunda segundo elemento, se refiere al deber de control, inspección y vigilancia que tiene la entidad que otorga o genera la concesión, al acatamiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la incesante, denodada y específica vigilancia, inspección y control ejercidos por la entidad concedente o por las entidades de control del Estado, respecto de la atenta ejecución de la obra o del adecuado sostenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado.

En la tercer elemento implica que el concesionario, el poder a través del desarrollo de la actividad en el tiempo amortizar y recuperar su inversión, y desde luego obtener una utilidad, recuperará la inversión realizada y conseguirá la utilidad y rentabilidad con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, porque toda concesión como hemos estudiado persigue una utilidad, el concesionario podrá explotar exclusivamente, durante el tiempo y en las condiciones fijadas en el contrato; el pago, cancelación o remuneración, según el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 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.

De igual manera es posible identificar dentro del elemento subjetivo, dos partes claramente diferenciables, el Concedente, en este caso la entidad estatal, y el Concesionario. El primero, como hemos visto, es la persona jurídica de derecho público, la entidad dueña o propietaria. Por su parte, el segundo, el concesionario es la persona natural o jurídica que explota por su cuenta la actividad o servicio. El concesionario es por lo general un sujeto jurídico de derecho privado, como hemos analizado también pueden asumir formas asociativas como consorcios o uniones temporales.

Desde el punto de vista del elemento de las obligaciones que surgen como consecuencia de la celebración del contrato estatal de concesión, es posible identificar varias obligaciones, tanto en cabeza del concedente como del concesionario. Para el primero es indispensable en primer lugar autorizar al concesionario para el uso o explotación de la cosa concedida. Esta autorización o permiso es la que le permite al concesionario actuar por cuenta propia, y debe constar por escrito en el contrato.

De igual manera, es sumamente importante que el concedente entregue en la forma, plazos y condiciones, al concesionario los bienes y servicios según lo establecido en el contrato. Mientras que el concesionario se compromete a explotar la cosa concedida o la actividad a nombre y por cuenta propia y asume por supuesto el riesgo que implica la actividad.

. El concesionario debe hacer lo necesario así sea accesorio, para desarrollar la actividad u objeto plenamente en las condiciones pactadas. Igualmente debe el concesionario por supuesto, pagar a la entidad estatal concedente en la forma, territorio y términos pactados, por el derecho a explotar la cosa concedida, según se haya pactado. Y por último, custodiar los bienes entregados en concesión, evidentemente esta incluye conservación, guarda y administración adecuada de los mismos.

También es posible realizar una sistematización de las concesiones como modelo de contratación estatal, que de conformidad con la Ley 1508 de 2012 incluye las denominadas asociaciones público privadas. Son muchas las modalidades que puede tomar una concesión, en

ella deben estar presentes los elementos esenciales del contrato, recordando que los elementos esenciales de todo contrato son aquellos sin los cuales el contrato no existe o deviene en un negocio jurídico distinto, para diferenciarlos de los elementos de la naturaleza y los elementos accidentales de los contratos.

Basados en la normatividad nacional, la Ley 80 de 1993 es posible identificar los siguientes tipos de concesiones administrativas, en primer lugar, la concesión para la celebración de obra pública, la ley determina que las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, según la ley que analizamos en mención como requisitos mínimos, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental.

También se identifica la Concesión de los Servicios y de las Actividades de Telecomunicaciones de manera que se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones. Por ejemplo en Colombia, el debate se ha centrado en la aparición de un nuevo canal de televisión, y también sobre las concesiones hechas a las distintas multinacionales de telecomunicaciones, telefonía celular, servicios de internet, etc.

En ese orden de ideas se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados sujetos de derecho público o privado, por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, obtener una utilidad específica por el servicio, con el fin de satisfacer necesidades concretas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio colombiano o en conexión con el exterior. Según la ley los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes.

También es posible identificar, de conformidad con la ley, como hemos estudiado la denominada Concesión del Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional e Internacional, en esta concesión para la prestación de los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga

distancia nacional e internacional, se otorgará conforme a lo dispuesto por el Decreto 2122 de 1992.

Otra concesión es la de Radiodifusión Sonora, en este caso los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser sujetos de derecho privado, personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en la ley 80 de 1993, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.

De conformidad con lo establecido en la ley el lapso de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez años, prorrogable automáticamente por un lapso igual.

De igual manera, es posible identificar el régimen de Concesiones y Licencias de los Servicios Postales, estas actividades comerciales postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada. Al referirse al tema la (Sentencia C-407, 1994) preconiza que:

La existencia de un monopolio estatal de un servicio público o de una actividad estratégica no atenta en sí misma contra el núcleo esencial de la libertad económica, por cuanto, reitera la Corte, la propia Constitución las autoriza. La sola existencia de una reserva estatal de los servicios postales no viola entonces la libertad económica, contrariamente a lo sostenido por el demandante, por cuanto esa posibilidad está expresamente prevista por el artículo 365 de la Constitución y armoniza con la dirección general de la economía en cabeza del Estado. (p.1)

La prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993. La prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

El término de duración, de conformidad con la normatividad vigente, de las concesiones para la prestación de los servicios postales, no podrá exceder de cinco años, pero podrá ser prorrogado antes de su vencimiento por igual término. En ese orden de ideas la (Sentencia C-068, 2009), también ayuda a identificar otro tipo de concesión, muy importante en la económica del país:

La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. (p.2)

Conclusiones

La investigación permite reconocer que el tema de las concesiones administrativas como un componente de especial relevancia para el desarrollo económico del país, aquí nos situamos junto al pensamiento de Zerraga (2013, para quien “Atrás quedaron los años en los que el Estado, a través de una intervención protagónica y en ejercicio de una potestad originaria, era el exclusivo prestador de los distintos servicios públicos”. (p.39)

Aunque es preciso concluir que nuestro objeto de investigación es un tipo contractual que ha tenido críticas históricas, como el caso de las primeras concesiones petroleras que se dieron en el país, donde las regalías recibidas por la Nación simplemente resultaban irrisorias, y que tan mala reputación trajo al sistema de concesiones.

Como conclusión entendemos las concesiones como una herramienta jurídica, un verdadero instrumento de promoción de desarrollo, en favor del Estado y de la Sociedad, entre sus principales modelos, encontramos la concesión administrativa de un servicio público que es un de un contrato estatal por el cual la administración encargada de prestar un servicio público encomienda o encarga a un sujeto de derecho, por regla general de derecho privado, una persona física o jurídica la prestación del mismo, a cambio de una remuneración, pago o contraprestación de orden pecuniario.

Como segunda conclusión se identificó la concesión administrativa de obra pública el cual es un contrato por el que se encarga a un particular la ejecución de una obra pública, consistiendo el pago del contratista en el derecho a explotar la obra de carácter público, recibiendo por ello, un pago dinerario, representado en valores, pedajes, garantías etc.

Finalmente se identificaron las concesiones demaniales, un nombre bastante particular, que está ubicado en la discusión respecto de la clasificación tradicional de los bienes, como lo preconiza el libro segundo del Código Civil colombiano, en particular aquellos bienes que pertenecen al Estado, o los denominados bienes de la Unión, recordemos que son bienes demaniales aquellos bienes de

propiedad del Estado, que sirven para el uso general como puede ser por ejemplo las avenidas, las playas, los cauces y ríos. También son demaniales aquellos bienes del Estado que sirven para un servicio público, como la salud a través de los hospitales. Para Riplay (2004) respecto de los bienes demaniales, debemos recordar que:

La doctrina tradicional acostumbra a definir el dominio público o demanio como aquel conjunto de bienes y derechos reales cuya titularidad corresponde a un ente público y que, por encontrarse afectados directamente a un uso o servicio público, se someten a un régimen jurídico especial. (p. 25)

Entonces, para concluir la concesión administrativa demanial hace referencia a un contrato por el que la entidad titular de un bien de dominio público otorga o concede a un sujeto de derecho privado, a persona física o jurídica el derecho a realizar un uso particular, privativo, casi absoluto, exclusivo y excluyente. Por ejemplo una concesión petrolera, como históricamente fue usual en los Llanos Orientales colombianos.

Referencias bibliográficas

Acosta, M. (1971). *Teoría general de la concesión*. México: Editorial Porrúa.

Badell, R. (2000). *La concesión administrativa*. Obtenido de http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2000/BolACPS_2000_67_137_219-404.pdf

Calafell, J.E. (1994). *La teoría general de la concesión*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.p>

Cano, S. (1964). *Estudio sobre la concesión administrativa y su definición*. Guanajuato, México: Revista del poder judicial.

Colombia, Congreso de la república. Ley 1508. (10, Enero de 2012). Obtenido de: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3663_documento.pdf

Colombia, Congreso de la república. Ley 80. (28, Octubre de 1993). Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Colombia, Presidencia de la república. Decreto 2122. (29, Diciembre de 1992). Obtenido de: https://www.redjurista.com/Documents/d2122_92.aspx

Colombia, Presidencia de la república. Decreto 624. (22, Marzo de 1994). Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1353>

Fuentes, J. (2013). *Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura*. Obtenido de: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n41/a13.pdf>

- Matilla, A (2015). *Anotaciones sobre algunas causas de extinción de las concesiones administrativas*. Obtenido de. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Andry-Matilla-Correa.pdf>
- Matilla, A. (2009). *Introducción al régimen de las concesiones en Cuba*. Obtenido de: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/Introduccion%20al%20regimen%20juridico%20de%20las%20concesiones%20en%20Cuba.pdf>
- Mendoza, A. (2003). *Los contratos de concesión*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2347512.pdf>.
- Montes, F.V. (2015). *Acto administrativo y acto de administración*. Obtenido de http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/acto_ad.pdf
- MP. González Cuervo. M. *Sentencia C-068*. (Corte Constitucional de Colombia, 10 de febrero de 2009). Bogotá. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-068-09.htm>
- MP. Martínez Caballero. A. *Sentencia C-407*. (Corte Constitucional de Colombia, 15 de Septiembre de 1994). Bogotá. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-407-97.htm>
- Riplay, D. (2004). *La utilización privativa de los bienes de uso público*. Obtenido de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1233/documento/trib02.pdf?id=2027>
- Santofimio, J.O. (2010). *El contrato de concesión de servicios públicos, coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Obtenido de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf?sequence=1

Serra, A. (1979). *Derecho Administrativo*. T.1 9ª ed. México. Editorial Porrúa

Trelles, O. (2010). *El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. Obtenido de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElContratoAdministrativoElContratoLeyYLosContratos-5110287.pdf

Younes, D. (2010). *Derecho Laboral Administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

Zerraga (2013). *Concesión administrativa e iniciativa privada*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110170.pdf>.