

La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional

DANIEL CASTAÑO PARRA¹

SUMARIO

Premisa: La concesión no es una esencia, sino una existencia histórico-jurídica. I. La Constitución Política de 1843. A. Decreto del 21 de abril de 1847. B. Decreto del 8 de junio de 1847. C. Decreto del 4 de junio de 1850. II. La Constitución Política de 1853. III. La Constitución Política de 1863. A. Ley 94 de 1870. B. Ley 69 de 1871. C. Ley 5.^a de 1876. D. Ley 49 de 1884. IV. La Constitución Política de 1886. A. Ley 104 de 1892. B. Ley 18 de 1905. V. A manera de conclusión. A. Mecanismos de selección del contratista. B. Derechos y obligaciones del concesionario. C. Los poderes exorbitantes de la administración.

RESUMEN

El presente estudio tiene, por único propósito, realizar una aproximación histórica a los modelos concesionales en Colombia a partir de sus más importantes y palmarios desarrollos encontrados en leyes, decretos y contratos celebrados bajo la vigencia de las constituciones políticas de 1843, 1853, 1863 y 1886, con el fin de evidenciar la manera en que la construcción jurídica de

1 Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Debo agradecer al profesor JULIÁN PIMIENTO, colega y amigo, por facilitarme sus valiosas notas sobre la historia del Derecho Administrativo, sin las cuales no habría podido realizar este trabajo. Correo electrónico: [daniel.castano@uexternado.edu.co]. Fecha de recepción: 24 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 4 de abril de 2011.

esta figura en el derecho colombiano comenzó sobre las instituciones propias del derecho común y se consolidó posteriormente bajo el espectro del derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE

Concesión, servicio público, contrato de la administración pública.

THE CONCESSION: PAST AND PRESENT. REVIEW OF THE CONCESSIONAL MODELS OF THE FIRST EPOCH OF INSTITUTIONAL LIFE

ABSTRACT

The aim of the present study, is to make an historic approach of the most important concessional models in Colombia during the first years of its institutional life under de constitutions of 1843, 1853, 1863 y 1886, in order to show the way in which the juridical construction of this public contract in Colombian law begun on the basis of the private law institutions and ended beneath the spectrum of the administrative law.

KEYWORDS

Concession, public utilities, public law contracts.

PREMISA: LA CONCESIÓN NO ES UNA ESENCIA, SINO UNA EXISTENCIA HISTÓRICO-JURÍDICA

En palabras de GASPAR ARIÑO, el contrato administrativo "*no es una esencia, sino una existencia histórico-jurídica*" debido a que rebasa por completo cualquier intento de valoración en abstracto, en la medida en que su carácter dinámico responde al entorno ideológico y político que lo circunde en un determinado momento².

La *mise en ouvre* de la anterior afirmación se percibe con mayor intensidad tratándose de la concesión administrativa puesto que, a nuestro juicio, su cariz proteiforme o variable impide que sea estudiada en abstracto y sin conside-

2 Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ. "El enigma del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 92 y ss.; íd. *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, Madrid, IEA, 1968, pp. 209 y ss.; íd. "Estudio introductorio", en *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 52-53.

ración alguna a las condicionantes histórico-materiales que han marcado su génesis y que la caracterizan, en nuestros días, como una tipología contractual propia de la administración pública³. Muestra de ello es que en los albores de nuestra vida institucional el reglamento contractual de la concesión administrativa, como método de privatización de la gestión de un servicio público⁴⁻⁵ cuyo objeto contractual pertenece al dominio exclusivo del derecho público⁶, se regulaba paradójicamente por medio de las instituciones y formas propias del derecho común, lo cual se explica en razón a que el contrato de la administración pública no ha gozado siempre de la sustantividad que ostenta en nuestros días y cuyo asidero positivo reposa en lo que el profesor EXPÓSITO VÉLEZ denomina la "zona común" de la contratación estatal⁷.

Conviene recordar a este respecto que la sustantividad del contrato estatal se caracteriza, a juicio de ARIÑO, por la existencia de normas que resulten aplicables ante el silencio de las partes, en particular ante situaciones de prerrogativas de una de ellas, lo cual es, en principio, incompatible con el derecho privado⁸. Por su parte, CASSAGNE señala que el contrato administrativo, como

- 3 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 9 de febrero de 2006, rad. 1674. "[...] Una de tales creaciones contractuales propias del derecho público está integrada por el conjunto regulatorio expreso del contrato de concesión, respecto del cual no se encuentra normatividad en los campos civil y comercial, de manera que constituye un contrato típico del derecho administrativo que, por su contenido y fines, envuelve un interés público superior a los demás contratos estatales. En otros términos, todos los contratos celebrados por entidades públicas son estatales, y por ello conllevan un interés público evidente, pero en el caso del contrato de concesión, por ser la ley administrativa la que lo define, enuncia sus características y le da reglas especiales, entre ellas una suerte de delegación a los particulares para ejercer funciones administrativas o para explotar servicios públicos o bienes de uso público, lo convierte en un contrato estatal por excelencia, o en la terminología anterior, de naturaleza típicamente administrativa, cuya consecuencia es que a él le es inherente un interés público de grado superior frente a las demás clases de contratos".
- 4 SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. "Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Revista de Administración Pública*, n.º 144, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 15.
- 5 ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico, modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 482.
- 6 De manera contundente, MARIENHOFF señala que el contrato de concesión de servicios públicos es, por antonomasia, un contrato administrativo propiamente dicho, pues dicho tipo contractual no es susceptible de ser utilizado entre particulares. MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 45-46.
- 7 EXPÓSITO VÉLEZ sostiene que el contrato de la administración pública es objeto de ciertas regulaciones especiales que lo hacen diferente de los contratos de derecho privado; como lo son las causales de inhabilidad y de incompatibilidad para contratar, la capacidad de las entidades contratantes, los procedimientos de selección de contratistas y la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 531 y ss.
- 8 Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ. "Estudio introductorio", *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español...*, cit., pp. 60-61, "[...] Este régimen se caracteriza por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público que se busca (que pasa por

categoría dogmática del derecho público, responde a la idea de un mecanismo que salvaguarde los derechos de los particulares que presten su colaboración al Estado en el cumplimiento de la misión que éste tiene respecto de la satisfacción del interés general. En esa medida, la finalidad pública que persigue el contrato administrativo se proyecta, por una parte, como factor diferenciador del contrato de derecho privado, y por otra, como factor determinante de su régimen sustantivo por medio de instituciones propias como el *ius variandi*, los poderes exorbitantes y el equilibrio financiero, entre otros⁹.

En estas cortas y modestas líneas demostraremos que, por el contrario, esa "zona común" brilló por su ausencia durante la primera época de nuestra vida institucional, toda vez que cada ley o decreto que se profería con el fin de construir una obra pública disponía un conjunto de requisitos que podríamos calificar como un rudimentario pliego de condiciones donde se improvisaba un precario mecanismo de selección del contratista o simplemente se prescindía por completo de él, sin tener en consideración ningún tipo de principios rectores de la actividad contractual del Estado, pues sencillamente éstos no existían.

En efecto, podemos decir que la actividad contractual del Estado durante nuestros primeros años de vida como República se caracterizó por una gran dosis de derecho privado o común y, sólo con el devenir se incorporaron de modo aluvional las instituciones y los procedimientos propios del derecho administrativo que nos llegaban de otras latitudes. Por ello es ampliamente notorio el predominio del derecho común y de esa lógica *iusprivatista* en los contratos de la administración pública de esa época, lo cual se percibe sin mayor dificultad a lo largo y ancho de sus clausulados contractuales.

Ese proceso de recepción gradual del derecho administrativo guarda una estrecha similitud con lo que ocurrió en España, pues como bien lo documenta VILLAR PALASÍ de la mano de MARTÍN-RETORTILLO, la expansión de la actividad administrativa del Estado terminó por absorber y sobrescribir las técnicas inspiradas en el derecho privado o común empleadas hasta ese entonces para regular muchos aspectos de su gestión¹⁰.

Antes de abordar el estudio que aquí nos proponemos, consideramos necesario realizar algunas precisiones conceptuales en torno a la concesión como contrato y como método de gestión de un servicio público. Como lo relata JÈZE, otrora el derecho francés concibió a la *concesión de servicio público* como

encima de la estricta relación bilateral), por una mayor capacidad de decisión para una de las partes –que asume la potestad de dirección– a lo largo de la vida del contrato, por una mayor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal y, finalmente, por una mayor protección de la institución frente a terceros".

9 Cfr. JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, 2.ª ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 21.

10 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1969, pp. 15 y ss.

un mecanismo por medio del cual el Estado podía otorgar a un particular la prestación de servicios públicos de naturaleza económica¹¹, en contraposición a la prestación directa del servicio público por parte de la administración pública bajo la modalidad de *régie*¹². Luego, la operación del servicio público impuso la necesidad de la construcción y puesta en marcha de infraestructuras destinadas a su prestación, con lo que se dio paso a la fusión de la *concesión de servicio público* con la *concesión de obra pública* (*concession de travail public*) bajo las modernas modalidades "BOT" (*built, operate and transfer*), como lo documenta LAUBADÉRE¹³.

Ahondando un poco en el estudio de esta figura, encontramos que RIVERO señala que la concesión de obra pública (*concession de travail public*) implica que el concesionario no se limita únicamente a la operación del servicio, sino que él debe construir, a sus expensas, la infraestructura necesaria para la prestación del servicio. En consecuencia, la operación de la infraestructura debe generar los réditos necesarios para amortizar el costo de la construcción y generar utilidades, de tal forma que cuando la concesión culmine la infraestructura, se debe revertir al Estado. Así las cosas, se dice que hay concesión de servicio pública *pura* cuando no se requiere la construcción de ninguna infraestructura pública para la operación del servicio público¹⁴.

Por su parte, SANTOFIMIO GAMBOA, señala que la concesión administrativa es un instrumento por medio del cual la administración pública puede dispensar o habilitar a los particulares mediante decisiones unilaterales o contratos, el uso, goce o explotación, a su riesgo y ventura, de bienes públicos, servicios públicos e infraestructuras destinadas a la prestación de éstos, manteniendo la administración, en todo caso, el control, vigilancia y dirección de la actividad

11 Cfr. GASTÓN JÈZE. *Principios generales de derecho administrativo*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 71-72.

12 JÈZE. *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 5.ª ed., Paris, Marcel Giard, 1927, p. 55. "[...] lorsque l'administration exploite elle-même le service, lorsqu'elle fait fonctionner le service par ses agents, on dit qu'il y a exploitation en régie, ou plus simplement régie. Si, au contraire, l'administration charge un individu, une société de faire fonctionner le service public, de l'exploiter, on dit qu'il y a concession de service public".

13 Vid. ANDRÉ DE LAUBADÉRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. I, 13.ª ed., Paris, LGDJ, 1994, p. 70. "[...] d'une part, on n'a pas tout de suite aperçu que la concession pouvait porter sur la seule exploitation d'un service; au XIX^e siècle on ne la concevait encore que sous la forme et l'appellation de la 'concession de travail public' consistant dans la construction d'un ouvrage. A la fin du XIX^e siècle, avec le développement des chemins de fer, tramways, distributions du gaz et de l'électricité, la concession est plus facilement apparue comme pouvant porter à la fois sur la construction de l'ouvrage et son exploitation (service public)" (énfasis nuestro).

14 Cfr. JEAN RIVERO. *Droit administratif*, 13.ª ed., Paris, Précis Dalloz, 1990, pp. 579-581.

desplegada por el particular, todo lo cual se deberá realizar de conformidad con lo consagrado en el ordenamiento jurídico-positivo¹⁵.

Las formas concesionales enunciadas se encuentran consagradas en el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993. Conviene dejar en claro desde ya que aquí se abordará únicamente el estudio de las concesiones de servicios públicos y de obra pública, dejando por fuera las concesiones de bienes públicos, aun cuando, como se verá, todas llevaban ínsito un poco de todo, dada la imprecisión conceptual que predominó en esa época.

Bajo esta premisa, realizaremos un *approach* histórico a los modelos concesionales en Colombia a partir de sus más importantes y palmarios desarrollos encontrados en leyes, decretos y contratos celebrados bajo la vigencia de las constituciones políticas de 1843, 1853, 1863 y 1886, con el fin de evidenciar la manera en que la construcción jurídica de esta figura en el derecho colombiano ha sido el fruto de una necesidad constante en nuestra historia; la operación de servicios públicos y la provisión de obras públicas para ello y cómo el Estado, con miras en atender dicha necesidad, optó por promover la colaboración de la iniciativa privada encausada a través de la concesión en sus diversas modalidades.

Debemos advertir al lector que este escrito corresponde a un avance investigativo que comprende únicamente las leyes y los decretos que hemos encontrado en el Diario Oficial desde 1847 hasta 1905, y, por tanto, las conclusiones que formulamos al final, son apenas parciales y se circunscriben a lo que aquí se ha expuesto. Desde ya anunciamos que nos encontramos preparando la investigación final que comprenderá las leyes y los decretos en la materia desde 1847 hasta nuestros días.

I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1843

Como lo señala el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, la Constitución de 1843 acogió la política de otorgar estímulos a la iniciativa privada bajo la misma línea que se venía forjando desde la vigencia de la Constitución de 1832, para lo cual dispuso en el numeral 13 de su artículo 67 que era de competencia del Congreso conceder, por tiempo limitado, privilegios exclusivos y demás incentivos convenientes con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas que resultaren interesantes a la Nación¹⁶.

Cabe recordar que, bajo una perspectiva político-económica, el gobierno de TOMÁS CIPRIANO DE MOSQUERA (1845-1849) fue decisivo para la consoli-

15 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos* (tesis doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 16-17.

16 Ídem.

dación de los principios liberales referentes al manejo del Estado, en virtud de los cuales éste debía restringir, hasta donde fuere posible, su intervención en la vida económica dejando las actividades productivas en manos de la iniciativa privada. Así pues, el Estado se debía limitar a impulsar la educación pública y el desarrollo de obras públicas, en particular la construcción y puesta en marcha de vías de comunicación tan necesarias en esa época¹⁷.

A. DECRETO DEL 21 DE ABRIL DE 1847

Consecuente con lo anterior, por medio del Decreto del 21 de abril de 1847 el Congreso de la Nueva Granada concedió a todas las personas, nacionales y extranjeras, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una suerte de tarifa a los usuarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo, para lo cual el interesado debía cumplir con el lleno de los requisitos prescritos por este decreto.

Vale la pena resaltar el incipiente mecanismo de selección de contratista regulado por este decreto, que consistía en que la persona interesada en realizar la construcción o mejora de la obra pública, debía presentar ante la gobernación de la provincia respectiva un documento en el que se expusiera la naturaleza de la obra, su extensión, el costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar como retribución. Dicho documento debía ser enviado por el gobernador al Concejo Municipal del cantón interesado en la obra y a las personas inteligentes que creyere conveniente, y con base en los informes allegados por ellos, proceder a la elaboración del proyecto de contrato. De esta manera, los Concejos Municipales y las personas inteligentes fungían como una suerte de comités evaluadores de la conveniencia y utilidad de las obras propuestas por los interesados.

La iniciativa privada desempeñaba un rol preponderante como requisito de apertura del proceso de selección del contratista, toda vez que éste iniciaba con la presentación de la propuesta por parte del interesado, la cual, una vez evaluada y aceptada por el Concejo Municipal y por las personas inteligentes, se convertía en un proyecto de contrato que debía ser publicado con el fin de que las demás personas interesadas en mejorar la oferta lo pudieran hacer, dentro de un término no inferior a un mes. Así pues, la administración estaba relevada, en principio, de la debida planeación del contrato y la publicidad únicamente se verificaba a partir del momento de publicación del proyecto de contrato.

17 Cfr. JORGE ORLANDO MELO. "Las vicisitudes del modelo liberal (1850-1899)", publicado en *Historia económica de Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1997, p. 191.

Vencido el término de publicación, se procedía a celebrar el contrato con la persona que hubiere ofrecido las mayores ventajas al Estado, sin perjuicio de ser desechadas todas cuando el gobernador las estimare inconvenientes o injustas. Aquí se puede advertir uno de los primeros vestigios del principio de selección objetiva que hoy en día rige todos los mecanismos de selección del contratista regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, el procedimiento podía ser declarado desierto por motivos de inconveniencia o injusticia de las propuestas, en una clara expresión de discrecionalidad administrativa.

El contratista, por el solo hecho de acceder a los beneficios concedidos en virtud del decreto, se obligaba a mantener la obra a su cargo en perfectas condiciones durante toda la vigencia del contrato y, al cabo de éste, a entregarla en las mismas condiciones a la respectiva Cámara Provincial. Aquí encontramos un antecedente remoto de la cláusula de reversión en los contratos de concesión, lo cual consideramos consecuente con los beneficios que le eran otorgados al contratista por parte del Estado para obtener la amortización del capital invertido y la obtención de una eventual utilidad. Por lo demás, el contratista únicamente podía acceder a los beneficios derivados de la explotación de la obra a partir del momento en que ésta fuere reconocida y aprobada por una comisión de inteligentes contratada para ello. Para asegurar la eventual responsabilidad en la cual pudiere incurrir el contratista, se le exigía dos fiadores personales "*principales pagadores de mancomún e insolidúm*".

De otra parte, la ausencia absoluta del principio de planeación acarrea en la práctica el que la administración quedaba relegada a un segundo plano y como un simple convidado de piedra que se limitaba a aprobar lo que el proponente le presentaba, pues el particular tenía plena libertad para configurar los diseños de las obras y su extensión, así como también la elaboración de la proyección financiera de la concesión en la medida que él era quien fijaba su costo y el tiempo durante el cual pretendía cobrar la tarifa por su uso con el fin de amortizar el capital invertido y obtener una eventual utilidad, lo cual equivalía a dejar al libre arbitrio del particular la estructuración del sistema de retribución sobre el cual se edifica, en últimas, todo el modelo concesional.

Así mismo, se destaca la ausencia absoluta del principio de adjudicación compulsoria y de un pliego de condiciones o sus equivalentes donde la administración fijara de manera unilateral todas las condiciones para la presentación de las propuestas por parte de los interesados, de tal manera que el contrato se perfeccionara con una simple aceptación por parte del proponente.

No obstante, el decreto ordenaba la aplicación y cobro de unas multas al contratista en ciertos eventos de incumplimiento, la administración quedaba absolutamente desprovista de sus poderes exorbitantes de dirección debido a que nada decía acerca de la estipulación de las cláusulas exorbitantes como, por ejemplo, la de caducidad (que ya por esos días se concebía en ciertos

contratos de concesión de obra pública), en desmedro, por supuesto, de la eficiente y continua prestación del servicio público.

B. DECRETO DEL 8 DE JUNIO DE 1847

El Decreto del 8 de junio de 1847 aprobó el contrato de concesión de obra pública por medio del cual la Nueva Granada le concedió a la Compañía de Panamá el privilegio exclusivo de construir y luego operar, a sus expensas, riesgos y peligros, un camino de hierro que uniere a los dos océanos a través del Istmo de Panamá.

En virtud de este contrato el Estado se obligó, por medio de una cláusula de exclusividad, a no hacer por sí mismo o a conceder a un tercero la construcción y explotación de otro camino de hierro o *carretero de macadams* (carretera para el transporte de carga pesada) que sirviera para comunicar los dos océanos por medio del Istmo de Panamá. Este privilegio no se circunscribía únicamente al camino de hierro, sino que también comprendía el derecho a utilizar todos los puertos situados a lado y lado de éste que resultaren necesarios para el fondeadero de buques y para el embarque y desembarque de las mercancías destinadas a ser transportadas a través de él. Por su parte, el concesionario se obligó a pagar a la Nueva Granada el 2% de las utilidades netas que percibiera con ocasión de la explotación del camino de hierro.

Una vez más, se advierte la ausencia absoluta del principio de planeación en la medida en que el contratista tenía plena libertad para diseñar la ruta del camino de hierro que le fuere más favorable, quedando a su elección los puntos de partida y llegada que considerare más ventajosos y favorables para la entrada y fondeadero de los buques, y en general, para el establecimiento de los puertos propiamente dichos, los embarcaderos, los puertos secos, los atracaderos, las escalas, los almacenes, las estaciones, las posadas y los establecimientos de toda clase. Así mismo, el contratista era libre de elegir el método de construcción que estimare conveniente, con la única condición que el recorrido entre los dos océanos se hiciera en no más de 12 horas y que uno de sus puntos de llegada fuere Ciudad de Panamá.

Entre los numerosos y, a nuestro juicio, excesivos privilegios otorgados al contratista figuraba el derecho de cobrar, en razón del uso del camino de hierro, medios de transporte, puertos, escalas, almacenes y establecimientos de toda clase, los derechos de transporte, de almacenaje y de peajes que se establecieron, la concesión gratuita y a perpetuidad de todas las tierras necesarias para la construcción del camino de hierro y sus obras conexas, la concesión gratuita y a perpetuidad de hasta 150 mil fanegadas de tierra adicionales para facilitar el desarrollo de actividades industriales por parte del contratista tendientes a la colonización y la calificación de la Compañía de Panamá como una empresa de utilidad pública con todos los beneficios que ello implicaba.

A nuestro modo de ver las cosas, el presunto riesgo y ventura que asumía el concesionario en la construcción, puesta en marcha y operación de la infraestructura y el servicio público de transporte ferroviario quedaba reducido al papel y resultaba, por tanto, nugatorio en la práctica, habida cuenta de que los beneficios otorgados por el Estado a título de subvención directa pecuniaria y en especie eran de tal magnitud que, además de desangrar el patrimonio público, terminaban por disfrazar groseramente un contrato de obra pública como un contrato de concesión en la modalidad BOT que hoy conocemos, cuando en realidad ello no era así.

Se debe rescatar que en el mencionado contrato se pactaron las cláusulas de caducidad y reversión para, en cierta forma, contrapesar los escandalosos beneficios que la administración le otorgó al concesionario. Sin embargo, la reversión operaba al cabo de los noventa y nueve años que duraba el privilegio concedido, lo cual de nada habría servido, pues vale recordar que el Canal de Panamá inició operaciones en 1914 y eclipsó por completo al ferrocarril.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato, el concesionario debía entregar a la administración de hacienda en la capital de la República o consignar a órdenes de la Nueva Granada en Europa, la suma de 600 mil francos como una suerte de garantía única de cumplimiento que comprendía cualquier evento de incumplimiento de lo pactado en el *pliego de cargos*. Dicha suma debía ser restituida al concesionario una vez se culminara la construcción del camino de hierro y se cumpliera a cabalidad con todas las obligaciones a su cargo.

Dentro del clausulado del contrato encontramos dos estipulaciones muy interesantes para la época en que se hicieron: la cláusula de caducidad y la cláusula de reversión.

La caducidad estaba prevista como una "pena" que podía ser decretada por el poder ejecutivo frente a ciertos eventos de incumplimiento del concesionario, a saber: no iniciar las obras dentro del término de 18 meses contados a partir de la aprobación del contrato; no culminar las obras dentro del término inicial de seis años o sus posibles prórrogas y el retraso en la construcción de las obras. Una vez decretada válidamente la caducidad, ésta tenía como efecto que el concesionario perdía la suma de 600 mil francos que había entregado como garantía de cumplimiento, tenía que devolver todas las tierras que la Nueva Granada le había otorgado como beneficio, en el estado en que estuvieren y sin indemnización alguna, y el poder ejecutivo quedaba facultado para suscribir el contrato en los mismos términos con el empresario que ofreciere las suficientes garantías para su ejecución.

La cláusula de reversión pactada disponía, por su parte, que el Gobierno de la Nueva Granada, por el solo hecho de la expiración del término de los beneficios, quedaba subrogado de forma inmediata en todos los derechos del concesionario, en la propiedad de los terrenos y de las obras construidas, pero

sólo hasta el monto de 25 millones de francos. El concesionario debía entregar el camino de hierro y todas sus dependencias en buen estado.

En lo tocante a la solución de las controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato, se estipuló la cláusula exorbitante de sometimientos a las leyes y a la jurisdicción nacional respecto de la inejecución del objeto del contrato y las obligaciones contenidas en el pliego de cargos (incluyendo las cláusulas exorbitantes de caducidad y reversión) y la inteligencia o interpretación del clausulado contractual. De igual manera, se pactó una cláusula compromisoria que obligaba a convocar un tribunal de arbitramento para dirimir todo lo relativo a la existencia, conservación y permanencia de los privilegios y sus derechos conexos.

C. DECRETO DEL 4 DE JUNIO DE 1850

Mediante el decreto del 4 de junio de 1850 el Congreso de la Nueva Granada aprobó el contrato de concesión de obra pública celebrado entre el poder ejecutivo y el señor John Lloyd Stephens para la construcción de un camino de hierro entre los dos océanos a través del Istmo de Panamá.

El contrato le otorgó al concesionario un privilegio de exclusividad por el término de 49 años para la explotación del ferrocarril, contados a partir del momento en que éste fuere abierto al público. Sin embargo, el privilegio también se extendía a la construcción de un camino de ruedas entre los dos océanos o, por lo menos, hasta el río Chagres. Así mismo, resulta interesante el hecho de que uno de los tantos beneficios consistía en otorgar al concesionario la exclusividad de navegar a vapor en el río Chagres y la operación exclusiva del servicio público de transporte en ese río, sin perjuicio de los buques a vapor que ya estuvieren operando. El concesionario debía pagar anualmente al Gobierno una suma no menor a 10.000 pesos y el 3% de las utilidades netas que percibiera por concepto de la explotación del camino de hierro.

Entre los demás exorbitantes beneficios figuraban el uso de los muelles necesarios a lado y lado del ferrocarril, la concesión de tierras baldías a perpetuidad, la calificación de la empresa concesionaria como de utilidad pública y todos los derechos que ello entrañaba, libertad de iniciativa para proponer al Ejecutivo los proyectos de reglamento que estimare convenientes para la correcta operación del ferrocarril y la potestad de fijar las tarifas del transporte de mercaderías y pasajeros por el ferrocarril.

Desde la perspectiva de los mecanismos de financiación, encontramos muy cuestionable el que ciertos privilegios otorgados por el Estado al concesionario no guardaban ningún tipo de conexión directa con el camino de hierro, como por ejemplo el privilegio exclusivo de construir un camino de ruedas entre los dos océanos o, por lo menos, hasta el río Chagres, y la navegación y operación exclusiva del servicio público de transporte fluvial a vapor de cosas y personas a través del mismo río. Así pues, lo que en el fondo otorgaba

el Estado al concesionario a título de "auxilio" era un auténtico monopolio del transporte ferroviario, terrestre y fluvial a través del Istmo de Panamá, con todo el costo social y económico que ello entrañaba.

No siendo suficientes esos beneficios, mediante el decreto del 14 de mayo de 1852 el Estado le otorgó al concesionario algunos terrenos de la isla de Manzanillo en la bahía del Limón y todas las playas que se encontraran a lado y lado del ferrocarril en construcción para facilitar la construcción de dependencias y demás obras conexas del ferrocarril bajo la condición de que una vez caducara el privilegio las islas y todas las obras que se hubiesen construido en ellas debían ser entregadas al Gobierno.

De esta manera, el presunto riesgo y ventura que asumía el concesionario resultaba de papel y la perversión del modelo retributivo sobre el que reposa la esencia del contrato de concesión se erigía en la excusa perfecta para repartir indiscriminadamente los recursos públicos a los particulares.

II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1853

La ley del 30 de abril de 1858 dispuso, en aplicación de los artículos 10.º numeral 13, 16 (numerales 1-3) y 29 numeral 10 constitucionales, que se donaría el terreno necesario para la construcción de caminos públicos por tierras baldías a las personas que decidieren emprender la construcción de tales obras.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1863

A. LEY 94 DE 1870

La Ley 94 de 1870 autorizó al poder ejecutivo para celebrar un contrato con el señor Roberto A. Joy o, con cualquier otra persona que lo solicitare, con el objeto de construir un muelle y unos almacenes de depósito en el puerto de Santa Marta en los términos más convenientes para la Nación.

En lo referente al mecanismo de selección del contratista, disponía dicha ley que se preferiría a aquella persona que se obligara, al mismo tiempo, a establecer la navegación en buques de vapor por las bocas del río Magdalena y Santa Marta.

Por demás, la ley guardó silencio absoluto sobre el contenido contractual, los mecanismos de financiación y los poderes de dirección y control de la administración.

B. LEY 69 DE 1871

La Ley 69 de 1871 ordenó al Gobierno promover mejoras materiales en el territorio de La Unión, para lo cual ofreció grandes beneficios a los proponentes cuyas propuestas ofrecieran mayores beneficios y ventajas para la ejecución de

las obras de carácter nacional. Entre los beneficios figuraba que el Ejecutivo le aseguraba al concesionario una utilidad del 7% anual sobre un millón de pesos que excediere la inversión mínima de ocho millones de pesos, el cual no podía extenderse por más de 25 años y caducaba si el concesionario reportaba una utilidad igual a la asegurada durante un período consecutivo de cinco años. Resulta curioso e interesante el incipiente mecanismo de iniciativa privada regulado por esta ley, en la medida en que fijó unos determinados requisitos que debían cumplirse a cabalidad para acceder a los beneficios otorgados por el Gobierno.

A diferencia de lo que ocurrió con el decreto del 22 de abril de 1847, la Ley 69 de 1871 sustrajo de la iniciativa privada el diseño y la configuración de las especificaciones técnicas de la obra, así como la elaboración de la proyección financiera de la concesión, para lo cual señaló una serie de requisitos que debía observar el poder ejecutivo en la elaboración de una suerte de pliegos de condiciones o sus equivalentes como ley del contrato. El propio artículo 12 señalaba que el poder ejecutivo debía elegir como su cocontratante al proponente que ofreciera los mayores beneficios y ventajas para la ejecución de la obra, lo cual denota un incipiente proceso público de selección de contratista que se regía por un documento expedido unilateralmente por la entidad contratante donde se fijaban todos los requisitos y condiciones que se debían cumplir para ser adjudicatario.

Si bien del tenor literal de esta ley no se desprende el tipo contractual regulado, nada impide colegir que no es otro que la concesión de obra pública, pues se dan todos los presupuestos estructurales del sistema retributivo sobre el cual gravita, como por ejemplo la concesión de tierras al concesionario a título de subvención directa en especie y el derecho a cobrar de una tarifa por el uso de la obra hasta por el término de 25 años con el fin de obtener el retorno de la inversión hecha como una forma rudimentaria de lo que hoy conocemos por *peaje clásico* o *duro*.

Cabe resaltar que la administración debía señalar en el pliego de condiciones, o sus equivalentes, los eventos de "rescisión" o "caducidad" del contrato a causa del incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario. Ahora bien, consideramos que la alusión hecha por la ley a la "rescisión" y a la "caducidad" como sinónimos, es de suyo contradictoria, pues la doctrina de la rescisión entraña una sanción por *culpa* o *falta* cometida por el cocontratante, mientras que la caducidad responde a eventos causados por el contratista que dan lugar a la parálisis del servicio público en perjuicio del interés general¹⁸.

18 Cfr. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, cit., pp. 403-410.

C. LEY 5.^A DE 1876

La Ley 5.^a de 1876 autorizó al Gobierno para otorgar una concesión, previa licitación pública, hasta por 25 años, para la construcción de un muelle de madera en Tumaco.

El proceso de la licitación pública a la que se alude, se iniciaba con la presentación de las propuestas por parte de los interesados, que debían ser publicadas en el Diario Oficial por un término de cuatro meses, vencido el cual se procedía a celebrar el contrato con el proponente que hubiere ofrecido las mayores ventajas a la Unión.

A nuestro modo de ver, este es un rudimentario antecedente del contrato de concesión portuario regulado en nuestros días por la Ley 1.^a de 1991, pues reunía la mayoría de requisitos esenciales de este tipo contractual como la caducidad y la reversión, comunes a otros contratos estatales. Señalaba la ley que los privilegios del concesionario "caducaban" si el muelle de madera dejaba de prestar el servicio por un término de treinta días. Sin embargo, nada se dice sobre el trámite que debía agotarse para que la administración declarara la caducidad del contrato, ni tampoco si ello comportaba algún tipo de sanción adicional al concesionario.

El concesionario tenía derecho a cobrar por el uso del muelle, lo que denota un mecanismo de financiación racional con el objeto de la concesión y respetuoso del patrimonio público, lo cual en ese momento era extraño de encontrar. A cambio de ello se debía pactar la cláusula de reversión en virtud de la cual la propiedad del muelle debía ser transferida al Estado una vez expirada la vigencia de la concesión; esto era consecuente con las facilidades que el Estado le confería al concesionario para recuperar su inversión y percibir una eventual utilidad.

D. LEY 49 DE 1884

La Ley 49 de 1884 aprobó la enajenación a perpetuidad del ferrocarril y el telégrafo de Bolívar construido entre Barranquilla y Puerto Salgar al señor Carlos Uribe.

Este contrato es un ejemplo palmario de la incoherencia e inestabilidad jurídica de los contratos celebrados por la administración pública de ese tiempo, toda vez que bajo una compraventa de derecho privado se enajenaron unos bienes destinados a la prestación de un servicio público, se contrató la construcción de la prolongación de la línea del ferrocarril y la de un muelle público, y se concedió la prestación del servicio público de transporte ferroviario de cosas y personas y la operación del muelle como mecanismos de financiación de dichas obras. Dicho esto con otras palabras, se disfrazó una concesión de obra pública de compraventa sin importar lo que ello pudiese ocasionar en la práctica, como, por ejemplo, dejar a la entidad contratante sin

un mecanismo idóneo para dirigir y controlar la actividad de su cocontratante por medio de las cláusulas exorbitantes ya concebidas tiempo atrás en otros contratos, verbigracia las cláusulas de caducidad y de reversión.

Resulta interesante el engranaje financiero de este contrato, pues en derredor suyo se diseñó todo el contenido obligacional a cargo del cocontratante a partir de un esquema de pago por instalamentos que consistía en un precio global de 684 mil pesos, que debía ser cancelado en cuotas semestrales a partir del tercer año contado desde el perfeccionamiento del contrato. La exoneración del pago de cuotas durante los dos primeros años estaba condicionada a la obligación del contratista de prolongar el ferrocarril hasta Puerto Belillo y a construir un muelle de hierro que por su tamaño y solidez permitiera que los más grandes vapores atracaran y descargaran sus mercancías, así como la construcción de unos almacenes para su depósito.

Como mecanismos de financiación de las obras que debían ser construidas por el contratista, la administración le concedió la prestación del servicio público de transporte ferroviario y el derecho a percibir una remuneración por el cobro de una tarifa a los usuarios del servicio, así como a obtener el 60% del *derecho de muelle* causado por el embarque y desembarque de mercancías en el puerto de hierro construido.

El Estado podía imponerle multas al contratista a causa del retardo o incumplimiento en la ejecución de sus obligaciones, siempre y cuando le garantizara el derecho de audiencia. Aparte de este mecanismo, la entidad contratante estaba desprovista de cualquier otro poder de dirección o control sobre la actividad de su cocontratante, lo cual se debía a que el tipo contractual empleado fue la compraventa regida en su integridad por las normas del derecho común.

Bajo esa lógica de derecho privado se estipuló un "derecho de rescate" en cabeza del Estado por medio de un pacto de retroventa y de una condición resolutoria, con lo cual se buscó atender básicamente dos necesidades: por una parte, recuperar la propiedad de los bienes enajenados y de adquirir la propiedad sobre la prolongación del ferrocarril y el muelle construido por el contratista a través del ejercicio del pacto de retroventa en un término no mayor de 20 años so pena de caducidad del privilegio; y, por otra parte, la de rescatar las obras en caso de incumplimiento de la obligación de prolongar el ferrocarril hasta Puerto Belillo y la construcción del muelle, en cuyo caso la administración podía adquirir, en cualquier momento desde el tercer año contado a partir del perfeccionamiento del contrato, la propiedad sobre el ferrocarril original por la suma de 500 mil pesos.

Ahora bien, si se analiza detenidamente la incidencia del ejercicio de *derecho de rescate* por parte de la administración sobre la estructura financiera y obligacional del contrato, se advierte un desfase frente al evento de incumplimiento del contratista en la obligación de construir las obras en un término inicial de dos años, pues dentro de dicho término el contratista estaba eximido de realizar pago alguno, por lo cual al momento de ejercer el *derecho de rescate*

(tres años contados a partir del perfeccionamiento del contrato) la administración debía pagar al contratista la suma de 500 mil pesos, no obstante éste sólo habría pagado dos cuotas equivalentes a 200 mil pesos de un valor total de 684 mil pesos.

Dicho con otras palabras, la administración terminaba remunerando al contratista con la suma de 184 mil pesos después del cruce de cuentas, a pesar de que éste explotaba económicamente el ferrocarril durante los dos años iniciales del contrato mediante el cobro de una tarifa a los usuarios del servicio público de transporte ferroviario que le era concesionado.

IV. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886

A. LEY 104 DE 1892

La Ley 104 de 1892 autorizó al Gobierno para contratar la construcción de las obras que estimare convenientes para la prestación del servicio público de transporte ferroviario, para lo que dispuso todo un esquema obligacional y financiero estructurado a partir de un sistema de subvenciones y privilegios otorgados por la Nación a su cocontratante. Nada impide colegir que esta ley regulaba un auténtico contrato de concesión de obra pública, puesto que se verifican todos los elementos estructurales que la configuran y que hemos reiterado en el presente escrito.

Las subvenciones directas como mecanismos de financiación de la obra consistían, por una parte, en que la Nación le otorgaba al concesionario una serie de auxilios pecuniarios proporcionales al trayecto de ferrocarril construido y a las condiciones climáticas y topográficas de la región, y, por otra, en la concesión de las tierras baldías necesarias para la construcción del camino de hierro.

Aunado a las subvenciones directas, la Nación le confería a su cocontratante un conjunto de privilegios como la declaratoria de utilidad pública de su empresa, la posibilidad de extender las líneas telegráficas y telefónicas que llegare a necesitar, exenciones tributarias, exención del pago de derechos de aduana en la importación de la maquinaria necesaria para la construcción y explotación del ferrocarril, la emisión de bonos de contenido crediticio garantizados con el producto de su empresa, la posibilidad de "empeñar" su empresa y la exención del servicio militar obligatorio de todos los empleados del concesionario, entre otros.

Salta a la vista el que entre los privilegios no figuraba la exclusividad de ruta, es decir, que nada impedía que se construyera o se habilitaran otras vías terrestres o acuáticas que acortaran o penetraran la zona de privilegio. Ello se traduce en que el *riesgo comercial* de la obra era asumido en su totalidad por el concesionario y quedaba sometido, por tanto, a las leyes de la oferta y la demanda.

Con todo, a juicio del Gobierno, se podía estipular, en lugar de las subvenciones anteriores, la garantía de un interés hasta del 7% anual sobre el capital que invirtiera el concesionario, a razón de hasta 30 mil pesos en oro, o su equivalente en moneda de curso legal, por cada kilómetro de vía entregada al servicio público. Esta garantía quedaba cancelada *ipso facto* en el evento en que el concesionario obtuviera en tres años consecutivos el interés garantizado.

La ley guardó silencio absoluto sobre el mecanismo de selección del contratista. Al parecer, el contrato era celebrado sin agotar previamente un proceso de selección regido por los principios de concurrencia y de selección objetiva con todo lo que ellos imponen, pues la etapa de evaluación de las características técnicas de la obra se efectuaba una vez el contrato se encontraba perfeccionado por parte de una comisión técnica o por dos ingenieros designados para tal efecto, quienes se encargaban de determinar si los planos se ajustaban a las exigencias de la obra y a lo estipulado en el contrato, lo que fijaba previamente el Gobierno en los términos más convenientes para el interés general.

En lo tocante a la cláusula exorbitante de caducidad, se debe destacar que es la primera referencia que encontramos sobre la declaratoria de caducidad por vía *administrativa*. La declaratoria de caducidad por vía administrativa tenía como consecuencia el que la empresa del concesionario, con todas sus anexidades, pasaba a poder del Gobierno, pero se le reconocía al concesionario una suma equivalente al capital privado invertido en la construcción de la infraestructura, ello es, con la deducción de lo proporcionado por el Gobierno a título de subvención.

Sin embargo, la sanción impuesta en virtud de la declaratoria de caducidad se desfiguraba por completo, debido a que la indemnización correspondiente comprendía, también, una cuota parte en las utilidades de la empresa durante el tiempo que le faltare para culminar el privilegio, liquidada a prorrata de la obra concluida; de esta manera indemnizaba el interés positivo (*lucrum cessans*) del concesionario, lo que equivalía a la propia ejecución del contrato.

Por lo demás, la administración se encontraba desprovista de cualquier otro mecanismo exorbitante de dirección y control de la actividad de su contratante, incluso se prescindió de la estipulación de multas, lo cual ya se concebía por esa época.

Resulta interesante el que para esa época se concibiera, así fuera de manera rudimentaria, la distinción entre *concesiones autofinanciables* y *concesiones subvencionadas*, siendo las primeras aquellas donde el retorno de la inversión deviene exclusivamente de los privilegios otorgados al concesionario por la administración, y las segundas, aquellas donde la administración concurre activamente con el concesionario en la financiación de las obras¹⁹.

19 CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y de experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte.*

La ley es muy oscura y confusa frente a la distinción entre la concesión de obra pública y el contrato de obra con todo lo que ello entraña, principalmente respecto de la titularidad de la prestación del servicio público de transporte ferroviario y el modelo financiero del contrato.

Una vez expirado el privilegio, el concesionario podía usufructuar el ferrocarril por un término de 25 años, y durante ellos el Gobierno podía, en cualquier tiempo, tomar la decisión de adquirir la empresa y el concesionario tenía la obligación de venderla. Sin embargo, si se vencía dicho término y el Gobierno no ejercía su derecho de compra, el concesionario debía entregar el ferrocarril al Estado sin ninguna indemnización. Entre los demás beneficios otorgados al concesionario figuraban la exención de impuestos y rentas y la exención del servicio militar para sus trabajadores. Resulta interesante que el artículo 6.º señala que el Gobierno debía fijar con claridad los casos en que procedía la caducidad del contrato y que se tenía que estipular que ésta procedía por vía administrativa, en cuyo caso la empresa concesionaria y todos sus bienes pasaban a estar en poder del Gobierno previo reconocimiento de la inversión hecha en las obras.

B. LEY 18 DE 1905

La Ley 18 de 1905 aprobó un contrato de concesión de obra pública celebrado con el señor Henry G. Granger para la construcción y posterior operación por un período de 99 años de una línea de ferrocarril y sus dependencias entre el Golfo de Urabá o Darién y Medellín. En el contrato se pactaron como beneficios a favor del concesionario la construcción y el uso gratuito de líneas de teléfono y telégrafos, la exclusividad de las rutas por el tiempo pactado en el contrato, las tierras de la Nación necesarias para la construcción de las obras, exención de derechos de importación y exportación, exención de rentas e impuestos, exención de prestación del servicio militar obligatorio de los trabajadores y operarios, uso exclusivo de las fuentes de petróleo disponibles a diez kilómetros a cada lado de la vía férrea, una subvención de 30 mil pesos oro americano por cada kilómetro de vía férrea construido, entre otros. Además, se estipuló que el Gobierno podía comprar el ferrocarril y todas sus dependencias en cualquier tiempo después de transcurridos los primeros 40 años del contrato.

En lo relativo a la reversión, se pactó que una vez expirados los privilegios, el ferrocarril y todas sus dependencias debían pasar a propiedad del Gobierno sin indemnización alguna. La caducidad del contrato podía ser declarada administrativamente por el Ministerio de Obras. Resulta interesante el que, no obstante el objeto del contrato era la construcción de un ferrocarril, el concesionario también se obligó a construir un muelle de madera con capacidad para recibir buques provenientes de alta mar en Ciudad de Reyes para facilitar el embarque y desembarque de las mercaderías que fueren transportadas por

el ferrocarril, al igual que un puente de acero sobre el río Cauca para llegar hasta Medellín.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De todo lo dicho hasta aquí, podemos concluir que en los principales modelos concesionales de nuestra primera época de vida institucional predominó la inestabilidad, la incoherencia y la incertidumbre por la ausencia de normas jurídico-positivas que regularan con absoluta claridad los mecanismos de selección del contratista, los derechos y obligaciones del concesionario y los poderes exorbitantes de dirección y control de la administración, elementos en los que la doctrina ha encontrado el asidero positivo de la sustantividad del contrato de la administración pública.

A. MECANISMOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Sobre este aspecto debe advertirse que aun cuando cada ley o decreto regulaba de forma autónoma su propio mecanismo, todos tenían un común denominador: la ausencia absoluta de los principios de planeación, economía, transparencia, publicidad, eficiencia y adjudicación compulsoria como rectores de todo el *iter contractus* del Estado. Lo anterior se traducía, ineludiblemente, en la ausencia de un pliego de condiciones o sus equivalentes como ley del contrato donde la administración señalara de forma unilateral los requisitos y condiciones que debían cumplir las propuestas presentadas por los interesados.

Incluso, como ya lo expusimos, procesos de selección como el regulado por el decreto del 22 de abril de 1847 le daban a la iniciativa privada un papel protagónico caracterizado por su amplia libertad en aspectos altamente sensibles, pues era el interesado quien elaboraba a su arbitrio los diseños y especificaciones técnicas de la obra, así como la propia proyección financiera de la concesión. Lo anterior también queda en evidencia con la facultad que les otorgó el Estado a los cocontratantes encargados de la construcción del camino de hierro destinado a unir los dos océanos por medio del Istmo de Panamá, toda vez que aquéllos gozaron de plena libertad para diseñar la ruta del ferrocarril y la localización de todas sus obras y dependencias conexas.

Con el devenir, aparecieron progresiva y tímidamente normas positivas que le ordenaban a la administración la elaboración de un documento que fungía como pliego de condiciones o sus equivalentes y cuya confección se sujetaba a una serie de requisitos y condiciones mínimos que debía contener dicho documento como la ley del contrato. Ello se tradujo, a su vez, en sustraer de la iniciativa privada y trasladar a la administración la debida planeación del contrato orientada, por tanto, por el interés general.

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

De una lectura transversal de los principales modelos concesionales utilizando como criterio de análisis la manera en que se estipulaban los derechos y las obligaciones a cargo del concesionario, se colige un rasgo común: la abrupta desproporción entre los excesivos privilegios que el Estado le otorgaba al concesionario a título de "auxilio", lo cual en la práctica terminaba por hacer nugatorio el riesgo y ventura, como elemento esencial de la concesión, que éste debía asumir en la construcción y posterior operación de la obra pública.

En efecto, las subvenciones directas hechas en especie por el Estado a los concesionarios, como por ejemplo la concesión y donación a perpetuidad de tierras baldías y la concesión de recursos renovables y no renovables como los yacimientos de petróleo en ciertos casos, aunadas a los exorbitantes períodos de privilegios (25, 45 y hasta 99 años) para el cobro de los derechos causados por el uso de los servicios públicos concesionados y las obras públicas construidas para su prestación, denotan con absoluta claridad la perversión del sistema financiero retributivo sobre el cual se erige el modelo concesional. Por ello, nos atrevemos a sostener que en esa primera época la concesión se convirtió, lastimosamente, en el modelo predilecto para encubrir la irracional repartición de los recursos públicos a los particulares.

C. LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

Si hay un aspecto de los modelos concesionales en el que se percibe la absoluta incoherencia normativa, es, sin lugar a duda, la manera en que se estipulaban los poderes exorbitantes y excepcionales al derecho común de dirección y control de la administración sobre la actividad del cocontratante.

En un principio, el Legislador prescindió por completo de un mecanismo exorbitante idóneo para que la administración dirigiera y controlara la actividad del concesionario, por lo cual ésta carecía de una herramienta útil para asegurar la satisfacción del interés general por medio de la correcta prestación del servicio público.

Luego, apareció la caducidad como "pena" que podía ser decretada por la administración frente a ciertos eventos de incumplimiento del concesionario respecto de las obligaciones a su cargo, la cual, una vez decretada, generaba consecuencias pecuniarias y habilitaba al Estado, en ciertos casos, para contratar el mismo objeto contractual con otra persona que ofreciera las garantías suficientes para asumirlo.

Sin embargo, la incoherencia e inconsistencia normativa llevó a que en ciertos contratos se confundiera la caducidad con la rescisión como fenómenos semejantes, cuando en realidad no lo son. En efecto, MARIENHOFF sostiene, siguiendo a JÈZE y LAUBADÈRE, que la rescisión entraña una sanción por *culpa* o *falta* cometida por el cocontratante, mientras que la caducidad responde a

eventos causados por el contratista que dan lugar a la parálisis del servicio público en perjuicio del interés general.

El paso del tiempo y la madurez del Legislador trajeron aparejada una regulación positiva coherente de la caducidad. Ya en 1905, la ley comenzó a señalar que la administración contratante debía estipular con claridad los casos en que procedía la declaración de caducidad de un contrato, sus consecuencias y la manera en que ésta podía ser declarada por vía administrativa.

En leyes posteriores la caducidad abandonó, poco a poco, el casuismo que la caracterizó en las primeras décadas de nuestra nación y vigorizó los supuestos genéricos de dirección y control en cabeza de la administración, con el fin de lograr la efectiva tutela del interés general mediante el aseguramiento de la prestación eficiente y continua del servicio público por parte del concesionario.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. "El enigma del contrato administrativo", en: *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, Madrid, IEA, 1968.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. "Estudio introductorio", en: *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 52–53.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico, modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El contrato administrativo*, 2.ª ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y de experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte*.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

JÈZE, GASTON. *Principios generales de derecho administrativo*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1949.

JÈZE, GASTON. *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 5.ª ed., Paris, Marcel Giard, 1927.

- LAUBADÉRE, ANDRÉ DE; JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. 1, 13.ª ed., Paris, LGDJ, 1994.
- MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. "Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Revista de Administración Pública*, n.º 144, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MELO, JORGE ORLANDO. "Las vicisitudes del modelo liberal (1850-1899)", publicado en *Historia Económica de Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1997.
- RIVERO, JEAN. *Droit administratif*, 13.ª ed., Paris, Précis Dalloz, 1990.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos* (tesis doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1969.