



LA NATURALEZA INCOMPLETA DE LAS CONCESIONES Y SU IMPACTO EN LA ATENCIÓN DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL DEL ESTADO

Para nuestra Entidad probablemente resulte cómodo hablar de la diferencia entre un contrato de concesión y uno de obra pública. Para los organismos de control del Estado quizá no resulte tan fácil.

Por ello, debemos darnos en la tarea de generar espacios de formación y entendimiento permanentes con quienes nos auditan o visitan, con el ánimo de fortalecer la posición que tiene la Entidad de cara a un proyecto concesionado o de un proceso cuyos efectos pueden tener relación con el devenir de las concesiones.

En el curso normal de las actuaciones institucionales, se suelen identificar las características de la concesión señalando, entre otras, que: «a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública. b. La entidad pública mantiene, durante la ejecución del contrato, la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario. c. El particular recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación. d. 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 debida ejecución de las obras públicas. e. Los bienes entregados y generados en función de la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.»^[1].

Adicionalmente, la literatura atribuye a la concesión la naturaleza de un negocio financiero, en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, quien recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con

los ingresos que produzca la obra y/o con recursos comprometidos por el Estado. Es de resaltar que en el gobierno del presidente Santos, no han existido anticipos que en el pasado se constituían en una práctica usual para inyectar financieramente a un proyecto.

Estas circunstancias, y otras más específicas, permitirían, a priori, diferenciar la misión institucional de la ANI y del INVÍAS. La primera promueve, celebra y ejecuta las APP y la segunda la obra pública de la nación.

La anterior distinción tiene efectos múltiples en relación con temas que resultan del mayor interés para los organismos de control del Estado. Entre otros, citamos los siguientes:

1. Desplazamientos de cronograma con efectos financieros.
2. Modificaciones de contratos.
3. Adiciones a los contratos.
4. Mantenimiento de la ecuación económica del contrato.
5. Fondeo y movimientos de las cuentas en la fiducia.
6. Sobrecostos.
7. Adecuado seguimiento contractual.
8. Naturaleza jurídica de los rendimientos financieros generados en el marco de proyectos concesionados.

Los anteriores eventos son comunes a la hora de observar el plan de mejoramiento institucional (PMI) proveniente de los hallazgos incorporados por la Contraloría General de la República y sus investigaciones fiscales, como lo son también cuando se examinan los temas asociados a los requerimientos provenientes de la Procuraduría General de la Nación y la propia Fiscalía.

Por ello, no sobra recordar algunas buenas prácticas compiladas en el marco del instructivo sobre atención de organismos de control ², y a la vez, divulgar conceptos del PMI que podrían ser de utilidad. Empecemos por lo primero:

- La atención a los organismos de control debe estar en cabeza de los líderes de los proyectos y de los procesos, pues nada mejor que una visión que integre las diferentes variables de la información asociada a un tema.
- En equipo es más fácil abordar a un organismo de control por las distintas disciplinas que involucran los datos.
- Tener en cuenta las lecciones aprendidas, las cuales se cultivan en función de la gestión del conocimiento y de una aproximación a los planes de mejoramiento institucional.
- Es indispensable contar con unas bases mínimas de entendimiento sobre los temas que son consultados.

Ahora bien, en lo que concierne a los conceptos del PMI, queremos abordar el título de esta columna señalando los elementos comunes que rodean un análisis mínimo frente a un presunto desplazamiento en la ejecución del cronograma de obra con efectos financieros -en el marco de un contrato de concesión-, exponiendo una visión desde la perspectiva del control.

1. Consideraciones jurídicas:

- a) La naturaleza incompleta de la concesión: Ha señalado la Corte Constitucional que las concesiones son contratos incompletos ³, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto. No obstante, se debe tener en cuenta la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, por lo que la modificación debe ser excepcional y obedecer a: (a) razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos.
- b) El equilibrio financiero del contrato: “(...) Consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas para su restablecimiento, so pena de incurrir en responsabilidad (...)”⁴. En este sentido:
 - ✓ La alteración debe generarse por acontecimientos no imputables a quien reclama.
 - ✓ La alteración debe obedecer a circunstancias posteriores a la propuesta o a la celebración del contrato.
 - ✓ La alteración debe producir una afectación anormal y grave a la economía del contrato.
- c) Iniciación de procedimientos sancionatorios si a ello hubiere lugar: Detectado el incumplimiento con su correspondiente soporte técnico, jurídico y financiero, será necesario promoverlos.

2. Consideraciones financieras:

Teniendo bajo sujeción la descripción técnica de los hechos acaecidos en el marco del proyecto, se debe considerar si la alteración del cronograma inicial podría beneficiar al concesionario en la medida en que, por ejemplo, percibe ingresos por el recaudo de peajes o pospone sus aportes de equity, incrementando su rentabilidad. Puede suceder también que, a pesar de que el concesionario no incrementa su rentabilidad, el Estado sufra perjuicios por la ausencia de la puesta en operación para los usuarios, lo cual acarrea costos. Para tales efectos, se proponen escenarios de análisis:

- a) Contar con la información mínima que contenga montos de inversión, fechas iniciales y reales de inversión y los porcentajes de avance de obra.
- b) Comparar el cronograma de inversiones, el inicial vs el real, calculando el valor presente neto VPN para cada uno de ellos.
- c) Una vez calculado el VPN, determinar la diferencia de ambos resultados, actualizándola a la fecha de la presentación del análisis.
- d) Finalmente, se determina el valor que podría adeudar el concesionario por desplazamiento.

Teniendo en cuenta estos aspectos, podríamos contar con elementos mínimos que permiten una adecuada presencia institucional ante los organismos de control, en particular sobre temas que giran alrededor de nuestra misión.

^[1] Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación 14390 DE 2010.

² https://www.ani.gov.co/sites/default/files/sig/evci-m-005_buenas_practicas_atencion_organismos_de_control_v1.pdf

³ Sentencia C 300 de 2012. En el mismo sentido: Sentencia Consejo de Estado del 17 de mayo de 2007, sección tercera, C.P. Ramiro Saavedra. Sentencia de diciembre 9 de 2004, Rad: 27921, C. P. Ramiro Saavedra; sentencia de 19 de junio de 1998, Rad: 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 7 de marzo de 2007, rad: 11542-00, C. P. Ramiro Saavedra; de la Corte Constitucional: Sentencia C-250 / 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara y Sentencia C-711 / 1996, M.P. Fabio Morón Díaz

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia 28 de septiembre de 2011. C.P Ruth Stella Correa.