EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS

FABIO GERMÁN TOBAR PINEDA

Universidad Autónoma Latinoamericana
Decanatura de Posgrados
Especialización en Derecho Público
Área Derecho Administrativo
Medellín
2008

EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS

FABIO GERMÁN TOBAR PINEDA

Monografía para optar el título de Especialista en Derecho Público
Área Derecho Administrativo

Universidad Autónoma Latinoamericana
Decanatura de Posgrados
Especialización en Derecho Público
Área Derecho Administrativo
Medellín
2008

CONTENIDO

	Página
Introducción	1
Justificación	3
Objetivos	5
Objetivo General	5
Objetivos Específicos	5
1. El contrato de concesión en la ley 80 de 1993	6
2. El contrato de concesión, en el cual se encuentra involucrado la prestación de un servicios público	8
2.1. Tesis que considera el contrato de concesión un acto unilateral de la Administración	9
2.2. Tesis según la cual el contrato de concesión es un contrato privado	9
2.3. Tesis que defiende la posición, según la cual el contrato de concesión es un acto mixto	9
2.4. Tesis según la cual el contrato de concesión es un contrato administrativo en estricto sentido	11
3. Características del contrato de concesión, en el cual se pretende satisfacer la prestación de un servicio público	14
4. Política de asignación de riesgos	15
4.1. Marco general	15
4.2. Antecedentes	16
4.3. Lineamientos generales de política de riesgos en proyectos de concesión	17
4.4. Tipología de los diferentes contratos de concesión, a Fin de determinar los riesgos a tener en cuenta	19
4.4.1. Contratos de concesión de primera generación	19
4.4.2. Contratos de concesión de segunda generación	20
4.4.3. Contratos de concesión de tercera generación	20
4.5. Riesgos contractuales a tener en cuenta dependiendo de la tipología de la concesión	21
4.5.1. Riesgo comercial	21
4.5.1.1. Riesgo de demanda	22
4.5.1.2. Riesgo de cartera	22
4.5.2. Riesgo de construcción	22
4.5.3. Riesgo de operación	23
4.5.4. Riesgos financieros	23

4.5.5. Riesgo cambiario **24**
4.5.6. Riesgos regulatorios **25**
4.5.7. Riesgos de fuerza mayor **25**
4.5.7.1. Riesgos de fuerza mayor asegurables **25**
4.5.7.2. Riesgos de fuerza mayor políticos **26**
4.5.8. Riesgo de adquisición de predios **26**
4.5.9. Riesgos Ambiental **26**
4.5.10. Riesgo soberano o político **27**
4.6. Conclusiones **27**

INTRODUCCIÓN

Si los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano (artículo 365 Superior), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2° ibídem), no cabe duda de que aquéllos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación. Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales.

La idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.

Consciente de lo anterior, el Constituyente de 1991 dedicó una especial regulación a la materia de los servicios públicos (artículo 365 de la Carta), en la cual los reconoce como inherentes a la finalidad social del Estado, a quien atribuye el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, defirió en el legislador la potestad de definir su régimen jurídico anticipando, eso sí, la posibilidad de que los mismos sean prestados por el Estado directamente, o indirectamente a través de comunidades organizadas y particulares, pero en todo caso conservando aquél su regulación, control y vigilancia. Además, reconoció expresamente en el artículo 366, que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, imponiéndole el objetivo de solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, a las cuales otorga, incluso, prioridad de gasto sobre cualquier otra asignación, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales.

Desde esta premisa, el Estado Colombiano, ha convertido, en gracia de la progresividad, en programa político primero y luego en servicio público, objeto de prestación por empresas privadas, los servicios públicos, en este sentido, los medios para obtener un nivel de vida con calidad por la generalidad de la población, son hoy otro negocio, otra actividad comercial pasible de generar ganancia.

Así las cosas, la prestación de servicios públicos se tornaron en uno de las mejores actividades comerciales, por cuanto se prestan en el domicilio de los ciudadanos y para efectos de desarrollo de la vida de los ciudadanos son consumidos inevitablemente por todos.

Este cambio se dio luego de la adopción del nuevo modelo económico, puesto que en la idea de Estado de Bienestar era un deber del Estado su prestación y por tanto un derecho de los ciudadanos, ahora con la privatización de las empresas y numerosas actividades desarrolladas por el Estado.

En este humilde trabajo pretendemos desarrollar la estructura de uno de estas formas de que los particulares presten los servicios públicos, obviamente generando ganancias para ellos, pero a la vez siendo supervisados y reglamentados por el Estado para que el servicio se preste eficientemente. Este mecanismo es el contrato de concesión cuyo objeto es la prestación de un servicio público.

JUSTIFICACIÓN

Los servicios públicos atienden necesidades básicas de la población e incluyen en forma definitiva en su bienestar y en la salud pública. La cobertura y calidad de los servicios son indicadores del nivel de vida de una nación. El acceso masivo a los servicios básicos constituye un factor fundamental en el proceso económico y social de cualquier país.

Sin embargo, ¿cómo financiar la expansión de coberturas? ¿Cómo suministrar el servicio a toda la población, teniendo en cuenta su capacidad económica'? ¿Quiénes deben pagar el costo de los servicios? ¿Se debe subsidiar a todos los consumidores? ¿Sólo se debe subsidiar a los pobres? ¿Cuál sería el papel de los impuestos en la financiación de los servicios básicos? ¿Cómo mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios? ¿Cómo erradicar prácticas que evitan el manejo de los servicios con criterios de eficiencia, calidad y bajo costo?

Estos son algunos de los interrogantes que sintetizan los problemas más comunes de los servicios públicos en Colombia. Los preceptos contenidos en la Carta Constitucional señalan de manera precisa los derroteros para solucionarlos.

La financiación de la inversión en expansión de cobertura y el cubrimiento de los costos de operación y mantenimiento de los servicios, es uno de los temas cruciales en servicios públicos. Adicionalmente, la capacidad de pago de los distintos grupos de usuarios es un elemento importante para decidir la forma que asume la financiación y la posibilidad de cubrir los costos asociados.

En los países pobres existen generalmente fuertes diferencias en la distribución del ingreso que se convierten en obstáculos para garantizar la extensión de los servicios a los estratos más bajos de la población, Por ello, esos grupos no pueden cubrir el costo pleno de los servicios. De ahí la necesidad de plantear esquemas que permitan que los particulares presten de forma eficiente y con el mayor grado de cobertura los servicios públicos, entre ellos el contrato de concesión.

Por otra parte, el país vive un proceso de consolidación del sistema de descentralización, por medio del cual se están transfiriendo una serie de funciones del nivel central a los entes territoriales y a los particulares. Se hace necesario repensar el esquema de prestación de servicios públicos.

Es preciso reconocer que existen casos elocuentes de eficiencia y seriedad, pero es innegable que muchas empresas de servicios públicos acusan niveles intolerables de ineficiencia, costos operacionales desbordados, fallas protuberantes de gestión e interferencias ajenas a un manejo empresarial profesional. Se precisan soluciones de fondo en la gestión de las empresas si se quiere garantizar una oferta adecuada de servicios, mantener y mejorar los niveles de calidad y de paso garantizar costos bajos en el suministro.

En síntesis, el desafío actual consiste en diseñar mecanismos que hagan compatible el logro simultáneo de varios objetivos:

-Ampliación de las coberturas en servicios, especialmente deficitarios en algunas áreas como la de Saneamiento básico y con bajo cubrimiento en los sectores más pobres de la población.

-Continuidad de su financiación, destinando recursos para inversión y así cumplir el objetivo prioritario de mejoramiento en coberturas.

-Avance del proceso de descentralización y la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos.

-Mejoramiento de la gestión de las entidades que prestan el servicio.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Se pretende a través de este análisis considerar la situación en la que se encuentran las interrelaciones que se derivan de un contrato de concesión, cuando en él lo que se busca satisfacer es la prestación de un servicio público. Estas relaciones que se pueden generar son entre el concesionario (contratista particular) y el concedente (entidad estatal); entre el usuario (ciudadano receptor del servicio público) y el concesionario; y, entre el usuario y el concedente; para finalmente establecer que en el derecho colombiano deben existir estos tres elementos para que exista el contrato de concesión, de lo contrario no tendría objeto la celebración del mismo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Definir y conceptualizar el porqué de la obligación estatal de prestar eficientemente los servicios públicos a la población.

2. La normatividad legal que rige el contrato de concesión, como argumento constitucional y legal que le permite al Estado prestar el servicio público a través de particulares, utilizando esta figura contractual.

3. Analizar desde el punto de vista legal y doctrinario la naturaleza jurídica del contrato de concesión, como ha ido evolucionando, las posturas que existen al respecto, y cual prima en el derecho colombiano.

4. De una manera sistémica establecer los riesgos que corre el concesionario, previa estipulación contractual, al celebrar el negoció jurídico que le causaría, en principio, una gran rentabilidad.

5. Establecer los diferentes tipos de contratos de concesión, de manera general, dependiendo de la envergadura de los mismos, para así determinar, que clase de riegos asume el concesionario, que riegos se comparten y que riesgos asume la Administración.

1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LA LEY 80 DE 1993.

La ley 80 de 1993, o Estatuto Contractual, como se conoce este cuerpo normativo ha definido el contrato de concesión en su numeral 4 del artículo, en los siguientes términos:

> *"**4o. Contrato de concesión.***
>
> *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".*

La definición se puede resumir en que el contrato de concesión es un procedimiento mediante el cual la Administración Pública, quien se denomina concedente, le entrega a una persona llamada concesionario un bien o servicio, con la finalidad de que realice uno de los siguientes objetivos:

a. Preste un servicio público
b. Construya una obra pública o,
c. Explote un bien estatal

Lo anterior ha sido, palabras más o palabras menos la definición que del contrato de concesión ha dado cuenta la jurisprudencia, más exactamente el Consejo de Estado, en su sección tercera[1], e igualmente el tema de fondo del presente trabajo en cuanto el mismo refiere, al contrato de concesión cuya finalidad es la prestación de un servicio público.

Igualmente la doctrina ha sido prolija en cuanto a la definición del contrato de concesión, entre las que se encuentran:

[1] Ver entre otras. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217.

"Por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión"[2].

"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 construcciones 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"[3]

De las definiciones que acabamos de transcribir, no es difícil concluir que allí concurren dos elementos que son: la existencia de un servicio público que la Entidad Estatal pretende satisfacer y, la celebración de un acuerdo de voluntades, que regirá la conducta y responsabilidad contractual de las partes que concurren a la celebración del convenio.

Así de esta manera, y en otras palabras se tiene que el contrato de concesión es un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

La obligación que decimos se encuentra en el estatuto superior, hace que indefectiblemente nos tengamos que remitir a los artículos de la Carta Magna que a continuación nos permitimos transcribir:

"ART. 2º—Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones

---

[2] Jèze Gastón, Principio generales del derecho administrativo, tomo IV (teoría general de los contratos de la administración), Desalma, Buenos Aires, 1950, p. 347.
[3] Vedel, Georges, derecho administrativo, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470

que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

"ART. 334.—La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".

"ART. 365.—Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, EN EL CUAL SE ENCUENTRA INVOLUCRADO LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

En la doctrina pueden encontrarse las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es un acto unilateral de la Administración, hoy día de muy poca acogida dentro de los estudiosos del derecho administrativo; también se encuentran

aquellas posiciones las cuales consideran que el contrato de concesión obedece a un contrato de derecho privado, también una tesis que cuenta con muy pocos seguidores; hay también autores que consideran que se trata de un acto mixto, es decir, que reviste características reglamentarias y contractuales a la vez; y, finalmente, quienes lo consideran un acto puramente administrativo.

2.1 Tesis que considera el contrato de concesión un acto unilateral de la Administración.

Los seguidores de esta tesis, se han venido quedando solos, puesto que no se entiende como la Administración Pública emita un acto administrativo en el cual ella misma se imponga obligaciones y le otorgue derechos al concesionario, sin que medie un acuerdo de voluntades previo. En otro sentido, desconoce la posibilidad de que la entidad estatal pueda celebrar contratos administrativos.

2.2 Tesis según la cual el contrato de concesión es un contrato privado.

Para los partidarios de esta posición doctrinaria, reconocen en el contrato de concesión un verdadero acuerdo de voluntades, existe una real y pura relación contractual, y regido entera y llanamente por el derecho privado. Esta tesis paulatinamente, y ante el surgimiento del derecho administrativo, se ha quedado sin argumentos, entre otras cosas, porque no han podido definir claramente, el porqué al ser el contrato de concesión un contrato en donde concurren únicamente la voluntad del concedente y el concesionario, podrían verse afectados y eventualmente concurrir a la relación contractual, los terceros afectados por la prestación del servicio público; terceros que no vienen siendo más que los usuarios del servicio. Vuelve y se reitera que es una tesis de muy poca acogida dentro de los doctrinantes del derecho administrativo.

2.3 Tesis que defiende la posición, según la cual el contrato de concesión es un acto mixto.

Cabe anotar que esta posición meramente doctrinaria es una de las que tienen mayor acogida. Los partidarios de este referente teórico consideran que la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de un instrumento de derecho público, pero en el que se puede advertir la confluencia de acuerdos y cláusulas absolutamente diferenciables: unas de tipo contractual y otras de tipo reglamentario. Quienes propugnan por esta posición aseguran que el contrato de concesión se combinan los dos elementos descritos, vale decir, una situación reglamentario, referida a la organización y explotación del servicio y el

otorgamiento de algunas prerrogativas de poder público de que será investido el concesionario, y de otro lado, una situación contractual, basada en las reglas que fijaron concesionario y concedente, establecida en el pliego de condiciones, en la propuesta entregada a la entidad estatal, por quien posteriormente reviste la calidad de contratista o concesionario, las establecidas en la minuta del contrato y las que posteriormente acuerden las partes.

Valga decir, que esta posición es la predominante en derecho francés y español, pero tampoco es ajena al derecho americano y particularmente a la naturaleza jurídica que del contrato de concesión que se concibe en Colombia. En nuestro continente, formula Dolores Rufián Lizama para explicar la tesis, que nos ocupa:

> *"Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tienen naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, está regido por normas de derecho público que situando a los contratantes en un plano de desigualdad.*
>
> *La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la administración en función del interés público. Por consiguiente este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la administración y el concesionario; además algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración, compensando adecuadamente al concesionario, pero este no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normatividad de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la y la administración podría intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario.*
>
> *La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez. En lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del derecho público como del derecho privado"*[4]

[4] Rufián Lizana, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, Fondo de Cultura Económica e Chile, Santiago, 1999, pp 24-26.

No obstante, representar la tesis mayoritaria ésta, y valga decirlo la que se acoge actualmente en el derecho colombiano, existen doctrinantes con total autoridad debido a su recorrido en el estudio del derecho, que aunque encuentran bondades en la misma, son a la vez contradictores de la posición. En efecto, Escola[5] admite, que la principal ventaja de esta tesis mayoritaria radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, indefectiblemente acaban viéndose incluidos en sus cláusulas, en especial por las que le son aplicables directamente, de acuerdo a sus intereses y al ambiente en que se encuentran rodeados, y más exactamente en lo que tiene que ver con los servicios públicos y el régimen tarifario que los regula, lo que conduce a que puedan exigir del concesionario a que previa invocación de las cláusulas del contrato de concesión, tenga que prestar el servicio público en debida forma.

2.4 Tesis según la cual el contrato de concesión es un contrato administrativo en estricto sentido.

No obstante Escola, atribuirle las bondades descritas a la posición doctrinaria anterior, es partidario de la tesis según la cual el contrato de concesión no representa más que un contrato administrativo en su esencia, ya que está provisto de todos los elementos y características que son propios de los contratos de derecho público, y cuyo contenido es, como resulta obvio, de exclusiva índole contractual, apareciendo, por tanto, con una estructura homogénea y única. Para esta postura la posibilidad de modificar la organización y funcionamiento del servicio, es apenas un corolario del carácter administrativo del contrato y de la exorbitancia de la posición en la que frente al acuerdo se ubica la administración, es por ese motivo que el autor afirma que:

> *"…el interés público que se busca satisfacer todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y solo la ley y el criterio de la razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.*
>
> *Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear (…). Esos derechos – derecho al uso del servicio, y derecho de exigir su prestación- son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos, no solo a las partes que lo celebran, sino también a terceros, tanto más cuanto que el*

[5] Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, volumen II, Parte Especial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, pp 28

contratos se lleva a cabo, en este caso, justamente para concentrar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros"[6]

Marienhoff es otro doctrinante que de manera vehemente se opone a la catalogación de los contratos de concesión como" actos mixtos", partiendo de considerar a los usuarios también como "parte" en ellos, de suerte que es esa circunstancia la que justifica que puedan invocar en su beneficio las cláusulas de la concesión, pues, finalmente, el que los efectos de la misma les sean extensivos, responde a que es precisamente en interés de los administrados que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación "legal" o "reglamentaria", siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de "contrato administrativo" de la concesión.

Aparece el autor aún más vehemente en su contraposición a quienes consideran al contrato de concesión como un acto mixto, al afirmar:

"Es inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades -llámesele "contrato" o "convención" -, una persona, además de quedar colocada en una situación "contractual", quede así mismo colocada en una situación "legal" o "reglamentaria". La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte "legal" o "reglamentaria" tenga su vigencia en un "acuerdo de partes", cualquiera que sea la concesión de servicio público en curso, tienen un nombre que a este se le dé, tras una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del "imperium" que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tiene un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto "reglamentario" o "legal" junto al aspecto "contractual". La concesión de servicio público, considerada como un "acto jurídico de derecho público", es una figura "homogénea": contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes "modificaciones" que deban introducirse en la "organización" o en el "funcionamiento" del servicio"[7]*.*

No obstante, lo anterior, el mismo autor abre una puerta a la relación que puede

[6] Op cit, pp 31-32
[7] Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III – B (Contratos administrativos), Abelardo Perrot., pp. 600-60l.

haber entre el contrato y el reglamento al aducir:

> *"… la relación que se establezca entre estos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual"*

Sea como fuere, e independientemente de que se considere al contrato de concesión como un acto mixto o "tan solo" como un contrato administrativo en estricto sentido -aunque, ciertamente, la operatividad de este tipo contractual en el derecho colombiano se explica con mucha mayor facilidad desde la teoría de su "doble naturaleza" (contractual, y legal y reglamentaria), en el que se controvierten actos administrativos de alcance general expedidos con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, lo que a esta altura de la argumentación se antoja incontestable es que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación jurídica que les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento opciones jurídicas a través de las cuales, puedan hacer efectivos esa situación y esos derechos que les asisten como usuarios.

Gastón Jeze uno de los autores que de mejor manera explica esa situación ambivalente propia del contrato de concesión. De acuerdo con lo sostenido por este autor, el contrato de concesión supone la organización de un servicio público por la administración, a través de un "acto de organización" que es una ley o un reglamento, en virtud del cual todos los interesados obtienen la facultad de exigir una prestación -por su manifestación de voluntad unilateral- de aquel que hace funcionar el servicio. En ese sentido, para Jeze la situación jurídica del usuario del servicio concesionado no es diversa de la del usuario del servicio de justicia, aduciendo lo siguiente:

> *"... no hay contrato entre el usuario y el concesionario, como tampoco lo hay entre el litigante y el juez, pero existe un derecho del usuario en el sentido de exigir la prestación del concesionario y una obligación de este último de suministrar la prestación al usuario desde el momento que este, mediante su manifestación unilateral de voluntad, ha ejercido el poder legal y reglamentario creado por el pliego de condiciones. El juez que se niega a resolver un recurso regularmente deducido, desconoce su obligación legal, viola el derecho del litigante. Hay denegación de justicia. El litigante tiene recursos ante los tribunales, para agraviarse por la denegación de justicia del juez competente. La situación jurídica del usuario de un servicio público industrial es la misma. Es erróneo hablar, en todas estas hipótesis, de contrato, de obligación contractual, de derecho de crédito contractual La situación jurídica es general e impersonal, legal y reglamentaria, objetiva, en el sentido técnico*

de estas expresiones"[8]

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 esa, vale decir, la de un contrato estatal en sentido estricto, cuyas estipulaciones vienen gobernadas, en todo caso, por el poder de dirección qué en la prestación de los servicios públicos o en general, en el ejercicio de la función administrativa- incluso, o más aun, cuando esta 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 violación 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.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, EN EL CUAL SE PRETENDE SATISFACER LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO

Así mismo, además de los dos elementos que acabamos de enunciar, que predominan en el derecho colombiano respecto al contrato de concesión –contrato y reglamento-, la doctrina y la jurisprudencia misma, han denotado las siguientes características que siempre van a estar presentes cuando el estado decide concesionar un servicio público, previo análisis juicioso, obviamente, de la definición que del contrato de concesión consagra el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993:

a- La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

b- O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

[8] Jeze, Gastón, Principios generales del derecho administrativo, tomo IV (Teoría general de los contratos de la Administración), Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 388-389.

c- El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
d- El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

e- La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

f- El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

g- El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

4. POLÍTICA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS.

4.1 MARCO GENERAL

Antes de la sanción de la Ley 448 del 21 de julio de 1998, las entidades estatales manejaban sus obligaciones contingentes (obligaciones pecuniarias sometidas a condición), a través de cuentas de orden y de esa forma no se reflejaba el impacto real que tenían dichas obligaciones en los presupuestos públicos.

El objeto de dicha Ley fue obligar a las entidades estatales a hacer explícito en sus presupuestos estas obligaciones e incorporar una provisión, con base en unas metodologías de estimación del valor esperado de estas obligaciones, y así sincerar los respectivos presupuestos. Adicionalmente creó el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales como mecanismo idóneo para manejar estos recursos.

El Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Fiduciaria La Previsora, en la cual las entidades estatales deberán consignar sus aportes.

Con base en un criterio preventivo de disciplina fiscal, en desarrollo de la Ley 448 de 1998 el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001 establece los procedimientos

que deberán aplicarse en el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales. En los artículos 15 y 16 de dicho Decreto, se le asigna al Gobierno Nacional, por medio del CONPES, la adopción de los lineamientos de política de riesgo contractual del estado en proyectos de participación privada en infraestructura.

Como principios rectores de esta política, el Decreto establece que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas, aquellos riesgos determinados por el objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad. Así mismo, las entidades estatales sometidas al régimen de las obligaciones contingentes deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del estado que determine el Gobierno Nacional para las obligaciones contingentes a su cargo y para las áreas de riesgo que defina la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, según lo establecido en el artículo 47 del decreto 423 de 2001. Adicionalmente, es también la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad responsable por las metodologías para la valoración de los pasivos contingentes en cada uno de los sectores.

4.2. ANTECEDENTES

Los procesos de vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de Infraestructura en Colombia, se iniciaron a partir de 1991, cuando la nueva Constitución abrió el espacio para estos procesos.

En el Sector Comunicaciones existían antecedentes previos como la Ley 72 de 1989 y sus decretos reglamentarios (decreto1900/90 y 1794/91), que eliminaron el monopolio de las empresas públicas en la prestación de servicios básicos. De la misma forma en el Sector de Puertos existía la Ley 1 de 1991.

Adicionalmente en 1992, el Decreto 700 fue el primer paso hacia el establecimiento de reglas de participación privada en el Sector Energía, como un mecanismo para enfrentar la crisis de desabastecimiento acaecida en ese año.

Finalmente en el Sector Transporte en 1993 fueron sancionadas las leyes 80 de 1993 y 105 del mismo año, que ampliaron las posibilidades de participación privada reglamentando los contratos de concesión.

Bajo estas nuevas condiciones básicas se inició la ejecución de los primeros proyectos con participación privada para la provisión de infraestructura.

Si bien fue posible alcanzar unas ambiciosas metas físicas, se ha generado un considerable impacto fiscal producto de las garantías, otorgadas en estos contratos. Sin embargo, dado el desarrollo existente en cuanto a marco regulatorio, la poca y reciente experiencia nacional e internacional sobre la ejecución de este tipo de proyectos y la situación de la economía que tuvo un impacto importante en las proyecciones de la demanda para todos los servicios, dichos proyectos no habrían podido ser ejecutados en el esquema de participación privada sin garantías dado que existían riesgos que no podían ser transferidos al inversionista en estas condiciones. Es claro que tampoco hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes.

En sectores como ferrocarriles, puertos, operación de aeropuertos, licencias de telecomunicaciones y agua potable y saneamiento básico, se han dado desarrollos con participación del sector privado. Sin embargo, en algunos casos se ha podido transferir la totalidad de los riesgos al privado, y en otros se han establecido mecanismos diferentes de compensación y/o estructura, como por ejemplo incremento de tarifas, aportes directos de la Nación o reducción de los alcances físicos de las obras o en las metas establecidas en los contratos.

Las Leyes 142 y 143 de 1994, y el desarrollo posterior de las mismas, aclararon y definieron aún más las reglas del juego en cuanto al rol y la forma en que deben actuar cada uno de los agentes. Esto ha hecho que los esquemas de asignación de riesgos en los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura también se haya venido modificando en el tiempo. Ejemplos de esta evolución pueden ser claramente identificados en el sector energía y en el subsector carretero. El desarrollo del marco regulatorio actual en el sector eléctrico en las actividades de generación, distribución y comercialización permite la libre entrada y operación de los agentes privados sin necesidad de que el estado asuma riesgos propios de la actividad comercial.

4.3 LINEAMIENTOS GENERALES DE POLÍTICA DE RIESGOS EN PROYECTOS DE CONCESIÓN

La evaluación de los proyectos o inversiones privadas en proyectos entregados bajo la figura de la concesión, así como su estructura y viabilidad financiera se realiza sobre la base de una proyección probable de flujos, esto es, de los costos de construcción y operación, así como de los ingresos esperados. Estas proyecciones deben permitir repagar las fuentes de financiación, en las que se incluyen el capital de riesgo del inversionista y los empréstitos. En ese sentido, los inversionistas y prestamistas que financian este tipo de proyectos son especialmente cuidadosos en el análisis de los factores que pueden incidir en los

flujos de los proyectos y en la manera como los contratos contemplan la ocurrencia de esos eventos.

Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla.
Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.

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 concesión –y realmente en todo tipo de proyectos- 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.

Adicional a la asignación teórica de los riesgos, un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo.

Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo.

Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados.

4.4. TIPOLOGÍA DE LOS DIFERENTES CONTRATOS DE CONCESIÓN A FIN DE DETERMINAR LOS RIESGOS A TENER EN CUENTA.

4.4.1. CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN

En los CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público 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. No obstante que el alcance, comprensión y el objeto no difieren de los contratos de segunda y tercera generación, lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas. Dicha experiencia fue recogida en los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001, los cuales muestran que el gobierno asumió una serie de riesgos que no estaba en condiciones de controlar efectivamente; entre ellos, se mencionó el riesgo constructivo, el cual hizo referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En estos casos, el Estado asumió los sobrecostos de mayores cantidades de obra en porcentajes determinados que variaban en cada uno de los contratos. De este modo, el Documento Conpes concluyó que las concesiones de primera generación afectaban de manera importante la capacidad de inversión de la Nación.

4.4.2. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN

La SEGUNDA GENERACIÓN DE CONCESIONES se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada. Se cambio el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su “ingreso esperado”. El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario. En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos.

4.4.3. CONTRATO DE CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN

Los procesos de CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario

exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. Este sistema de concesiones, que incluye una serie de ajustes y políticas producto de la experiencia, exige que la entidad concedente y el concesionario realicen estudios de demanda y no de tráfico, para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera. La responsabilidad será tanto del concedente como del concesionario. Los demás estudios serán responsabilidad netamente del concesionario. En relación con el plazo, se mantendrá el esquema utilizado en la segunda generación donde se tendrá en cuenta solo ingreso y no tráfico garantizado; los bienes revertirán a la Nación cuando se superen los ingresos calculados, de modo que el plazo será variable sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado. El plazo variable representa flexibilización de las condiciones del contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario.

4.5. RIESGOS CONTRACTUALES A TENER EN CUENTA DEPENDIENDO DE LA TIPOLOGÍA DE LA CONCESIÓN

El documento Conpes No. 3107 del 3 de abril del 2001 advirtió que en desarrollo de la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 del 14 de marzo del 2001 “se establecieron los procedimientos que deben aplicarse en el manejo de obligaciones contingentes de las entidades estatales y se le asignó al Gobierno Nacional la adopción de los lineamientos de política de riesgo contractual. Si bien en la década de los 90 fue posible alcanzar unas ambiciosas metas físicas, recientemente se ha generado un considerable impacto fiscal producto de las garantías, otorgadas en estos contratos”. El mismo documento en relación con las garantías sostuvo que una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación, como se explicó anteriormente.

A continuación se resumen los principales riesgos identificados en los esquemas de participación privada y/o vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura.

4.5.1. 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.

4.5.1.1. Riesgo de Demanda: este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como, la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.

4.5.1.2. Riesgo de Cartera: se refiere al no pago por parte de los usuarios, o la evasión del mismo (pérdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado.

4.5.2. Riesgos de Construcción

Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto.

Durante la etapa de preinversión y de estructuración de los proyectos, se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores que inciden sobre el nivel de riesgo del proyecto.

Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo. Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos

previstos por el contratista, éste asume los costos asociados con este riesgo. Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías.

En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto.

4.5.3. Riesgos de Operación

El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.

El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales en la estructuración se deben precisar las obras a realizar, estimarlas y determinarlas en el tiempo ya sea por indicadores o por determinación puntual de las mismas.

En el caso de la construcción de un túnel, se requeriría hacer un elevado número de sondeos del terreno, sin que esto permita contar con el nivel de certidumbre adecuado, o en caso de mayor complejidad, se cuenta con la opción de construir un túnel piloto a fin de contar con un nivel detallado de información. Este riesgo puede ser compartido. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica.

4.5.4. Riesgos Financieros

Este riesgo tiene dos componentes: i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es mas

severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto.

Las entidades estatales podrán diseñar soportes de liquidez para los proyectos, de acuerdo con los establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, por un periodo de tiempo limitado, y así facilitar la obtención de financiación en condiciones más favorables en términos de plazos, períodos de gracia y tasas de interés. En la medida que éste tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre del proyecto, en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

4.5.5. Riesgo Cambiario

El riesgo cambiario se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas. Por ejemplo, se da cuando los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda, y por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. De igual manera, cuando el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.

La financiación en divisas puede ser más conveniente, o necesaria, para proyectos que por los montos y plazos de sus inversiones requieren grandes cantidades de deuda que no se puedan financiar en su totalidad en el mercado local. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado.

Para proyectos con altos requerimientos de inversión y cuyos ingresos sean en moneda local, como mecanismo de mitigación las entidades estatales podrán estructurar mecanismos tales como soportes financieros, según lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, que provean recursos para cubrir

parcialmente eventuales faltantes de liquidez por fluctuaciones en tasas de cambio, con el objeto de facilitar la financiación externa del proyecto en condiciones más favorables. En la medida que este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre, en ningún caso pueden ser ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

4.5.6. Riesgos Regulatorios

En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación el tratamiento para cambios regulatorios, administrativos y legales, diferentes a los tarifarios, El flujo de caja libre del inversionista es el saldo resultante una vez descontados la inversión, los gastos de operación y mantenimiento y el servicio de la deuda. Como regla general este riesgo debe ser asumido por el inversionista privado, con excepción de los casos de contratos donde se pacten tarifas.

En el caso de pactar contractualmente tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos se debe especificar en detalle en los contratos los mecanismos de ajuste de los mismos. Actos administrativos que modifiquen el esquema contractual de las tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos que dependan de decisiones unilaterales de las entidades del gobierno, deberán ser asumidos por la entidad contratante.

De otra parte, el riesgo de modificaciones en la estratificación socioconómica, que afecte la estructura de ingresos de los contratos, debe ser asumido por la entidad territorial responsable de su definición.

4.5.7. Riesgos de Fuerza Mayor.

Los riesgos de fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato.

Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto.

4.5.7.1. Riesgos de Fuerza Mayor Asegurables*:* éstos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución y/o operación del proyecto tengan los

desastres naturales. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros. Normalmente este tipo de riesgos de fuerza mayor son asegurables, por lo tanto este riesgo estará a cargo del inversionista privado.

4.5.7.2. **Riesgo de Fuerza Mayor Políticos** *no asegurables*: se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Sólo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura. De no ser así, se les dará el mismo tratamiento que al riesgo soberano, el cual se menciona más adelante.

4.5.8. Riesgo de adquisición de predios

Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos.

El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios.

4.5.9. Riesgo Ambiental

Se refiere a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas. Es deseable que las entidades estatales cuenten con las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos. El inversionista privado asumirá este riesgo, cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, se cuente con las resoluciones respectivas.
En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado. Se deberá establecer en los contratos que los pasivos ambientales que se generen en desarrollo de la construcción y operación del proyecto estarán a cargo del inversionista privado.

Para el caso de las tasas de uso del agua y tasas retributivas, el riesgo por la incertidumbre de su evolución futura puede ser asumido por las entidades territoriales para los proyectos de agua potable y saneamiento básico, dado que no es posible para el agente privado prever la evolución en el cobro de estas tasas.

4.5.10. Riesgo Soberano o Político

Se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas. En proyectos de participación privada en Colombia, tradicionalmente, este riesgo es asumido por el inversionista privado.

4.6. CRITERIOS PARA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS.

Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.

Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quién tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento.

Un aspecto fundamental de este proceso es disponer de estudios de preinversión que permitan contar con un nivel de información adecuado y suficiente para una correcta estructuración de los proyectos. El esquema contractual de asignación de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida.

Un desarrollo contractual, resultado de la estructuración de los proyectos, permite contar con reglas claras entre las partes, y minimizar las razones para futuros

conflictos. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos con el propósito de definir la responsabilidad de la entidad estatal contratante frente a los riesgos que asume.

CONCLUSIONES

La expresión concesión se ha empleado por el legislador y la doctrina como cualquier permiso o autorización que confiere alguna autoridad administrativa, en algunos casos como acto administrativo, y en otros como un contrato. Pero la institución que se encuentra regulada en el numeral 4° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es la concesión como una convención entre un ente estatal y otra persona, que por lo general es un particular.

Las normas jurídicas que reglamentan el contrato de cesión están estipuladas en diversos cuerpos legales y en especial la Ley 80 de 1993. Las normas vigentes regulan la adjudicación, ejecución y reparación o conservación de los bienes, servicios u obras otorgadas en concesión.

El contrato de concesión es un mecanismo que tiene el Estado, cuando él directamente no pueda desarrollar proyectos de infraestructura, de prestación de servicios o la explotación de bienes de su propiedad; por dificultades financieras, técnica, etc. Mediante el contrato de concesión el Estado le traslada a un persona ya sea pública o privada, llamada concesionario, la obligación de financiar en nuestro trabajo la prestación de un servicio público; asumiendo el concesionario el éxito empresarial del proyecto.

En el contrato de concesión existe el permanente control y vigilancia del ente estatal, sobre el concesionario, lo que implica que la entidad estatal tiene la facultad de dar instrucciones, de ordenar y reglamentar en relación con la forma como se va a realizar la prestación del servicio. Facultad que tiene origen constitucional, por cuanto el artículo 365 de la Constitución establece que el Estado tiene siempre el control y la regulación sobre los servicios públicos.

La concesión tiene un carácter de temporal; por seguridad jurídica debe encontrarse limitado en el tiempo o cuando se presenten situaciones determinables, tales como que el concesionario ya alcanzó a percibir los ingresos esperados; la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja la libre competencia más allá de lo necesario; para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos; y también el plazo se encuentra determinado por la clase y la exigencia de la actividad otorgada en concesión.

El concesionario debe asumir el riesgo total o parcial (cuando la entidad concedente le otorga garantías y subvenciones al concesionario, para mitigarle el riesgo), del éxito o del fracaso del proyecto y por ello obra por su cuenta y riesgo.

Esto permite diferenciar el contrato de concesión, con respecto a otros contratos.

Durante la vigencia de un contrato normalmente suelen presentarse, u ocurrir unos riesgos o aleas de diversa naturaleza; pueden suceder u ocurrir cambios en las circunstancias sociales, económicas o políticas. Estos diferentes riesgos deben ser analizados en la negociación del contrato y llegar a buscar una asignación adecuada y eficiente, para que este sea atractivo a los inversionistas ya sean privados o públicos.

La Ley 80 de 1993, no hace la distinción entre las diferentes clases de riesgos que pueda tener un contrato de concesión; solamente se dedico a señalar que el contrato de concesión se hace por cuenta y riesgo de concesionario. El libre reparto de los riesgos contractuales es el principio general, aunque la norma descrita, no hizo esa mención, debemos referirnos a las reglas del derecho privado. Mientras no haya norma que señale algo en contrario los riesgos que implica la ejecución del contrato estatal son negociables.

Una deficiente o mala distribución de los riesgos puede tener como consecuencia la limitación al atractivo de los inversionistas, o puede generar sobrecostos injustificados para el Estado.

El concesionario asume los riesgos normales del proyecto; y tiene el derecho para que el Estado lo ayude en las circunstancias imprevistas y extraordinarias, lo que se denominan aleas anormales, que produzcan alteración del equilibrio económico del contrato.

La administración traslada al concesionario facultades para que pueda éste último ejecutar el contrato de una forma eficaz; por ejemplo trasladar las facultades de administración del proyecto, recibir directamente las tarifas, tasas, etc., que paguen los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

Jèze Gastón, Principio generales del derecho administrativo, tomo IV (teoría general de los contratos de la administración), Desalma, Buenos Aires, 1950.

Vedel, Georges, derecho administrativo, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980

Rufián Lizana, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, Fondo de Cultura Económica e Chile, Santiago, 1999

Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, volumen II, Parte Especial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.

Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III – B (Contratos administrativos), Abelardo Perrot

Documento Conpes Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, Ministerio de Hacienda y crédito Público, abril 3 de 2001.

Documento Conpes, Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento Conpes 3107 de abril de 2001, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Desarrollo Económico, septiembre 3 de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217