

*Juan Manuel Urueta Rojas*

---

# EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS



---

*Colección Textos de Jurisprudencia*







# El contrato de concesión de obras públicas



# El contrato de concesión de obras públicas

Juan Manuel Urueta Rojas

d

COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© Editorial Universidad del Rosario  
© Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia  
© Juan Manuel Urueta Rojas

ISBN: 978-958-8298-29-0

Primera edición: Bogotá, D.C., noviembre de 2006  
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: César Mackenzie  
Diagramación: Margoth C. de Olivos  
Diseño de cubierta: Ángela María Echavarría  
Impresión: Cargraphics Ltda.  
Editorial Universidad del Rosario  
Calle 13 N° 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380  
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.  
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito  
de la Editorial Universidad del Rosario.

---

URUETA ROJAS, Juan Manuel  
El contrato de concesión de obras públicas / Juan Manuel Urueta Rojas. Facultad de  
Jurisprudencia.— Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.  
248 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia)  
Incluye bibliografía.

ISBN: 978-958-8298-29-0

Obras públicas – Legislación / Contratos públicos – Colombia / Derecho administrativo /  
Derecho privado / Contratos / I. Urueta Rojas, Juan Manuel / II. Título / III. Serie.

350.711 220

---

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*



# CONTENIDO

Introducción .....	11
--------------------	----

## Capítulo 1

### Antecedentes históricos de la concesión de obras públicas

1.1 Antecedentes específicos del contrato de concesión de obras públicas .....	17
1.2 Antecedentes remotos .....	20
1.2.1 <i>Ius vectigalis</i> y <i>ius emphyteuticam</i> .....	20
1.2.2 <i>Societas publicanorum</i> .....	22
1.2.3 <i>Iure regalia</i> .....	23
1.3 Antecedentes históricos del contrato de concesión en Colombia .....	25

## Capítulo 2

### El contrato de concesión de obras públicas

2.1 Naturaleza jurídica del contrato de concesión .....	33
2.2 El contrato de concesión de obras públicas en el derecho comunitario .....	35
2.3 El Partenariado Público–Privado, los contratos BOT y la Concesión de obras públicas en el derecho comunitario .....	37
2.3.1 La noción de Partenariado Público–Privado .....	37
2.3.2 Los contratos BOT y el Partenariado Público-Privado .....	43
2.3.3 Los contratos BOT y la concesión de obras públicas .....	47
2.4 La concesión de obras públicas en el derecho español .....	48
2.5 El contrato de concesión de obras públicas en Colombia .....	51

## Capítulo 3

### Elementos del contrato de concesión de obras públicas

3.1 La noción de obra pública .....	58
-------------------------------------	----

3.2	El equilibrio económico .....	60
3.3	Orígenes del equilibrio financiero del contrato estatal: el principio del precio cierto, el principio de riesgo y ventura ....	63
3.4	Cuestiones de derecho público que fundamentan el principio de riesgo y ventura .....	64
	3.4.1 Razón Presupuestal .....	64
	3.4.2 Principio de Legalidad .....	66
	3.4.3 Principio de Seguridad Jurídica .....	67
3.5	Elementos de derecho privado que fundamentan el principio de riesgo y ventura .....	68
	3.5.1 <i>Lex Contracti</i> .....	68
	3.5.2 Prohibición de Novación .....	69
3.6	Morigeración del principio de riesgo y ventura .....	69
	3.6.1 <i>Ius variandi</i> .....	76
	3.6.2 Fuerza mayor .....	77
	3.6.3 <i>Factum principis</i> .....	82
	3.6.4 Teoría del riesgo imprevisible .....	85
	3.6.5 Cláusula de revisión de precios .....	91
	3.6.5.1 El caso de Bélgica .....	92
	3.6.5.2 El caso de Italia .....	92
	3.6.5.3 El caso de Portugal .....	93
	3.6.5.4 El caso de España .....	93
	3.6.5.5 El caso de Francia .....	94
	3.6.5.6 El caso colombiano .....	96
3.7	El manejo del riesgo en la concesión de obras públicas .....	96
	3.7.1 Identificación de los riesgos contractuales .....	100
	3.7.2 Criterio para la distribución del riesgo .....	102
	3.7.3 La responsabilidad extra contractual por el hecho de la ley, y el principio de confianza legítima en cara a la asunción de riesgos regulatorios .....	113
	3.7.3.1 La responsabilidad extra contractual por el hecho de la ley .....	113
	3.7.3.2 El principio de confianza legítima .....	118

3.8	La diversificación de la financiación .....	120
3.8.1	La financiación privada .....	123
3.8.2	La financiación pública .....	130
3.8.2.1	Formas de financiación pública .....	130
3.8.2.2	El peaje .....	132
3.8.2.3	Contribución por valorización .....	138

## Capítulo 4

### Etapas del contrato de concesión, derechos y obligaciones

4.1	Etapas del contrato .....	145
4.1.1	Etapas de Preconstrucción o de Programación .....	145
4.1.1.1	Revisión, modificación y ajustes a los criterios técnicos de diseño definitivo de las obras .....	146
4.1.1.2	Los contratos de fiducia de administración .....	147
4.1.1.3	Cierre financiero .....	149
4.1.2	Etapas de obras .....	150
4.1.2.1	La estabilidad de las obras y la garantía mínima presunta .....	150
4.1.2.2	El manejo ambiental y social de la obra .....	155
4.1.2.3	La subcontratación .....	157
4.1.3	Fase de explotación .....	164
4.1.3.1	Explotación de zonas económicas directamente relacionadas con la concesión .....	168
4.2	Derechos y obligaciones de las partes .....	170
4.2.1	Derechos y obligaciones del contratista .....	171
4.2.2	Derechos y obligaciones de la Administración .....	174

## Capítulo 5

### El cumplimiento de las obligaciones contractuales

5.1	Prerrogativas de la Administración .....	177
5.2	El poder sancionatorio de la Administración .....	184
5.2.1	Cláusula excepcional de caducidad .....	185
5.2.2	Las multas como sanción coercitiva .....	188

5.3 Prerrogativas de control, y dirección del contrato .....	195
5.3.1 Interpretación unilateral .....	196
5.3.2 Modificación unilateral .....	197
5.3.3 Terminación unilateral .....	198
5.4. La autotutela declarativa .....	199

## Capítulo 6

### La finalización de la concesión de obras públicas

6.1 La reversión .....	206
6.2 La liquidación del contrato .....	211
6.2.1 La liquidación de mutuo acuerdo .....	211
6.2.2 La liquidación unilateral .....	212

## Capítulo 7

### Solución de controversias

7.1 La conciliación .....	216
7.2 El arbitramento .....	221
7.2.1 Antecedentes .....	221
7.2.2 Clases de arbitraje .....	224
7.2.3 Competencia de los tribunales de arbitramento .....	228
7.2.4 Tesis del Consejo de Estado en relación con el arbitramento en contratación estatal .....	229
7.2.5 Fallos de la Corte Constitucional en materia de arbitramento en contratación estatal .....	234
7.2.6 Tendencias futuras del arbitramento en Colombia en materia de contratación estatal .....	239
Conclusiones .....	241
Bibliografía .....	246

## Introducción

En Colombia, según lo dispuesto en el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, son contratos de concesión aquellos acuerdos de voluntades 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, la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Además, son contratos de concesión todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, todo ello a cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, 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.

Conforme a la definición legal, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una noción general de concesión que reúne en una misma categoría diferentes formas de contratación. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en pronunciamientos como en el que a continuación se cita:

La concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: la prestación de un servicio público, la *construcción de una obra pública*, o la explotación de un bien estatal.

(...) De la definición legal *puede extraerse un concepto genérico*, debido a que en nuestra legislación *la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio*<sup>1</sup> (la cursiva es nuestra).

---

<sup>1</sup> Colombia-Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de fecha 19 de junio de 1998. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10217.

En el ámbito internacional, la noción de concesión ha sido tradicionalmente considerada una categoría general de derecho público que congrega en sí diferentes conceptos. En sentido abstracto, la idea de concesión entraña la atribución de un poder jurídico a un particular sobre una manifestación de la administración pública.<sup>2</sup> Sin embargo, desde un enfoque más específico, dentro de la categoría general de concesión se encuentran diferentes formas de contratación entre las cuales se hallan *la concesión de uso especial sobre bienes*, *la concesión de servicios* y, finalmente, *la concesión de obras*.<sup>3</sup>

En el caso de las concesiones de obra pública, en Colombia diversos operadores jurídicos han interpretado que dicha figura debe ser estudiada en consonancia con la normatividad referente al contrato de obra pública, regulado en el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993. Debido a ese análisis sistemático, se ha establecido que el contrato de concesión de obras públicas es una modalidad de obra en la cual la concesión es sólo una forma de remuneración del contratista.

Dicha valoración se hace con base en el hecho de que la Ley 80<sup>4</sup> es clara en establecer que, independientemente de la modalidad de ejecución y pago, son obras públicas todas aquellas que supongan la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles.<sup>5</sup>

A pesar de poseer acierto jurídico, la inclusión de la concesión de obras públicas dentro del tipo contractual de obra, plantea serios y graves inconvenientes pues se desconoce la existencia de diferencias jurídicas sustanciales

---

<sup>2</sup> Mayer, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo IV parte especial. Traducción del original francés *Le droit administratif allemand*. (Paris 1906) por Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954. Págs. 149 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Artículo 32. "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

'1o. Contrato de Obra: Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

<sup>5</sup> Así lo establece el artículo 34.1 de la Ley 80 de 1993, cuyo texto a continuación se reproduce parcialmente: "Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago(...)".

entre la mera ejecución de un trabajo público y la concesión para la construcción de infraestructura.

Se olvida, por ejemplo, que por medio de la suscripción de un contrato de obra sólo se busca a un particular capaz de realizar un trabajo material, mientras que en la concesión se requiere a un individuo apto para gestionar la financiación, la realización y explotación económica del proyecto.<sup>6</sup> Se ignora también que en uno y otro caso la distribución del riesgo, y, por ende, la determinación de la responsabilidad, son diferentes dado que en la concesión de obra pública el *periculum conductoris* recibe un tratamiento disímil que puede en algunos casos alterar la conmutatividad del contrato.

Finalmente, se pasa por alto el hecho de que la explotación de la obra por parte del particular en el contrato de concesión, no es sólo una forma de remuneración del administrado, sino objeto mismo del contrato.<sup>7</sup> Además, se pierde de vista que la concesión de obras públicas, en el ámbito de un derecho globalizado, se enmarca hoy en día dentro de las nuevas formas de vinculación del capital privado para la generación de infraestructura, fenómeno conocido bajo el nombre de Partenariado Público Privado.

Sin entrar en particulares en este momento, el término Partenariado Público Privado traduce el término inglés *Public Private Partnership* (en adelante PPP),<sup>8</sup> que expresa genéricamente las formas de participación del sector privado

---

<sup>6</sup> Rafael Gómez y Ferrer Morant. "El contrato de concesión de obra pública". *Comentario a la Ley de Contratos de las administraciones públicas*. Segunda edición. Madrid, Thompson Civitas, 2004. Págs. 636 y ss.

<sup>7</sup> Ariño Ortiz, Gaspar. "Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra". *Revista de obras públicas*. Extraordinario. Núm. 3425, Págs. 189 y ss. Madrid, octubre de 2002.

<sup>8</sup> "Public-private partnerships are a means of utilizing private-sector resources in a way that is a blend of outsourcing and privatization. PPPs can involve the design, construction, financing, operation and maintenance of public infrastructure or facilities, or the operation of services, to meet public needs. PPPs are often "financially free standing", i.e. privately financed and operated on the basis of revenues received for the delivery of the facility and/or services. One key to this is the ability of the private-sector to provide more favorable long-term financing options than may be available to a government entity and to secure that financing in a much quicker time frame. Public-sector assets (including human resources and infrastructure) are often included. The agreement under which the PPP operates is closely governed by a contractual relationship between the public- and private-sectors, with the objective of utilizing the best skills and capabilities of each sector. The objective of a PPP is to provide a more efficient and cost effective means of providing the same or better level of service, at a saving to the public (both general and

en la financiación, diseño, construcción y gestión de infraestructura, así como en la prestación de los servicios públicos.

A la luz del PPP es importante poner de presente que la concesión de obras públicas no sólo puede ser vista como la mera ejecución de un trabajo público, ya que esta nueva forma de intervención de los particulares en el desarrollo de funciones públicas se caracteriza por ser una forma de actuación económica social, pues brinda un instrumento de participación democrática en los procesos de toma de decisiones y en la gestión administrativa del Estado.

Según lo anterior, habida cuenta de la experiencia internacional europea y anglosajona en la materia, así como los problemas jurídicos que se presentan al considerar la concesión de obras públicas como una simple modalidad de obra, el presente trabajo persigue un doble propósito. Por una parte, pretende defender la tesis de que en Colombia el contrato de concesión de obras públicas debería ser considerado como un acto jurídico autónomo e independiente del contrato de obra pública. De otro lado, se quiere acometer un estudio descriptivo del contrato de concesión de obras públicas desde la perspectiva del sistema legal europeo, sin perder de vista el ordenamiento jurídico nacional.

Para lograr los fines propuestos, se demostrará que el contrato de concesión de obras públicas posee antecedentes históricos propios, diferentes al contrato de obra. Se analizará la definición y naturaleza jurídica del acuerdo de

---

governmental)", The National Council for Public-Private Partnerships. For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships To Meet America's Essential Needs.

En: <http://ncppp.org/presskit/ncpppwhitepaper.pdf>.

United Kingdom—HM Treasury. PFI Meeting the investment Challenge: [www.hm-treasury.gov.uk](http://www.hm-treasury.gov.uk). "In 2000, the Government Published "public Private Partnerships—the Government's Approach" which defined public private partnerships (PPPs) into three categories:

The introduction of private sector ownership into state-owned businesses, using the full range of possible structures (whether by flotation or the introduction of a strategic partner), with sales of either a majority or a minority stake.

The private finance Initiative (PFI) and other arrangements where the public sector contracts to purchase quality services on a long-term basis so as to take advantage of private sector management skills incentivised by having private finance at risk. This includes concessions and franchises, where a private sector partner takes on the responsibility for providing a public service, including maintaining, enhancing, or constructing the necessary infrastructure; and Selling Government services into wider markets and other partnership arrangements where private sector expertise and finance are used to exploit the commercial potential of Government assets".



voluntades objeto de estudio, para demostrar su autonomía e individualidad jurídica. De igual forma se examinarán los elementos básicos del contrato.

Sobre este punto en particular, se hará énfasis en el estudio del equilibrio económico del contrato y en sus medios de financiación. Al mismo tiempo, se examinarán peculiaridades del contrato de concesión de obras públicas, las cuales todavía no han sido exploradas a satisfacción en Colombia. En este orden, se analizará el llamado peaje en la sombra inglés (*Shadow toll*), la explotación de zonas económicas directamente relacionadas con la concesión y las cláusulas de progreso, entre otras figuras.

Posteriormente, se tratarán los temas relacionados con las etapas del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, las prerrogativas de la Administración y la solución de controversias, temas que revisten crucial importancia en el desarrollo práctico de la convención en estudio.

En sí mismo, el texto propuesto proyecta plantear una tesis y realizar un análisis descriptivo entorno a un fenómeno determinado de la contratación estatal colombiana. Empero, el principal propósito del escrito es iniciar una discusión doctrinal que sirva de base para una regulación legislativa más detallada en materia de concesión de obras públicas, dado que no es posible aceptar que los contratos estatales de mayor envergadura económica en el país sean considerados un simple apéndice jurídico de la ejecución material de un trabajo público y, por ende, estén someramente descritos en la Ley 80 de 1993 y se encuentren parcialmente regulados en la Ley 105 de 1993. Esta norma se caracteriza por ser limitada y sectorial e incapaz de brindar seguridad jurídica en el desarrollo de proyectos de infraestructura que tengan un objeto diferente a la generación de vías de transporte terrestre.



Este libro, ubicado en el marco conceptual brindado por la *Public Private Partnership*, aborda el tema de la participación del capital privado en la generación de infraestructura. También analiza la concesión de obras públicas como un negocio jurídico de naturaleza financiera y de administración de recursos, cuyo objeto no se restringe a la simple realización de trabajos materiales de obra pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la luz del derecho europeo pero sin perder de vista la legislación nacional, la presente obra abarca entre otros temas el estudio de los antecedentes históricos y la naturaleza jurídica de la concesión, el manejo de las aleas contractuales, algunos esquemas de financiación de proyectos y las diferentes etapas que integran el contrato de concesión de obras públicas.

Por su contenido este libro está dirigido principalmente a magistrados y jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, asesores jurídicos de las entidades públicas, abogados litigantes y consultores en contratación estatal. Sin embargo, temas generales como son las prerrogativas de la administración, el equilibrio económico y la solución de controversias, al seguir el régimen común de los contratos estatales, pueden ser de gran interés para los estudiantes de pregrado.



**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1633

