

80112 – EE29366

Bogotá, D.C., Abril 28 de 2010.

Doctor
ANTONIO MORENO RUMIÉ
Contralor Auxiliar para Responsabilidad Fiscal
Contraloría Departamental del Valle del Cauca
Santiago de Cali - Valle

ASUNTO: Contrato de Concesión.

1- ANTECEDENTE

Recibimos su escrito con Cordis número 2010ER17550 de fecha 10 de marzo de 2010 mediante el cual solicita respuesta a los interrogantes que se transcriben a continuación sobre el caso planteado.

Señala que por ordenanza de fecha febrero de 2009 de la Asamblea Departamental fueron autorizados compromisos con vigencias futuras excepcionales atendiendo a siete grandes proyectos los que se desagregan en 75 más específicos de inversión social.

En atención a lo anterior, se suscribió un contrato de consultoría con recursos de libre inversión el cual fue desarrollado por etapas, la primera consistente en la estructuración, la segunda en el acompañamiento durante el proceso de mercadeo de los proyectos y la selección mediante licitación pública, la tercera en la revisión de los cierres financieros acreditados por los adjudicatarios en los procesos que se adelantaren. Sobre las dos últimas fases señala que serían remuneradas por los concesionarios seleccionados a través de una comisión de éxito del 2% sin incluir IVA del valor estimado en los contratos.

Expone además que los 7 proyectos fueron agrupados en 3 licitaciones que fueron realizadas mediante la modalidad de concesión y adjudicados en diciembre 2009 y firmados en enero de 2010. Y que los concesionarios eran responsables de los diseños, construcción y mantenimiento a todo costo, determinándose como recuperación de la inversión pagos del Departamento del Valle desde 2010 hasta 2020.

Interrogantes:

pág. 1

- “1. *¿Es aplicable la figura de la concesión para este caso en concreto, cuando su remuneración o contraprestación es a través de recursos propios?*
2. *¿Es legal que se cobre una comisión de éxito del 2% del valor estimado de lo contratado (\$650.000 millones de pesos), equivalentes aproximadamente a \$13.500 millones de pesos, sin que corra ningún riesgo el consultor y haciendo que se incrementen los costos de las obras, por una propuesta presuntamente antieconómica para el Departamento, por cuanto este de 2% hace parte de las vigencias futuras aprobadas, teniendo en cuenta además, que el Departamento canceló \$480 millones por la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos?, trabajo que se desarrolló en tres meses.*
3. *De acuerdo a los pliegos de condiciones, el plazo máximo para suscribir los contratos de concesión iba hasta el 28 de diciembre, pero se firmaron el 07 de Enero/10, ¿Es legal que a través de una adenda se haya prorrogado este término, justificándose en que el mes de diciembre se dificultaba la consecución de la garantía única, cuando dicho documento se requiere en la etapa de ejecución y no de perfeccionamiento?*
4. *¿Es factible que por tratarse de concesiones, las actividades a desarrollar para la ejecución de las obras, se cuantificaran en forma global y no discriminada, por cuanto el concesionario está obligado a realizar los estudios, diseños, componente social, adquisición de predios, pago del 2% de la comisión de éxito, obra física, entre otros, sin cuantificar cada actividad, de tal manera que se dificulta establecer la existencia de sobrecostos y el adecuado seguimiento tanto de los entes de control como la interventoría, al tener claros dichos componentes?*
5. *¿Es legal que un concesionario una vez le fue adjudicada la liquidación al asociarse en la Cámara de Comercio, a través de promesa de sociedad futura, los aportes de los socios se hiciera por \$10 millones de pesos, dada la magnitud de la contratación (\$235.000 millones), cuando en la propuesta se presentaron individualmente con una solvencia económica entre 45.000 y 100.000 millones? ”*

2- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Digamos en primer lugar que para el caso concreto desconocemos el objeto contratado a través de la concesión, no tenemos competencia sobre el asunto específico y no somos el operador jurídico que puede observar la prueba indiciaria para decidir ni para calificar la legalidad de las actuaciones que se plantean, razón por la cual las respuestas a los interrogantes planteados serán dadas de manera general y abstracta.

Atendiendo al caso expuesto y dado que las preguntas van referidas en atención a los contratos de concesión obviaremos el tema de vigencias futuras dado que presumimos que éstas fueron otorgadas atendiendo a todas las disposiciones legales que existen para su debida autorización.

Sobre el caso que nos ocupa es necesario manifestar, que son dos los contratos referidos, el primero de ellos es el de Consultoría y el segundo el contrato de concesión mediante el cual fueron contratados 75 proyectos.

El artículo 25 numeral 7° de la Ley 80 de 1993 señala que todo contrato y para el caso que nos ocupa, todo proyecto de inversión debe ir precedido de un análisis detallado de oportunidad y conveniencia del objeto que será contratado.

El artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 define los contratos de consultoría como “...los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos...”. Nótese que no fue señalada su forma de pago, pero “... normalmente se acuerdan una de dos modalidades de pago para ésta clase de contrato: los costos directos e indirectos y factor multiplicador, y el precio global con suma periódica fija o variable”¹

Sobre el contrato de concesión es necesario recordar lo consagrado por la Ley 80 de 1993 en el artículo 32 numeral 4 que a su tenor literal consagra: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (Subrayado fuera de texto).

Obsérvese que el contrato de concesión “... se diferencia de otras clases de contratos en dos aspectos fundamentales: la forma de pago y el traslado legal de los riesgos de la actividad al contratista”², además puede celebrarse en varias modalidades tales como obra pública, servicios públicos, bienes destinados al servicio o uso público, monopolios y bienes del Estado.

¹ Borrador Contratación Estatal, Diciembre 2000
Dr. Jorge Pino Ricci

² Borrador Contratación Estatal, Diciembre 2000
Dr. Jorge Pino Ricci

La forma de pago para el contrato de Concesión ha dicho la doctrina en atención a lo señalado por la norma, que: *“El contrato de concesión se puede pagar al contratista mediante la autorización del cobro de peajes, mediante sistemas de derechos, tarifas y valorizaciones que se imponen a los particulares. Igual la entidad podría acordar el pago de cuotas fijas, periódicas etc., como única forma de pago o efectuar mezclas con las primeras o, incluso, desarrollar cualquier sistema en virtud del principio de autonomía de la voluntad. La forma de pago se establecerá para cada caso en particular en consideración a los recursos disponibles de la entidad estatal, las condiciones de crédito en el mercado, etc...”*³

Atendiendo a las normas ya citadas ésta Oficina dará respuesta a los interrogantes que sobre el caso fueron planteados, tal y como fue dicho de manera general y abstracta:

Respuesta 1er Interrogante: En los contratos de concesión de conformidad con el objeto del contrato podrán pactarse el pago de cuotas periódicas o fijas o mediante la autorización del cobro de peajes, tarifas entre otras tal y como lo establece la norma.

Respuesta 2º Interrogante: La forma de pago del contrato de consultoría dependerá del acuerdo las partes en atención al principio de autonomía de la voluntad. No obstante, es claro que tratándose de una entidad pública una de las partes, los valores que sean acordados para su pago no podrán superar los valores que comúnmente son pactados para este tipo de contratos o de los valores que sobre los mismos se encuentren en el mercado.

Respuesta 3er interrogante: En atención a que para el caso expuesto fueron autorizadas las debidas vigencias futuras para celebrar la contratación, la suscripción de los contratos no se encontraba sujeta al principio de anualidad presupuestal, el cual establece que no podrán asumirse compromisos con cargo a apropiaciones del año fiscal que se cierra. Adicionalmente las garantías constituidas por el concesionario buscan asegurar la suscripción del contrato luego de que la entidad pública ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso.

Respuesta 4º Interrogante: Aunque la naturaleza jurídica de los contratos de concesión no es otra que la de trasladarle el riesgo a los contratistas o concesionarios, es evidente que para la entidad pública que contrata con el concesionario deben quedar claramente establecidas etapas en las cuales

³ Borrador Contratación Estatal, Diciembre 2000
Dr. Jorge Pino Ricci

avanzarán los proyectos para el desarrollo del contrato de concesión, máxime cuando la ley solicita al concesionario al presentar su iniciativa o propuesta indicar en ella como mínimo la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental.

Respuesta 5º Interrogante: La ley concede a los proponentes frente a un contrato de concesión la posibilidad de presentar oferta bajo la promesa de constituirse en una sociedad en caso de resultar adjudicaría del contrato. Luego las características y condiciones de *constitución de futura sociedad* deben estar claramente establecidas en los pliegos de condiciones, en atención a que ello constituye criterio de selección, es decir, deberán indicarse las características de la *futura sociedad*. Atendiendo a lo requerido en los pliegos de condiciones, no podrá exigirse una vez suscrito el contrato, más requisitos de los allí establecidos so pena de incurrir en desigualdad ante las oportunidades de todos los participantes.

3- CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente escrito, esta oficina Jurídica responde a los interrogantes que fueron planteados en su escrito.

Para finalizar, es procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo es decir, carecen de fuerza vinculante.

Le informamos finalmente que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "Normatividad - Conceptos" de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

Cordial saludo.

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

pág. 5

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

*Proyecto: Johana Milena Valenzuela Pardo
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Asesor de Gestión (E)
Radicado: 2010ER17550*