

¿QUÉ SUSTANCIALES ELEMENTOS TIPIFICAN EL CONTRATO DE CONCESIÓN?: LAS CLÁUSULAS DE “CUENTA Y RIESGO” Y LA “EXPLOTACIÓN” DE LA OBRA PÚBLICA COMO ASPECTOS ESENCIALES QUE DEFINEN LA FIGURA CONCESIONAL.

LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL y ZAIDA CEPEDA CAMACHO¹

Para definir la diferencia que se plantea entre un contrato de obra pública y un contrato de concesión para la construcción de una obra pública, debemos comenzar por aproximarnos a las descripciones que, al efecto, consagra la ley².

En ese sentido, el numeral 1º del artículo 32 de la citada ley, dispone que son contratos de “obra” aquellos cuyo objeto es: “la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles”. Por su parte, el numeral 4º de la misma norma, prescribe que: “Son contratos de **concesión** los que celebren 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”.

Tras la lectura de las normas transcritas, salta a la vista un problema de técnica legislativa que dificulta la rotunda diferenciación de los dos tipos contractuales mencionados, derivado de la extensa —casi ilimitada—, enunciación de las modalidades que puede adoptar la “remuneración” del contratista en el contrato de obra pública por el sistema de concesión, algunas de las cuales, parecerían no distinguirse en absoluto de las formas tradicionales de pago del precio en los típicos contratos de obra.

No obstante lo anterior, es bien sabido que, históricamente, el contrato de obra pública por concesión encontró justificación en la incapacidad financiera del estado para acometer por sus propios medios y con sus propios recursos, la construcción de las obras públicas, lo que condujo a la necesidad de acudir al capital privado para posibilitar la satisfacción de este tipo de requerimientos públicos. Es este el concepto que ha informado a la doctrina nacional y extranjera en el intento de definir la concesión de obra pública y establecer los linderos que la diferencian del simple contrato de obra pública.

De cualquier modo, la importancia del tema no radica en la forma de pago que se adopte para remunerar al contratista, ni en la fuente de pago del precio de la obra. Sencillamente, para que un contrato que tiene por objeto la construcción, mantenimiento, rehabilitación o conservación de una obra pública, tenga también la condición de **concesión**, se requiere, como es casi obvio, que el ente público contratante efectivamente esté **concediendo** un derecho al particular, a más de haberle encargado la ejecución de unos trabajos públicos. Sin la presencia de este elemento sustancial, no cabe duda de que, no estaremos en

¹ Abogados expertos en obra pública, concesión de infraestructura, servicios públicos y transporte.

² Ley 80 de 1993.

presencia de un contrato de concesión de obra pública, cualquiera sea la forma de pago que las partes acuerden para remunerar los trabajos o, la fuente de los recursos con los cuales se ha de sufragar el precio. Así las cosas, aunque parezca algo evidente, **el elemento que realmente tipifica la concesión de obra pública y la distingue del simple contrato de obra es que, el estado conceda efectivamente un derecho suyo al contratista,** para que éste lo ejerza en relación con la obra que se va a ejecutar.

Como consecuencia de lo anterior, aparece como componente característico de los contratos de concesión de obras públicas, el hecho de que, aun cuando el contrato estatal vincula de forma directa y exclusiva a las partes contratantes, en observancia del principio de relatividad negocial, el contrato de concesión de obra pública tiene también efectos respecto de terceros, por cuanto **da nacimiento a una relación entre el concesionario y los usuarios del servicio público al que está destinada la obra**, la cual, una vez concluida continuará siendo administrada por el contratista, hasta cuando se termine el contrato de concesión y se produzca la reversión de los bienes al Estado. Esta situación, naturalmente comporta obligaciones, a cargo del concesionario, que en modo alguno son exigibles del constructor en los típicos contratos de obra³. También nuestra doctrina judicial ha concluido que los contratos de concesión de obra pública generan efectos frente a terceros, como consecuencia de que en ellos se involucra, no sólo la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, sino, también un conjunto normativo reglamentario, referido a la organización y **explotación** del servicio al que está afectada la obra pública, objeto del contrato, y al otorgamiento de las prerrogativas de poder público de las que la entidad concedente, inviste al concesionario⁴.

En este orden de ideas, para determinar si un el contrato de concesión lo es sustancialmente, en su esencia y naturaleza, es necesario precisar: ¿cuáles derechos del estado serán cedidos al concesionario? Si la ejecución del objeto contractual será por **“cuenta y riesgo”** del concesionario y si, ejecutada la obra principal, ésta permanecerá en manos del contratista **“explotándola”** y qué obligaciones asumirá el concesionario frente a los usuarios de dicha infraestructura.

Como se ha advertido, la concesión de obra pública, paralelamente con la de servicios, surgió como un contrato mediante el cual, el concesionario contratista desarrolla la función

³ A este respecto, Marienhoff expresa que la concesión de obra pública, a diferencia del contrato de obra pública, no es *res inter alios acta* (los actos tienen efectos para quienes intervienen en él), sino que, en contra el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (los pactos ni obligan ni benefician a terceros), extiende sus efectos a los todos terceros que sean o puedan potencialmente ser usuarios de la obra, de modo que *“el vínculo jurídico excede el exclusivo ámbito administración – concesionario surte efectos con relación a terceros”*. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III – B, Contratos Administrativos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, Pág. 598. Así mismo, algunos estudiosos del derecho administrativo colombiano se han manifestado en los siguientes términos: *“(…) contratos de concesión que han sido catalogados por la jurisprudencia arbitral como una auténtica concesión de obra pública, tales como los de carreteras, puertos marítimos, aeropuertos o parqueaderos, incluyen dentro de las obligaciones a cargo del concesionario, además de la ejecución de los trabajos materiales propios de una obra pública o de un trabajo público, la prestación de servicios materiales (esto es, obligaciones intangibles tales como la disponibilidad de grúas, carretalleros, ambulancias, áreas de descanso o servicios de asistencia médica) para lograr que el servicio público vinculado a la obra sea prestado de una manera eficiente.”* EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos y SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique. Revista digital de Derecho Administrativo, No. 3, segundo semestre/2009, Universidad Externado de Colombia. Artículo: *“La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos”*. Pág. 85 – 154

⁴ Sentencia de 30 de noviembre 30 de 2006. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13074.

estatal “**por su cuenta y riesgo**”, tal como lo contempla nuestro estatuto de contratación estatal, esto es, asumiendo el “**riesgo comercial**”, propio del dueño de la obra, y el consiguiente **alea económico**, inherente a las actividades de construcción y **operación** de la obra pública y la prestación, operación y **explotación** de los servicios públicos. Así, la permanencia, disminución o aumento de los ingresos, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, son circunstancias cuyos efectos e impacto sobre el contrato y la expectativa de utilidad del contratista, el estado no está llamado a prevenir o solucionar en un contrato de concesión de obra pública o servicio público, salvo en los casos en que el ente contratante asuma expresamente alguna **garantía** en esta materia y hasta el límite de ella.

En ese sentido, el Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, titulado: “*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*”, precisó, en relación con el riesgo comercial de este tipo de negocios que: “*Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos (...) A. Riesgo Comercial. El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a: i) la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada; ii) la imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio”.*

Así, si el concesionario no asume un **riesgo comercial**, por **mínimo** que ésta sea, el contrato que celebre no será de concesión, a la vez que, si el concesionario no toma como de su cargo y para sí, la **explotación** económica del bien o del servicio, para con ello lograr el pago de la remuneración pactada, tampoco ello corresponderá a un negocio concesional, en tanto: nada le ha concedido el estado, como tampoco, ningún riesgo de ingresos ha asumido el concesionario.

La atención de estas trascendentales precisiones advierten que no es la forma ni el origen de la remuneración que se pacte para el contratista, lo que define o tipifica el negocio concesional, como así erróneamente lo han interpretado en algunas ocasiones estructuradores de proyectos y el estado mismo⁵, sino el de que, efectivamente el concesionario asuma, cuando menos una parte del “riesgo comercial” y la “explotación” del bien o servicio para que se entienda que, en su esencia se trata de una verdadera concesión.

⁵ A manera de ejemplo: Transmilenio fase II.