

EL DERECHO REAL EN LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA  
VIAL

OSCAR GUSTAVO CALDERON MEDINA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL  
ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2014

EL DERECHO REAL EN LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA  
VIAL

OSCAR GUSTAVO CALDERON MEDINA

TRABAJO DE TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE MAGISTER EN  
DERECHO ADMINISTRATIVO

FRANCISO TERNERA BARRIOS  
DIRECTOR DE TESIS

UNIVERSIDAD NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ  
2014

## INDICE GENERAL

	Págs
INTRODUCCIÓN.	6
CAPITULO I	
CONTRATO DE CONCESIÓN	9
1.1. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN LEY 80 DE 1993	9
1.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN LEY 105 DE 1993	12
1.3. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LA LEY 1508 DE 2012	15
1.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL	16
1.5. PROBLEMÁTICA DEL DERECHO REAL FRENTE A LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL	18
1.5.1. De los contratos de concesión de obra pública	19
1.5.2. De la Ambigüedad y Vaguedad del Contrato de Concesión	20
1.5.2.1. Ambigüedad de la palabra Concesión	23
1.5.2.2. De la vaguedad de la palabra concesión	24
1.5.3. Contratos de administración delegada	36
1.5.4. Bienes del Gobierno Romano dados a particulares para su aprovechamiento.	42
CAPITULO II	
EXPERIENCIA DE LAS CONCESIONES VIALES EN COLOMBIA	47
2.1 CONCESIONES DE PRIMERA GENERACIÓN	48
2.1.1 El caso Tequendama	50

2.1.2 El caso de Panamericana	52
2.1.3 El caso de Devisab	55
2.2 CONCESIONES DE SEGUNDA GENERACIÓN	60
2.3 CONCESIONES DE TERCERA GENERACIÓN	61
<b>CAPITULO III</b>	
EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE USO Y GOCE DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIALES	68
3.1 EL DERECHO DE USO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL	77
3.2 EL DERECHO DE GOCE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL	81
3.3 EL DERECHO DE DISPOSICIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL	85
<b>CAPITULO IV</b>	
EXISTENCIA DE DERECHO REAL PRECARIO EN LAS CONCESIONES VIALES	90
4.1 LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS	92
4.2 LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL	94
4.3 TRADICIÓN DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL	96
4.4 DE LA NOCIÓN DE USUFRUCTO	100
4.5 DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO PRIVADO Y EL PROPUESTO DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL	101

4.6 SIMILITUDES RESPECTO DEL USUFRUCTO PRIVADO Y EL PROPUESTO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL	104
CAPITULO V	
DERECHOS REALES EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA DE OTRAS LATITUDES	106
5.1 EL CASO ESPAÑOL	106
5.2 EL CASO CHILENO	108
5.3 ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO-FALTA DE DERECHOS REALES EN LOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL	109
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	117

## INTRODUCCIÓN

El contrato de concesión vial es en estricto sentido un negocio que deriva derechos personales de manera exclusiva al ser un acto jurídico de carácter contractual sin embargo, es mi intención demostrar que el contrato de concesión vial, a pesar de encontrarse atado al marco jurídico de los derechos personales por ser un contrato, contiene elementos que permiten entender y aceptar que de él se derivan derechos de carácter real.

Esta cuestión da la base para el presente estudio y proviene de la complejidad que implica la naturaleza del contrato de concesión vial donde existe la entrega de un bien, representado en una o varias vías, para su remodelación, ampliación, mejoramiento, construcción y posterior operación a cambio de una compensación generalmente representada en el aprovechamiento del bien.

Ahora bien, y como punto de partida debo aceptar como aspecto indiscutible que las vías terrestres en Colombia, son bienes del Estado inalienables, salvo algunas excepciones inoperantes para este estudio, y que por tanto son inembargables e intransferibles por lo que no es factible dilucidar acerca de si un concesionario es propietario de la vía dada en concesión, porque en efecto no lo es empero, salvo la disposición legal de abstracción de la propiedad de la vía a favor del Estado, no existe otro argumento tan sólido que permita desechar mi tesis en la que se pretende demostrar la existencia de aspectos de los derechos reales sobre los bienes y elementos que hacen parte de una concesión vial, máxime si se recurre al aspecto del aprovechamiento de la cosa o bien.

Por otra parte, La posibilidad de que en otros países se hable de hipoteca o prenda en concesiones viales, así sea de manera precaria, permite que de manera comparada se analice la posibilidad de que en Colombia sea factible hablar de derechos reales para el caso de concesiones viales.

Sin perjuicio de todo lo anterior, considero pertinente aclarar que la respuesta afirmativa o negativa acerca de si una concesión vial incluye derechos reales o no, dependerá de manera exclusiva del enfoque del cual se parta para determinar la negación o afirmación de tal cuestión, razón por la que el presente estudio se enmarca en estudiar los efectos directos que tiene en el contrato de concesión la contraprestación dada. Dicha aclaración se hace, por cuanto el presente estudio no pretende desvirtuar aspectos como que el contrato de concesión vial se refiere a un acuerdo de voluntades que recae sobre un bien de propiedad del Estado del cual se derivan derechos personales. Sin embargo, es correcto mencionar que los derechos reales no solo hablan del derecho de propiedad y, en algunos contratos los derechos personales derivan a su vez la constitución tacita de derechos reales.

En este sentido resulta pertinente, más no innovador (salvo en Colombia), presentar un trabajo de tesis relacionado con el contrato de concesión vial siguiendo una línea privativista en lo que tiene que ver con los derechos del concesionario al proponer una perspectiva desde el derecho real de dominio y no sobre los derechos de tipo personal o crediticio que se derivan de los bienes objeto del derecho real mencionado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente estudio será dividido de la siguiente manera: un primer capítulo analizará el contrato de concesión vial de acuerdo a lo que normativamente y doctrinalmente se ha dicho de éste; un segundo capítulo establecerá el estado actual de los contratos de concesión vial en Colombia; un tercer capítulo revisará la existencia de los derechos de uso y goce dentro del contrato de concesión viales; un cuarto capítulo analizará la existencia de un derecho real precario en las concesiones viales; finalmente el capítulo quinto describirá brevemente las conclusiones que se destacan de todo el estudio realizado.

De acuerdo con ésta breve introducción, a continuación pasaremos a desarrollar los siguientes capítulos de mi tesis:

# CAPITULO I

## CONTRATO DE CONCESIÓN.

El contrato de concesión en Colombia, ha sido utilizado como herramienta para avanzar en las políticas públicas del Estado debido al atraso en infraestructura vial que tiene el territorio Colombiano. Es por esto que al ser utilizado el contrato de concesión como medio a través del cual el Estado da cumplimiento a sus finalidades propias, el propósito del presente estudio se enmarca en el contrato de concesión vial, el cual pasaremos a definir en atención a la legislación vigente para así brindar unos antecedentes validos dentro de este estudio. Teniendo en cuenta lo anterior, el concepto de concesión puede ser definido tomando como base los elementos contractuales establecidos en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 así<sup>1</sup>:

### 1.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN-LEY 80 DE 1993

---

<sup>1</sup> LEY 80 DE 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.; artículo 32: Artículo 32. De los Contratos Estatales. 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: (...) 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.

A. Se trata de un contrato de carácter estatal por encontrarse enunciado en la ley 80 de 1993 de esta manera, es decir que la literalidad de la norma permite entender esta figura negocial como un tipo de contrato estatal.

B. Es un contrato donde la parte concedente debe ser necesariamente una Entidad Estatal.

C. De acuerdo a la definición de personas que trae consigo el Código Civil Colombiano, solo los particulares que sean personas pueden ser sujetos receptores de una concesión en atención a lo que expresa la enunciación del contrato en el numeral mencionado, bien sea que se trate de personas naturales o jurídicas sin importar de que nacionalidad sean.

D. El acto volitivo principal del negocio es el otorgamiento como tal de una actividad en especial, que bien puede ser “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”.

E. Adicional a las actividades descritas con anterioridad, el contrato de concesión incluye la frase siguiente: “todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”

F. La Persona, natural o jurídica, Concesionaria asume las actividades que estén a su cargo como obligación a cuenta y riesgo propio, lo que en principio deriva

una característica aleatoria del contrato, sin embargo esta debe ser morigerada teniendo cuenta el equilibrio del contrato. Por esta razón, el contrato tiene tanto componentes aleatorios como conmutativos. Esta doble situación será analizada con profundidad más adelante.

G. Son contratos vigilados y controlados por La Entidad que Concede, lo que deduce la condición del concesionario de ser un colaborador de la Entidad.

H. Son bilaterales, a pesar del componente aleatorio del acaecimiento del riesgo, y onerosos.

I. la remuneración que se otorgue puede darse expresamente por “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”.

Sin perder de vista las características que se desprenden del contrato de concesión en Colombia, de acuerdo con la definición descriptiva que hace el legislado en la ley antes mencionada, es preciso señalar que la ley anteriormente mencionada señala la existencia del contrato de concesión, cuyo objeto bien puede ser conceder un servicio público y las actividades accesorias a éste y/o puede ser su objeto el de conceder una obra pública y las actividades accesorias a éste respectivamente.

Ahora bien, como quiera que existen otras normas legales promulgadas con posterioridad a la ley 80 de 1993 que tratan de manera específica el contrato de concesión, es adecuado señalar que para el caso de la infraestructura de transporte, la ley 105 de 1993 en su artículo 30<sup>2</sup> trae consigo las siguientes características que sirven para darle una definición al contrato de concesión vial, así:

## 1.2 . DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL-LEY 105 DE 1993

A. Se aleja de la definición de entidades estatales como una de las partes integrantes del contrato de concesión y menciona exclusivamente a “La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios” como concedentes. Lo anterior, quiere decir que las entidades estatales del sector descentralizado por servicios no pueden celebrar contratos de concesión para la prestación del servicio de infraestructura como tal.

---

<sup>2</sup>LEY 105 DE 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 41.158 de 30 de diciembre de 1993.”  
ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

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

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

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

B. Describe cómo puede presentarse el concedente, bien sea que se concesione de manera individual o en conjunto.

C. El sujeto Concedente ya no es una persona como tal, bien sea que se trate de persona natural o jurídica, sino un particular, lo cual en términos más precisos admite la posibilidad de dar en concesión una vía a estructuras plurales como las uniones temporales o consorcio, tal como se describe en el artículo 7 de la ley 80 de 1993.

D. El objeto del contrato de concesión, en esta normatividad, se centra en “la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

E. La contraprestación que está a favor del concesionario, de la cual se desprende la onerosidad y conmutatividad del contrato, en esta norma, proviene de “los ingresos que produzca la obra dada en concesión”.

En este orden de ideas, para efectos académicos es claro que la descripción que se hace del contrato de concesión en ésta norma de carácter legal va de la mano con el uno de los objetos descritos en la ley 80 de 1993, es decir con el objeto de conceder una obra pública, por lo que esta definición funge como una especie circunscrita dentro la descripción dada en la ley 80 de 1993 que, sin embargo trae consigo unas diferencias por el ámbito que se aplica tal como se demuestra de las partes que pueden conformar dicho contrato. Es decir que en caso de tratarse de concesiones en el sector de la infraestructura debe prevalecer la normatividad que en especial fue creada para este sector y en caso de vacío

aplicar la ley 80 de 1993. Empero, vale la pena resaltar las diferencias que se presentan en cuenta al riesgo que debe asumir el contratista concesionario, el cual servirá como tema de debate en éste capítulo.

Por su parte, situación distinta presenta la ley 1508 de 2012 donde se habla de cualquier clase de negocio por medio del cual se encarga al privado del desarrollo de la infraestructura “y sus servicios asociados”, ámbito que incluye dentro su régimen los contratos de concesión como tal<sup>3</sup>. (Ver artículos 3 y 5 de la ley 1508 de 2012). Sin desconocer el ámbito de aplicación que tenga esta legislación, lo cierto es que posee varios puntos en común tanto con la descripción que trae consigo la ley 80 de 1993, como la descripción que establece la ley 105 de 1993 si se atienden los siguientes puntos:

---

<sup>3</sup> LEY 1508 DE 2012 “Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 48308 de enero 10 de 2012.

(...)

Artículo 3. Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En estos contratos retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias reguladas en la presente ley.

(...)

Artículo 5. Derechos a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

### 1.3 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LA LEY 1508 DE 2012

A. Los sujetos concedentes en esta norma son las entidades públicas en general, tal como lo establece la ley 80 de 1993 y no unas ciertas entidades estatales como lo señala la ley 105 de 1993. Se debe aclarar que esta normatividad excluye las sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas cuya participación sea inferior al 50%.

B. Por su parte el sujeto concesionario es un inversionista privado, lo que coincide con la definición de persona y particular traída a colación por la ley 80 de 1993 y la ley 105 de 1993 respectivamente. En este sentido debe establecerse que esta descripción del “particular encargado” es más cercana a la ley 105 de 1993 que a la ley 80 de 1993, por ofrecer un campo de acción más amplio.

C. Las obligaciones principales que se deben realizar en virtud de este contrato son “el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”.

D. Se fija como contraprestación, característica esta que permite deducir la onerosidad y conmutatividad del contrato de concesión en esta norma, la explotación económica de la infraestructura o servicio mediante el derecho de

recaudo. De igual manera, puede ser objeto de contraprestación mediante recursos públicos o cualquier otro medio de retribución.

En éste punto de la disertación descriptiva hecha en relación con el contrato de concesión en Colombia, vale la pena señalar que en ésta legislación el contrato de concesión tendrá dos objetos iguales a los descritos en la definición traída en la ley 80 de 1993, por lo que los contratos de concesión bien podrán conceder la prestación de un servicio o la realización de una obra.

#### 1.4 CONCLUSIONES PRELIMINARES DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL

De esta manera tenemos que, a manera descriptiva, los contratos de concesión son aquellos negocios jurídicos que pueden celebrar las entidades estatales, salvo lo que establece a manera especial la ley 105 de 1993 y la ley 1508 de 2012, en lo que respecta a infraestructura, con un particular o inversionista para la realización de una serie de actividades relacionadas con “la infraestructura y sus servicios asociados” a cambio del derecho de explotar económicamente dicha infraestructura o servicio.

En este orden de ideas es persistente en los textos normativos precitados primero, la existencia de las partes contratantes las cuales son la entidad estatal y el privado; segundo, el objeto del contrato se centra en unas actividades específicas de infraestructura o de servicios públicos; tercero, la

contraprestación reflejada en el derecho de explotación del bien o del servicio otorgado y; la onerosidad y conmutatividad del contrato, esta última en la ley 105 de 1993 y en la ley 1508 de 2012.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento, no existe mayor dicotomía frente al título propuesto en esta tesis, toda vez que estamos de cara a un contrato en donde una entidad estatal concede las actividades de hacer infraestructura o prestar un servicio público a un privado, recibiendo éste por esa actividad unos derechos como contraprestación. Debido a lo anterior, en principio, un particular que recibe en concesión un bien del Estado adquiere un título así sea precario que le da un posición de dominio, salvo el mismo Estado, frente a los demás.

Tal deducción parecería descabellada si no se atiende el hecho de que inclusive en la época de la republica romana y posteriormente el imperio romano, ya se había puesto en discusión la naturaleza de los derechos que tenía un ciudadano romano sobre bien dado en arriendo perpetuo<sup>4</sup>.

Sin embargo, y para ya fijar un punto de partida que permita iniciar una disertación valida dentro del presente texto, si se observa el derecho que se desprende de este tipo de contratos es decir la contraprestación que recibe el privado de explotar un bien o un servicio, el cual se encuentra establecido tanto en la ley 80 de 1993, como en la ley 105 de 1993 y como en la ley 1508 de 2012 respectivamente, no se deduce el carácter personal o real del derecho otorgado, más aun cuando lo que se obtiene como contraprestación es la explotación de

---

<sup>4</sup> ESPITIA GARZON, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición.

un bien, sin importar por el momento que se trate de un bien de carácter público, o de un contrato del cual se desprenden derechos de carácter personal.

## 1.5 PROBLEMÁTICA DEL DERECHO REAL FRENTE A LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL

Ante las cuestiones que se derivan de establecer por medio de la definición del contrato de concesión vial la existencia de derechos reales, existen tres posibles soluciones a saber:

A. Que el contrato de concesión vial solamente otorgue derechos de contenido personal o crediticio.

B. Que el contrato de concesión vial solamente otorgue derechos de contenido real.

C. Que el contrato de concesión vial admita tanto derechos de contenido personal como derechos de contenido real.

Atendiendo estas posibles soluciones es necesario primero, centrar la problemática en contratos de concesión de infraestructura o de obra pública; segundo, traer a colación las vaguedades y ambigüedades del contrato de concesión; tercero, establecer la diferencia que existe entre los contratos de concesión y los contratos de administración delegada para desproveer de razón

jurídica la solución número uno; y cuarto, finalmente analizar el tratamiento que se le dio a los bienes del Gobierno Romano, usando esta expresión para hablar de la república, imperio e imperio oriental Romano, dados a los particulares para su uso y aprovechamiento con una contraprestación a favor del primero<sup>5</sup>, a fin de constatar que opción tomo Roma en un caso parecido .

#### 1.5.1. De los contratos de concesión de obra pública

La tesis propuesta debe enmarcarse exclusivamente en los contratos de concesión de obra pública toda vez que el contenido del derecho real únicamente puede recaer sobre bienes, que en este caso son de uso público. Esta condición se da por la naturaleza de los derechos reales, dado que solamente se predicán sobre bienes, mientras que situación distinta sucede con los derechos de carácter personal, los cuales se pueden presentar tanto en bienes como en circunstancias negócias de otro tipo. Es por esta razón, que este estudio no se extiende a concesiones de servicios públicos porque en principio se niega la posibilidad de teorizar acerca de la existencia de derechos de contenido real sobre la explotación económica que se otorga del servicio, salvo que dentro de este tipo de concesiones se otorgue la explotación de bienes para la prestación del servicio<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> ESPITIA GARZON, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición

<sup>6</sup> LOPEZ Ramon, Fernando. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.

(...)

c) La ausencia del derecho real administrativo.

Por contraposición al efecto característico de la concesión demanial, la concesión de servicios públicos no da origen a un derecho real en beneficio del concesionario. Este (SIC) aspecto ha sido puesto de relieve en por la jurisprudencia al plantearse la cuestión de si el concesionario de servicios públicos debe

Por otra parte, por definición doctrinal las concesiones de obra y las concesiones de servicios públicos son diferentes en cuanto al objeto sobre el cual recaen las segundas frente a otro tipo de concesiones, por lo que no sería preciso tratar las concesiones de obra pública como si fueran concesiones de servicios públicos<sup>7</sup>.

Así pues, una vez se encuentra aclarado el objeto de estudio de esta tesis, centrándolo solamente en las concesiones de obra pública, a continuación pasamos a desarrollar el segundo punto previamente propuesto.

#### 1.5.2 De la ambigüedad y vaguedad del contrato de concesión.

Como fue establecido en el principio de este capítulo, la definición del contrato de concesión guarda unas características similares frente a la legislación sobre la que se sitúa el negocio sin embargo, existen unas diferencias que ya fueron detalladas en cuanto a las partes que integran el negocio y el derecho de explotación económico, siendo esta la única contraprestación posible en la ley 105 de 1993, por lo menos de lo que se desprende literalmente del texto normativo. Estas diferencias generan consecuencias teóricas como la mencionada previamente, dado que frente a un negocio de concesión de

---

considerarse sujeto a la contribución territorial urbana; la respuesta negativa viene razonada de la siguiente forma:

<sup>7</sup> VÁSQUEZ Franco, Gladys. La concesión Administrativa de servicio público. Editorial TEMIS 1991.

(...)

Si bien a las concesiones de servicio y de dominio público le es común la procedencia de un acto unilateral de la Administración, al cual el concesionario se somete, se diferencian en cuanto al objeto sobre el que recaen. En tanto que la concesión de servicio se refiere a actividades de gestión que, como su mismo nombre lo indica, son de servicio público, las concesiones demaniales recaen sobre el dominio estatal.

infraestructura no se podría pactar cualquier tipo de contraprestación salvo aquella señaladas en el artículo 30 de la ley 105 de 1993, aspecto contradictorio frente a lo establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 existiendo una posible derogatoria tácita de este punto, por lo menos en lo que se refiere a los contratos de concesión vial y solo hasta la entrada en vigencia de la ley 1508 de 2012 en atención a su artículo 5.

Estas consecuencias jurídicas se evitarían si existiera un solo concepto de concesión o unos puntos delimitantes entre cada concepto en particular, situación que se da de manera tácita, pero no completamente clara, con la aplicación del artículo 39 de la ley 1508 de 2012<sup>8</sup>, toda vez que no se sabe a ciencia cierta si durante la vigencia exclusiva de la ley 105 de 1993 había quedado prohibido establecer cualquier clase de contraprestación o si por el contrario se permitía abiertamente continuar con esta práctica de acuerdo a lo que establece el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en lo que tiene que ver con los contratos de concesión de infraestructura y sus servicios asociados.

En este orden de ideas, como no existía un límite claro entre la aplicación de cada norma que describe el contrato de concesión y mucho menos un concepto unívoco de lo que se entiende exclusivamente por dicho contrato, es correcto afirmar que la definición dada por la legislación del contrato de concesión es

---

<sup>8</sup> LEY 1508 DE 2012 “Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 48308 de enero 10 de 2012.

Artículo 39. Vigencias y derogatorias. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

ambigua y vaga, por los elementos que deben aplicarse a la hora de desarrollar un contrato de concesión de infraestructura, por lo menos desde el ejercicio académico a aplicar.

De hecho el contrato de concesión desde la doctrina derivada de la legislación anteriormente descrita ha sido tratado como un tipo contractual incluido dentro del marco del contrato de concesión<sup>9</sup>, por cuanto no solo se desconoce con esta adecuación la tradición jurídica que se desprende del contrato de concesión, sino también se lleva por esa vía a descontar los elementos del contrato que se derivan de su definición legal.

Esta situación se repite en la doctrina al traer a colación autores como MANUEL MARIA DIEZ o GEORGES VEDEL, los cuales consideran el concepto de concesión como ambiguo, bien sea por los distintos significados que pueda tener, o vago por la falta de precisión que pueda tener de acuerdo al contexto en el que se utilice.

Ante estas dificultades que plantea el lenguaje en lo que respecta a esta clase de contratos, es preciso realizar las siguientes aclaraciones en relación con la ambigüedad y vaguedad que ofrece la palabra concesión:

---

<sup>9</sup> URUETA ROJAS, Manuel. El contrato de concesión de obras públicas. Editorial Universidad del Rosario. Ed primera 2006.

“(…)

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.”

#### 1.5.2.1. Ambigüedad de la palabra Concesión.

Respecto del primer problema de precisión del lenguaje, ambigüedad, tenemos que el tratadista DIEZ considera que *“En el derecho administrativo la palabra concesión se emplea muy frecuentemente y para distintos efectos. Así, se habla de la concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, concesión de sepulturas, concesión de uso de bienes de dominio público (...). En base a (sic) las razones que anteceden la doctrina define a la concesión administrativa como un procedimiento que permite a la administración conferir ciertos derechos a un particular en condiciones que implican frecuentemente un acuerdo contractual y la sumisión del concesionario a un pliego de condiciones hecho por la administración<sup>10</sup>”*

De acuerdo con lo anterior una concesión puede entenderse como un fin en sí mismo, es decir como un negocio, o como un medio a través del cual la administración puede entregar un servicio o bien a un particular a cambio de un derecho, es decir como un procedimiento.

Esta doble forma de entender la concesión genera la ambigüedad de la que hemos hablado a pesar de que en nuestra legislación solo es válida la primera interpretación tal como quedo descrito previamente, en atención a que se trata a la concesión como un negocio, contrato.

Lo anterior sin embargo, no obsta para afirmar de manera inequívoca que las diferentes definiciones descriptivas, presentes en la legislación vigente, ofrecen

---

<sup>10</sup> DIEZ, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, 1ra Edición 1977, Buenos Aires Argentina.

un mundo jurídico libre de ambigüedades si se observa los problemas planteados respecto de las partes que conforman el negocio y la contraprestación que se fija según el tipo de negocio en el que se enmarque la concesión, esto es si se trata de concesionar infraestructura o no, por lo menos en el campo de lo teórico.

Teniendo en cuenta esto, resulta lógicamente deducible que el contrato de concesión posee ambigüedades según la legislación que se tenga en cuenta para estructurar el negocio y el objeto a desarrollar en sí.

#### 1.5.2.2. De la vaguedad de la palabra concesión

Por otra parte, respecto de la vaguedad del concepto concesión, el tratadista VEDEL considera que *“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 concesiones 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<sup>11</sup>*

Respecto a la vaguedad de la palabra de concesión, debemos decir que atendiendo lo establecido por el Doctor Vedel es correcto establecer que una cosa exacta es el acto, permiso o autorización de dar u otorgar a un particular una infraestructura para su desarrollo, mantenimiento y explotación como contraprestación y, otra cosa exacta pero distinta a la ya mencionada es el trámite que se adelanta para que una persona distinta a la administración gestione un servicio público.

Ahora bien, dicha vaguedad pierde sentido en la legislación colombiana puesto que por medio del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se admite la posibilidad de hablar de concesión en ambos sentidos, es decir de la posibilidad de gestionar un servicio y desarrollar una cierta infraestructura a través del contrato de concesión en si, por lo que el permiso y el trámite del que habla el Doctor Vedel queda implícito en la definición descriptiva que trae la ley 80 de 1993.

Es por esto que, el concepto de concesión adolece de ambigüedad más no de vaguedad por contemplar el doble sentido de ser un procedimiento y un permiso a la vez. Empero, las distintas conclusiones que puede tener el contrato de concesión en virtud del texto legislativo que se aplique, bien sea que se trate de un contrato que admita toda clase de contraprestación o no, ocasiona un

---

<sup>11</sup> VEDEL, Georges, Derecho Administrativo; 2da Edición, Biblioteca Jurídica Aguilar 1980; Madrid España.

problema que debe ser resuelto por medio interpretaciones jurídicas aplicables a cada caso. En este sentido el contrato de concesión puede establecerse por cualquier entidad del estado, dependiendo del caso como ya fue previamente señalado, a favor de una persona en especial o un particular, que no es lo mismo, para el desarrollo de una infraestructura o servicio para lo cual se fija como contraprestación los derechos de explotación del bien o servicio o cualquier medio que pacten las partes o, únicamente los derechos de explotación como contraprestación.

Por estas razones, es correcto señalar que a pesar de existir una posible contradicción entre normas, que se resuelve con la posible derogatoria tácita de la norma, esto si se observa lo fijado en los artículo 5 y 39 de la ley 1508 de 2012, en cuanto a la manera de pagar las actividades o servicios que presta el privado en un contrato de concesión, existe una forma de contraprestación presente en todas las normas la cual es la explotación del bien otorgado.

Empero, a pesar de toda esta disertación acerca de la ambigüedad y vaguedad del contrato de concesión y luego de concluir que existe un punto de acuerdo frente al derecho otorgado en virtud de este contrato, esto es la contraprestación mediante el bien dado en concesión, no existe en la legislación colombiana una definición que establezca en sentido estricto lo que comprende contraprestación a favor del concesionario particular, salvo lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 30 de la ley 105 de 1993 aspecto que será estudiado en capítulos posteriores, por cuanto cuando se habla de ella puede entenderse que tal concepto incluye derechos reales administrativos, como derechos crediticios del

particular. Debido a lo anterior, nos centramos exclusivamente en el término explotación a efectos de determinar si de la definición del mismo se desprenden los derechos previamente mencionados, o si por el contrario se presenta el uno en contraposición al otro.

Ante la duda y, repito, sin que existe en la legislación un texto normativo que defina de manera concisa, por lo menos, el contenido del derecho de contraprestación en el contrato de concesión es necesario primero, establecer claramente lo que se entiende por explotación como derecho para luego extrapolarlo al contrato de concesión.

Es así como, es correcto señalar que el verbo explotar se entiende como el acto por medio del cual se obtiene una utilidad sobre un negocio en particular en beneficio propio<sup>12</sup>.

Hasta ahora, con esta definición no es factible señalar que el derecho de explotación de un bien concesionado admite únicamente el ejercicio de derechos de contenido crediticio o de contenido real de manera exclusiva para cada caso, porque el término “utilidad” permite su aplicación tanto en negocios de contenido crediticio como de contenido real. A pesar de la amplitud de la definición del verbo explotar a la hora de aplicarlo en el contrato de concesión de obra pública, pareciera que debe ser morigerado por tratarse de un contrato estatal.

---

<sup>12</sup> DRAE, Edición No 23. “explotar 1: (Del fr. *exploiter*, sacar provecho [de algo]). “3. tr. Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera.”

Ante esta aplicación del concepto de explotación dentro del contexto del contrato de concesión de obra, debe señalarse que el bien que se otorga al privado es de propiedad de la entidad lo que deriva necesariamente que el concesionario no sea, bajo ninguna modalidad, propietario del bien en cuestión. Esta condición que ostenta y posee la entidad pública hace pensar en que el concesionario privado no posea ninguna clase de derecho de carácter real por ser la propiedad un derecho de este tipo.

Sin embargo, la propiedad o dominio es solo una forma de derecho real por lo que no es igual que el concesionario no sea propietario del bien otorgado para su explotación, a que el concesionario por cuenta de otra figura distinta a la de propietario posea derechos de contenido real.

Al respecto de lo dicho anteriormente, varios tratadistas se centran en el imposible jurídico de propiedad privada concesionada a un particular por parte de una entidad estatal. Tal es el caso de la Doctora MONTES, Susana en compañía de la Doctora MIER, Patricia las cuales consideran que “(...) *en la concesión de obra el propietario de la misma es siempre el Concedente o entidad pública, por lo cual debe prever la forma de devolución de la tenencia o posesión a la terminación de la concesión (que no reversión de la propiedad pues no ha habido transferencia de la misma)*”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> BARRIOS MONTES, Susana y MIER, Patricia. Revista de Derecho Público No 11. concesiones viales. la inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de los andes.

Respecto a esta deducción, entendemos y aceptamos la imposibilidad jurídica de constituir una especie de propiedad privada a título de concesión sobre lo que es del Estado, en Colombia, pero se debe tener en cuenta que no todos los Derechos reales en si desconocen la titularidad de la propiedad de otra persona, como es el caso de la servidumbre, el cual siendo un contrato de origen privado es usado por la administración pública para constituir restricciones al derecho de propiedad privada por motivos de utilidad pública, las cuales recaen específicamente sobre el derecho de uso y goce dado que el particular afectado por este derecho no puede usar y obtener los posibles frutos que genere libremente un bien afectado por la servidumbre, derecho real que no desconoce el dominio que ejerce el particular sobre ese bien afectado.

Por otra parte, es correcto afirmar que la naturaleza del bien dado en concesión prohíbe la transferencia de la propiedad razón por la que es correcto afirmar que el concesionario no ejerce sus derechos sobre un título de dominio pleno sin embargo, esta condición dada por el bien en sí no deriva necesariamente la condición sobre la que se otorga la explotación del bien, esto es si se trata de una mera tenencia, una posesión u otra clase derecho diferente al dominio.

Si partimos de la base de que el contrato de concesión no deriva la entrega del bien a título de dominio, por reducción al absurdo parece correcto señalar que, como quiera que no se transfiera la propiedad del bien dado en concesión el concesionario ejerce sus derechos de explotar el bien como un mero tenedor o poseedor.

Al respecto de la condición que puede ostentar el concesionario sobre el bien que se otorga, resulta que si se tratara de una mera tenencia el derecho de explotar el bien se viera limitado puesto que el concesionario no estaría facultado para recibir utilidades directamente relacionadas con la explotación del bien en virtud del negocio de concesión, en atención a la teoría del derecho de tenencia, tal como si se tratara de un arrendatario o comodatario.

Tal condición parece entonces desconocer el elemento de explotación del contrato de concesión por lo que debe ser desechada, salvo que se considere que por definición legal los contratos de concesión son como tal contratos de arrendamiento administrativos<sup>14</sup>. Tal apreciación por medio de la cual se observa al particular concesionario como un mero tenedor se refuerza al observar lo establecido en el artículo 54 de la ley 1430 de 2011<sup>15</sup>, donde se establece claramente como sujeto pasivo de los impuestos prediales y de valorización a los tenedores de los inmuebles a título de concesión, lo cual dejaría por descontado la discusión acerca de la condición en la que se encuentra los derechos del particular concesionario, restándole validez a la teoría de los derechos reales en favor de los anteriormente mencionado.

---

<sup>14</sup> 23. RUIZ OJEDA, Alberto. Las concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

(...)

*“Pero el arrendamiento puede darse en sentido inverso: el contratista financia la obra a su costa y la construye y es la Administración la que, durante un periodo de tiempo determinado, abona al contratista un canon de arrendamiento que le permite recuperar la inversión y obtener un beneficio.”*

<sup>15</sup> LEY 1430 DE 2010. “Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad.” Diario Oficial No 47937 del 29 diciembre, 2010.

**Artículo 54. Sujetos pasivos de los impuestos territoriales.** Son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho, y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado, a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto. En materia de impuesto predial y valorización, igualmente son sujetos pasivos del impuesto los tenedores de inmuebles públicos a título de concesión

Sin perjuicio de ello, podría pensarse en un contrato de arrendamiento distinto al que se considera en el derecho privado, donde claramente se desconoce la existencia de un derecho real que le asista al arrendatario por contraposición al arrendador, por tratarse de un arrendamiento público.

Sin embargo, lo anterior no explicaría el riesgo ventura que tienen los contratos de concesión de obra pública, versus los contratos de arrendamiento, ni tampoco explicaría el hecho de que no es la entidad la que le paga el canon al concesionario particular sino un tercero al que llamaremos usuario particular.

So pena de lo anterior, no resulta del todo equivocado pensar en el concesionario de obra vial como un tenedor de los bienes dados en concesión, puesto que, como previamente se ha señalado y aceptado, el contratista concesionario no recibe el dominio absoluto de los bienes dados en concesión.

De hecho, la relación histórica que se le ha dado a las figuras arrendaticias, de las cuales se deduce la condición de tenedor que se le puede dar al contratista concesionario, es destacada por varios autores entre ellos RUIZ OJEDA, Alberto<sup>16</sup>, el cual destaca la utilización de los elementos esenciales y naturales del contrato de arrendamiento en el contrato de concesión de acuerdo con la particularidades del negocio a ofrecer en concesión.

---

<sup>16</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. La concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

“(…)

La relación de la concesión con los arrendamientos – y también con los censos – obedece a la ductilidad de éstos, que permiten disociar el dominio, dar lugar a formas de uso y explotación de los bienes arrendados o dados en censo y acordar la prestación de servicios, el pago de rentas y cánones, la ejecución de obras, instalaciones y mejoras de la más diversa naturaleza, como corresponde a un cauce ancho de circulación de transacciones.”

De acuerdo con lo anterior, al establecer la importancia histórica que ha tenido el arrendamiento para efectos de explicar el contrato de concesión es pertinente entonces constatar si en el modelo Colombiano se ha acercado más a la figura del arrendamiento o, si más bien se ha alejado de éste tipo contractual.

En ese orden de ideas, es preciso recurrir nuevamente a la definición legal del contrato de concesión obrante en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, donde se ha establecido como uno de los elementos esenciales de tal contrato el riesgo ventura y el canon a la inversa, en la mayoría de los casos de concesiones de obra vial en Colombia, es decir la posibilidad que posee las partes del contrato de establecer un retorno de la inversión hecha por el concesionario mediante la fijación del pago de peajes por parte de los usuarios de la vía<sup>17</sup>.

Es por lo anterior que el contrato de concesión en Colombia, no es asimilable en su totalidad al contrato de arrendamiento en tanto que la distribución de los riesgos y la garantía que se da sobre los derechos que adquiere el particular concesionario es lejana a los riesgos y derechos que adquiere el arrendatario de un bien del estado. Lo anterior se desprende de dos hechos puntuales a saber; el primero proviene de analizar el riesgo que asume el arrendatario de las obras a realizar dentro del bien dado en tenencia, frente al riesgo que asume el

---

<sup>17</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. La concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

“(…)

Las técnicas aplicadas padecen, de este modo, la constante presión de lo casuístico: por ejemplo, la atribución de la propiedad de la obra o del bien sobre el que se implanta a unos u otros depende, sencillamente, de las exigencias impuestas por la asignación de riesgos y la garantía de derechos, y esto hace que en el fief en terre – esto es, en los contratos más próximos a la concesión moderna – la obra sea formalmente propiedad del contratista, mientras que, en el fief en fonction – en los contratos más pegados al simple arrendamiento – la propiedad de la obra se atribuya a la Administración.”

contratista concesionario, puesto que mientras el arrendatario debe asumir el costo de ciertas obras, cuando la necesidad lo amerite y que le asistan como deber al arrendatario, el concesionario de una obra vial es contratado con el objeto de realizar una obra la cual debe asegurar hasta ciertos riesgos normales asumidos de manera contractual; el segundo, se desprende de verificar los derechos que tiene el arrendatario sobre un bien frente a los derechos que tiene el concesionario sobre su respectivo bien dado en concesión, por cuanto el primero adquiere el uso y goce el bien dado, hablando del arrendamiento comercial, el segundo además de adquirir el uso y goce del bien dado adicionalmente tiene la posibilidad de disponer del derecho que le otorga la concesión y adicionalmente también puede disponer de los bienes, salvo la enajenación del mismo, aspecto último que será explicado en capítulos posteriores.

Independiente del hecho de que el contrato de concesión de obra pública no deba ser considerado como un contrato de arrendamiento en estricto sentido, salta a la luz la importancia que tiene la disposición hecha por el legislador Colombiano en el sentido de entender que un particular que detenta una concesión, es como tal el tenedor de los bienes que se conceden por cuanto permite entender que el derecho Colombiano ha evolucionado para considerar al contratista concesionario como un mero colaborador del Estado, no siendo responsables por las aleas que le asista atender en virtud del mantenimiento del equilibrio económico del contrato y aun a pesar de perder de vista las definiciones legales que se han hecho sobre este tipo de contratos y las

tendencias administrativistas que han permeado el mismo en otras latitudes, las cuales serán analizadas en capítulos posteriores.

En este sentido, habiendo descartado la tenencia de los bienes en favor del contratista concesionario, parece que la única condición disponible que puede ostentar el concesionario es la de posesión empero, dicha condición permitiría en teoría usucapir el bien, contraprestación que encajaría perfectamente en las posibilidades varias que pueden establecer las partes del contrato de concesión en virtud del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Sin embargo, el contrato de concesión no debe ser visto como un mecanismo de privatización sino como un medio que tienen las entidades estatales de cumplir con sus funciones sociales y sus deberes como estado de cumplir con el interés general de la sociedad civil<sup>18</sup>. Por esta razón, al ser un despropósito la posibilidad de usucapir el bien dado en concesión la condición de poseedor no se deriva del contrato de concesión.

Llevando el hilo conductor de esta disertación resulta que el concesionario no tiene título de dominio, ni posee la condición de tenedor simple y tampoco adquiere la posesión.

---

<sup>18</sup> BARRIOS MONTES, Susana y MIER, Patricia. Revista de Derecho Público No 11. concesiones viales. la inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de los andes. *"(...) por determinación legal, es claro, entonces, que la participación del sector privado en la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura de transporte será solamente a título (SIC) de colaborador del Estado en la gestión de su función, cuando sea invitado a celebrar un contrato con el ente respectivo, bien a través de un contrato convencional de obra pública o también bajo la modalidad de concesión"*

Sin perder de vista lo establecido con anterioridad, siendo menester revisar lo dicho por otros autores respecto al derecho de propiedad que ejercen los concesionarios sobre las vías públicas, si la intención de las autoras MONTES, Susana y MIER, Patricia fue la de establecer que el contrato de concesión no permite la transferencia del dominio, pero si la posible tenencia o posesión como medio que tiene el concesionario para ejecutar sus obligaciones y ejercer sus derechos mas no como condición de detentación, debo acogerme a este posición, porque la propiedad plena del bien concesionado es de la entidad Estatal en particular. Pero, estos medios de detentación por si solos no deducen los derechos que puede ejercer el concesionario a través de la explotación del bien otorgado, bien sea que se trate de derechos personales de manera exclusiva, o derechos reales de manera exclusiva igualmente o, derechos tanto personales como reales con las debidas restricciones del caso.

Para resolver esta problemática, resulta pertinente señalar que debido a la naturaleza estatal del contrato de concesión y al deber que posee la entidad de vigilar el negocio, el concesionario asume un rol de colaborador de la entidad que otorga el bien, siendo este un elemento en el que se asemeja al contrato de obra. Siendo así, entonces el contrato de concesión de manera similar al contrato de obra podría ser considerado como un negocio a través del cual la entidad que otorga la concesión delega la administración del bien en manos del concesionario.

Esta conclusión permitiría a su vez deducir la característica de los derechos de explotación que otorga la entidad concedente, los cuales no pueden ser otros

que los derechos de contenido crediticio netamente. Esto porque los derechos que ostenta un administrador de una obra, no provienen del bien objeto del negocio sino del crédito que tiene a favor el contratista una vez cumple con sus obligaciones. Con esta deducción se resuelve la duda postulada al inicio, al determinar que los derechos que detenta un concesionario en virtud del contrato de concesión, son de carácter personal.

No obstante, y sin desconocer la característica de colaborador que le asiste al concesionario, la deducción hecha con anterioridad la revisaremos a continuación ya que en principio, el contrato de concesión no es un contrato de administración delegada.

Al respecto es suficiente con revisar el concepto de administración delegada expuesto en el punto siguiente.

### 1.5.3 Contratos de administración delegada.

Como bien se ha afirmado con anterioridad, el contrato de concesión de obra pública no debe ser tratado como un contrato de administración delegada puesto que a pesar de compartir un objetivo el cual es el de desarrollar un proyecto de infraestructura, posee diferencias sustanciales que es preciso traer a colación de la mano del Consejo de Estado, así:

(...)

*De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados<sup>19</sup>.*

Queda claro que, al ser el contrato de administración delegada un negocio jurídico de orden netamente conmutativo no puede ser asimilado hasta tal punto de compartirle las consecuencias que se generan en virtud de este contrato a la concesión como negocio independiente, en especial en lo que acontece a los derechos de explotación el bien.

En este sentido se pronunció el consejo de estado mediante concepto, al establecer lo siguiente:

*“La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de septiembre de 2010; Referencia 16605.

*construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener en una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas. Ambos son contratos administrativos, regidos por el derecho público<sup>20</sup>.*

En este orden de ideas, los derechos que se derivan de la explotación que se le otorgan al concesionario en atención al contrato de concesión no son necesariamente de carácter personal exclusivamente, por cuanto el contrato de concesión no es uno de aquellos considerados como de colaboración en estricto sentido, por lo que las consecuencias de derechos personales dadas a este tipo de contratos deben ser descartadas por las condiciones de aleatoriedad, así sea precaria, que se predicen del contrato de concesión.

Ahora bien, respecto a la condición de riesgo fijada en el contrato de concesión que deduce un posible elemento de aleatoriedad de tal negocio, es preciso señalar tal como se mencionó al principio de este capítulo, que tal situación es moderada por la aplicación de la teoría del equilibrio económico propia de los contratos estatales. Esta posición es compartida por el Consejo de Estado, de acuerdo con lo siguiente:

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, Concepto del 5 de mayo de 1999 de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado, Radicación No 1190.

*“(…) no excluye las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden a efectuar la correspondiente asignación de riesgos en la etapa precontractual y sin que la anotada particularidad de la concesión pueda entenderse como un área abierta o ilimitada de riesgos que se radican en cabeza del concesionario impidiéndole a este reclamar, frente a cualquier tipo de circunstancias, por la ocurrencia de hechos sobrevivientes, previstos o no, que pudieran afectar la ecuación económica del contrato. La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, entonces, se verá atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual.*

*En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieran causar un mayor costo de construcción<sup>21</sup>”.*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2010, con número de Radicado 1994-00071.

Tomando el anterior punto como refuerzo, y como quiera que el contrato de concesión no se haga asimilable a un contrato de administración delegada, es factible concluir por vía de negación que los derechos de explotación no son exclusivamente de carácter personal o crediticio. Teniendo en cuenta esto que acabamos de mencionar, el paso a seguir es verificar si los derechos que se derivan de la explotación del bien dado en concesión son de carácter netamente real o, si por el contrario existe una mixtura en lo que respecta al derecho de explotación.

Sin perjuicio del anterior planteamiento, la Doctora MONTES, Susana en compañía de la Doctora MIER, Patricia consideran que el contrato de concesión es netamente conmutativo al considerar lo siguiente:

*“La imposición legislativa predicable de la totalidad de los contratos estatales (incluyendo, naturalmente, los de concesión de obra pública), nos lleva forzosamente a definir el contrato estatal, cualquiera que sea su objeto, como un contrato conmutativo, en el que existen prestaciones recíprocas cuyo cumplimiento deberá regirse por el régimen jurídico de los contratos de esta clase (...)”<sup>22</sup>*

No obstante, la definición descriptiva que trae el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 es clara en establecer que el desarrollo y ejecución del proyecto por el cual se concede un bien es a cuenta y riesgo del concesionario lo cual no debe ser aplicado de manera absoluta, so pena de perjudicar la ecuación

---

<sup>22</sup> BARRIOS MONTES, Susana y MIER, Patricia. Revista de Derecho Público No 11. concesiones viales. la inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de los andes.

económica del contrato a favor del concesionario. Por esta razón, es correcto señalar que el contrato de concesión es de carácter aleatorio limitado en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y el equilibrio económico del negocio. Lo anterior no obsta para desconocer que el contrato de concesión comparte características con un contrato de naturaleza conmutativa empero, tal circunstancia no permite asimilarlo de manera irrefutable con el contrato de obra, el cual como ya vimos es un negocio de administración delegada<sup>23</sup>.

Vemos entonces correcto señalar que si el contrato de concesión no es igual en estricto sentido al contrato de obra, por lo menos en lo que respecta a los riesgos que asume el privado colaborador de la entidad estatal, entonces los derechos que se derivan del otorgamiento hecho por el concedente al privado son de carácter real en contraposición a los derechos de crédito que se predicen del contrato de obra.

Empero, al realizar una revisión más exhaustiva de las afirmaciones hechas con anterioridad, dicha deducción no es adecuada en tanto que lleva al absoluto una situación comparativa entre dos contratos al negar que una característica del derecho crediticio presente en el contrato de obra se presenta en el contrato de concesión por ser estos diferentes, por lo menos en el aspecto del riesgo y ventura.

---

<sup>23</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.

“Equilibrio financiero, pero sin eliminación completa del riesgo y ventura. Así dice la sentencia de 20 de octubre de 1987 que la concesión de servicios públicos está dominada por el criterio fundamental de su continuidad, que exige el mantenimiento del equilibrio financiero, pero, añade, “en términos generales, tal doctrina no significa que siempre y en todo caso vaya a existir un seguro de beneficios para el concesionario que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración”.

Lo que sí es verificable de manera positiva es que el contrato de concesión por vía de ser considerado similar al contrato de obra se entienda que el derecho que se desprende de la explotación del bien, sea eminentemente de carácter personal. A pesar de esta aclaración, no se demuestra por medio de tal disertación la existencia de los derechos reales en el contrato de concesión pero tampoco se puede por esa vía equivocadamente negarlos.

#### 1.5.4 Bienes del Gobierno Romano dados a particulares para su aprovechamiento.

Como ya se había mencionado en el numeral 1.4 del presente capítulo, el derecho romano abordó el estudio de una situación parecida a la propuesta en éste estudio, ya que se discutió la existencia de un derecho real de una persona que no era propietaria de un bien.<sup>24</sup>

De acuerdo con lo anterior, es correcto señalar que el estudio del derecho romano propone dos figuras que se asemejan al caso analizado en la presente tesis, siendo la primera el “Jus In Agro Vectigales” y la segunda la “enfiteusis”.

---

<sup>24</sup> ESPITIA GARZON, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Página 365.

“(…)

La cesión del *ager publicus* en arrendamiento perpetuo o de larga duración, que llevó a la jurisprudencia clásica a discutir si se trataba de un arrendamiento o una compraventa y adquirió eficacia real cuando el pretor otorgó una acción real para proteger el derecho, tuvo en esta época un tratamiento dual.

Respecto de la primera, es correcto señalar que se refiere al derecho que se tenía sobre un bien inmueble, específicamente tierras para cultivo, los cuales se entregaban en arriendo a un término indefinido o extenso en el tiempo por parte de personas o por el Gobierno a favor de otras personas, a cambio de una contraprestación o tributo conocido como “vectigali”<sup>25</sup>.

Con la definición antes expuestas no es posible deducir donde radica el problema de entender el derecho sobre el “ager vectigali” como de carácter personal o real por cuanto se trata de un contrato de arrendamiento, negocio eminentemente persona.

Así pues, es preciso señalar que el problema radica en la acción real que tenían los arrendadores sobre el “ager vectigali” por cuanto, tales derechos en teoría solo son predicables de personas que posean un derecho real sobre el bien<sup>26</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es correcto concluir que para el caso anterior era posible hablar de un derecho real derivado de un contrato personal, tal como se propone en la presente tesis, por lo que no es imposible argumentar en ese sentido para el caso de los contrato de concesión de obra pública.

---

<sup>25</sup> URÍA, Jose Maria. Derecho Romano. Volumen Primero.

<sup>26</sup> SAAVEDRA LOZANO, Saul y BUENAVENTURA LALINDE, Eduardo. Derecho Romano Traducciones y Apuntes. Editorial Centro S.A. Tomo Primero. Página 339.

“(…)

El arrendatario de estas tierras no tenía solamente el derecho personal resultante del contrato de arrendamiento, sino un derecho real sobre el fundo, sancionado por una acción real muy parecida a la reivindicación. La situación de este arrendatario es comparable a la del propietario, porque adquiere los frutos a la separación, lo mismo que éste, y no por la percepción como el arrendatario a corto plazo; (…)”

Ahora bien, para el caso de la enfiteusis resulta que su institución es análoga a la tratada con anterioridad por cuanto se refería al derecho de una persona sobre un bien dado en arriendo perpetuo para su aprovechamiento por parte de éste, a cambio de una contraprestación<sup>27</sup>.

Pareciera entonces que la única diferencia entra la institución del “Ius In Agro Vectigali” y la enfiteusis radicara en el hecho de que la primera institución de origen griego se usaba para dar tierras en cultivo, mientras que la segunda se utilizó para dar tierras incultas<sup>28</sup>.

Así pues, resulta pertinente la aproximación a las instituciones del ius in agro vectigali y la enfiteusis para la tesis que se pretende plantear, por cuanto se trata de verdaderas concesiones de bienes inmuebles tal como sucede en el contrato de concesión de obra pública, donde el concesionario de la misma forma que el titular del derecho de enfiteusis o in agro vectigali podía aprovecharse del bien, hasta tal punto de beneficiarse del producto de la tierra o de la vía, tal como sucede para el caso del contrato de concesión.

---

<sup>27</sup> URÍA, Jose Maria. Derecho Romano volumen primero. Página 763.

“(…)

509-Noción de la enfiteusis-Definase la enfiteusis un derecho real perpetuo, en cuya virtud pueda su titular UTI FRUI RE ALIENA-usar, disfrutar la cosa ajena-de la manera más amplia, salvo las dos obligaciones substanciales de conducirse como se conduce en su casa un buen PATER FAMILIAS y de pagar una renta o pensión anual.

<sup>28</sup> SAAVEDRA LOZANO, Saul y BUENAVENTURA LALINDE, Eduardo. Derecho Romano Traducciones y Apuntes. Editorial Centro S.A. Tomo Primero. Página 339.

“(…)

Estas convenciones fueron hechas primero por los Emperadores Romanos como imitación a los Griegos, no ya para las tierras en cultivo, como el IUS IN AGRO VECTIGALI, sino para las tierras incultas y vecinas a las fronteras, con un gravamen muy débil de arrendamiento (canon).

Sin embargo, dichas instituciones se diferencian del contrato de concesión de obra pública en el hecho de que eran perpetuas y por tanto transferibles por sucesión, razón por la que en éste punto el contrato de concesión de obra pública se asemeja más al usufructo<sup>29</sup>

Sin perjuicio de esa diferencia, resulta oportuno para el presente estudio demostrar la existencia de derechos reales sobre bienes dados mediante contratos personales, razón por la que tal situación indica como posible el demostrar la existencia de tanto derechos reales como personales en los contrato de concesión de obra pública.

Teniendo en cuenta todo lo que hasta el momento se ha desarrollado, es pertinente aplazar a capítulos posteriores la definición de los derechos reales en el contrato de concesión debido a que es necesario primero entrar a esbozar porque se le ha dado al contrato de concesión tratamiento de contrato de obra durante las tres primeras generaciones que ha tenido el negocio de concesión en el territorio colombiano, sin perjuicio que se ha demostrado la falta de imprecisión a la hora de establecer el contrato de concesión vial como un contrato netamente conmutativo igual al contrato de obra, negando así de manera tacita cualquier derecho real a favor del concesionario particular. De ésta manera se busca demostrar que la negación de la distribución del riesgo del contrato de concesión de obra vial no se ha dado por la naturaleza del contrato, es decir porque se considerara desde un principio al contrato de concesión

---

<sup>29</sup> URÍA, Jose Maria. Derecho Romano volumen primero. Página 765.

“(…) Por su naturaleza, pues no era un derecho personal, en rigor de términos; y por consiguiente podía, a diferencia del usufructo, ser transmitido a los herederos, y enajenado a título oneroso como gratuito, ora inter vivos, ya mortis causa;”

similar en lo que acontece a la conmutatividad al contrato de obra, sino por las fallas del mercado que presentaba la estructuración de los proyectos, con el fin de reforzar la tesis de aleatoriedad limitada del contrato de concesión y así desconocer la asimilación irrestricta a contratos de obra que hacen algunos tratadistas, negando así cualquier otra clase derecho de carácter real derivado del contrato de concesión.

## CAPITULO II

### EXPERIENCIA DE LAS CONCESIONES FRENTE A COLOMBIA

Habiendo dilucidado los antecedentes del contrato de concesión de obra en Colombia, es necesario abordar el estudio de este contrato a la luz de lo que ha sido la experiencia obtenida a través de la implementación de este tipo de contratos en el territorio colombiano teniendo como base la clasificación que se le ha dado en el país según el espacio de tiempo en el que se han concedido.

Teniendo en cuenta los antecedentes del contrato de concesión mi estudio debe afrontar los aciertos y logros obtenidos con la distribución de los riesgos en las concesiones, para demostrar que dicha distribución se da por la indebida estructuración de proyectos y no por la condición de mero colaborador que se predica del contratista de concesión. Todo esto con el fin de concluir que, el contrato de concesión al ser estructurado de una manera adecuada admite un régimen de responsabilidad similar al que asume una persona con derechos de carácter real, por contar con alea normal de riesgo que se predica desde la esencia del contrato.

En atención a lo anterior, es preciso mencionar que en el país existen concesiones de primera, segunda y tercera generación, las cuales abordaremos punto por punto en este aparte del estudio.

## 2.1 CONCESIONES DE PRIMERA GENERACIÓN

El sistema de concesiones en el territorio colombiano surgió como un medio para mitigar y prestar una solución definitiva frente a la grave situación que presentaba la red vial nacional, siendo insuficiente el ejercicio de las entidades estatales para actuar de manera eficaz en inmediata, frente a los problemas relacionados con la deficiencia de la misma red vial.

Ante tal situación, la solución a este problema se encontraba en el uso de capital privado que permitiera la destinación de los recursos inicialmente dirigidos a la consecución del servicio de la red vial, para luego direccionarlos a otros servicios u objetivos del Estado. Tan así es que, en el texto de políticas de concesión vial se dijo en la página 13 párrafo 2 del documento desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia se determinó lo siguiente:

*De acuerdo con Borda (2005), en Colombia se conjugaron varios factores que permitieron un consenso entre los actores nacionales respecto al uso de la concesión como instrumento para cubrir el déficit de infraestructura vial, mediante el programa de concesiones de primera generación: la necesidad estructural de un sistema de carreteras más eficiente, la necesidad de mejorar el bienestar social en las zonas urbanas y suburbanas de las grandes ciudades y, finalmente, la promoción de la inversión interna y externa en la infraestructura vial nacional gracias al soporte legal e institucional del sistema<sup>30</sup>.*

---

<sup>30</sup> Acosta Olga Lucia, p. r. (2008). *desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia*. Bogotá: recursos naturales e infraestructura cepal naciones unidas

Empero, a pesar de haberse propuesto unos objetivos sensatos frente a la situación real de la infraestructura vial, estos no se lograron debido a los problemas de planeación y estructuración que tenían los procesos de selección, situación que se describe con mayor precisión en el párrafo 3 del documento desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, se mencionó lo siguiente:

*El desarrollo de los proyectos comprendidos en las concesiones de primera generación (DNP, 1999) contuvo algunos problemas en su planeación y estructuración, debido a la carencia de estudios, diseños de ingeniería y análisis de demanda más precisos, conocidos como FASE III. Este hecho además afectó la disponibilidad de los predios necesarios, los cuales no estaban adquiridos y generaron retrasos para el inicio de la construcción. Tampoco se contó con las licencias ambientales ni con los acuerdos necesarios con las comunidades. El recuadro 1 muestra las principales debilidades que presentaron dichas concesiones<sup>31</sup>. (Subrayado fuera de texto).*

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el texto citado proviene de una fuente Estatal, como lo es el Departamento de Planeación Nacional, es correcto afirmar que los proyectos estructurados durante la primera generación de concesiones contenían problemas de estructuración en lo que respecta a los estudios y diseños de FASE III. Ahora bien, el paso a seguir es señalar cuales fueron las consecuencias que se originaron en virtud del inadecuado ejercicio de estructuración de los proyectos.

---

<sup>31</sup> Ibídem.

Ante esta nueva problemática, solo resta presentar un estudio de casos que incluya tres proyectos de concesión de primera generación donde habiéndose presentado problemas con la estructuración de los proyectos que generaron los respectivos contratos de concesión, los tribunales de arbitramento convocados como medio de resolución de conflicto en derecho resolvieron lo siguiente en relación con las ambigüedades que se presentaban en los respectivos proyectos.

En este orden de ideas, presento los siguientes casos:

#### 2.1.1 El Caso Tequendama<sup>32</sup>

En este caso se adelantó un proceso de carácter arbitral, donde se enfrentaron el concesionario CONCAY S.A., como parte Demandante y Reconvénida, y el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, como parte Convocante y Reconvéniente, en virtud del contrato de concesión 049 de 1998 el cual tiene como objeto “(...) los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto denominado “TRONCAL DEL TEQUENDAMA” integrado por los trayectos Chusacá – El Triunfo – Viota – El portillo.

Teniendo en cuenta el punto del objeto del contrato, queda claro que dicha concesión no incluía estudios definitivos o fase III por lo que su acotación en este

---

<sup>32</sup> LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionaria Tequendama, 049-98

capítulo es pertinente para demostrar las consecuencias ocasionadas por los problemas de estructuración.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación la discusión que se presentó entre las partes frente a la definición de banca.

En relación con la discusión que se dio frente a la definición de banca, mientras que CONCAY S.A., “(...) afirmaba que el concepto de banca consignado en los pliegos y el contrato, corresponde a 6.20 metros” por su parte el DEPARTAMENTO consideraba que la dimensión que debía ejecutar el concesionario era de 11.20 metros.

Ante esta discrepancia el tribunal de arbitramento resolvió esta duda, que bien pudo haber sido resuelta si se hubiese hecho un adecuado proceso de estructuración, a favor del Demandante al considerar lo siguiente:

*“En razón de lo anterior, considera el Tribunal que el Departamento de Cundinamarca debe asumir las consecuencias adversas que se derivan de la imprecisión del término “banca” consignado en el literal D de la cláusula primera del contrato 049 de 1998, le cual se remonta a los pliego (SIC) de condiciones, antecedente inmediato del mismo contrato, pues de acuerdo con la secuencia de formación contractual, era el primer obligado a manifestar su intención de manera diáfana.”*

(...)

*Si bien Conca y no indagó con mayor empeño por el verdadero alcance de la expresión “banca” contenida en los pliegos y en el contrato, como correspondía a su deber de lealtad profesional, lo cierto es que, a partir de las preguntas formuladas por sus otros oferentes, concluyó que la intención del Departamento respecto a la variante era la de mantener una vía existente que debía rehabilitarse según la oferta del Concesionario.<sup>33</sup>”*

En este orden de ideas, el tribunal aplicó el indubio pro actione al interpretar el concepto de banca en contra de quien redactó la norma por adolecer esta de ambigüedad, razón por la que la consecuencia lógica de este problemática fue la de dejar de contar con una infraestructura amplia en términos de dimensión, generando así un servicio menos adecuado a las posibles intenciones de la Entidad Estatal.

#### 2.1.2 EL CASO DE PANAMERICANA<sup>34</sup>

Mediante el contrato No OJ-121-97, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA otorgo en concesión a la CONCESIONARIA PANAMERICANA S.A., para que llevara a cabo “los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, el mantenimiento y la operación del proyecto Corredor Vial del Centro de Occidente de Cundinamarca integrado por los trayectos LOS ALPES

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionario Panamericana s.a, oj-121-1997

– VILLETA – CHUGUACAL – CAMBAO, incluyendo los accesos a los municipios de Guayabal de Siquima, Bituima, Viani, y San Juan de Rioseco.

Teniendo en cuenta el punto del objeto del contrato, queda claro que dicha concesión no incluía estudios definitivos o fase III por lo que su acotación en este capítulo es pertinente para demostrar las consecuencias ocasionadas por los problemas de estructuración.

Ante tal enunciado, es adecuado señalar que en el tribunal de arbitramento impuesto por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA como Demandante y Reconvenido, en contra de la CONCESIONARIA PANAMERICA como Convocado y Reconviente, se presentó una discusión en torno a los sitios inestables que se presentan en la vía concesionada.

Respecto de esta problemática, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA consideró que el tribunal debía declarar como obligación del concesionario el diseño, construcción y posterior mantenimiento de las obras que se realicen como estabilización de los sitios inestables que presenta la vía concesionada. Por su parte, el concesionario solicitó que se desestimara la pretensión hecha por la entidad convocante en atención a que la obligación de diseñar, construir y rehabilitar las obras objeto del contrato no se extendía hasta el deber de estabilizar los sitios inestables.

Teniendo en cuenta estos puntos, el tribunal de arbitramento concluyó lo siguiente:

*“En el anterior orden de ideas, el Tribunal arriba a la conclusión de que si el Departamento pretendía reflejar en el Pliego que estaría a cargo del Concesionario la construcción de todas las obras y estructuras necesarias para el tratamiento de los sitios inestables (convencionales o especiales) dicha obligación ha debido quedar expresada con claridad en el Pliego, como sí se expresó en cuanto al alcance de las obligaciones de diseño, que mencionan expresamente que el Concesionario debía identificar los sitios críticos, adelantar los estudios necesarios y presentar soluciones a nivel de diseño para su estabilización, todo ello con el claro propósito de que el Departamento pudiera evaluar la mejor alternativa técnica y económica para su solución o mitigación*

*(...)*

*A este respecto, habiéndose establecido que en el Pliego existe, al menos, un vacío en cuanto al alcance de la expresión “atención de sitios inestables”; el tribunal encuentra que las puntualizaciones plasmadas en la Oferta del Concesionario en relación con este aspecto no constituyen una limitación o condicionamiento al alcance de las obligaciones previstas en el Pliego, sino que han de entenderse como la interpretación que el proponente le dio al Pliego para llenar tal vacío, a efectos de lo cual expresó con claridad en su Oferta que el alcance de la obligación de atención de sitios inestables consistía en la ejecución de las obras y estructuras convencionales que podían llevarse a cabo mediante los ítems contemplados por el Departamento en sus estimaciones de cantidades de obra, y que por el contrario las obras o estructuras especiales de*

*estabilización que requerán de ítems no contemplados, habrían de ser considerados como obras complementarias.<sup>35</sup>*”

Teniendo en cuenta lo que previamente se ha citado es correcto concluir que el pliego de condiciones, documento que en esencia recoge lo que se ha estructurado para la ejecución del proyecto concesionado, adolecía de vaguedad razón por la que al aceptar la entidad la propuesta técnica y económica presentada por el proponente concesionario se acogió a las interpretaciones hechas por este, por lo que la entidad se allanó a tener un servicio menor al deseado en expectativa debido a los problemas de estructuración.

### 2.1.3 EL CASO DE DEVISAB<sup>36</sup>

Por último, el caso nombrado en este subtítulo se refiere al contrato de concesión No 01-96 por medio del cual el concesionario, esto es CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA, se comprometió a desarrollar “los estudios, diseños definitivos, reconstrucción y rehabilitación vial, construcción de intersecciones y puentes peatonales en los pasos urbanos, mantenimiento y operación de la carretera CHÍA-MOSQUERA-GIRARDOT Y RAMAL AL MUNICIPIO DE SOACHA”.

En el presente contrato, las partes decidieron resolver sus conflictos a través de un tribunal de arbitramento donde entre otras cosas se discutió la existencia de

---

<sup>35</sup> *Ibíd*em

<sup>36</sup> LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionario DEVISAB.

la obligación relacionada con el diseño, construcción y rehabilitación de bermas en todo el tramo de la vía concesionada.

Al respecto de esta discusión, la entidad concedente requirió como pretensión al tribunal de arbitramento la declaración de la obligación de diseño, construcción y rehabilitación de bermas sobre todo el trayecto de la vía concesionada a cargo del concesionario. Contrario sensu el concesionario desestimó, y en este sentido se pronunció, la obligación de realizar bermas en todo el tramo de la vía.

Por su parte, el tribunal de arbitramento se pronunció al respecto señalando los siguientes puntos:

*“En el presente evento, resulta evidente que el pliego de condiciones de la licitación público SOP-02-96, elaborado unilateralmente por la parte convocante, y al cual se adhirió la parte convocada en idénticos términos a través de su propuesta económica, documentos que integran el contrato de concesión No. 01 de 1996, no se consignó de forma clara y expresa la obligación de construcción de bermas a cargo del concesionario en el trayecto vial MOSQUERA – LA MESA – ANAPOIMA – APULO – TOCAIMA, no obstante que si lo exigió de tal manera en los restantes tramos viales del proyecto vial concesionado.<sup>37</sup>”*

Dicha falta de precisión de la entidad contratante, la cual tiene su origen, como pudo establecerse, en el pliego de condiciones elaborado por ella, deberá ser interpretada en su contra conforme con las normas referidas en precedencia, lo

---

<sup>37</sup> Ibídem.

cual consulta el principio general de derecho según el cual se deben interpretar restrictivamente aquellas disposiciones que puedan generar erogación patrimonial en contra de algunas de las partes de una relación jurídica, más aún cuando en el presente caso deben aplicarse principios inherentes a la contratación administrativa a los que se ha hecho referencia en este Laudo.”

Teniendo en cuenta este estudio de caso relacionado exclusivamente con concesiones de primera generación, es correcto afirmar primero, que este tipo de concesiones adolecían de problemas de estructuración al delegar en el contratista concesionario el desarrollo de la ingeniería a fase III sin contar con unos mecanismos claros que determinaran las obligaciones por realizar, razón por la que el concesionario termino definiendo el alcance de sus obligaciones y; segundo, dichos problemas de estructuración generaron la morigeración del riesgo trasladado al concesionario dado que la condición de alea impuesta normativamente en virtud del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 no puede superar el equilibrio económico del contrato.

Sin perjuicio a lo que en tribunales de arbitramento se logró solucionar, las entidades estatales con el consentimiento de los particulares concesionarios llevaron a cabo contratos adicionales al primigenio de concesión a través de los cuales se le dio alcance adicional al contrato inicial, a fin de completar dichos contratos en términos de alcances en obra, en tiempo y derechos y obligaciones. Frente a este aspecto es correcto señalar que en virtud de lo establecido en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993<sup>38</sup>, el mecanismo comercial de la

---

<sup>38</sup>LEY 80 DE 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

adición al contrato inicial es legal y adecuado para todo tipo de contrato estatal, incluyendo el contrato de concesión. Empero, al tener límites razonables las adiciones a efectuar los alcances que por este medio se ejecuten no sirve para adecuar todo el contrato adicional a lo que originalmente era la intención de la entidad.

No obstante, los límites impuestos a las posibles adiciones que se adelanten en los contratos estatales, el legislador por medio de la ley 1150 de 2007 en especial en su artículo 28 se lleva a cabo una modificación al límite señalado, en el siguiente sentido:

*ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial<sup>39</sup>.*

---

Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal.

(...)

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

<sup>39</sup> Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Es más, adicional a este cambio normativo se le suma el traído por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, el cual elimino el requisito de procedibilidad que exigía la consulta previa y posterior aprobación del CONPES respecto de la adición señalada en el artículo mencionado con anterioridad.

Sin embargo, dicha solución no ha evitado que las problemas generados por conflictos contractuales terminen en tribunales arbitrales, en los cuales se ha entendido que la clausulas vagas se interpretan en contra de quien las fija tal como se señaló en los casos anteriormente traídos a colación.

Como vimos, los problemas técnicos enmarcados dentro de la falta de planeación de la entidad que determinaba las reglas del contrato de concesión, en la primera generación, ocasionaron que los riesgos asumidos por los concesionarios fueran descargados hacia las entidades estatales al establecer obligaciones imprecisas, generando así una morigeración del riesgo al asumir las entidades concedentes las consecuencias de prestar un servicio que no coincidía con la intención inicial de la entidad.

Así pues, los problemas de interpretación generados por los vacíos o ambigüedades, de las concesiones de primera generación, conllevan a que en caso de conflicto se prime los derechos del concesionario frente a las obligaciones a ejecutar a favor de su contraparte, todo bajo la teoría de que el concesionario de obra asume sus obligaciones de manera conmutativa y no aleatoria limitada, asimilándolo por esta vía equivocada a un contratista de obra.

## 2.2 CONCESIONES DE SEGUNDA GENERACIÓN

Ante los problemas acaecidos en las concesiones de primera generación se buscó llevar a cabo estudios de factibilidad que estructuran de manera completa el proceso de selección y posterior ejecución del contrato de concesión por parte del concesionario.

De igual manera, se propuso implementar un nuevo régimen de riesgos, trasladándoles así al concesionario el riesgo de construcción y el riesgo comercial, y también se introdujo el concepto de plazo variable el cual implicaba la modificación al tiempo real de la concesión, atado al ingreso real esperado.

Sin embargo, tal como se describe en el documento desarrollo vial e impacto fiscal, la política de incentivo para la asunción de riesgos en la etapa de ejecución del contrato, propuesta en los procesos de selección, terminó convirtiéndose en un sistema inadecuado al no representar de mejor manera el interés de la entidad, el cual es la prestación del servicio adecuado, ocasionando entre otras cosas, la caducidad del contrato en el caso de COMMSA al haberse incumplido el contrato por los riesgos que inadecuadamente se asumieron por parte del contratista concesionario, claro esto como ejemplo.

Debido a las deficiencias que presentaba las concesiones de primer orden en lo que respecta a problemas de estructuración de los procesos y adecuación de las reglas contractuales, las concesiones de segunda generación no iniciaron con

mucha fuerza, en parte por la negativa del sector financiero de arriesgarse a capitalizar proyectos de infraestructura adjudicados por concesión. Así lo entiende la doctrinante Borda al considerar como punto débil de las concesiones de segunda generación “(...) *la relativa resistencia del sector financiero a apoyar las nuevas concesiones, en parte debido a los problemas de diseño de los proyectos de primera generación, lo que se sumó al deterioro de la situación económica a partir de 1997 y de la crisis del sector financiero*<sup>40</sup>.

Ante esta situación las entidades encargadas de concesionar la infraestructura vial optaron por realizar una mejor distribución de los riesgos contractuales llevando a cabo procesos de selección mejor estructurados con reglas contractuales completas y claras, razón por la que no se presentaron muchas concesiones de segunda generación en el territorio nacional.

### 2.3 CONCESIONES DE TERCERA GENERACIÓN

Respecto de las concesiones de tercera generación debemos decir que las entidades decidieron corregir los errores de estructuración cometidos en las otras concesiones, al establecer tanto cláusulas contractuales claras y expresas así como una asignación de riesgos equitativa, tal como se establece en el primer párrafo de la página 19 del documento Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, así:

---

<sup>40</sup> BORDA, m. I. (2005). *concesiones viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia*. Bogotá: universidad javeriana.

*Varias son las ventajas y fortalezas que los expertos identifican en las concesiones de tercera generación: avance en los modelos contractuales y herramientas de análisis y gestión; amplia regulación de la relación contractual; definición y asignación técnica de riesgos y garantías; estimación de tráfico con modelos de economía espacial; y análisis de contingencias (modelación probabilísticas). Como ejemplo de estos avances, los expertos resaltan la concesión de los corredores Bogotá-Girardot y Pereira-La Victoria (tramo del proyecto Pereira-La Paila), asignados en 2004<sup>41</sup> (Olga Lucía Acosta p. r., desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2008).*

No obstante, a pesar de haber establecido estructuras contractuales fuertes, la realidad es que diferentes contratos de concesión fueron modificados por las especificaciones técnicas del mismo. Tan así es que, en el segundo párrafo de la página 19 del documento Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, se señaló lo siguiente:

*A la vez, como debilidades de este grupo de concesiones, diferentes analistas (Hidalgo, 2004; Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005), han hecho presente las múltiples reclamaciones aún no resueltas y las constantes modificaciones en los contratos. De igual manera, se ha puesto de relieve una aplicación inconsistente de las políticas formuladas, la reducción del alcance físico por motivos estrictamente financiero, la incertidumbre en los efectos de discontinuidad de los corredores sobre la carga de larga distancia y la revalidación del concepto de*

---

<sup>41</sup> ACOSTA, Olga Lucía p. r., desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2008.

*desarrollo gradual, que genera presiones financieras eventualmente innecesarias en el corto plazo<sup>42</sup> .*

En estas concesiones el ejercicio de las entidades se encontraba enfocado en realizar una adecuación de riesgos parecida a la presentada en las concesiones de segunda generación con ciertas particularidades que marcaban la diferencia al establecer criterios de adecuación gradual, de las obligaciones a cargo del concesionario frente a las etapas del contrato.

De esta manera se establecieron obligaciones según la demanda de tráfico y adecuación de predios en diferentes momentos, en virtud de que es más adecuado iniciar la construcción de ciertas partes de la vía concesionada frente a otros sectores.

De esta forma el estudio realizado por ACOSTA, BALBONTIN y SILVA señaló lo siguiente: (...) *Con respecto a la asignación de riesgos, ésta no difiere sustancialmente de la observada en la segunda generación. Sin embargo, en las concesiones de tercera generación se acometió la evaluación y estructuración de proyectos de un modo que permitiese una evolución dinámica de las obras, teniendo en cuenta parámetros de nivel de servicio y operación. Para ello se encomendó a entidades de la banca de inversión y firmas de consultoría la ejecución de estudios socioeconómicos. Igualmente se introdujo el criterio de gradualidad, es decir, la ejecución de la inversión según el comportamiento de la demanda de tráfico, evitando el lucro cesante que genera el exceso de capacidad*

---

<sup>42</sup> *Ibíd*em

*de vía. Por esta razón, algunos expertos (v. gr. BENAVIDES, 2008) clasifican los seis proyectos adjudicados en 2006 y 2007 como de “cuarta generación”<sup>43</sup>.*

En concordancia con lo anterior, el ejercicio de empalme entre los estudios previos y los diseños definitivos deben estar supervisados teniendo en cuenta la etapa de construcción a realizar y la operación posterior a estas. Es por esto que el éxito del ejercicio de aplicación de reglas contractuales claras en las concesiones de tercera generación aun aguarda su prueba definitiva, la cual solo será tomada una vez se inicie la etapa de construcción y posterior operación, siempre y cuando se cuente con un ejercicio adecuado de empalme y supervisión como ya se ha mencionado.

Así concluyen los autores ACOSTA, BALBONTIN y SILVA al señalar lo mencionado a continuación:

(...)

*En definitiva, el análisis de los proyectos de lasas (sic) tres generaciones de contratos permitió apreciar una notoria evolución del esquema de asignación de riesgos, observándose que el concesionario ha ido asumiendo progresivamente una gran parte de los riesgos del negocio en la medida que ha desarrollado una mayor capacidad para enfrentarlos. Adicionalmente, se han ajustado las variables que hacían más onerosas las concesiones, manteniéndose un nivel de riesgo aceptable por parte del Estado. A pesar de esto, los proyectos de la última generación no han superado completamente los problemas, en particular por la carencia de información que dificulta definir de manera más precisa los objetos*

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*

*de los contratos y una más clara asignación de los riesgos. No obstante los cambios normativos dispuestos, se carece de precisión y claridad. Asimismo (sic), los cambios institucionales tampoco han propiciado una mejor gestión y una alta especialidad técnica, debido a la debilidad institucional de los organismos responsables<sup>44</sup>.*

De esta manera, es factible concluir que existe una falla en lo que se refiere a la información de los proyectos a desarrollar, en la medida que los estudios y diseños no se encuentran a nivel de detalle y se delega al concesionario llevarlos a este nivel con las consecuencias de que existan diferencias entre lo que se debe hacer y lo que se podría hacer con el valor global de la obra concesionada.

De igual manera, los cambios legislativos presentan equívocos cuando se lleva a cabo un ejercicio de comparación frente a otras normas que regulan la materia, como es el caso de las adiciones en los contratos de concesión, en la medida que la ley 1150 de 2007 estableció un límite al objeto a adicionar al señalar que solo será factible cuando dicha adición se refiera al mismo sistema vial, mientras que la ley 105 de 1993 para el mismo aspecto establece que la adición solo es factible en la medida que el objeto a adicionar se refiera al mismo corredor vial. Así mismo, destacan los autores que los cambios institucionales no han sido los más adecuados para el manejo de las concesiones como tal, en tanto que los institutos de concesión no poseen una alta especialidad técnica.

---

<sup>44</sup> *Ibíd*em

De todo lo establecido con anterioridad deben rescatarse tres puntos a saber, el primero que las concesiones de primera generación adolecían de problemas de estructuración; segundo, que como consecuencia de la indebida estructuración se generaron ambigüedades en torno a los obligaciones que debía ejecutar el concesionario; tercero, que tales ambigüedades a su vez ocasionaron el establecimiento de laudos arbitrales donde la conclusión, para los tres casos presentados, fue la de primar la interpretación hecha por el concesionario despojándolo del riesgo asumido por ser anormal en las condiciones de ambigüedad en las que fijo y; cuarto, que el carácter de riesgo y ventura del contrato de concesión fue morigerado por los problemas técnicos que se presentaron en ocasión de la estructuración deficiente de los proyectos de concesión.

Entendido esto entonces, la morigeración del riesgo que asume el contratista de concesión se da no solamente por la aplicación del equilibrio económico del contrato sino también por los fallas del mercado generados por la falta de información, que para estos casos se consagró en la estructuración deficiente de los proyectos de concesión.

En este orden de ideas, los concesionarios deben asumir unas condiciones aleatorias siempre y cuando estén tengan unos límites basados en el equilibrio del contrato como tal y, los riesgos acaecidos por la ejecución del contrato sean claramente definibles desde la estructuración del proyecto. Vemos entonces que el carácter de colaborador del estado que le asiste al contratista concesionario nada tiene que ver en la adecuación del riesgo máxime si se atiende a la

disertación hecha en el primer capítulo, donde se dejó claro que el contrato de concesión no es igual al contrato de obra, por lo que los riesgos que deba asumir el contratista de obra no son exactamente iguales a los que asume el contratista de concesión, en ocasión de la naturaleza de administración delegada que se presume del primero y no así del segundo.

De esta manera, y volviendo a las soluciones que presenté en el primer capítulo respecto a la naturaleza del derechos que se predica de la explotación otorgada al concesionario, denotamos que la categoría de colaborador predicable del contrato de concesión no enmarca correctamente el establecimiento de los riesgos que debe asumir un concesionario particular, por lo que no es correcto encuadrar el contrato de concesión de obra vial dentro de tal categoría o elemento del contrato. Más bien resulta que el contrato de concesión ha encontrado su morigeración al riesgo ventura por el equilibrio financiero que debe primar en los contratos suscritos con el Estado y las fallas de mercado que determinan la existencia del factor que desequilibra la economía del contrato de concesión. De acuerdo con lo anterior, queda demostrado que adecuación del contrato de concesión al contrato de obra es incorrecta, por lo menos en el aspecto de riesgo ventura, por lo que alegar la inexistencia de derechos reales en el primero de contrato es impreciso desde el punto de vista técnico.

Es por esto que, por la vía de negación el contrato de concesión de obra vial puede contemplar la existencia de la derivación o traslación de derechos de contenido real a favor del contratista de concesión de obra vial.

### CAPITULO III

#### EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE USO Y GOCE DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIALES

La ley 105 de 1993 en su artículo 19 establece lo siguiente: “corresponde a la nación y a las entidades territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente ley”<sup>45</sup> (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el texto anteriormente citado es completamente claro y no existe lugar a dudas al respecto, de que la titularidad de la propiedad de aquellos bienes que son objeto de construcción o rehabilitación en lo que acontece a los proyectos referentes a infraestructura vial, se encuentra en cabeza del Estado Nación. Razón por la cual, argumentar acerca de la propiedad que tienen los particulares concesionarios de las vías en el territorio Colombiano resulta ser un estudio estéril, como ya previamente se ha mencionado.

Así pues, es correcto afirmar que la obligación de desarrollar la infraestructura vial se encuentra en cabeza del Estado, toda vez que es este el titular de los bienes que conforman una vía como tal. De esta manera, lo concluye MONTES Susana y MIER BARRIOS Patricia, las cuales señalan que *“en concordancia con el mandato del artículo 19 transcrito, el artículo 20 del mismo estatuto, radicó la responsabilidad por la planeación e identificación de prioridades en cuanto se*

---

<sup>45</sup> LEY 105 DE 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 41.158 de 30 de diciembre de 1993.

*refiere con la infraestructura del transporte, a cargo del Ministerio de Transporte y las demás entidades que a nivel territorial les corresponde ejecutar la infraestructura del transporte<sup>46</sup>.*

Empero la titularidad que tiene el Estado Colombiano sobre las vías terrestres no obsta para considerar de forma absoluta que los particulares concesionarios de una vía no se hacen propietarios de los productos que genera el fruto que resulta de explotar un bien del estado, o bienes de carácter inmaterial como es el caso del “knowhow”, siendo estos considerados dentro del ámbito de propiedad privada de aquellos prestadores.

En éste orden de ideas y para efecto de ser más precisos, lo que propongo es considerar la contraprestación del particular que presta un servicio a través del desarrollo de un contrato estatal, de concesión vial para ser más precisos, como un derecho que posee características iguales a las que provienen del derecho de propiedad, por cuanto dicho derecho es de carácter exclusivo del Concesionario, puede ser objeto de restricción a través de la administración del patrimonio autónomo y es un derecho adquirido cuando se aseguran riesgos como el ingreso mínimo esperado de tráfico usuario de la vía concesionada<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> BARRIOS MONTES, Susana y MIER, Patricia. Revista de Derecho Público No 11. concesiones viales. la inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de los andes.

<sup>47</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. La concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

“(…)

FERNANDEZ DE VELAZCO, negando como niega la naturaleza negocial de la concesión afronta con claridad el núcleo del problema principal que la concesión presenta:

(…)

La proposición antes expuesta, adquiere su validez como argumento del cual se desprende la verificación afirmativa de mi tesis cuando se pone en discusión las características de la contraprestación de un contrato de concesión vial. De esta manera es adecuado traer a colación, lo establecido en el párrafo tercero del artículo 30 de la ley 105 de 1993<sup>48</sup>, la cual a su tenor literal establece:

*“Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.”*

Tomando el punto anterior, es preciso establecer el siguiente orden de las características de la contraprestación del contrato de concesión, así:

1. El particular concesionario es el titular de los ingresos que produzca la vía.
2. Dicha titularidad ira hasta el punto de tiempo en el que se retorne el capital invertido

---

En ese acto el objeto perseguido por los sujetos que en él intervienen es el mismo: la ejecución de la obra, el funcionamiento del servicio, o ambas cosas; pero el fin es distinto: con el fin para la administración es satisfacer una necesidad general; el fin para el concesionario, es conseguir un lucro.”

<sup>48</sup> LEY 105 DE 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 41.158 de 30 de diciembre de 1993.

3. El Estado será el titular de los ingresos de la concesión vial, una vez se culmine el tiempo en el que fue concesionada la vía, habiendo el particular obtenido el capital invertido.

De acuerdo con lo anterior, los ingresos que produzca la vía en concesión son de propiedad del particular concesionario, a pesar de que no es el propietario de la vía como ya quedo previamente demostrado. Siendo claro lo anterior, el particular concesionario incluso puede de acuerdo con la ley 105 de 1993 traspasar o en estricto sentido “titularizar” el derecho que tiene de recibir unos ingresos por los servicios que presta a nombre del Estado. Así lo establece el artículo 31 de la ley 105 de 1993<sup>49</sup>, el cual señala lo siguiente:

***“Artículo 31.- Titularización y Crédito para concesionarios. Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo la responsabilidad contractual.”***

Es cierto que los derechos personales pueden ser objeto de titularización mediante la suscripción de contratos o la elevación de una obligación a un título valor sin embargo, los derechos reales también son objeto de titularización mediante contratos o la constitución de restricciones al derecho de dominio, así sea precario.

---

<sup>49</sup> Ibídem

Es así como la contraprestación que recibe un particular concesionario de vía bien puede ser nombrada como el goce que adquiere por hacerse cargo de un proyecto vial o simplemente su mantenimiento, en tanto que la única diferencia que puede saltar a la luz entre un aspecto definido dentro de los derechos personales, frente a los derechos reales, es el hecho de que la contraprestación es el término utilizado para describir lo que espera alguien a cambio por realizar o no una actividad, mientras que el goce se describe como lo que espera alguien por ser titular de algo, así como un particular es el dueño de un contrato estatal.

De acuerdo con lo anterior, la contraprestación es como tal el goce que recibe el particular concesionario. Igual conclusión puede predicarse de la contraprestación esperada por la prestación del servicio, la cual debe ser considerada, en principio, como el derecho de goce del bien concesionado sin perder de vista las limitaciones a la propiedad que se predicán de esta clase de productos, los cuales son propios de la función social, que entre otras cosas vale la pena señalar que dicha imposición resulta ser impuesta a toda clase de propiedad en el territorio colombiano.

A esta altura de la disertación es necesario señalar que la diferenciación de entidades públicas frente a entidades particulares, presentada en el ámbito de transformación del Estado Social de Derecho no es útil en la medida que dicha distinción no cambia ni modifica la categorización de los derechos en cabeza del prestador del servicio, bien sea que dicha actividad haya sido expropiada a favor del particular o, siendo este un mero encargado del desarrollo de tal actividad se expropie en favor de otro ente estatal. Esto es cierto dado que, la titularización

de la contraprestación por la prestación del servicio sigue estando en cabeza del particular, independientemente de la condición que se predique de éste.

Esto nos lleva a pensar que existe una doble condición del servicio público prestado por un particular concesionario de una vía en los casos en que la prestación sea llevada a cabo por un particular, en vista que por el lado de la obligación a prestar, se considera indiscutiblemente que el cumplimiento de esta lleva consigo características esenciales del derecho público, mientras que si nos encontramos del lado de la contraprestación la situación cambia en la medida que esta predica la existencia del derecho privado de disponer de las ganancias producto de la prestación del servicio.

RUIZ OJEDA en su obra “La concesión de la obra pública”, definió el aspecto de la doble condición de los intereses de la entidad y el particular al establecer el siguiente análisis:

*“Encaramos aquí un problema que ha sido el origen de quebraderos de cabeza también para los iusprivatistas y que, por desgracia se ha intentado resolver en el Derecho público por el mismo camino, esto es, el definido por la bilateralidad y sinalagmaticidad contractuales. Un resumen excelente de los intentados de desenredo de la aporía puede verse en GARCÍA-PITES LASTRES, en su exposición sobre las cláusulas de hardship (literalmente, cláusulas de dureza o de dificultad) o de renegociación, propias de contratos de tracto sucesivo, en los que pueden concurrir eventos desequilibrantes que lleven a atenuar la santidad del contrato, expresada en el principio de pacta sunt servanda, mediante la*

*cláusula implícita rebus sic stantibus (762). Aunque sólo sea por una vez, los iusprivatistas han bebido en nuestras mismas fuentes y han terminado cayendo en los brazos de la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, sentada por el conseil d'Etat en el arret Gaz Bordeaux, de 30 de marzo de 1916; BAIDENES GASSET lo hizo, en este mismo sentido y con resultados similares, hace ya algunos años (763). La cláusula de hardship o de renegociación confiere, en efecto, a una de las partes el derecho de plantear la modificación del contrato cuando se materializa una circunstancia lesiva que es en consecuencia de un riesgo no asumido de manera explícita por la parte perjudicada, y que se estima costosa y traumática. Bendito sinalagma, que nos libra de la indeseable aleatoriedad y, con ella, de la eficiente gestión del riesgo y de la creatividad que procura (764).*

*En la concesión, como contrato de Derecho Público, la idea de reciprocidad, como la de negocio, aparece y desaparece; se acude al negocio para unas cosas y no para otras, hay un intercambio, una reversibilidad entre lo normativo y lo voluntario.<sup>50</sup>*

Es por eso que es correcto afirmar que el contrato de concesión de obra vial tiene una doble cara de la misma moneda, bien sea prestación del servicio o contraprestación del mismo, existen condiciones y medidas que permiten afirmar la existencia aplicada del derecho público y privado tanto de un lado como para el otro, razón por la que la doble condición del derecho en este tipo de contratos da lugar al nacimiento del contrato estatal como criterio regulador de las obligaciones y derechos de las partes, el cual da aplicación a doctrinas de

---

<sup>50</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. Las concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

carácter público que consultan la posición real del derecho privado con el fin de evitar la arbitrariedad por parte del titular del derecho, que para este caso es el Estado. Empero, dicha adecuación deja en manos de la regulación del contrato la aplicación del derecho condicionada a la parte que lo alega, es decir que si es el Estado el que discute un punto, tendrá una interpretación en torno al contrato el cual buscare evitar una afectación del servicio público a costas del usuario, aun a pesar de que esto afecte el derecho del particular que explota el bien.

Por otra parte, la contraprestación que recibe el particular que desarrolla una actividad de servicio público mediante la concesión de una vía no posee la misma condición que si se encontrase elaborando una actividad netamente privada, al observar la aplicación de medidas de reducción e incluso eliminación del riesgo hasta el punto de asegurar la no pérdida o la utilidad por la prestación del servicio, situación que variaría si la aplicación fuese estrictamente privada.

A groso modo, estos elementos varían el establecimiento del derecho aplicable a la prestación de servicios públicos lo cual incluye el desarrollo de infraestructura vial, incluso bajo cualquier modalidad aun sea por el contrato de concesión de obra vial, dependiendo de la adecuación que se haya realizado del contrato estatal.

Empero, no es este el objetivo principal del presente trabajo dado que no es importante la distinción que existe entre el derecho privado y el derecho público a la hora de explicar o plasmar los usos y efectos del servicio público dentro de un contrato de concesión, cuando este es prestado por los particulares.

Así pues, es mi deber recordar que el objetivo de este trabajo es señalar que en el desarrollo del contrato de concesión de obra vial se encuentran aplicaciones propias del derecho privado, que algunos autores niegan al reducir la discusión al elemento de la titularidad del bien, lo cual no niega el hecho de que existan elementos predicables del derecho de propiedad privada, sin que exista la transferencia formal como tal de la propiedad, claro está que bajo otro escenario sería necesario evaluar todas las modalidades de transferencia de la propiedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario analizar las condiciones del contrato de concesión de obra pública desde la perspectiva de los tres derechos que definen la propiedad privada, sin perjuicio de que los derechos que le asistan a los concesionarios particulares sean o no clasificados o no de otra forma<sup>51</sup>, por tratarse de los objetivos generales de mi tesis.

---

<sup>51</sup> URUETA ROJAS, Juan. El contrato de concesión de obras públicas. Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición.

“(…)

Desde el punto de vista de los derechos del contratista, éstos pueden ser clasificados en tres categorías. Un primer grupo incluye los derechos esenciales del contrato de concesión, los cuales son básicamente dos: por una parte, se encuentra el derecho a explotar la obra pública; de otra parte, se halla el derecho a percibir la remuneración pactada en el contrato, durante el término de duración de la concesión.

En un segundo conjunto es posible reunir dos derechos genéricos de carácter administrativo, que nacen a la vida jurídica del hecho de ser concesionario un colaborador en el desarrollo de una función pública. En primer lugar se encuentra el derecho de usar los bienes de dominio público para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra. En segundo lugar, se encuentra el derecho a recibir los bienes obtenidos por medio de expropiación forzosa. Aunque parecen obvios los derechos antes mencionados, muchas veces las obras sufren retrasos considerables por la entrega tardía de terrenos o predios objeto de expropiación, motivo por el cual es importante mencionar explícitamente este derecho del contratista particular.

Dentro de un tercer grupo es necesario hacer mención a los derechos de índole económica, en donde debe incluirse el derecho al mantenimiento del equilibrio económico, el derecho a la titularización de los derechos de crédito. Finalmente, por fuera de los grupos antes mencionados se encuentra el derecho del concesionario para subcontratar.

### 3.1 EL DERECHO DE USO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL

El derecho de uso es definido por la legislación, doctrina y jurisprudencia como la facultad que tiene el sujeto del determinado negocio jurídico de poder realizar actividades sobre y acerca de la masa objeto de tal negocio, las cuales pueden estar completamente regladas o sujetas únicamente a la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, mencionamos en un pasaje aparte que el hecho de encontrarse las actividades relacionadas con el derecho de uso de manera reglada no indica que estemos frente a un contrato del cual emane exclusivamente enunciados jurídicos de carácter público, puesto que estaríamos negando la existencia y aplicación de contratos de adhesión los cuales se presentan igualmente en negocios jurídicos netamente privados.

De igual manera, es correcto señalar que la autonomía de la voluntad privada se presenta tanto en derecho privado como en derecho público siendo limitada en los dos escenarios por fines sociales que en principio evitan el desbordamiento del uso de los derechos derivados de tal autonomía. Además es claro que para el caso de los contratos estatales el artículo 13 de la ley 80 de 1993<sup>52</sup>, establece que la legislación aplicable para este tipo de negocios es el derecho privado, salvo normas específicas reguladas en la misma ley.

---

<sup>52</sup>LEY 80 DE 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Por otra parte, en lo que acontece al contrato de concesión de infraestructura de obra vial tenemos que el uso que se le da a la cosa objeto del contrato difiere según la etapa del contrato en la que nos encontremos, así pues el derecho de uso en la etapa de preconstrucción, tiempo en el que se lleva a cabo la elaboración de diseños, consecución de licencias y permisos ambientales y adecuación y adquisición de predios, es nula cuando el contratista concesionario de la vía no tiene el derecho de operar la vía desde el momento en el que se le entrega para su explotación. El caso contrario se presentó en el contrato de concesión No (ruta del sol tramo 2), donde el concesionario fue facultado para usar la vía desde el momento en el que se le hizo entrega, razón por la que se encuentra facultado para instalar las estaciones de peaje pre aprobadas, aun a pesar de que no ha iniciado la reparación y construcción de la nueva calzada.

Por otra parte, en relación con la etapa de construcción tenemos que a menos que el contratista reciba contraprestaciones directas, las cuales nos permitirían afirmar la existencia de una especie derecho de uso en la medida que la utilización de la cosa quedaría en manos del contratista, sin perjuicio de las prerrogativas que tenga la entidad sobre esta, no sería dable pensar en dicha atribución porque la ganancia sería a futuro y no inmediata a menos que se considere que no existe mediación o inmediatez en el tiempo respecto de la mencionada utilidad para así poder hablar del derecho de uso. De igual manera a como le presenté anteriormente, en el caso del contrato No 001 de 2010 celebrado entre el INCO (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y el Concesionaria Ruta del Sol SAS<sup>53</sup> el contratista concesionario se encuentra

---

<sup>53</sup>CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL, del tramo II del proyecto ruta del sol.

aplicando plenamente su derecho de uso, toda vez que se le ha dado la libertad de utilizar la vía desde el momento mismo de la entrega del bien como tal.

Por último, respecto de la etapa operativa, tenemos que es en este momento en el que se presente con mayor fuerza las características propias que definen el derecho de uso, en la medida que se da cierta exclusividad del poder de uso sobre la cosa objeto del contrato dado que se pretende asegurar la contraprestación prometida al contratista por el desarrollo de la obra, que bien puede implicar en vías nuevas como doble calzadas o el mejoramiento y adecuación de las existentes.

De tal forma, es el único capaz de recibir las utilidades, a menos que se establezca una partida de la cual participara la entidad estatal, por tanto no le es dado al estado ni a ninguna persona natural o jurídica llevar a cabo prácticas que afecten el desarrollo de tal derecho, a menos que se presente algún tipo de indemnización por parte de la entidad o persona que limita el derecho tal como se presente en el derecho privado para las expropiaciones que se realizan en virtud de la imposición del interés general, lo cual conlleva necesariamente a la correspondiente indemnización por parte de la estado en vista que el particular no debe soportar un peso o carga pública superior al que soporta el resto de los administrados.

Por otra parte, adelantándome a lo que algunos tratadistas podrían afirmar respecto de lo planteado siendo clara suposición de señalar la inexistencia del derecho de uso en los contratos de concesión de obra, considero lo siguiente:

no se podría afirmar que el derecho de uso no se presenta en los contratos de concesión de obra, en la medida que el contratista encargado de desarrollar la obra a pesar de tener limitada su contraprestación, esto es su posibilidad de obtener utilidades por la labor prestada, dado que solo puede obtener los reductos de la utilidad esperada en aquellos campos señalados por la entidad, no difiere esto de un contrato de adhesión en el que la autonomía de la voluntad privada se ve circunscrita a la opción de dar consentimiento para la realización del contrato.

Tampoco podría afirmarse que no existe el derecho de uso en el contrato de concesión de obra, dado que existe una finalidad social que cumplirse a través del desarrollo de la obra que fue objeto del contrato en vista a que dicha finalidad, por lo menos en abstracto, es deducible de cualquier actividad privada dadas las imposiciones que llevan a cumplir funciones de carácter social.

Así mismo no es dable pensar que el derecho de uso no es aplicable a contratos de concesión de obra vial teniendo en cuenta que es un contrato de carácter público, puesto que ya ha quedado demostrado que existen características de los negocios jurídicos aplicables tanto a actividades netamente públicas como privadas.

Tan claro es el derecho de uso que tiene los particulares concesionarios de una vía que tienen el derecho de usar de manera exclusiva todos los bienes que hacen parte de tal vía, sin que deban permitir su uso de cualquier persona sin que paguen por su uso, salvo algunas excepciones, debiendo los miembros del

Estado tener que pagar para poder usar la vía concesionado a pesar de ser el Estado el propietario de la vía.

Todo lo anterior, permite establecer sin error alguno que los particulares dueños de un contrato de concesión vial son los usuarios exclusivos de tales bienes, siendo necesario pagar un peaje o canon para que el concesionario permita su uso como tal.

### 3.2 EL DERECHO DE GOCE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL

El derecho de goce no necesariamente es consecuencia del derecho de uso sin embargo, se encuentran intrínsecamente ligados. Así pues tenemos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina definen el derecho de goce como la capacidad de aprovecharse de la cosa objeto del negocio jurídico, lo cual significa que podrá obtener productos como primero, las utilidades producto del contrato así como los beneficios adicionales que trae consigo la excelente prestación del servicio por el cual fue contratada, como por ejemplo el “goodwill” o buen nombre certificado, incluso por la entidad, por el servicio prestado a satisfacción; y segundo, la experiencia en el desarrollo de las actividades determinadas las cuales servirán como valor agregado del determinado prestador del servicio, en la medida que garantiza la actividad llevada a cabo con el fin de ser tenido en cuenta en otros contratos que impliquen el adelanto de actividades iguales o similares a las ya desarrolladas. Ahora bien, es necesario establecer los

aspectos bajo los cuales se presenta el derecho de goce en las etapas del contrato de concesión de obra vial.

Tal como ya se mencionó para el caso del derecho de uso, en el presente punto definiré en qué etapas del contrato estatal se prevé la aplicación del derecho de goce.

Respecto de la etapa de preconstrucción, considero que no existe ninguna clase de aplicación del derecho de goce en la medida que solo se da una mera expectativa de desarrollo de la obra, tanto para el participante o los participantes del proceso de selección del contratista celebrado por la entidad como para la entidad. En este momento contractual no hay manera de predicar el derecho de goce, puesto que desde todo punto de vista no se ha dado inicio al momento por el cual emana necesariamente los derechos productos del contrato que se consagre. Sin embargo, y como ya quedó señalado en el punto del derecho de uso, existen casos como el del contrato No 001 de 2010<sup>54</sup>, donde se le ha permitido al contratista concesionario el inicio de la operación de la vía preexistente al contrato como tal, razón que deduce de manera cierta la existencia del derecho de uso toda vez que el concesionario se encuentra facultado para dar uso libremente a la vía, dentro de los parámetros del contrato y de la función social de la propiedad.

Por su parte, en la etapa de construcción podríamos decir que los ejemplos dados con anterioridad reflejan la aplicación del derecho de goce en los contrato

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*

de concesión de obra vial dado que es en esta etapa en la que se inicia la constitución y afianzamiento de la experiencia y el buen nombre los cuales se reflejan directamente en el valor agregado del contratista.

Por último, en la etapa operativa, si seguimos la misma línea de los ejemplos planteados es claro que el derecho de goce se presenta en dicha etapa del contrato con una mayor intensidad dado que es el momento en el que mejor se puede dar uso de este derecho, claro está siempre y cuando este haya sido finalizado coherentemente y de acuerdo a las especificaciones del contrato y las disposiciones de ley.

Por otra parte, realizando el mismo ejercicio de adelantarme a lo que pueden pensar otros doctrinantes respecto de esta posición, considero que no es dable pensar que no existe tal aplicación del derecho de goce en los contratos de concesión de obra, en tanto que este se refiere a la capacidad de recibir ganancias producto del uso de la cosa sobre la cual se establece el objeto del mencionado contrato, en vista a que es la entidad la encargada de entregar en concesión una obra de infraestructura vial para que el contratista desarrolle el proyecto, sobre el cual solo intervendrá la entidad para verificar el correcto desenvolvimiento del mismo de ahí que, durante el desarrollo de dicho proyecto solo el contratista está facultado para utilizar las instalaciones de la obra, razón que en realidad deviene en el goce de las actividades desarrolladas como lo es por ejemplo el valor agregado que pueda obtener por la experiencia aplicada y el buen nombre.

Por último, como ya se mencionó, alegar la naturaleza del contrato de concesión de infraestructura de obra vial para negar la existencia del derecho de goce no encuentra asidero jurídico, en vista a que existen puntos homogéneos que acercan negocios jurídicos del orden público al derecho privado y de igual forma del orden privado al derecho público.

Desde este punto observamos que el derecho privado es influenciado fuertemente por tendencias que llevan a afirmar la responsabilidad social en el desarrollo de actividades privadas, así como límites a la voluntad privada no solo por el mantenimiento del orden público sino también por la imposición de intereses generales sobre el privado. Así mismo, en caso de que se presenten límites al desarrollo de la obra o imposición de cargas mayores a las ya establecidas inicialmente, es obligación de la entidad reformar el contrato con el fin de asegurar la utilidad esperada por parte del contratista, lo cual no dista de las razones por las que se decide indemnizar a un particular por la imposición de un interés general ya que no está obligado a soportarlo.

De acuerdo con lo anterior, es correcto afirmar que el particular concesionario goza del bien dado en concesión de manera exclusiva, por cuanto solo él puede recepcionar los ingresos que genere el uso tarifado de la vía hasta el momento de obtener lo esperado al momento de contratar con el Estado tal concesión. En este orden de ideas, sin perjuicio de lo que pueda quedar establecido en un contrato, es el particular el titular del goce esperado de un bien que no le pertenece.

### 3.3 EL DERECHO DE DISPOSICIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE OBRA VIAL

El derecho de disposición por su parte es definido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como la atribución que tiene el titular de este derecho de poder transferir los derechos de uso, goce y dominio en cabeza de otro sin que para ello sea necesario llevar a cabo la entrega de la cosa objeto de la transferencia, razón por lo que no es necesario un cambio de tenedor de la misma. En el contrato de concesión de infraestructura de obra vial tenemos que la legislación corta la posibilidad que existe de transferir la propiedad del espacio en el cual se desarrollara el proyecto objeto de la concesión, razón por la que en principio se observa una limitación concreta al derecho de disposición de la concesión de infraestructura vial lo cual no significa que esta sea absoluta como ya se demostrara.

La disposición como derecho no se circunscribe únicamente a la posibilidad que tiene una determinada persona o entidad para transmitir la propiedad que radica en cabeza de ella, puesto que este derecho no gira únicamente en torno a la propiedad privada de dominio al existir otras formas de disponer de una cosa determinada, esto es sin que necesariamente se transfiera el dominio.

Lo anterior se ve reflejado, en la disposición que se pueda hacer sobre el derecho de uso de una cosa, el cual se plantea clásicamente en el contrato de usufructo donde no existe como tal transferencia del dominio, pero si existe disposición acerca de dos de los derechos de la propiedad privada como ya se mencionó.

Así pues, considero que la entidad que lleva a cabo un proceso de selección para la adjudicación de la concesión de un proyecto de infraestructura vial está disponiendo de su capacidad para ejecutar este tipo de proyectos, transfiriéndole los derechos de uso y goce al contratista bajo ciertos lineamientos que lleven al desarrollo de la obra, donde los intereses generales o comunes de la sociedad priman sobre los intereses del particular que ejecuta el contrato.

Lo dicho obsta para pensar que los límites al uso y goce de la cosa objeto del contrato de concesión desdibujan la figura propia de estos derechos clásicos, en la medida que estas atribuciones se someten a las disposiciones de la entidad de acuerdo con las especificaciones del proyecto y al interés general, razón por la que la posibilidad que tiene para ejercer plenamente sus derechos se ve reducida al mínimo.

Sin embargo, si tomamos un contrato netamente privado encontramos que siendo un tipo determinado de negocio conmutativo la bilateralidad vista desde una de las partes puede ser reducida al mero consentimiento de celebrar el contrato, por lo que la oportunidad de usar y gozar una cosa puede ser coartada a solo ciertos puntos y bajo unas condiciones, como lo es el caso de las fiducias mercantiles en las que se puede fijar cláusulas para obtener los beneficios que trae consigo dicho negocio. Por otra parte, respecto de la imposición de intereses denominados como generales, tenemos que todos los negocios jurídicos responden a imperativos de orden moral y social del cual no escapa la propiedad privada.

Entre estos imperativos se encuentran responsabilidades del orden social impuestas a la propiedad, las cuales ubican los derechos que se deriven de esta condición dentro de un campo en el cual no le es dado llevar a cabo prácticas o actividades que entorpezcan el desarrollo de la sociedad por ser, entre otras cosas, injustas, inequitativas o inmorales.

A su vez, es sabido que la sociedad civil jerarquiza los intereses siendo completamente coherente con el establecimiento de derecho optar por imponer una serie de medidas a un particular por el bien de la comunidad, sin que esto signifique que dicho particular se le sustraiga su derecho de ser indemnizado por la carga adicional que ha sido impuesta por la sociedad.

Retomando el tema de la facultad de disponer la cosa objeto del contrato de concesión de obra vial, queda claro que la entidad dispone del desarrollo de la obra otorgándole la ejecución de tal proyecto a un particular, para el presente caso, transfiriéndole así los derechos de uso y goce como ya quedo establecido sin embargo, no es claro si el contratista pueda a su vez disponer de estos derechos que le han sido entregados por parte de la entidad, de tal forma que se encuentre bajo la posibilidad de transferirlos a otro particular.

Considero que la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa en la medida que la legislación referente a la contratación estatal permite la posibilidad que se dé la cesión, como regla general, de un contrato siempre y cuando se cuente con la previa autorización de la entidad que celebró el mencionado contrato.

De acuerdo con lo anterior, es dable pensar que el contrato de concesión de infraestructura vial puede ser cedido siempre y cuando la parte que es cedida este de acuerdo con dicha cesión, lo cual no se diferencia de ciertas modalidades contractuales de derecho privado en las que para efectos de oponibilidad la parte cedida debe estar de acuerdo con la cesión, lo cual desvirtuaría cualquier crítica que se haga respecto de la posibilidad de disponer el objeto del contrato de concesión de infraestructura vial.

Así pues, realizando una recapitulación de los últimos tres puntos necesariamente debemos concluir que del contrato de concesión de infraestructura vial emanan los tres atributos de la propiedad privada, de forma tal como se presentan en el derecho privado empero, de lo anterior no se deduce el hecho de que se de transferencia de dominio de la cosa sobre la cual se desarrolla el objeto del proyecto de infraestructura, en vista de que la ley no señala disposición alguna acerca de la propiedad de la nación objeto del contrato de concesión y donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete hacerlo.

En este aparte estoy de acuerdo con otros doctrinantes que afirman la inexistencia de la transferencia de la propiedad pública, entendida como la facultad de ser sujeto de derechos y obligaciones sobre la cosa de dominio, pero solo en lo que cubre el aspecto de la disposición absoluta dentro de los límites fijadas a esta por el orden jurídico preestablecido dado que, solo es posible disponer los derechos de uso y goce bajo el previo consentimiento de la entidad.

Sin embargo, si la premisa fundamental es negar la existencia de la propiedad en la medida de que existen límites a los derechos que se derivan de estas, incluyendo esencialmente al derecho de disponer, entonces estaríamos negando la existencia de la propiedad en negocios jurídicos de corte privado en los que también se encuentran límites al uso de los derechos ya mencionados, lo cual no sucede.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los derechos de uso y goce en un contrato de concesión vial se presentan en virtud del derecho de contraprestación del particular y son inclusive transferibles mediante la figura del contrato de concesión, a pesar de que el termino de contraprestación es usado para hablar de obligaciones emanadas de derechos personales y no reales que en todo caso no desvirtúa la verdad absoluta de que a través del contrato de concesión no existe la transferencia del dominio de la vía, ni de los bienes que hacen parte de ella; afirmación que como vimos no contradice la existencia de otra clase de derechos reales, siendo éste el caso del usufructo que se toma como punto a tratar en el capítulo siguiente.

CAPITULO IV  
EXISTENCIA DE DERECHO REAL PRECARIO EN LAS CONCESIONES  
VIALES

Es sabido por todos que en nuestra tradición continental del derecho, que el patrimonio se conforma por los derechos que tiene una persona, los cuales son tasables en dinero. Estos derechos pueden ser considerados como de carácter real o personal según el origen del bien o de la cosa a prestar<sup>55</sup>.

Para efectos de claridad es correcto señalar que el derecho personal es un acto, que puede ser negativo o afirmativo, por medio del cual se ejecuta o no una acción que genera una contraprestación. Mientras que por el contrario, el derecho real es definido por el Dr. ternera (la realidad de los derechos reales) como un “verdadero haz de poderes directos y autónomos de distinta índole sobre un bien corporal o incorporeal. Tales poderes son, principalmente, uso, goce, disposición” los cuales incluyen “los vínculos de derecho-obligación que pueden existir respecto de personas específicas<sup>56</sup>”.

---

<sup>55</sup> LOPEZ RAMON, Fernando. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.

“(…)

Tras éste pequeño recorrido por regulaciones específicas de concesiones de obra pública, parece ha de llegarse a la conclusión de que tales concesiones tienen grandes puntos de contacto con las concesiones demaniales. La concesión de obra pública semeja una concesión de dominio público individualizada por el objeto esencial de la construcción de una obra pública; objeto que, sin embargo, habida cuenta de la naturaleza contractual del negocio, justificará el acudir a la regulación del contrato de obra pública para solucionar los problemas de régimen jurídico que se planteen.”

<sup>56</sup> TERNERA, f. (2011). *la realidad de los derechos reales*. Bogotá: universidad del rosario.

Ahora bien, las características que diferencian y acercan tanto a los derechos reales como los derechos personales se obtienen de comparar la aplicación de un derecho y otro sobre un bien como tal, en tanto que un derecho personal puede provenir por el uso de un bien de propiedad de otra persona, así como un derecho real siendo éste el caso de los contratos de arrendamiento por ejemplo, o por otro lado un derecho real puede ser consecuencia de un derecho crediticio, como por ejemplo la adjudicación de un contrato estatal.

Sin perjuicio de la notable diferenciación que se ha descrito frente al derecho real y el derecho personal, no sobra señalar que el hecho de que el Estado sea participe como titular de uno de estos derechos, no significa que el derecho personal o real adquiera una connotación distinta a la que se presente en el derecho privado, siendo la única diferencia el título de carácter general, por cuanto para el caso del Estado el título es la ley, mientras que para los particulares el título puede ser el contrato, por regla general.

Es en este orden de ideas, se hace necesario destacar la existencia de la teoría de “los derechos reales administrativos”, por medio de la cual es posible establecer la titularización de tales derechos en favor del concesionario particular, por lo menos mediante la transferencia de estos. De acuerdo con lo anterior, a continuación hablaremos de la teoría de los derechos reales administrativos para luego enmarcarla dentro de los derechos reales en el contrato de concesión de obra vial.

#### 4.1 LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

Para todos los conocedores del derecho, es una verdad indiscutible el hecho de que en la tradición del derecho continental existe una clase de derechos que se predicen directamente sobre un bien, por lo que el derecho nace por la condición que tiene una persona sobre un bien en sí, al contrario de un derecho personal que se predica sobre el pacto que nace de dos personas que se obligan a hacer o dejar de hacer algo en estricto sentido. Lo anterior no obsta sin embargo, para pensar que un derecho real no puede provenir de un derecho personal o viceversa, tal como lo mencione al inicio del presente estudio.

Empero, lo que poco se ha verificado en Colombia es la existencia de derechos reales administrativos y menos aun lo que implica tales derechos cuando son trasladados a entidades distintas del Estado como tal, razón por la cual es preciso establecer que se ha entendido por derecho real a efectos de determinar si en Colombia se presenta en la práctica dicha teoría.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta preciso traer a colación lo dicho por VERGARA Blanco Alejandro en la “teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauriou...”, así:

“(…)

*La teoría de los derechos reales administrativos ofrece la siguiente respuesta:*

*Se trata de derechos reales (pues ejercen sobre una cosa), de naturaleza administrativa (pues se hallan regulados por principios de derecho administrativo).*

*(...) consideramos perfectamente aplicable en derecho administrativo esta categoría de los derechos reales, pero con una diferencia muy acusada a su realidad frente al derecho privado: el derecho real administrativo, al estar regido por el derecho administrativo se disciplinará por un régimen de derecho administrativo y sus principios regulará, o, por lo menos limitarán, todo lo atinente a estos derechos reales administrativo (112), afirmación esta que nos servirá, además, para argumentar nuestras respuestas a las siguientes interrogantes.<sup>57</sup>*

En atención a lo anterior, queda claro la existencia de los derechos reales administrativas se presentan como un aspecto sobre el cual una entidad estatal detenta un derecho sobre un bien en particular, bajo unas condiciones propias del derecho de administrativo siendo el título que posee el Estado la ley, mientras que para los particulares el título es el contrato, con lo cual se constata lo dicho al inicio del presente capítulo.

No obstante lo anterior, respecto del hecho que las entidades del Estado detentan derechos reales, lo cual es plenamente verificable de hechos como la existencia de servidumbres legales<sup>58</sup>, es necesario ahora verificar si existen

---

<sup>57</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. La teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauoriou, su lento reconocimiento y actual consagración como genus y nomen iuris. Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou. Editorial Universidad Externado de Colombia.

<sup>58</sup> Código Civil Colombiano. Sancionado el 26 de mayo de 1873  
(...)

derechos reales sobre los contratos de concesión de obra vial, aspecto que será revisado en el siguiente punto.

#### 4.2 LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL

Los contratos de concesión de obra vial por definición legal en Colombia implican la entrega por parte de la entidad de la potestad de hacer una obra, de tenerla y usufructuarla, a favor del concesionario particular, por ello no resulta ilógico pensar en la posibilidad de la transferencia temporal y precaria del derecho real que tiene la entidad estatal sobre unas vías en favor de antedicho concesionario.

Tanto así es que, en el derecho Español no es nueva la figura de la transferencia del derecho real por parte del Estado en favor del particular tal como lo describe LOPEZ RAMON en su estudio acerca de “las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, el cual a su tenor literal establece:

*“En todo caso, la concesión demanial crea una potestad del concesionario sobre su objeto; potestad que, como certera y tempranamente puso de relieve Alcalá-Zamora, reúne los caracteres de derecho real. Tesis que, aun combatida (SIC) por algunos autores, luce en los artículo 334.10 del Código Civil del Reglamento*

---

**ARTICULO 897. CLASES DE SERVIDUMBRES LEGALES.** Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales, relativas al uso público, son:

El uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote.

Y las demás determinadas por las leyes respectivas.

*Hipotecario. Más recientemente, ha sido mantenida por González Pérez, quien señala que al concesionario se le reconoce un poder inmediato sobre un objeto, que por ello queda vinculado al propio concesionario (tal es el concepto de derecho real que proporciona De Castro). (43)*

(...)

*La concesión demanial, en cuanto título de un derecho real administrativo, es susceptible de tráfico jurídico-privado. Tráfico que, en principio, parece enteramente libre, según dispone el artículo 103 de la Ley de Obras Públicas, salvo la obligación de dar cuenta de la enajenación o transferencia a la Administración y salvo, claro está, los supuestos en que la legislación especial exige autorización administrativa (por ejemplo, art. 97 de la Ley de Minas).<sup>59</sup>*

Destaco especialmente lo anterior como la existencia del derecho real en la concesiones de obra vial, sin perjuicio de que el autor anteriormente citado haga específica referencia a los concesiones demaniales, las cuales se alejan de la definición de las concesiones de obra. Sin embargo, no se desconoce el hecho de que el autor reconoce que las concesiones de obra pública se acercan a la definición de concesiones demaniales en cuanto se refieren a su objeto, es decir a su bien transferido, esto es la vía como tal<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> LOPEZ RAMON, Fernando. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

(...)

Tras éste pequeño recorrido por regulaciones específicas de concesiones de obra pública, parece ha de llegarse a la conclusión de que tales concesiones tienen grandes puntos de contacto con las concesiones demaniales. La concesión de obra pública semeja una concesión de dominio público individualizada por el objeto esencial de la construcción de una obra pública; objeto que, sin embargo, habida cuenta de la naturaleza contractual del negocio, justificará el acudir a la regulación del contrato de obra pública para solucionar los problemas de régimen jurídico que se planteen.”

#### 4.3 TRADICIÓN DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL.

Como quiera que para efectos de este estudio importa demostrar cómo se presenta de manera efectiva los derechos reales en los contratos de concesión, debemos considerar cual es el modo tradicional como medio de adquisición de los derecho de propiedad precario o limitado sobre los bienes que constituyen una vía estatal, así como el título del cual se predica la propiedad precaria.

En este punto, es preciso aclarar que los modos tradicionales de adquirir un derecho real son los que establece de manera adecuada el Dr. Ternera, siendo estos la tradición, la sucesión mortis causa, la ocupación, la accesión y la usucapión<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de ello, tomaremos un modo de tradición adicional a los ya antes descritos dentro de estos modos de transferir la propiedad, aunque esta sea de carácter precario, siendo éste la adjudicación como un modo de carácter sui generis, tal como lo describe el Dr. ternera:

“El estado puede desprenderse del dominio sobre un bien fiscal (hablamos de los fiscales adjudicables como los baldíos), adjudicándolo a un particular”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> TERNERA, f. (2011). *la realidad de los derechos reales*. Bogotá: universidad del rosario.

<sup>62</sup> *Ibídem*.

Sin embargo, para efectos del presente estudio debe aclararse que la adjudicación de una concesión vial no se conforma por bienes baldíos por lo que debe hacerse las presentes aclaraciones del caso, en tanto que las vías del estado son bienes de uso común cuyo único propietario es el Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario traer a colación lo que se entiende por acto de adjudicación así:

“la adjudicación es el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se le acepta, individualizando la persona del cocontratante. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órdenes competentes y dirigidos a la celebración del contrato.

*(...) es una etapa previa al contrato. No es el contrato sino un acto administrativo precontractual que declara la propuesta aceptable y por el cual el licitante se obliga a efectuar los actos integradores del procedimiento y formalización contractual (...).*

*El acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento:*

*a) Derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado.*

*b) Deber correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario que se traduce en el impedimento de contratar el objeto licitado con cualquier otro que no sea él.*

*c) Mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones.*

*d) Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por desistimiento del licitante antes de la perfección del contrato o su rescisión ulterior por culpa de este.*

*e) Derecho de los oferentes no adjudicatarios de retirar los documentos presentados y al reintegro de garantías<sup>63</sup>”.*

Como quiera que el acto de adjudicación no contempla en si el derecho real precario por cuanto es un modo de transferir dicho derecho, es correcto señalar que el título de este modo es el contrato que se produce como consecuencia de este acto, transfiriendo por este medio el derecho de usar y gozar los bienes que conformar la concesión.

De esta forma queda por descontado que la concesión de obra vial no implica la constitución de derechos reales precarios, en tanto que la adjudicación representa un verdadero modo por medio del cual se constituyen los derechos de uso y goce en el contrato, el cual para todos los efectos es el título, el cual es de carácter sui generis.

---

<sup>63</sup> DROMI, j. r. (1985). *la licitación pública*. astrea.

Sin embargo, como vimos anteriormente no es factible predicar derechos de uso, goce y disposición sobre un derecho personal, máxime cuando existe un modo que delimita la transferencia del derecho real como es el caso de la concesión de obra vial.

De igual manera, al tratarse de la transferencia de derechos precarios es correcto señalar que lo que se transfiere es la posibilidad de usar y gozar la vía por medio del contrato de concesión constituido mediante adjudicación de proceso de selección respectiva.

De acuerdo con lo anterior, es preciso concluir que las concesiones son mecanismos por medio de los cuales el Estado, o la entidad que se trate, puede asociarse con un privado para que este se encargue de desarrollar un proyecto vial que sirva para prestar un servicio público adecuado al usuario de la vía, y como contraprestación a esta el estado le transfiere al particular su derecho de usar y gozar las vías terrestres que conforman la concesión, los cuales se enmarcan en el contrato.

Sin embargo, el derecho que se transfiere no es como tal la propiedad de la vía, sino el usufructo de la misma, tal como fue descrito brevemente en el capítulo pasado, por lo que es correcto señalar que el concesionario es el verdadero usufructuario de las vías que conforman la concesión pudiendo incluso, ceder este derecho cuando la entidad nuda propietaria de las vías así lo estime, o incluso enajenando su patrimonio como concesionario o siendo despojado de su

derecho, al cumplirse las condiciones de resolución del contrato o por la caducidad instaurada por el nudo propietario al no cumplir con las condiciones establecidas en el título sui generis del contrato estatal.

Ahora bien, dado que he afirmado que las concesiones de obra vial implican directamente un derecho real limitado sobre los bienes objeto de la concesión, denominado usufructo, es necesario entrar a describir las razones del porqué de esta afirmación de la siguiente forma:

#### 4.4 DE LA NOCIÓN DE USUFRUCTO

Este derecho de carácter real es considerado como limitado en la medida que implica la desmembración del derecho real de propiedad en dos a parte a saber de la siguiente forma:

- Nudo propietario. Esta persona sobre la que recae el derecho real, es la propietaria del bien objeto del usufructo sin embargo, de esta solamente se predica el derecho de disposición siendo este, uno de los tres derechos que hacen parte del precitado haz de derechos reales.
- Usufructuario. Es esta persona sobre la cual recae los derechos de uso, goce y disposición del producto de estos derechos respecto de la cosa dada en usufructo, la cual debe ser objeto de derecho real.

#### 4.5 DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO PRIVADO Y EL PROPUESTO DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL

Lo anterior no obsta para pensar que el usufructuario no detenta el derecho de disposición en términos generales, puesto que específicamente es titular del derecho de disponer de su propio derecho como usufructuario, sin que esto implique el desmembramiento del derecho como tal. Éste punto es mejor explicado por el Doctor Ternera así: *En cuanto a la transferencia, anotamos que el usufructuario puede ceder su derecho, transferirlo de su patrimonio a otro patrimonio, siempre que no haya sido prohibida esta facultad por el constituyente en el título de constitución*<sup>64</sup>.

De esta manera tenemos un punto de comparación importante respecto de la posibilidad de ceder un contrato estatal que se plantea en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, en donde el Estado permite la cesión de un determinado contrato estatal siempre y cuando este sea autorizado previamente por el mismo. Empero, dicha cesión debe ser matizada ya que el usufructo en el derecho privado establece que el usufructuario cedente no queda liberado de la responsabilidad que le acaecía respecto del nudo propietario, tal como lo establece el Doctor Ternera así: *El antiguo usufructuario es, pues, una especie de garante frente al nudo propietario de las obligaciones asumidas por el nuevo usufructuario*<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> TERNERA, f. (2011). *bienes*. Bogotá: universidad del rosario.

<sup>65</sup> *Ibíd.*

De esta forma, es preciso destacar que el modelo de usufructo que propongo dentro del contrato estatal de concesión vial, se diferencia en este aspecto al que se presente en el derecho privado, a menos que por disposición de las partes se acuerde disposición en contrario, con lo cual en dicho caso no existiría diferencia alguna entre la cesión del usufructo y la cesión del contrato de concesión.

Es por eso que, las diferencias que presenten estos puntos de comparación no son razonablemente suficientes para negar las características que acercan el contrato de concesión al usufructo.

En concordancia con lo anterior, de manera adicional es importante señalar otras posibles diferencias que existen entre el contrato de concesión y el usufructo a efectos de establecer si existe un punto de comparación igualitario entre el derecho real y el contrato en cuestión:

- De los gastos extraordinarios en relación con el Usufructo. De igual manera a como sucede en derecho contractual estatal, los riesgos que atentan contra el negocio o la cosa objeto del mismo son divididos entre las partes en el derecho privado, sin embargo en este último se establece que el usufructuario deberá cancelar los intereses legales que generen los dineros invertidos por el nudo propietario en virtud de los riesgos extraordinarios, tal como lo establece el artículo 856 del Código Civil Colombiano<sup>66</sup>. Esta situación no se presenta en el contrato de concesión

---

<sup>66</sup> Código Civil Colombiano.

ARTICULO 856. <EXPENSAS POR OBRAS O REFACCIONES MAYORES DE CONSERVACION>. Las obras o refacciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

de obra vial, en la medida que se asume desde un principio que el contratista concesionario no debe asumir aquello sobre lo que no recae su responsabilidad, como es el caso de los riesgos extraordinarios.

- De la prescripción del derecho de usufructo. Respecto de este punto permitido en el derecho privado a través de lo señalado en el artículo 825 del Código Civil Colombiano<sup>67</sup>, debo decir que el derecho de usufructo que he planteado en el contrato de concesión estatal no es objeto de prescripción, puesto que la posibilidad de explotar el bien es otorgado exclusivamente por el estado al ser el nudo propietario de los bienes objeto de concesión lo cual se da a través de la adjudicación, siendo presentada como el modo, que terminara en el contrato estatal,
- De la consolidación del derecho de propiedad privada con el usufructo. De igual manera a lo explicado en el punto anterior, el Código Civil Colombiano en su artículo 865<sup>68</sup> da el pie para que en el derecho privado

---

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria. Si el propietario rehusa (SIC) o retarda el desempeño de estas cargas podrá el usufructuario, para libertar la cosa fructuaria y conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés.

<sup>67</sup> Ibídem

ARTICULO 825. <MODOS DE CONSTITUCION>. El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:

1o.) Por la ley, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes del hijo.

2o.) Por testamento.

3o.) Por donación, venta u otro acto entre vivos.

4o.) Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

<sup>68</sup> Ibídem.

ARTICULO 865. <OTRAS CAUSALES DE EXTINCION DEL USUFRUCTO>. El usufructo se extingue también:

Por la muerte natural del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación.

Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución.

Por consolidación del usufructo con la propiedad.

Por prescripción.

Por la renuncia del usufructuario.

se hable de una terminación del derecho de usufructo, al convertirse el usufructuario en el nudo propietario de la misma cosa sin embargo, no sucede igual en lo que respecta al contrato estatal de concesión dado que no es posible que un privado adquiera la propiedad de un bien que pertenece al estado, excepto en los casos de bienes fiscales como señala en capítulo anterior.

## 5.6 SIMILITUDES RESPECTO DEL USUFRUCTO PRIVADO Y EL PROPUESTO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL

A parte a que ha quedado demostrado la existencia de derechos de uso y goce en relación con el contrato concesión de obra vial, de acuerdo con el estudio comparativo hecho con el usufructo privado he notado otras similitudes que vale la pena señalar así:

- Límites del usufructo. En este punto actualmente nace una similitud entre el usufructo privado y la propuesta en el contrato de concesión vial, en virtud de la ley de asociaciones privadas-públicas en la medida que en el artículo 829 del Código Civil Colombiano<sup>69</sup> se establece que una persona jurídica no puede ser usufructuario de una cosa por más de 30 años.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*

ARTICULO 829. <DURACION DEL USUFRUCTO>. El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario.

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario.

El usufructo, constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

- Transferencia del usufructo. Como vimos anteriormente, el derecho de usufructuar o explotar, para el caso del contrato de concesión de obra vial, es susceptible de ser transferido mediando la cesión del contrato o de la misma enajenación del derecho de explotar, situación que se presenta en la venta accionaria de una concesión de obra vial tal como sucedió con el contrato de concesión de obra vial denominado panamericana.

De los puntos anteriores es correcto recordar que si bien es cierto que el particular concesionario de una vía Estatal no es ni será el propietario, bajo el derecho de dominio de las vías dadas en concesión, también es correcto concluir que el particular concesionario de una vía bien puede ser tratado como un verdadero usufructuario sui generis en tanto que la contraprestación deriva derechos de uso y goce exclusivo del particular sobre un bien tal como sucede en usufructo de carácter civil, sin perjuicio de que en estricto sentido no puedan ser considerados como usufructuarios enmarcados dentro de las reglas dadas en el derecho privado para este tipo de negocios.

No obstante lo anterior, vale la pena establecer cuáles son los derechos de orden real que más se han utilizados en los contratos de concesión de obra vial de otras latitudes, con el fin de establecer cuáles son las razones por las cuales en nuestro país no se ha puesto en práctica la aplicación de tales derechos en los contratos objeto del estudio de la presente tesis.

## CAPITULO QUINTO

### DERECHOS REALES EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA DE OTRAS LATITUDES

El presente análisis busca establecer una utilidad en la práctica de la tesis aquí expuesta, por lo que es preciso empezar por revisar la aplicación de los derechos reales administrativos en los contratos de concesión de obra vial en España, para luego verificar el caso de Chile. Finalmente se verificará cual o cuales son los argumentos que impiden la aplicación de tales derechos en Colombia.

#### 5.1 EL CASO DE ESPAÑA

Para el caso español basta con verificar la ley 13 de 2003, del Estado Español, contempla la Hipoteca como derecho del concesionario particular de obra pública, bajo unas condiciones específicas propias del derecho administrativo, tal como se mencionaba con anterioridad.

Es así como el artículo 255 de tal norma establece lo siguiente:

*“Artículo 255. Objeto de la hipoteca de la concesión.*

- 1. Las concesiones de obras públicas con los bienes y derecho que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.*

*No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras pública en garantía de deudas que no guarden relación con las concesiones correspondientes.*

- 2. Las solicitudes referentes a las autorizaciones administrativas previstas en éste artículo y en el siguiente se resolverán por el órgano competente en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas sino resuelve y notifica en ese plazo<sup>70</sup>.”*

Respecto a lo anterior, es claro que la concesión de obra pública por definición legal contempla posibilidad de que se hipoteque como tal no solo el abstracto jurídico que se refiere al contrato como tal, sino también a los bienes que hacen parte de ella, sin importar que la titularidad de los bienes no recaea sobre el concesionario particular, por cuanto no se tratar de una concesión demanial en sentido estricto, donde si existe una transferencia del derecho de dominio sobre un bien en sentido estricto.

Sin importar dicha situación, de la titularidad del bien, el legislador Español contemplo la posibilidad de que el concesionario particular hipoteque los bienes que le pertenecen al Nación bajo el cumplimiento de una serie de requisitos contemplados en la ley, haciendo de ésta manera precario el derecho de hipoteca administrativo frente al privado, por lo menos en lo que se refiere a la ley en estudio.

---

<sup>70</sup> LEY 13 DE 2003. “reguladora del contrato de concesión de obras pública”. Publicado en BOE núm. 124 de 24 de Mayo de 2003. Legislación Española.

Tal disposición normativa sin embargo, no es novedosa por cuanto recoge lo establecido en el artículo 103 de la ley de obras públicas del Estado Español tal como fue descrito por LOPEZ RAMON, de acuerdo con lo siguiente:

“La concesión demanial, en cuanto título de un derecho real administrativo, es susceptible de tráfico jurídico-privado. Tráfico que, en principio, parece enteramente libre, según dispone el artículo 103 de la Ley de Obras Públicas, salvo la obligación de dar cuenta de la enajenación o transferencia a la Administración y salvo, claro está, los supuestos en que la legislación especial exige autorización administrativa (por ejemplo, art. 97 de la Ley de Minas)<sup>71</sup>”.

Sin perjuicio de ello, lo anterior no limita la importancia de que a través de ley se regule la posibilidad que tiene un particular de hipotecar un bien que es del Estado, con lo cual claramente estamos frente a la transferencia de un derecho real administrativo a manos de un particular por medio del contrato de concesión de obra pública.

## 5.2 EL CASO CHILENO

Como figura especial del derecho real administrativo en Chile, surge la prenda industrial<sup>72</sup> como contrato atípico, el cual se caracteriza por permitir al

---

<sup>71</sup> LOPEZ RAMON, Fernando. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.

<sup>72</sup> LIZANA, d. m. (2002). *Políticas de concesión vial análisis de las experiencias de chile, colombia y peru*. Santiago de Chile: ilpes cepal

concesionario dar en prenda el contrato concesión, los ingresos esperados y cualquier pago ofrecido por la autoridad chilena. En estos casos se prohíbe la terminación del contrato cuando se presente quiebra por parte del concesionario de obra, dejando la opción a los acreedores de subastar el contrato o seguir ejecutándolo. Este evento requerirá del consentimiento expreso de la autoridad chilena.

De acuerdo con lo anterior en Chile se presente la posibilidad de que los contratos de concesión de obra vial puedan ser objeto de prenda, lo que implica la afectación del derecho de crédito sobre el bien contemplado como el contrato de concesión en sí y no sobre los bienes, sin perjuicio de que tal aspecto no haga relación un derecho real de carácter administrativo tal como ha sido establecido con anterioridad.

### 5.3 ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO-FALTA DE DERECHOS REALES EN LOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA VIAL.

Como vimos, para el caso Español es claro que la razón por la cual se contempla la posibilidad de que se presente el derecho real de hipoteca, para hablar solo de éste caso, es que tal disposición es permitida por norma que así lo avalar haciendo caso al antiguo aforismo parafraseado que establece el deber del Estado hacer solo aquello que se encuentra reglado, mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido.

Un aspecto que refuerza esta teoría es el hecho de que ninguna de las normas que regulan el contrato de concesión de obra vial (ley 80 de 1993-ley 105 de 1993- ley 1508 de 2012), establecen como derecho del concesionario particular la posibilidad de hipotecar los bienes que le pertenecen al Estado, tal como si se encuentra descrito en la ley 13 de 2003 del Estado Español.

Es por esto que al atenernos a lo que específicamente regula la normatividad vigente, y al apegarnos a los que establece la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la morigeración del riesgo ventura y al acercamiento al contrato de obra como tal, tendremos que limitarnos a contemplar la concesión de obra vial en Colombia como un contrato que en la práctica y en la teoría no admite el establecimiento del derecho real de Hipoteca.

Sin perjuicio de tal deducción, la regulación que se da respecto del contrato de concesión vial permite en Colombia, pensar en teoría en la existencia de un usufructo y en ese orden de ideas permitir el establecimiento de la hipoteca frente a tal derecho de corte real, tal como se dedujo en el capítulo anterior.

Empero, si se vuelve al principio antes descrito de que la Entidad y en este caso los particulares que prestan un servicio público a través de la operación de una vía solamente pueden hacer aquello que le asiste como deber, entonces la teoría de que la hipoteca se constituya por vía del usufructo no puede prosperar.

## CONCLUSIONES

Es notable la influencia que ha tenido en el país la aplicación de estructuras de concesión para la atención de la deficiente infraestructura de carreteras, incluso en mayor grado en estos últimos años per se de las modificaciones introducidas por la ley 1150 de 2007, en su momento, donde se dio la oportunidad de adicionar estos contratos en un porcentaje mayor al 50 % cuando la inversión proviniera de ingresos propios, figura que posteriormente fue eliminada por la ley 1474 de 2011<sup>73</sup>.

Sin embargo, a través de la ley 1508 de 2012 se dio la oportunidad de ampliar el espectro de asociaciones público privadas, donde la base sigue siendo el contrato de concesión, claro está con algunas variaciones y características nuevas en comparación a los primeros acercamientos que ha tenido la normatividad vigente respecto de este tipo contractual.

Empero, a pesar de que se ha dado una extensión en mayor grado de la legislación que regula este tipo de negocios, considero que las entidades públicas han desconocido la posición en la que se encuentra las personas que se encargan de ejecutar los proyectos relacionados con estas asociaciones, en la medida que asimilan casi en su totalidad la responsabilidad que tiene éste frente a la responsabilidad que tiene un contratista de concesión vial, desconociendo de ésta manera que por la senda de los derechos de orden real

---

<sup>73</sup> LEY 1474 DE 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No 48.128 de 12 de julio de 2011.

que tiene el concesionario de obra vial se derivarían responsabilidades de orden legal superiores a las impuestas por vía jurisprudencia y doctrinaria a este tipo de contratistas del estado.

De igual manera, no solo se desconocen obligaciones implícitas al riesgo que se asume por la ejecución de este tipo de contratos sino que también se pierde la posibilidad de usufructuar o explotar en un mayor grado el derecho de vía con lo que se pierde la posibilidad de diversificar los ingresos que se obtengan como contraprestación del servicio prestado.

En este orden de ideas, la concepción por medio de la cual se niega cualquier clase de connotación dada a los derechos de concesión de obra vial frente a los derechos de propiedad de privada, no solo esta indebidamente concebida en supuestos que buscan evitar que el concesionario de obra vial pueda negociar libremente con la propiedad de la nación, aunque se permita al concesionario comercializar acciones y bonos de deudas sobre el derecho de carácter crediticio el cual se deriva de los derechos de usufructuar la vía, sino que también es indebida desde el punto de vista financiero en la medida que se evita una mejor utilización de los recursos.

Empero, es preciso recordar que todo éste ejercicio de apreciaciones de los derechos y obligaciones que en principio debería tener el concesionario de obra vial debe estar acompañado del conocimiento cercano a la certeza respecto de las condiciones técnicas, sociales, políticas y financieras del proyecto con el fin de evitar las fallas del mercado que se producen por la asunción de riesgos

totales por parte de las entidades estatales, las cuales deberían ser asumidas por el particular concesionario de la vía teniendo en cuenta también que sobre el concesionario surge una responsabilidad mayor por tener el usufructo del bien concesionado y ser a su vez, en la mayoría de los casos el diseñador de las obras a realizar y de igual manera ser, para casos futuros dando aplicación a la ley 1508 de 2012, quien adelanta todo el proceso que lleva a la Nación a interesarse en la asociación de un proyecto.

Es así como, mediante la constitución de asociaciones público privadas se acerca más a la idea original del contrato de concesión como una verdadera asociación entre un particular y una entidad del Estado más allá del condicionamiento sinalagmático dado a éste tipo de contratos mediante la aplicación del equilibrio económico. Así fue concluido por RUIZ Ojeda en su obra “La concesión de la obra pública”, de la siguiente manera:

*“Esto significa que el contrato de concesión comprende elementos aleatorios, supone un riesgo respecto al futuro, riesgo con el que el concesionario corre porque voluntariamente ha querido asumirlo” (755) Sólo la noción de negocio societario o de asociación, de compartición de riesgos, que lleva ínsta la reglamentación de las relaciones entre las partes en función de las necesidades del caso y para un periodo largo de tiempo es capaz de darnos idea cabal de lo que sucede en la concesión de obra pública y hace compatibles los reglamentario y lo contractual.*

(...)

*La reciprocidad en los contratos societarios o de organización suele estar ausente o, si en algún momento hace su entrada, es de forma secundaria o instrumental, a modo de compensación al socio o socios perjudicados, pero nunca como causa definidora del negocio o su funcionamiento normal.*

(...)

*La concesión de obra pública, en cuanto a contrato societario, trae causa, como hemos visto, de las societates publicanorum y societates vectigalis romanas, contratos de sociedad para la explotación de concesiones, en los que los capitalistas y la República o el Imperio entraban como colaboradores para la extensión y afianzamiento de la riqueza de unos y el poder del otro (773). Cuando la concesión es entendida en clave de reciprocidad su estructura causal íntima queda dañada de lleno y, con ella, toda la institución. Sí, porque una cosa es apelar ocasional o accidentalmente y modo de compensación a la idea de reciprocidad, y otra muy distinta reducir la concesión a pura reciprocidad. Esto se consigue, como ya hemos dicho, cuando la Administración concedente usa potestades metracontractuales para alterar el funcionamiento o despliegue de las concesiones: al tener que compensar a su socio-concesionario por el perjuicio que irroga, la simple inercia llevará a éste a reclamar a la aquélla lo que un socio jamás podría pedir a otro, esto es, la obligación de retribuirle.<sup>74</sup>*

---

<sup>74</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. La concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.

Por lo anterior, es en la teoría y debería ser en la práctica que él contratista de concesión de una vía sea un verdadero propietario precario, del bien dado en concesión al ser encargado de seguir al pie de la letra las órdenes dadas por la entidad en virtud del mandato explícito en cada negocio en particular, por lo que se le otorga como contraprestación el derecho de usar y gozar la vía, siendo conveniente, incluso por la deducción lógica hecha en virtud de los derechos reales relacionada con el derecho de vía, extender el ámbito de explotación del bien concesionado.

Es por estas razones que, el presente estudio cobra mayor relevancia, al ser evidente las correcciones que sobre la marcha ha hecho el estado por los errores cometidos respecto de la información precaria ofrecida a las concesionarios y la actitud de resolver la mayoría de los problemas adicionando los contratos y asumiendo costosas indemnizaciones por demandas y procesos arbitrales, cuando una solución viable se encuentra en el cambio de trato a estos contratistas, de la mano de entender que los derechos personales que poseen los concesionarios de obra vial se deducen de los derechos reales de uso y goce que se les otorgan a estos por senda de la explotación de la vía otorgada.

Así pues, el presente estudio adquiere mayor validez más allá de que en teoría ha sido demostrado la existencia de un usufructo del particular sobre la vía, por cuanto la adecuación de las obligaciones de parte y parte ha venido siendo afectada por la perspectiva que se le ha dado al contrato de concesión vial, dándole un trato más cercano a los derechos crediticios que a los derechos reales, cuando en el presente estudio ha sido demostrado la cercanía que tiene

dicho contrato al derecho usufructo por las condiciones en las que se desarrolla el contrato de concesión vial como tal.

De ahí que, a pesar de no encontrar norma legal alguna que permita la entrega de derechos reales a favor del particular concesionario, es pertinente resaltar que tales derechos pueden ser derivados del contrato de concesión en sí, siendo éste el título traslativo de la propiedad de los bienes dados en concesión, por lo que la falta de norma no es un argumento per se para sentenciar la falta de derechos reales a favor del concesionario particular.

## BIBLIOGRAFIA

1. CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Sancionado el 26 de mayo de 1873
2. LEY 80 DE 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.
3. LEY 105 DE 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 41.158 de 30 de diciembre de 1993.
4. LEY 13 DE 2003. “reguladora del contrato de concesión de obras pública”. Publicado en BOE núm. 124 de 24 de Mayo de 2003. Legislación Española.
5. LEY 1430 DE 2010. “Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad.” Diario Oficial No 47937 del 29 diciembre, 2010.
6. LEY 1474 DE 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No 48.128 de 12 de julio de 2011.
7. LEY 1508 DE 2012 “Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de

- presupuesto y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No 48308 de enero 10 de 2012.
8. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, con numero de Radicado 1994-00071; en sentencia del 18 de marzo de 2010, con numero de Radicado 1994-00071.
  9. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y servicio Civil, Radicación No 1190; Concepto del 5 de mayo de 1999 de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado.
  10. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera de lo contencioso administrativo, Referencia 16605; sentencia del 16 de septiembre de 2010.
  11. LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionaria Tequendama, contrato 049-98.
  12. LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionario DEVISAB, contrato 01-96.
  13. LAUDO ARBITRAL, Departamento de Cundinamarca contra concesionario Panamericana s.a, oj-121-1997.
  14. ACOSTA, Olga Lucia, p. r. (2008). desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Bogotá: recursos naturales e infraestructura cepal naciones unidas.
  15. BORDA, m. I. (2005). concesiones viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia. Bogotá: universidad javeriana.

16. BARRIOS MONTES, Susana y MIER, Patricia. Revista de Derecho Público No 11. concesiones viales. la inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de los andes.
17. CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL, del tramo II del proyecto ruta del sol.
18. DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo, 1ra Edición 1977, Buenos Aires Argentina.
19. DRAE, Edición No 23 (2014). “explotar 1: (Del fr. exploiter, sacar provecho [de algo]).
20. DROMI, j. r. (1985). La licitación pública. astrea. Buenos Aires. Argentina.
21. ESPITIA GARZON, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición.
22. LIZANA, d. m. (2002). Políticas de concesión vial análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú. Santiago de Chile: ilpes cepal.
23. LOPEZ RAMON, Fernando. Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas; Revista Reala-1989 Número 243.
24. RUIZ OJEDA, Alberto. Las concesiones de la obra pública. Ed Thompson Civitas.
25. SAAVEDRA LOZANO, Saul y BUENAVENTURA LALINDE, Eduardo. Derecho Romano Traducciones y Apuntes. Editorial Centro S.A. Tomo Primero.
26. TERNERA, f. (2011). la realidad de los derechos reales. Bogotá: universidad del rosario.
27. URÍA, Jose Maria. Derecho Romano. Volumen Primero.

28. URUETA ROJAS, Manuel. El contrato de concesión de obras públicas. Editorial Universidad del Rosario. Ed primera 2006.
29. VÁSQUEZ Franco, Gladys. La concesión Administrativa de servicio público. Editorial TEMIS 1991.
30. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo; 2da Edición, Biblioteca Jurídica Aguilar 1980; Madrid España.* corte constitucional.
31. VERGARA BLANCO, Alejandro. La teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauoriou, su lento reconocimiento y actual consagración como genus y nomen iuris. Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou. Editorial Universidad Externado de Colombia.