

Del Contrato de Concesión a los Funerales de la Mama Grande.

Edinson Heyner Palacios Castillo.*



Imagen: www.nuestromar.org

DEL CONTRATO DE CONCESIÓN A LOS FUNERALES DE LA MAMA GRANDE.

Hablar de los contratos de concesión de manera crítica y pertinente requiere de un especial cuidado debido a dos circunstancias que, por sí mismas, exigen el mayor rigor posible de los argumentos vindicativos. La primera es la coherencia epistemológica, que se constituye en principio y medio de validez de todo documento que quiera reputarse sólido desde el punto de vista académico. La segunda se refiere al poder coercitivo de los intereses económicos y políticos que concurren a la celebración de esta clase de contratos. En efecto, desde hace algún tiempo, hemos asistido a la constante calificación, de manera peyorativa, de neocomunistas por parte de las altas esferas del poder político de este país, de cualquier proposición que cuestione los fundamentos de la economía neoliberal que atraviesa las decisiones político administrativas que dan sustento, entre otras muchas cosas, a las trayectorias de intervención del capital privado en los proyectos de desarrollo en los que se enmarcan los contratos de concesión. El impacto de esta clase de pronunciamientos es evidente, puesto que polariza de manera tan radical al público que resulta muy difícil mantener el debate sin caer en una guerra de insultos.

Por lo anterior, debo hacer algunas precisiones de entrada que son necesarias para darle claridad tanto al propósito como al contenido del presente escrito:

· Antes que un texto de carácter estrictamente jurídico, las ideas que se presentan, corresponden más a una crítica desde la economía política

que, intenta identificar algunos elementos claves en el tema y que puede contribuir al debate, siempre álgido, alrededor de los límites entre lo público y lo privado. Lo anterior es así porque dada mi formación profesional no estoy en condiciones de proponer una perspectiva totalmente jurídica del asunto, esto no quiere decir que abandonaré esta tarea, solo indica que es otro elemento en construcción.

· La posición desde la cual inicio el análisis de los contratos de concesión no corresponde a ninguna de carácter anacrónico, se identifica con la racionalidad del pensamiento estructuralista, dado que los trabajos de esta escuela han podido ofrecer explicaciones consecuentes con los problemas del desarrollo de los países en condiciones de atraso económico.

· En lo que tiene que ver con la delimitación temporal, el trabajo previsto apunta al análisis de lo sucedido en materia de concesiones a partir de la expedición de la ley 80 de 1993 y hasta su reciente modificación por la ley 1150 de 2007.

· Aunque soy consciente de que el universo de los contratos de concesión es muy amplio, en este trabajo no se aborda un tipo particular de contrato puesto que esto hace parte también de

* Profesor de Pensamiento Económico. Escuela Superior de Administración Pública

los elementos en construcción para la elaboración de los artículos intermedio y final. Se intentan revisar algunos aspectos que son comunes a todo contrato de concesión y que deberán servir de sustento tanto al problema y a la hipótesis como a la perspectiva de análisis.

Desde inicios de la década de los 80, dos hipótesis ganan la fuerza necesaria para consolidar lo que serán las nuevas formas de acumulación y reproducción del capital; según la primera: el control del Estado sobre la economía era tan asfixiante que impedía el crecimiento de manera acelerada y continua, al tiempo que desestimulaba la iniciativa privada y con ello se desaprovechaban las ventajas comparativas y competitivas conectadas directamente con aquella. De acuerdo con la segunda, las reglas del mercado (en apariencia neutrales) relacionadas con la libre competencia, la información perfecta, la libertad de entrada y de salida de los agentes en el mercado, la autorregulación de los precios, la libre circulación de los factores productivos, el respeto incondicional a la propiedad privada - garantizada por la protección de las condiciones iniciales de entrada en el sistema productivo de los diferentes propietarios- constituyen el mecanismo más eficiente para la asignación particular del producto social, por oposición a los mecanismos del Estado de bienestar orientados por una lógica de compensación y distribución equilibrada entre los beneficios y las pérdidas.

Las reformas económicas que posteriormente se llevaron a cabo tendieron por supuesto, a redefinir de manera decisiva las relaciones entre el capital privado y el capital público, de tal manera que pudieran emerger los escenarios, teóricamente favorables, para la adecuada puesta en funcionamiento del nuevo modelo económico. Fundamentalmente, estas se dirigieron a eliminar los controles estatales sobre el comercio y la circulación del capital, lo que significó, entre otras muchas cosas, la eliminación de aranceles y controles monetarios, la venta de empresas estatales, la reforma al sistema financiero, al administrativo público, la eliminación de subsidios a la oferta para pasar a un régimen de subsidios a la demanda y el abandono de la prestación di-

recta de servicios públicos por parte del Estado. Es en este punto, donde podemos encontrar muchos de los elementos teóricamente justificativos de los contratos de concesión a través de los cuales se vinculará la participación del capital privado en la prestación de estos servicios.

En este estado, es necesario interrogarse de la siguiente manera: ¿Constituyen los contratos de concesión mecanismos apropiados para la prestación eficiente, eficaz y económica de servicios públicos estratégicos para el desarrollo económico y social, de tal manera que ésta se vea libre de los sobrecostos, atrasos, irregularidades, desviación de recursos y demás defectos atribuidos a la intervención del Estado?

Se intentará defender la siguiente hipótesis: antes que a todo lo anterior, los contratos de concesión están dirigidos a constituirse en instrumentos idóneos para la reproducción del capital porque incluyen mecanismos jurídico-económicos, especiales pero de ninguna manera novedosos (ya que su lógica interna corresponde con la de otra época muy precisa) que garantizan su continua acumulación. En este sentido, prevalece en su celebración y desarrollo el interés por el cumplimiento de este cometido, antes que la prestación, en las condiciones señaladas en el problema, de los servicios para los cuales se celebran, ya que para la mayoría de los mismos el grado de riesgo y el número de contingencias que les son conexas son independientes de la naturaleza, pública o privada, del prestador u operador.

El presente documento está conformado por tres partes; en la primera se describen algunas características básicas de los contratos de concesión, en la segunda se revisarán los argumentos técnico económicos que justifican su celebración y en la tercera parte se analizan las ideas expuestas en las dos anteriores a la luz de la perspectiva estructuralista para derivar de ellas los argumentos vindicativos que requieren el problema y la hipótesis.

El control del Estado sobre la economía era tan asfixiante que impedía el crecimiento de manera acelerada y continua.

Primera parte: características básicas de los contratos de concesión.

El numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió al contrato de concesión como aquel que celebra una entidad pública 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 o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

- La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular, quien asume la calidad de concesionario, las actividades descritas en la ley, sustituyendo al Estado en el cumplimiento de dichas cargas.
- El particular asume la construcción o mantenimiento de una obra pública.
- El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
- La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
- El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la

actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en general, cualquier otra modalidad de contraprestación. Es decir que a diferencia de otras modalidades de contratos estatales, en los que el pago se realiza con cargo al presupuesto público, en la concesión se efectúa con cargo a los beneficiarios finales o usuarios del bien o servicio, o con cargo a los ingresos generados por el concesionario en la actividad concedida. Si se trata de la construcción o mejoramiento de una vía pública, por ejemplo, se podrá convenir que el concesionario recupere la inversión y adquiera su utilidad, autorizándolo para cobrar la valorización o puede convenirse que cobre el peaje a los usuarios durante determinado tiempo. Cuando el objeto fuere la construcción de infraestructura de servicios públicos, se podrá convenir que el concesionario obtenga contraprestación con la facturación cobrada a los usuarios por la venta de servicios. En los contratos de concesión el aporte básico del Estado es el poder público que garantiza al contratista el respaldo jurídico necesario para que pueda obtener la contraprestación que se pacte.¹

- El concesionario asume la condición de colaborador de la Administración en el cumplimiento de los fines estatales para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la

¹ PACHÓN LUCAS, Carlos. (2006) *Diccionario de la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

debida ejecución de las obras públicas. La doctrina ha señalado que la definición del contrato de concesión es omnicompreensiva ya que abarca un gran número de diferentes opciones y actividades.

- El contrato confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera un elemento esencial del contrato.

- Con relación a la concesión de servicios públicos, el contrato implica otorgar a un particular, para que satisfaga inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un todo complejo en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.

- La Ley 80 en el artículo 19, dispone que en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, se pactará que, al finalizar el término de la concesión o explotación, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna. Es decir, la obligación de reversión a favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el gobierno y el contratistas, sino que surge de la Ley 80 que dispone la reversión a título gratuito a cargo del contratista, una vez extinguida la concesión; esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación pueda continuarse cuando el contrato de concesión

se extinga y se fundamenta en razones de utilidad pública.

- Según la Ley, el concesionario actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

- Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la administración, esto es así porque ocupan el lugar de aquella y por lo tanto deben actuar con fundamento en los pilares que gobiernan el desarrollo de las funciones públicas, es decir, de acuerdo con los postulados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En este sentido, se está en el campo de la función pública, tanto porque se trata de una actividad cuya titularidad es de naturaleza pública, como porque se trata de la satisfacción de un interés público.

- La entidad estatal puede sustituir al concesionario –tomando posesión de la empresa– cuando se altere el normal desarrollo del servicio público para hacerlo funcionar, potestad que debe ejercerse en situaciones de gravedad, la sustitución obrará por el tiempo estrictamente indispensable.

- El concesionario podrá renunciar a la concesión dando aviso por escrito a la entidad contratante, con la antelación que se acuerde, pero que no podrá ser inferior a un año.

- Para el caso de concesiones de servicios públicos, tienen reglas propias las de telecomunicaciones, telefonía básica conmutada de larga distancia nacional e internacional, servicios postales, telefonía móvil celular, las de construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial y la organización, prestación,

mantenimiento y gestión de las actividades del servicio público de electricidad ².

· El contrato de concesión tiene dos partes esenciales:

a) La parte típicamente contractual que contiene cláusulas propias del objeto del contrato, de las condiciones financieras y de los beneficios para el contratista.

b) La parte reglamentaria en la cual la administración organiza el servicio público a que se refiere la concesión.

· Dado que el contrato de concesión no es único ni está caracterizado por una estricta estructura obligacional, sino que se materializa en una pluralidad de figuras contractuales según el grado de colaboración que la administración emplee con los particulares, la concesión puede presentar varios tipos de gestión concesional a saber:

a) Simple concesión: en ella el particular asume con exclusividad los riesgos y los beneficios que le pueda reportar la explotación del servicio.

b) Concesión interesada: en ella la administración es quien explota el servicio pero contrata con un particular la gestión, retribuyéndole con una participación.

c) Concierto concesional: en este caso un particular se compromete a desarrollar una serie de prestaciones o actividades, con sus propios medios, necesarias para la prestación de un servicio público.

d) Concesión mediante sociedad de economía mixta: como su nombre lo indica, la administración contrata con una sociedad de economía mixta la prestación de un servicio público ³.

Segunda Parte. Razones técnico-económicas de conveniencia.

Los argumentos técnico económicos que se ofrecen para justificar la celebración de los con-

tratos de concesión, que se han adelantado desde la década de los 80, se enmarcan en un conjunto de ideas generales que han orientado las decisiones económicas más significativas en términos de la participación del capital privado en los proyectos de inversión que anteriormente eran competencia exclusiva del Estado. En este sentido, se pueden apreciar con claridad tres argumentos a favor de la participación privada en sectores considerados estratégicos, tanto desde el punto de vista económico como social. El primero de ellos hace referencia a la eficiencia que se predica como exclusiva del sector privado, por oposición a lo que parece suceder en el sector público estatal en donde este concepto no parece hacer ningún efecto en la gestión de sus proyectos y empresas, razón por la cual, los servicios y los bienes que este ofrece no son de la calidad esperada, ni son entregados con la oportunidad requerida, ni tampoco según los costos inicialmente calculados, ya que con frecuencia estos terminan superándose ampliamente. En este orden de ideas, se apunta a lograr que la sociedad se beneficie del saber hacer del sector privado, de tal manera que con su intervención se le garantice el acceso a bienes y servicios necesarios para su desarrollo en condiciones de eficiencia y economía. En teoría esto se garantiza porque la esfera económica privada está regulada por una racionalidad instrumental que fundamenta la acción con arreglo a fines y sobre la lógica de optimizar los beneficios minimizando los costos, cosa que el Estado no puede garantizar debido a fenómenos tales como la corrupción, el clientelismo y la paquidermia en que termina encasillado debido a las trabas que le impone su régimen contractual.

El segundo argumento apunta a destacar la falta de recursos del Estado para financiar ciertos proyectos necesarios para el desarrollo económico y social, esta falta de recursos obedece

2 SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. (2000) *Contratación Administrativa*. Ediciones Librería del Profesional.

3 PARRA GUTIÉRREZ, William René. (1996) *Los Contratos Estatales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

fundamentalmente al incremento del gasto público que terminó por poner sus finanzas en un punto de crisis que le impide responder con suficiencia al ritmo creciente de las demandas de la sociedad, es decir, la intervención del sector privado obedece a la necesidad de ofrecer soluciones a los problemas de la sociedad y para los cuales el Estado no cuenta con los recursos necesarios para su realización; bajo este argumento no interesa saber de donde provenga la solución siempre y cuando esta emerja y se garantice en el tiempo, dado que con ello lo que se logra es el bienestar general que es el mayor al que se pueda aspirar. Bajo esta óptica se constituye un esquema de intervención directa del Estado pero orientado por el concepto de focalización del gasto público, el cual estaría destinado a la solución de las necesidades de los grupos mas desfavorecidos y vulnerables, en este sentido, los contratos de concesión constituirían un ejercicio de equidad, puesto que el Estado al verse liberado de los gastos que suponen los proyectos de concesión puede simultáneamente aliviar la crisis de sus finanzas y dedicar mayores recursos para la inversión social.

El tercer argumento se centra en defender la necesidad de lograr una especialización de los sectores público y privado; de tal manera, que la sociedad se beneficie en conjunto de la experticia de ambos sectores en el desarrollo de las actividades que se consideran deseables a desarrollar por uno y otro. En este sentido, el Estado se encargaría de cumplir funciones relacionadas con la defensa, la elaboración de las leyes, la protección de la propiedad privada, la regulación de la economía por oposición a su intervención directa en ella y el fomento de la competitividad. Por su parte, al sector privado le correspondería la prestación y producción de aquellos bienes y servicios que pueden entregarse a través de los mecanismos de mercado, que son considerados como los mejores para reconciliar los intereses individuales y los colectivos, en la medida en que son completamente neutrales e impersonales, incrementan la eficiencia y la calidad de los procesos y resultados, aseguran información perfecta de manera constante y promue-

ven la armonización espontánea de millones de decisiones en el seno de un orden superior ⁴.

Como puede observarse, los tres argumentos están dirigidos a la consolidación de uno superior que apunta a la reconquista misma de la legitimidad del Estado, perdida por sus graves defectos en la prestación directa de bienes y servicios y en la racionalidad que subyace en la distribución social de la riqueza. Por esta razón se considera adecuada la intervención del capital privado en la prestación de servicios públicos, construcción y operación de infraestructura; y en la explotación de recursos naturales, de tal manera que la sociedad se beneficie de la diligencia de este último y del poder de regulación, vigilancia y control del primero, en lo que sería una forma simbiótica de dar solución a las necesidades del conjunto social.

Tercera parte. De las causas reales y de otros elementos ocultos.

Giraldo⁵ ha explicado con claridad dos cosas: primero, que la crisis de la deuda externa latinoamericana a comienzos de los 80 y la caída de los regímenes comunistas en Europa del Este, han sido presentados como una crisis del intervencionismo estatal y en consecuencia la derrota del mismo y la ratificación histórica de los principios liberales y del mercado. Lo que significó este hecho, es que, al terminar la antigua polarización del mundo, el capitalismo quedó solo en la escena económica internacional para imponer la políticas económicas que más beneficiaban a la reproducción del capital, aún en contra del medio ambiente y de los grupos económi-

4 BANCO MUNDIAL, *Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transporte*. Editorial Alfaomega, México D.F. 2003.

5 GIRALDO, César. (2004) Trabajo de Investigación Doctoral. Investigaciones en Curso. Universidad Nacional de Colombia.

La intervención del sector privado obedece a la necesidad de ofrecer soluciones a los problemas de la sociedad y para los cuales el Estado no cuenta con los recursos necesarios para su realización.

cos y sociales más vulnerables y que hasta entonces no habían sido puestas en marcha porque no se quería crear un descontento generalizado que fortaleciera los discursos y los movimientos pro socialistas y pro comunistas. Con el mundo entero como escenario de su dominación, el capital rápidamente impuso sus propias condiciones para su propio beneficio y esta imposición se logró gracias a la influencia de los organismos internacionales financieros cuyo poder, para asegurar estas medidas, no necesita ser expuesto en este documento; y segundo, que el primer resultado de esta "asociación" fue el denominado consenso de Washington, que es un conjunto de recetas para adelantar las reformas económicas y políticas dirigidas a remover las estructuras que no permitieran el libre funcionamiento del mercado. Una de esas recetas es la privatización del Estado que, básicamente consiste en trasladar al mercado, vía provisión privada, lo que sea posible trasladar.

En particular en aquellas áreas en las que el Estado actúa como empresario se le supone ineficiente y por esta razón es mejor ceder esta actividad al sector privado. Los principales procesos de privatización se dieron en los servicios públicos domiciliarios, la seguridad social, el sector minero y la construcción de infraestructura física básica. La privatización incluye la entrega en concesión al sector privado áreas clave de la economía que normalmente son monopolios naturales tales como el uso del espectro electromagnético, puertos, aeropuertos, autopistas y el transporte férreo. Es precisamente desde esta perspectiva que debemos analizar los contenidos de la primera y la segunda parte de este documento, porque solo así es posible descubrir propósitos que no se hacen visibles si nos quedamos en los campos estrictamente jurídicos o económicos. Es decir, solo

desde la óptica política es posible articular las necesidades del capital con los mecanismos concretos de acción en que estos buscan sus propias soluciones y de los que hacen parte los contratos de concesión.

De la primera parte resulta necesario rescatar tres elementos que son muy indicativos del papel que cumplen los contratos de concesión en la reproducción del capital:

- Un particular reemplaza al Estado en el cumplimiento de sus funciones.
- El plazo de este reemplazo, generalmente, no es inferior a 20 años.
- El riesgo de esta operación la asume el concesionario.

Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿En qué clase de actividades estarán dispuestos los particulares a invertir grandes sumas de dinero para reemplazar al Estado? La respuesta es inmediata, solo en aquellas que garanticen el retorno incrementado de tales inversiones; es decir, en aquellas que sean por sí mismas un negocio rentable, lo cual nos lleva a considerar otra cuestión igualmente importante: ¿Qué tendrá más importancia para el concesionario, reemplazar al Estado siguiendo los principios elementales del Estado social de derecho o preocuparse por garantizar que su nuevo negocio le rinda los excedentes esperados? Alguien podría afirmar que debe buscar, inevitablemente, los dos por igual, porque solo si presta el servicio que se le ha entregado en concesión conforme a un deber ser jurídico-económico podrá ga

rantizar que el Estado mantenga vigente el contrato, de lo contrario podría enfrentarse a su poder y ver como pierde la concesión, sin embargo, si en un momento determinado, debido a circunstancias propias del desarrollo del contrato, tuviera que darle prioridad a los intereses puestos en tensión ¿A cuál podríamos esperar que se la diera? ¿Al suyo o al general? Si consideramos lo oneroso y dispendioso que resulta solucionar las controversias contractuales en el marco de esta clase de contratos, creo que no resulta difícil responder esta pregunta, porque dada esta realidad, el concesionario cuenta con toda la ventaja para imponer el suyo.

Pero queda otra cuestión por analizar ¿Hay un riesgo relevante para el concesionario? Responder esta pregunta afirmativamente sería tanto como desconocer la historia misma del capitalismo, como tratar de negar la racionalidad costo-beneficio que explica la reproducción del capital. Decir que el concesionario desarrolla el contrato bajo su propio riesgo, es afirmar que en algún momento su interés económico podría sacrificarse por el general, cosa que por supuesto no es propia de la lógica capitalista. Dos elementos pueden corroborar lo que aquí se está diciendo, el primero es la naturaleza propia de las actividades que se concesionaron y el segundo la intervención del Estado para mantener vivo el interés del capital privado. Hay muchos casos que evidencian la realidad de ambos, pero para ser breves me limitaré a mostrar uno por cada caso.

Mediante sentencia C-250 de 1996 la Corte Constitucional, resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la ley 80 de 1993 que ordena que se pacte la cláusula de reversión; básicamente, el demandante alegaba que este artículo violaba el artículo 58 de la Constitución Política ⁶ porque determina que los bienes de propiedad de una persona particular pasen al patrimonio de una entidad estatal sin ninguna clase de contraprestación. Tal situación, sólo se puede calificar como una expropiación sin indemnización por cuanto el particular no efectúa voluntariamente el traslado del dominio sobre el bien, sino que el Estado a través de su poder coercitivo, obliga al contratista a pactar la cláusula en mención. La Corte Constitucional declaró exequible la norma demandada atendiendo a dos circunstancias, la primera es que el contratista, al momento de vencerse el plazo del contrato, ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que estos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los bienes cuya explotación se entrega en concesión. La segunda es que el plazo pactado de duración del contrato asegura la amortización de la inversión del capital del concesionario.

Lo que llama la atención de manera significativa, es el reconocimiento que hace la Corte de lo productivo que es el negocio de la concesión para el contratista porque le asegura, primero, recuperar la inversión realizada y segundo, la obtención de grandes utilidades, aunque esta sen-

6 Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

tencia surge con ocasión del caso específico de la concesión minera, es claro que lo predicado en ella aplica para toda otra forma de concesión, porque en cualquiera el capital privado ya ha realizado los cálculos que le aseguran su tranquilidad. Pero, cuando esta no queda del todo clara, el Estado interviene(segundo elemento), como en el caso de los contratos de concesión para la construcción de infraestructura vial, aquí el Estado le asegura al contratista un flujo vehicular mínimo dispuesto a usar la vía concesionada – cuando no obligado- a cambio del pago del respectivo peaje, si por alguna razón el flujo real es inferior al proyectado, el Estado pone de sus propios recursos los dineros faltantes, sin embargo, si el flujo real es superior éste no recibe ninguna participación en los excedentes.

En la práctica, el capital del contratista no corre ningún riesgo y aunque la ley hace pensar que el Estado tiene en todo momento el control sobre el contrato y que goza de todos los elementos para garantizar la prevalencia del interés general, debido a su poder soberano, en la práctica esto puede suceder simplemente porque de entrada ya se ha garantizado el cumplimiento del interés particular del concesionario, pero si en algún momento este no se garantiza, podemos estar seguros de que el riesgo no lo asumirá el contratista sino el Estado y con él toda la sociedad. Mediante sentencia de radicado NO.27291 del 09 de diciembre de 2004, el Consejo de Estado se dio a la tarea de hacer la historia de los contratos de concesión vial a través de la caracterización de sus tres generaciones. En ella aclaró que en los contratos de primera generación se presentaron demoras en el desembolso de las garantías, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación, cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retra-

dos en la adquisición y entrega de predios, problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de contrato, la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la nación por efecto de las disminuciones de los ingresos proyectados, lo cual resultó muy cuantioso. Dicha experiencia fue recogida en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, los cuales muestran que el gobierno asumió una serie de riesgos que no estaba en condiciones de controlar efectivamente, entre ellos se menciona el riesgo constructivo, el cual hace referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista, en estos casos el Estado asumió los sobrecostos de mayores cantidades de obra en porcentajes determinados que variaban en cada uno de los contratos. De este modo el documento CONPES concluyó que las concesiones de primera generación afectaron de manera importante la capacidad de inversión de la Nación.

En los contratos de segunda generación se buscó corregir errores cometidos en los de primera y disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos mas claro y sustentado, sin embargo en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponible, una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado se termina el plazo de concesión y la infraestructura se devuelve al Estado.

Los contratos de tercera generación no difieren substancialmente de los de segunda pero en ellos se introdujo el concepto de gradualidad, que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. Finalmente el Consejo de Estado concluyó que mediante el sistema de concesiones se buscaba como alternativa para la financiación de los proyectos, la inversión privada frente a la notoria escasez de los recursos públicos; igualmente, la intención inicial fue transferir al contratista privado la mayoría de los riesgos asociados con los proyectos correspondientes, que habían sido asumidos tradicionalmente por el sector público. Sin embargo, en la práctica la administración asumió las garantías que cubrieron los diferentes tipos de riesgo identificados y que mantuvieran los retornos esperados, lo que afectó de manera importante la capacidad de inversión de la nación y sus recursos fiscales. Ahora bien, aunque se está hablando aquí de un caso particular, éste nos deja una valiosa enseñanza dado que nos permite aclarar que realmente los contratos de concesión disfrazan de cooperación lo que no es más que un negocio seguro para el contratista ya que cuenta con el respaldo del Estado para garantizar sus utilidades esperadas.

Lo dicho por el Consejo de Estado nos sirve como transición al análisis de la segunda parte de este escrito pero debo aclarar que para ello partiré de una idea expuesta por Pierre Bourdieu en la introducción de su libro: "Las Estructuras Sociales de la Economía"⁷ y para quien esta clase de discursos son propios de la corriente neoclásica del pensamiento económico, de la cual dice que ha hecho de la economía una ciencia de Estado, que precisamente por ello tiene la obsesión del pensamiento de Estado porque está constantemente impulsada por las preocupaciones normativas de una ciencia aplicada y que se afana en responder políticamente a requerimientos políticos, aunque niegue cualquier implicación política mediante la ostentosa altivez de sus construcciones formales, matemáticas de preferencia y que, según muchos analistas, agravan el desfase sistemático entre los modelos teóricos y las prácticas efectivas, debido a que sus sustentaciones van parejas con la invención de una visión escolástica del mundo.

Este argumento cobra mayor claridad cuando recordamos que el escolasticismo era una filosofía enseñada en las universidades y escuelas eclesiásticas medievales que se caracterizaba por buscar un acuerdo entre la revelación divina y las especulaciones de la razón humana. Calificar a la economía de esta manera no es más que un mecanismo para reforzar la idea de que esta es una pseudo ciencia que utiliza unos instrumentos de ilusión logística que permiten darle vía libre a todas las medidas que permitan cumplir con los acuerdos establecidos previamente con el capital. La evidencia de esta consecuencia lógica la encontramos si tomamos en consideración argumento por argumento de la segunda parte. Eficiencia del sector privado, falta de recursos del sector público para adelantar los diferentes proyectos que implican la entrada en escena del capital privado y liberación de recursos del Estado para velar por los más pobres, son en términos generales, los argumentos que soportan la celebración de los contratos de concesión, pero cada uno de ellos parte de supuestos que pueden ser controvertibles.

En primer lugar, diremos que la creencia en la eficiencia del sector privado y en la ineficiencia del sector público es el resultado de la vivencia experimentada por casi todos los que hemos tenido que enfrentarnos al Estado, su probada negligencia e indolencia, que son el resultado de la corrupción política y administrativa ligada con su gestión, parecen no necesitar mayores pruebas. Sin embargo, no podríamos considerar que la eficiencia es una característica propia y reservada al sector privado porque la historia está llena de contra ejemplos que muestran que el sector público puede ser eficiente y que el privado en casos concretos se ha mostrado altamente ineficiente, como en los de servicios públicos domiciliarios y del transporte.

7 BOURDIEU PIERRE, (2002) Las Estructuras Sociales de la Economía. Introducción. Ariel.

La creencia en la eficiencia del sector privado y en la ineficiencia del sector público es el resultado de la vivencia experimentada por casi todos los que hemos tenido que enfrentarnos al Estado.

Por otro lado, la falta de recursos no puede ser considerada un argumento sólido porque al Estado también le están abiertas las puertas del crédito como al sector privado; y dado que los negocios relativos a la concesión garantizan totalmente la recuperación de la inversión y la producción de utilidades, debemos decir que su entrega al sector privado equivale a eliminar la posibilidad de reducir el déficit fiscal del Estado gracias a la pérdida de ganancias en las que incurre. O sea, aceptar este argumento es reconocer que al Estado le ha faltado visión, lo que es difícil de creer porque las cuentas no son muy complicadas de realizar.

En relación con la liberación de recursos para la inversión en los sectores más deprimidos, debemos decir dos cosas: la primera es, como lo ha dicho el Consejo de Estado, la administración ha tenido que incurrir en gastos no previstos para favorecer al concesionario, y en muchos casos esos recursos fueron a parar a manos de los contratistas y segundo: que dadas las imposiciones del modelo económico, que exige la reducción del gasto público, cuando hayan quedado libres tales recursos tampoco se utilizaron como se esperaba; los recortes en salud y educación, que son sectores estratégicos para la mayoría de la población, son una prueba de ello.

Finalmente, frente a los problemas asociados con la corrupción de la que se dice ser propia del sector público, cabe decir que en cada caso de corrupción a mediano y alto nivel se puede garantizar la participación del sector privado. El caso ENRON como otros prueba que este sector tiene sus lados débiles también. Hobsbawm⁸ por su parte ha mostrado las tarifas en dólares que en promedio se necesita pagar a los altos funcionarios del Estado para que otorguen contratos multimillonarios al capital privado.

Conclusiones

Los contratos de concesión constituyen un retorno al pasado feudal.

La paciencia del lector es lo único que puede explicar que haya llegado hasta estas líneas, ahora quisiera poner en claro la idea que las ha originado; para ello debo citar dos textos relacionados con el feudalismo en los que se encuentran esbozados los mecanismos jurídico-económicos de los que hablé en la hipótesis. En el primero de ellos Weber⁹ explica que feudo significa siempre:

- La apropiación de los poderes y derechos de mando; y en este sentido pueden ser apropiados como feudos poderes domésticos dentro de la propia hacienda o poderes de mando dentro de la asociación bien sean económicos o fiscales.
- El enfeudamiento se produce en virtud de una investidura a cambio de servicios

8 HOBBSAWM, Eric. (1998) *Historia del Siglo XX*. Crítica

9 WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. (1997) Fondo de Cultura Económica.

específicos, primariamente militares pero también administrativos.

- El feudalismo prebendario representa regularmente una transformación de la administración fiscal dentro de una economía monetaria y puede ocurrir descargando en un empresario el riesgo de ingresos oscilantes mediante aceptación de sufragar los gastos de la administración civil y de aportar un tributo global a la caja del príncipe.

El segundo texto es el capítulo titulado Poder Privado, Poder Público, de la Historia de la Vida Privada Vol.2 ¹⁰, allí se puede leer que:

- La feudalización traduce la privatización del poder.
- Los derechos del poder público acaban por acusar un carácter patrimonial
- Después de los años 1050 el rey ya no estaba asistido mas que por los parientes mas cercanos, por algunos camaradas de caza y de combate, mientras que el poder de paz y justicia se encontraba decididamente en manos de príncipes independientes que de vez en cuando se encontraban amistosamente en las fronteras de su territorio, en terreno neutro, comportándose cada uno de ellos como dueño y señor que consideraba la porción del reino sometida

a su poder como un apéndice de su propia casa.

El feudalismo fue ante todo la entrega de funciones públicas a notables privados que se veían beneficiados por su fidelidad con el poder real, el resultado de aquello lo registra la historia como una época de barbarie en la que la sociedad se veía sometida a una incontrolable red de aparatos de dominación. Toda esta estructura se sustentaba en un sistema discursivo que lo justificaba acudiendo a estrategias de convencimiento por las que se le hacia creer a la población que las cosas eran así por su propio beneficio; igual que hoy con la intervención del capital privado en los asuntos públicos... ¿Me pregunto si tales estrategias habrán podido evitar la indignación del ciervo que veía su esposa o hijas pagar el derecho de pernada, a caso a ellas se las habrá evitado?

Creo que asistimos a un movimiento parecido y que uno de los mecanismos utilizados para investirlo de legalidad es el contrato de concesión. No intento hacer una defensa irracional del Estado porque sus errores y excesos no se pueden ocultar, pero creo que las prerrogativas entregadas al sector privado no constituyen una verdadera solución a todos aquellos problemas ligados con el desarrollo económico y so-

10 ¹¹ ARIES PHILIPPE. *Historia de la Vida Privada* (v2). De la Europa Feudal al Renacimiento.

cial. En la segunda lectura también se puede leer que la oposición entre vida privada y vida pública no es tanto cuestión de lugar como de poder, pero este contraste no se produce entre poder y no poder, sino entre dos naturalezas de poderes, es decir, hay dos distritos en los que el orden y la paz no se mantiene en nombre de los mismos principios, en los que tanto en el uno como en el otro, el individuo se halla sometido, controlado, en los que se le corrige y se le castiga pero perteneciendo la corrección y el castigo a autoridades diferentes. Esto quiere decir que con la intervención del sector privado en el público no se evita la arbitrariedad en la gestión, al contrario, se corre el riesgo de incrementarla.

Llamar la atención acerca de lógica feudal interna de los contratos de concesión puede contribuir a que se establezcan puntos de vista y de análisis que favorezcan una reflexión más pertinente de algunos de los problemas que plantea la celebración de los contratos de concesión como: ¿Cuáles son los mecanismos más adecuados para la vigilancia de los recursos públicos que intervienen en su ejecución? ¿Con que instrumentos jurídicos se debe dotar a la Superintendencia de Puertos y Transporte para que cumpla con suficiencia su función de inspección y vigilancia de los contratos de concesión sobre los que la ejerce? ¿Cómo dotar al Estado para que no pierda su poder soberano ante los concesionarios cuando las decisiones del gobierno en esta materia favorecen más al interés particular que al general? Finalmente ¿Cómo garantizar la prevalencia de los

principios del Estado Social de Derecho para que estos no terminen siendo letra muerta?

Con relación a este último interrogante, la Corte Constitucional en diferentes sentencias ha mostrado el alcance de estos principios, por esta razón podemos comprender que con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. Adicional a lo anterior, se entiende que el Estado Social de Derecho se proyecta en la consagración del principio de igualdad, de los derechos sociales y económicos, la prestación de los servicios públicos, la prevalencia del interés general y en garantizar los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan, tanto en la vida económica, política y administrativa, como en la cultural de la Nación, lo que le permite al pueblo intervenir en todo momento en las decisiones del Estado.¹¹

Lo anterior se pone en peligro con el modelo de concesiones adoptado en el país porque los poderes privados, que intervienen en él, son de tal magnitud que difícil

11 | CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000

mente el pueblo puede ejercer sobre ellos el control ciudadano sobre el que se erige el Estado Social de Derecho. El contrato de concesión es una forma muy eficaz de reducir la soberanía popular, de hacer prevalecer el interés particular sobre el general y de someter la mayoría a la racionalidad costo beneficio sobre la que el gran capital edifica su matriz de auto reproducción, poniendo en peligro la solidaridad y la equidad que también son principios del Estado Social de Derecho. El lector puede encontrar ejemplos de lo que aquí se está diciendo en muchos casos, solo a manera de orientación podría indagar los de explotación de recursos naturales, transporte y televisión.

Fue Jorge Luis Borges quien repudió la tendencia de los escritores a utilizar un gran espacio en la exposición de una idea que no requeriría más que unas cuantas palabras, por ello finalizaré este escrito acudiendo a un texto que resume de manera concreta lo que aquí he intentado defender, esta es, que asistimos a una privatización de lo público al mejor estilo feudal por la vía de los contratos de concesión: "La Mamá Grande necesitó tres horas para enumerar sus asuntos terrenales. En la sofocación de la alcoba, la voz de la moribunda parecía dignificar en su sitio cada cosa enumerada, cuando estampó su firma balbuciente y debajo estamparon la suya los testigos, un temblor secreto sacudió el corazón de la muchedumbre que empezaba a concentrarse frente a la casa, a la sombra de los almendros polvorientos. Solo faltaba entonces la enumeración minuciosa de los bienes morales. Haciendo un esfuerzo supremo –el mismo que hicieron sus antepasados antes de morir para asegurar el predominio de su especie- la Mamá Grande se irguió sobre sus nalgas monumentales y

con voz dominante y sincera, abandonada a su memoria, dictó al notario la lista de su patrimonio invisible: la riqueza del subsuelo, las aguas territoriales, los colores de la bandera, la soberanía nacional, los partidos tradicionales, los derechos del hombre, las libertades ciudadanas, el primer magistrado, la segunda instancia, el tercer debate, las cartas de recomendación, las constancias históricas, las elecciones libres, las reinas de belleza, los discursos trascendentales, las grandiosas manifestaciones, las distinguidas señoritas, los correctos caballeros, los pundonorosos militares, su señoría ilustrísima, la Corte Suprema de Justicia, los artículos de prohibida importación, las damas liberales, el problema de la carne, la pureza del lenguaje, los ejemplos para el mundo, orden jurídico, la prensa libre pero responsable, la Atenas Sudamericana, la opinión pública, las elecciones democráticas, la moral cristiana, la escasez de divisas, el derecho de asilo, el peligro comunista, la nave del Estado, la carestía de la vida, las tradiciones republicanas, las clases desfavorecidas, los mensajes de adhesión..."¹²

12 | GARCIA MARQUEZ, Gabriel. (1990) Obras Maestras del Siglo XX. Oveja Negra.

Bibliografía

ANDERSON, Perry., Transición de la antigüedad al feudalismo, Ed. Siglo XXI, México.

DOBB, Maurice., La transición del feudalismo al capitalismo. Siglo XXI. España.

ARRIGHI, Giovanni El Largo Siglo XX. AKAL España.

LANDREATH Y COLANDER, (1998) Historia del Pensamiento económico, Ed. CESA.

HERRERA, Benjamín. (2004) Contratos Públicos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

YOUNES, Diego. (2004) Curso de Derecho Administrativo. Temis.

VIDAL, Jaime.(1997) Derecho Administrativo. Temis. 11ª. Ed.

CUELLO, Francisco. (2002) Contratos de la Administración Pública. ECOE Ediciones.