

EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA LICENCIA, INSTRUMENTOS JURÍDICOS
PARA LA EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS.

Presentado por:

ALEXANDER OSPINA GARCÍA

Profesor:

DR. ÁLVARO LONGARAY RODRÍGUEZ

Trabajo de Grado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, D. C. OCTUBRE
2011

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. TÍTULO	1
1.1 INTRODUCCIÓN	1
1.2 TEMA TRATADO	3
2. ASUNTOS COMUNES PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	4
2.1 DERECHO A UN AMBIENTE SANO	4
2.2 EL MEDIO AMBIENTE COMO PATRIMONIO COMÚN	4
2.3 DESARROLLO SOSTENIBLE	5
3 LAS LICENCIAS	9
3.1 LA LICENCIA SEGÚN SU ORIGEN	9
3.1.1 Licencia Ambiental	9
3.1.2 Licencia Urbanística	11
3.1.3 Licencia de Funcionamiento en el Distrito Capital	12
3.1.4 Licencia o Título de Navegación	12
3.1.5 Licencia de Tránsito	13
4. LA CONCESIÓN	14
4.1 MARCO CONSTITUCIONAL	14
4.2 MARCO LEGAL	14
4.2.1 LEY 80 DE 1993	15
4.2.2 LEY 685 2001	15
4.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	16
4.4 LA CONCESIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES ESTATALES	18
CONCLUSIONES	19
BIBLIOGRAFÍA	22

TITULO

1 EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA LICENCIA, INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS.

1.1 INTRODUCCIÓN

Las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que la modifican y reglamentan constituye el Estatuto de la Contratación Administrativa en Colombia; establece el procedimiento para la celebración, ejecución, control y ejecución de los contratos, para el cumplimiento de los fines estatales que le son inherentes al Estado, que devienen del mandato constitucional y de las leyes que la desarrollan, para lo cual se deben seguir los principios que rigen el ejercicio de la función pública señalados en el Art. 209 de la Constitución Política.

Siendo el contrato estatal el instrumento idóneo para la ejecución de los recursos públicos dispuestos en los presupuestos estatales, el Art. 32 de la precitada ley enumera algunos tipos de contratos que pueden celebrarse, sin que sean los únicos, porque lo hace extensible a todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que se encuentren previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales.

En tal sentido prescribe “*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...*”¹. La

¹ LEY 80 DEL 28 del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993

norma permite la libre disposición de la entidad estatal para determinar qué clase de contrato es el más adecuado para el cumplimiento de sus fines.

Entre esos diferentes contratos se encuentra el “contrato de concesión”, el cual se ha seleccionado para el análisis y compararlo con la “licencia”, figuras que se abordarán en cuanto a sus objetivos y delimitaciones en el contexto jurídico - legal.

El contrato de concesión lo utiliza el Estado, cuando el estudio de la necesidades y de favorabilidad lo indican para cumplir eficientemente con la solución de la necesidades que le son exigibles ya sea por corresponder a una función pública o a un servicio público respecto del cual debe garantizar su prestación eficiente y eficaz, pudiendo ser mediante la realización de obras públicas, la sola prestación del servicio, por razones de insuficiencia financiera, capacidad administrativa o técnica para desarrollarla y ejecutarla.

El contrato de concesión permite estimular la inversión privada en los proyectos del Estado, ya sea para proyectos de obras públicas, explotación de servicios públicos, bienes y recursos naturales renovables y no renovables, a través de un concesionario que puede ser una persona de naturaleza jurídica privada o también, una persona de derecho público, mientras éstas sean legalmente capaces y aptas para contratar con el Estado, según las disposiciones que la ley motivo ordena, y el ordenamiento jurídico establece.

En cuanto a las licencias, según los postulados diarios de uso común, se pueden conceder en diferentes connotaciones o formas, según el motivo que la produzca, teniendo en cuenta que existen licencias de diversos tipos, tales como: licencias ambientales, licencias urbanísticas, licencias laborales, licencias de construcción, licencias de funcionamiento, licencias de tránsito, navegación, ecológica; o aquellos actos administrativos por los cuales se consta la facultad de obrar, o actuar en alguna circunstancia especial a fin de obtener por parte del autorizado un medio de subsistencia, o bien un proceso de utilización de un bien de uso público, como en el caso de las licencias ambientales, que les facultan para la explotación de bienes naturales (minera, riego, maderera, aguas subterráneas, etc.).

1.2 TEMA TRATADO

El contrato de concesión para la explotación de una actividad económica y la licencia como acto administrativo que permite en ciertos eventos igual derecho.

2 ASUNTOS COMUNES PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

La Constitución Política de 1991 prevé aspectos exigibles a toda actividad que desarrollen las personas naturales y jurídicas, sean estas actividades personales o públicas, de carácter económica o del giro ordinario de la vida de los individuos, máxime, cuando a través de concesiones y licencias se da autorización y derechos para la explotación de recursos naturales, de actividades comerciales, industriales o de servicios que pongan en riesgo el medio ambiente, independientemente si para tal fin se actúa sobre bienes propiedad del estado y de uso público, o para el ejercicio autónomo de la libre empresa dentro del concepto de propiedad privada a la que si bien le es inherente la libre disposición de quien la posea, siempre esta sujeta a la regulación y licenciamiento en su uso.

2.1 DERECHO A UN AMBIENTE SANO

El Art. 79 de la Constitución Política de 1991, consagra que: *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”*.

2.2 EL MEDIO AMBIENTE COMO PATRIMONIO COMÚN

Este principio impone al Estado y a las personas la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales, Artículo 8° de la Constitución Política; así como el deber de las personas y del ciudadano de proteger los recursos naturales y de velar por la conservación del ambiente, previsto en el Art. 95° ídem.

De igual manera, en el Art. 58 se establece que: *“la propiedad es una función social que implica obligaciones y, como tal, le es inherente una función ecológica”*; también, en el Artículo 63 dispone que *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”*.

2.3 DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

Definido como ese que conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades, la Carta en desarrollo de este principio establece en el Art. 80: *“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas”*.

Como puede verse, las actividades económicas, como las que no lo son, siempre y cuando afecten sistemáticamente el entorno y comprometa el equilibrio ambiental están sujetas a una obligación exigible a las personas jurídicas y naturales, de tal suerte que si el Estado concede una licencia o una concesión, no por ello se extiende una especie de patente que le permita al beneficiario de actuar deliberadamente. Como ejemplo de ello, podemos señalar el caso de la licencia para la operación del servicio público de transporte, que si bien no es un monopolio del Estado, éste concede las autorizaciones, regula y vigila su ejercicio, al punto de retirar de circulación aquellos vehículos que por su obsolescencia contaminan gravemente.

Igual procede ambientalmente, cuando mediante contrato otorga una concesión, que por regla general la extiende a un particular sobre bienes de los cuales es el propietario, el caso de la extracción de crudo, carbón, etc.

Además de lo ambiental, respecto de lo cual es exigible la licencia correspondiente, tanto las licencias y concesiones son necesarias en razón a que conforme lo determina la Constitución Política en el Art. 332 *“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.*

Pero además de esa particular y monopólica forma de propiedad señalada, el Estado igualmente y a través de la ley es quien determina dónde, cómo, quién y cuándo puede ejercitarse la actividad económica, para lo cual usualmente es imprescindible la licencia, en atención a lo prescrito en el Art. 333 *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (...)La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.*

Pareciera como si la concesión sólo fuera un asunto necesario cuando están en juego bienes propiedad del Estado y se requiera o conceda al operador privado su explotación o administración. Pero no, la licencia pareciera ser también una “forma de concesión” porque es el Estado quién autoriza, concediendo el permiso, para ejercitar cualquier actividad económica en razón a lo indicado en el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la

calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...)”

Es decir, todo lo económico está concentrado en el Estado y solamente él, entre otras de las formas, mediante concesiones y licencias establecidas con arreglo a la ley, permite las actividades que tengan dicho propósito.

Ahora, respecto a la “concesión”, debemos entenderla como aquel mecanismo mediante el cual se entrega a un operador privado o público, por un tiempo limitado, el diseño, construcción, mantenimiento u operación de un proyecto, en el cual la entidad estatal propietaria o no del derecho se mantiene al margen hasta el vencimiento en que se ha pactado el plazo para la misma.

A modo de ejemplo, para efectos de entender el alcance de un contrato de concesión, independientemente si se trata de un recurso natural propiedad del Estado o explotación de un servicio que no siendo propiedad estatal si se encuentra bajo su responsabilidad, veamos lo que dice la Corte Constitucional:

CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-Naturaleza. La concesión de servicios públicos implica autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto 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. **CONTRATO DE CONCESIÓN-Naturaleza.** Para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración.²

En cuanto a la licencia, ésta se puede conceptualizar desde diferentes tópicos, según el uso, destino o fin establecido, entendiéndose como un acto administrativo, que le permite a su

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711 de 1996. Ref. Exp. D-1379. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá, diciembre 9 de 1996.

favorecedor, utilizar, comercializar, usufructuar, un bien público, por lo cual dentro del ámbito jurídico interno, existen innumerable actos administrativos enmarcados dentro de las llamadas licencias: maternidad, judicial, ecológica, de tránsito, de navegación, etc.

Desde la órbita doctrinal, el Dr. Luis Carlos Monroy Rátiva, refiriéndose a la licencia dice: *“Es la facultad o permiso atribuido a una persona para ejercer una actividad o gozar de ciertas libertades, por situaciones particulares.”*³

Desde lo etimológico, según Cabanellas, se entiende por licencia: “permiso, autorización, documento donde consta la facultad de obrar, la licencia concedida”⁴. En tanto que, extraído de los pronunciamientos que sobre las licencias se hayan producido por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado, se puede decir que cada “licencia” tiene una forma o un aval único, pues no existe un documento o formato como tal dentro del ámbito jurídico interno.

La licencia se puede catalogar de muchas maneras, formas, o fines; por lo tanto toma la conceptualización según sea donde vaya a aplicar, sus fines, el objeto y la entidad que la emite, es decir, si es ambiental, de movilidad, de riego, de conducción, de servicios, para explotación de un recurso natural, etc.

3 MONROY R. Luis Carlos. Mapa conceptual de las licencia en Colombia. Fundación Universitaria Los Libertadores. Administración de Empresas. Seminario de Legislación Empresarial. Bogotá, 2009

4 CABANELLAS, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental. Pág. 238.

3 LAS LICENCIAS.

Conforme a lo señalado en la Constitución Política de 1991, se hace alusión a las licencias en el Art. 84 al decir el precepto: *“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.”*

En este sentido se puede apreciar, que constitucionalmente la figura jurídica de “licencia” se toma también de manera genérica, según los conceptos que de ésta se han podido establecer según la necesidad exigible para el fin específico, pero siempre entendida como una autorización expedida por autoridad competente, y requisito *sine qua nom*, siempre y cuando la reglamentación no sea de carácter general como lo prevé la norma constitucional.

3.1 LA LICENCIA SEGÚN SU ORIGEN

Teniendo en cuenta que según las fuentes consultadas en cuando al concepto que puedan tener las licencias, estas se pueden catalogar como “genéricas”, dado que su marco jurídico parte de la entidad que las genera, a sabiendas que existen numerosas formas de licencias, lo cual, a fin de enriquecer el presente documento, se accederá desde el punto de vista de la entidad y organismo que la concede, lo mismo que su marco jurídico.

3.1.1 Licencia Ambiental. El marco jurídico de las licencias ambientales se circunscribe al decreto 2820 de 2010 – Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expidió el Decreto 2820 del 5 de Agosto de 2010, el cual reglamenta el título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales y que derogó a los Decretos 1220 de 2005 y 500 de 2006.

La norma 1220 del 2005, hace una explicación sobre el significado de licencia ambiental en su Art. 3° en los siguientes términos:

ART. 3°. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA LICENCIA AMBIENTAL. La Licencia Ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de ésta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad.

El uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo Estudio de Impacto Ambiental.

La Licencia Ambiental deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad. Ningún proyecto, obra o actividad requerirá más de una Licencia Ambiental.⁵

No obstante, la ley 99 de 1993 no fue la primera en contemplar la Licencia Ambiental como requisito para adelantar actividades que pudiesen afectar el ambiente. El Código de Recursos Naturales, Decreto 2811 de 1974, en su artículo 27 determinaba que cualquier persona que proyectare realizar o realizara cualquier obra o actividad que causara un deterioro ambiental, debería declarar el peligro presumible que fuere consecuencia de la obra o actividad.

El Decreto en cita el artículo 28 determinó que para la ejecución de obras, para el establecimiento de industrias o para cualquier actividad que por sus características, pudiese producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir

5 MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. DECRETO NÚMERO 1220 DE ABRIL 21 DE 2005. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Diario Oficial No. 45.890 de 25 de abril de 2005

modificaciones considerables o notorias al paisaje, sería necesario el estudio ecológico y ambiental, y además, obtener lógicamente la licencia.

Los orígenes de la declaración de efecto o de impacto ambiental se remontan a la ley 23 de 1973, y su reglamentario, el Código de Recursos Naturales, que contiene una serie de normas relativas a la prevención y control de la contaminación del ambiente y la conservación y restauración de los recursos naturales, los cuales constituyen mecanismos para proteger la salud y el bienestar de las personas.

Este requisito nunca se reglamentó, ni se determinó una metodología para realizar el estudio. Las autoridades ambientales, principalmente el INDERENA, tampoco podían actuar preventivamente solicitando licencia a ciertas obras, ya que la determinación y la vaguedad del requisito ambiental tan importante, impedían solicitar coercitivamente su cumplimiento.

Empero, con la ley 99 de 1993 se estableció con todos sus elementos la licencia ambiental, y más que como un mecanismo de carácter administrativo, como un instrumento de gestión y de planeación ambiental.

Es pertinente tener en cuenta que las licencias ambientales son otorgadas por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los Municipios, Distritos y Áreas Metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes y las entidades territoriales delegatarias de las Corporaciones Autónomas Regionales.

3.1.2 Licencia Urbanística. Según la normatividad la licencia urbanística es aquella que autoriza para urbanizar, parcelar, subdividir o edificar un predio. De igual forma es aquella que permite reforzar, modificar, ampliar o adecuar un inmueble urbano. Dicha conceptualización se encuentra establecida en el decreto 1469 del año 2010, “Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de

edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones.⁶”

Estas licencias son extendidas o concedidas por intermedio de las Curadurías Urbanas, autoridades municipales o distritales, según el lugar, teniendo en cuenta la ley No. 388 de 1997.

3.1.3 Licencia de Funcionamiento en el Distrito Capital. En el Distrito Capital se tiene un marco jurídico para la expedición de licencia de funcionamiento que cubre a todo aquel establecimiento de comercio y servicios que se quiera establecer en el perímetro del Distrito Capital, bajo los lineamientos del decreto 246 de 1989,

Por el cual se establece el trámite para la expedición de las Licencias de funcionamiento para Establecimientos de Comercio y Servicios en el Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras disposiciones”. Teniendo en cuenta igualmente el Decreto Reglamentario No. 462 de 1990 “Por el cual se reglamenta el trámite para la expedición de Licencias de Funcionamiento para los establecimientos industriales, comerciales y de servicios y se dictan otras disposiciones. El Alcalde Mayor de Bogotá, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las conferidas en los artículos 9 y 117 del Decreto Ley 1355 de 1970, Ley 9 de 1989 y Acuerdo 6 de 1990.⁷

3.1.4 Licencia o Título de Navegación. La licencia de navegación es un documento que se encuentra institucionalizado en la ley 30 de 1986; Decreto Reglamentario 3788 de 1986; Decreto 586 de 1980; Decreto 2894 de 1990; Resolución 031 de 1991; Decreto 2272 de 1991; Decreto 2150 de 1995; Decreto 2061 de 1996; Resolución 007 de 2000; Resolución 007 de 2005.

De igual forma se habla de la licencia de navegación en el Código de Comercio Decreto 410 de 1991, Libro 5º Art. 429, 430 y 431, respectivamente, estableciendo que la Dirección

⁶ Decreto 1469 de 2010. Diario Oficial 47.698 de mayo 3 de 2010.

⁷ Registro Distrital 509 del 7 de junio de 1989

de la Marina Mercante es la entidad competente en: *“lo relativo a la vigilancia, control y cumplimiento de las normas relacionadas con las actividades marítimas.”*

3.1.5 Licencia de Tránsito. En Colombia se expide la licencia de tránsito o conducción por parte del Ministerio de Transporte, Dirección General de Transporte y Tránsito Automotor. Es el documento por preferencia que se utiliza o se porta, cuando se moviliza como conductor de un vehículo automotor.

La licencia de conducción se encuentra jurídicamente establecida en la Ley 769 del año 2002, más conocida como Código Nacional de Tránsito, Título II, Régimen Nacional de Tránsito, Capítulo II. Licencia de Conducción, artículos 17 al 23 respectivamente.

De lo expuesto a manera de ejemplo, por cuanto no resulta del caso enunciar todos los tipos de licencia que existen y necesarias de tramitar para poder ejercer una actividad u oficio, mediante ellas, en sentido amplio, lo que el Estado otorga mediante las licencias, según el nivel administrativo y descentralizado que la expida, no es más que el otorgamiento gubernativo para el disfrute de una explotación, o el ejercicio de una actividad, pero sin que ello implique la suscripción de un acuerdo de voluntades como el que emana de un contrato de concesión.

4 LA CONCESIÓN

4.1 MARCO CONSTITUCIONAL.

Desde el ámbito Constitucional la figura de la concesión se aborda en los artículos 58 y 365, al hacerse alusión a la expropiación y a los servicios públicos que puedan ser prestados por particulares.

4.2 MARCO LEGAL.

La expedición de la norma en octubre de 1993, estableció el Estatuto de Contratación y propicia un sistema abierto a la iniciativa privada, y a su vez, garantiza que dicho sistema sea transparente y competitivo. En el numeral 4º del Art. 32 se define:

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.” De otra parte, en el artículo 14, numeral 2º, en un aparte se prevé: “En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.”⁸

Mediante el contrato de concesión no sólo se concede explotación de recursos naturales propiedad del Estado sino que se regulan sectores económicos, el caso de la Ley 1ª de

⁸ LEY 80 DEL 28 del 28 de octubre de 1993 Ob. Cit.

1991, en lo concerniente a puertos marítimos; en Ley 142 de 1994, respecto de servicios públicos domiciliarios; en la Ley 143 de 1994 referente a los servicios de energía; Ley 37 de 1993, sobre la telefonía celular; Ley 105 de 1993. A modo descriptivo, y de ejemplo:

4.2.1 LEY 105 DE 1993⁹. Esta norma complementó y fortaleció lo establecido en la ley 80/93 y además, reestructura el funcionamiento del Ministerio del Transporte, y regula el sector, e introduce una serie de normas complementarias. En cuanto a la concesión, en su Art. 18 define el concepto, forma y establecimiento de la concesión, en lo inherente a las vías que sean entregadas por la Nación.

En su Art. 30º, establece la autorización para que se pueda entregar las vías nacionales o de los territorios a particulares, en concesión, a cambio de que se pueda cobrar peajes, y/o valorización, para recuperar la inversión que hagan en desarrollo del respectivo contrato.

4.2.2 LEY 685 DE 2001¹⁰. De acuerdo con el Art. 45 de la norma, el contrato de concesión es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en el Código de Minas. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público, definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, numerales 1 y 4.

Las leyes citadas, hacen referencia a los contratos de concesión, de una parte en la malla vial, y de otra en la minería, según el Código Minero, en estos dos casos se contempla el motivo del presente escrito, en cuanto a la cláusula de reversión, la cual se contempla a continuación.

⁹ LEY 105 de diciembre 30 de 1993. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.158, de 30 de diciembre de 1993

¹⁰ LEY 685 DE 2001. CÓDIGO DE MINAS. Diario Oficial No. 44.545 de Septiembre 8 de 2001.

4.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Se considera bilateral, puesto que de él se desprenden obligaciones que deben cumplir ambas partes. *“Se crean obligaciones mutuas entre el concedente y el concesionario, aunque algunas veces, no en pie de una perfecta igualdad, lo cual no le resta a la concesión su carácter de bilateral. La característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan; puesto que cada una de las partes intervinientes, desempeñan a la vez los papeles de deudora y acreedora”*¹¹.

En el contrato de concesión, las ventajas económicas o las ganancias *“consisten en la facultad de explotación o de percibir sus rentas, son ciertas respecto del derecho de percibirlos. La equiparación prestacional no es absoluta; son las partes las que en un proceso más o menos complejo de concertación, deciden acoplarse a una relación de prestaciones mutuas. Que lo uno se mire como lo equivalente de lo otro, es una deseable posibilidad pero no necesariamente una realidad esencial”*¹².

La Corte Constitucional, en providencia del año 1996, define el contrato de concesión en los siguientes términos:

CONTRATO DE CONCESIÓN-Concepto. Los contratos de concesión son aquellos 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 de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como 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 contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en

11 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del negocio jurídico, 5ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998, Pág. 59.

12 MUTIS VANEGAS, Andrés. La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.¹³

Ahora bien, el contrato de concesión por ser un contrato estatal, está sujeto a las normas del derecho administrativo, es decir a la ley 80/93, como se citó anteriormente, y a las normas que regulan el contrato de concesión sobre algunas actividades específicamente; sin embargo, en las materias no reguladas en éste u otras normas especiales, se sujeta a las disposiciones legales civiles y comerciales, según lo define el Decreto 679 de 1994 Art. 8° inciso 2°.

Asimismo, el contrato de concesión es regulado por cláusulas reglamentarias y por cláusulas contractuales. Las primeras emanan del poder que el ordenamiento jurídico le otorga a la administración para cumplir sus cometidos de organización y funcionamiento; de acuerdo con lo preceptuado en el articulado constitucional No. 365°. “... *los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestado por el Estado, directa o indirectamente*”. En cuanto a las cláusulas contractuales, surgen del acuerdo de voluntades de los contratantes.

En cuanto al plazo, el contrato de concesión debe tener un plazo cierto, que estará determinado por la clase y la exigencia de la actividad otorgada en concesión, y de igual forma en cuanto a la recuperación de la inversión, más las utilidades que pueda recibir el concesionario.

Pertinente tener en cuenta que existen normas especiales en materia de concesiones que regulan un plazo máximo para que se ejecuten, como en el caso del Art. 36 de la citada ley 80/93, que limita la duración para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones en diez años; que pueden ser prorrogables, o en otro caso la ley 1ª de 1991, que en su Art. 8° señala que la concesión portuaria tiene un término de 20 años.

13 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996. Ref. No. D-1064. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 80 de 1993. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, D.C., Junio 6 de 1996.

4.4 LA CONCESIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES ESTATALES

Es la principal modalidad de los contratos de concesión que hace el Estado con sus bienes, a fin de que su explotación se lleve a cabo, y que tiene especial énfasis dentro del llamado derecho minero, Ley 80 de 1993, Art. 76.

Esta modalidad contractual le permite al Estado la entrega al concesionario de un bien de propiedad estatal para que el particular por su cuenta y riesgo lo explote o lo use para el beneficio de la comunidad, siempre y cuando dentro de los lineamientos de la contratación llevada a cabo se utilice la tecnología adecuada, lo mismo que cuente con una organización y dirección establecida, a fin de que la misión del contrato, produzca mayores ingresos, sea rentable y que al final, su reversión le permita al Estado contar con un bien en producción, para beneficio tanto de la comunidad, como del Estado mismo.

Teniendo en cuenta que la remuneración que recibe el concesionario, se hará según el producto de tal explotación o uso del bien, sin que haya necesidad de acudir a otros rubros o aportes por cuenta del erario, es decir debe ser autosuficiente.

De acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del Art. 14 de la Ley 80 de 1993, que ordena, entre otras cosas, para los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. Aunado a la eventual situación en que los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión. Esta cláusula se entiende pactada aunque no se incluyan expresamente en el cuerpo del contrato. La forma de tratamiento de esta clase de contratos, regidos por el estatuto de contratación estatal, hace predicar la procedencia obligatoria del proceso legal de selección, previa a la contratación. Se trata por tanto de un contrato estatal por excelencia y por ello la cláusula de reversión es de singular importancia en este tipo de contratos.

CONCLUSIONES

Los actos administrativos que se encuentran enmarcados dentro del ámbito jurídico interno como licencia y concesión, son elementos de autorización, reglamentación, uso y explotación de los bienes de uso público, pero bajo los lineamientos que cada uno de estos requiere y tiene establecida la norma jurídica.

El derecho interno cuenta con la ley 80 de 1993, procedimiento para la celebración, ejecución, control y liquidación de los contratos, propendiendo fundamentalmente por su cabal ejecución y cumplimiento cabal de los fines inherentes al Estado, acordes con las necesidades de eficiencia y efectividad de los derechos e intereses de la administración pública. Entre los diferentes tipos de contratos definidos en el Art. 32 de la referida ley, se desarrolla un listado enunciativo de los que pueden llegar a desarrollarse, es decir, la norma le concede a la entidad estatal la liberalidad para determinar qué clase de contrato es que más se ajusta para el cumplimiento de sus funciones y fines.

Dentro de los contratos allí definidos está el denominado “contrato de concesión”, el cual fue motivo de desarrollo frente a la licencia que otorga permiso, derechos o concede un permiso dentro del contexto jurídico - legal.

Así entonces, cuando el Estado se ve imposibilitado de cumplir con la satisfacción de necesidades a la sociedad, aprovechar económicamente un recurso, realizar las obras públicas, prestar adecuadamente un servicio público, ya sea por la carencia de recursos, por ausencia de capacidad técnica y científica, opta por un mecanismo que le permita financiar y ejecutar esos proyectos a través de las figuras jurídicas denominadas “concesión” y “licencia”, que no obstante producir el mismo resultado, no pueden confundirse ni utilizarse indistintamente, puesto que se rigen por un ordenamiento jurídico reglamentario propio,

finos y tipos de actividades específicos respecto de los cuales es procedente uno u otro instrumento.

Por regla general el contrato de concesión le permite a Estado estimular la inversión privada mediante la puesta en ejecución de proyectos estatales, ya sea para obras públicas, de servicios públicos, o de explotación de recursos naturales renovables y no renovables. El concesionario puede ser una persona de naturaleza jurídica privada o también, una persona de derecho público, mientras éstas sean legalmente capaces y aptas para contratar con el Estado, según las disposiciones que la ley motivo ordena, y el ordenamiento jurídico establece. Es decir, siempre cuanta la mediación de un contrato, y por regla se pacta la reversión, devolviendo al Estado toda la infraestructura que se construyó en desarrollo del contrato, previa obtención de la utilidad, y recuperación del capital porque el operador asume unilateralmente los costos.

En tanto que la “licencia, según su tipo, permite la explotación de un bien, de una actividad económica, concede una autorización, etc., pero no se requiere de un contrato con estructura, formalidad y acuerdo de partes que si está prevista para el contrato de concesión. La licencia se expide de manera unilateral por la entidad pública, previo el cumplimiento de unos requisitos igualmente previstos por la ley, no genera reversión, pero si la cancelación o fenecimiento, según el caso y la causal. Las hay de varios tipos, como igual hay existen diversas formas de contratos de concesión. La licencia es un acto administrativo por medio del cual se le otorga a una persona natural o jurídica ejercer una actividad dentro de los lineamientos que la regulación exige, es decir, el concesionario de la licencia debe acondicionarse a los parámetros que la norma reglamentaria de la licencia prevé, el caso de las licencias de conducción, para la operación de un colegio, de un restaurante, explotar madera, entre otras.

Tanto la licencia como la concesión, son dos figura jurídicas diferentes y aisladas la una de la otra, aunque, según el fin, tipo de recurso o actividad, puede entenderse de manera conceptual como el permiso y/o el derecho otorgado o concedido por el Estado para un

asunto específico que le permita ejercer, explotar, comercializar o administrar un bien o actividad que puede ser propiedad estatal, o regulado y vigilado por el Estado, que conforme a lo señalado constitucionalmente, al parecer todo se encuentra sometido a la acción tutelar gubernamental, por que cuando la Constitución prevé que la dirección de la economía y su explotación las regula éste, inexorablemente siempre habrá la necesidad de obtener una concesión o una licencia, según el caso.

Teniendo en cuenta que la licencia no es el resultado de un procedimiento de selección contractual y se concede a solicitud de parte con el lleno de los requisitos legales, mal puede asimilarse a una concesión por cuanto no opera un proceso de selección objetiva; por el contrario es la expresión de poder de la autoridad competente, para autorizar a quien así se lo solicite, previa la confirmación de determinadas exigencias para el desarrollo de una actividad plenamente establecida.

En este orden de ideas, si hay etimológicamente una concesión en el otorgamiento de la licencia más no bajo la acepción jurídico - contractual, sino en su significación de reconocimiento autorización o permiso que otorga la administración para controlar ciertas actividades particulares.

Es decir estos sistemas tanto el contrato de concesión, como la licencia son herramientas que utiliza la administración pública para conceder derechos a particulares o entidades públicas para que lleven a cabo una actividad que está en su función o presten un servicio público; la diferencia entre el contrato de concesión y la licencia radica en que el primero es un contrato, mientras las licencias son actos administrativos. Hacer o controvertir sobre cuál de los dos documentos motivo de estudio en el presente documento tienen más o menos exigencias por parte del Estado, es un elemento que a la luz del derecho, tanto la licencia como la concesión deben cumplir con ciertos lineamientos.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario jurídico elemental. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998.

CUELLO Duarte Francisco, Contratos de la Administración Pública. Ecoe Ediciones, Edición Reimpresión, Bogotá D.C Julio de (2010), Pág. 202-206.

DÁVILA VINUENZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 1ª edición Bogotá, Editorial Legis, 2001.

MONTES, Susana, "Concesiones viales, la inadecuada distribución de los riesgos, eventual crisis de los contratos". Revista de Derecho público, No 11, Junio del 2000,

MONROY R. Luis Carlos. Mapa conceptual de las licencia en Colombia. Fundación Universitaria Los Libertadores. Administración de Empresas. Seminario de Legislación Empresarial. Bogotá, 2009

MUTIS VANEGAS, Andrés. La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del negocio jurídico, 5ª edición, Bogotá, Editorial Temis.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés, Teoría de los bienes de uso público Bogotá D.C 2010.

VERGARA, Vergara J. Carlos, Asesor. Dr. Fabio Cadenas, Tesis de grado. Concesión y Permiso de uso sobre Bien Nacional de uso Público, Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho Bogotá D.C 1991, Pág. 37 a 36

LEYES Y DECRETOS CONSULTADOS

LEY 80 de octubre 28 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993

LEY 685 de agosto 15 de 2001. "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial No. 44.545 de Septiembre 8 de 2001.

DECRETO 679 de marzo 28 de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41287

DECRETO 1469 de 2010. Diario Oficial 47.698 de mayo 3 de 2010.

SENTENCIAS CONSULTADAS

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711 de 1996. Ref. D-1379. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá, D.C., diciembre 9 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250/96. Ref. No. D-1064. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, D.C., Junio 6 de 1996.



**Universidad
de La Sabana**

INSTITUTO DE POSTGRADOS-FORUM

FICHA DE SEGUIMIENTO ASESORÍAS PROYECTO DE GRADO

Nombre Asesor(a) Alvaro Longaray Rodriguez

Fecha asignación del Asesor: **24 de Junio de 2011**

Título del trabajo de grado Licencia en bienes de uso Publico

Nombre de los alumnos:
Alexander Ospina Garcia

Especialización:
CONTRATACIÓN ESTATAL

2. _____

3. _____

DESARROLLO DE LA ASESORIA

Sesión	Fecha	Tema, aspecto o fase desarrollada	Observaciones
1a	Agosto 6 de 2011	Tan pronto me fue asignado el asesor me puse en contacto con el y concretamos la primera sesion, en la cual se toco el tema de la normatividad vigente	El asesor manifesto que para este tema era necesario la actualizacion de la normatividad
2a	13 de agosto de 2011	El impacto que pueda tener en los recursos naturales	Problemas que se puedan presentar o desarrollar en la licencia o concesion en los bienes de uso publico con los recursos naturales.
3a	25 de agosto de 2011	Definir con precision que es licencia y concesion, y bienes de uso publico	Investigar y profundizar sobre la licencia,concesion y bienes de uso publico: averiguar en leyes decretos constitucion, jurisprudencia.
4a	3 de septiembre de 2011	Como y donde se origina la controversia de concesion y licencia	Mas profundizacion en el Aspecto Evolutivo y Las repercusiones politicas y sociales
5a	17 de septiembre de 2011	Licencia y Concesion en la explotacion de bienes estatales	Como y cuando podemos poner en practica la concesión y las licencias en los bienes de uso publico.

6a	03 de Octubre de 2011	Ajustes finales del ensayo	El dr longaray considera que con los ajuste realizados el ensayo esta listo para presentar.
7a			
8a			
9a			
10a			

FIRMAS ALUMNOS:

ALEXANDER OSPINA GARCIA

FIRMA ASESOR(a):

doctor(a) ALVARO LONGARAY RODRIGUEZ
