
LA CONCESIÓN Y LA TEORÍA ECONÓMICA DE LOS CONTRATOS*

Hugo Palacios Mejía**

I. Susana Montes y el Derecho Administrativo colombiano de finales del siglo XX

Cuando las personas de mi generación iniciamos estudios de derecho, allá a comienzos de la década de los sesenta, el derecho administrativo en Colombia no había tenido especial desarrollo; la legislación se limitaba, por lo general, a algunas normas sobre procesos en el Consejo de Estado; la bibliografía criolla era mínima a pesar de los notables aportes intelectuales de Tascón, Pareja, Archila, Carreño y Castro Martínez; la práctica profesional en las ciudades, giraba alrededor del derecho tributario y el derecho minero; y quizás no sea aventurado decir que, probablemente, ningún abogado podía vivir solo de una práctica en derecho administrativo.

Con el Frente Nacional las cosas comienzan a cambiar. El Decreto 2733 de 1959 reglamentó en forma tímida el "derecho de petición", y sistematizó, quizás por vez primera entre nosotros, lo relativo a notificación y comunicación de actos administrativos y a los recursos disponibles contra ellos, antes de llegar a la sede judicial. El Decreto 528 de 1964, al regular la competencia de las autoridades en lo contencioso administrativo, facilita el control de diversos actos, hechos y operaciones de la administración, y entre aquellos los contratos administrativos. En la Academia, Alvaro Copete Lizarralde escribe notables artículos desafiando algunas de las naciones francesas a las cuales se rendía, y quizás se rinde aún, inmerecido acatamiento en la doctrina y la jurisprudencia. Y sobre todo, a finales de la década, en el gobierno de Carlos Lleras, Jaime Vidal incorpora en los decretos sobre reforma administrativa los criterios jurídicos con los cuales habría de analizarse, hasta nuestros días, la acción administrativa del Estado en su nivel central y, sobre todo, en el de sus entidades descentralizadas, así como el régimen propio de los servidores públicos. Y luego, el Decreto 150 de 1976 fue un hito en el tema de la contratación estatal.

* Homenaje a Susana Montes de Echeverri, Universidad de los Andes, noviembre 25 de 1998.

** Exministro de Hacienda y Crédito Público, exgerente del Banco de la República, "Profesor distinguido" de la Universidad Javeriana.

En el gobierno de Belisario Betancourt ocurren dos acontecimientos de particular importancia. Uno de ellos, la expedición del Decreto 222 de 1983, sobre contratos administrativos. Pero, sobre todo, la del Decreto 1 de 1984, el Código Contencioso Administrativo, en el que se dota de verdadera eficacia al “derecho de petición” como instrumento para la defensa de los derechos personales, se vela por el debido proceso en las actuaciones administrativas, y se establece en forma nítida su relación con las actuaciones de la sede judicial, se determinan los efectos del “silencio administrativo”, y se amplían y sistematizan las acciones ante la jurisdicción.

Con la expedición de la Constitución de 1991 nuestra disciplina adquiere un renovado vigor: la nueva Carta se proyecta con fuerza, hacia el campo de la administración. Muchos de los principios que el Código Contencioso Administrativo había postulado para orientar la acción administrativa, aparecen ahora con rango constitucional en el artículo 209 del estatuto político. Al mismo tiempo, la nueva Carta se aparta de algunos de los antiguos paradigmas y, sobre todo, crea medios de control novedosos sobre el actuar de las autoridades, en particular la “acción de tutela”, que dan nuevas dimensiones al postulado según el cual nuestro país es un Estado de Derecho. La Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos, que desarrolla algunos aspectos de esa Constitución, revela una visión del derecho administrativo bien distinta de la que caracterizó las reformas de 1968, sobre todo en cuanto limita la discrecionalidad de las autoridades por ciertos criterios explícitos y precisos de la racionalidad económica, inspirados en la teoría contemporánea del bienestar y la regulación.

Durante estas cuatro décadas, un grupo cada vez mayor de abogados y jueces se dedica a explorar las peculiaridades del derecho administrativo, disciplina naciente, a divulgarlas en la cátedra universitaria y en las revistas y libros especializados, a examinar con ojos críticos la nueva legislación, a promover el cambio legislativo, y a moldear, desde las barandas y en las salas de los Tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las nuevas ideas sobre el campo y los modos legítimos de actuación estatal, y sobre sus límites frente al derecho de los particulares.

Susana Montes tiene bien ganado un sitio de relieve entre las personas que han dado su orientación más característica al derecho administrativo colombiano en esta última parte del siglo XX. Desde la cátedra universitaria, desde el escenario de innumerables simposios, en múltiples revistas, en la administración pública y en la controversia judicial, ella ha contribuido en forma decisiva a definir los rasgos de nuestra disciplina. Añade a sus conocimientos una sobresaliente capacidad dialéctica, que ejercita con gusto, como un cierto filósofo ateniense que reclamaba el derecho de servir de tábano a la sociedad de su tiempo. Es justo que esta facultad de derecho, en la Universidad de los Andes, a la cual ella ha dado tanto lustre, le rinda este homenaje, al cual resulta muy grato asociarnos a quienes hemos tenido el privilegio

de gozar de su amistad, de su confianza y, sobre todo, del estímulo intelectual de sus trabajos. Y el trabajo que nos entrega hoy es buena prueba de ello.

Me atrevo a predecir que la redacción de las leyes, su interpretación y su aplicación judicial en el siglo XXI se harán teniendo en cuenta los criterios que la teoría económica, y sobre todo, la economía del bienestar, han desarrollado para entender cómo es que la acción del Estado puede aumentar el bienestar de la comunidad, y cuáles son las decisiones que conviene dejar a la libre iniciativa de los particulares. Buena parte de esos criterios se utilizan en un tipo de estudios denominados *Law and economics*, de los cuales yo quiero tomar prestadas unas ideas para referirme a solo dos aspectos del rico trabajo que nos regala hoy Susana Montes. Sobra decir que la lectura de ese trabajo me ha sido muy útil, y que estoy de acuerdo con la mayoría de las tesis que allí sostienen la doctora Montes y su brillante colaboradora, la doctora Patricia Mier. Pero, por supuesto, estoy seguro que la doctora Montes se sentiría desilusionada si mi intervención de hoy se limitara a enumerar nuestras numerosas coincidencias, y quiero por eso, más bien, referirme a dos aspectos en los que tengo algunas respetuosas y cordiales discrepancias.

II. La exclusividad estatal en la construcción de infraestructura

Susana Montes afirma que el artículo 19 de la Ley 105 de 1993 determinó como obligación exclusiva y excluyente del Estado la construcción y conservación de todos los componentes de la infraestructura de transporte.

La norma aludida dice así:

Corresponde a la Nación y a las entidades territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente ley.

Y de allí deduce la doctora Montes, que la participación del sector privado en la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura del transporte será solamente a título de colaborador del Estado en la gestión de su función, cuando sea invitado.

Me resulta difícil aceptar este planteamiento de la doctora Montes porque la Constitución de 1991 señala, entre sus varios principios rectores, los de la libertad de empresa, prohibición de monopolios estatales salvo por razones rentísticas, y expansión de cobertura en servicios públicos. Las excepciones al principio de libertad

de empresa, que, por supuesto, la misma Constitución autoriza, deberían ser expresas e inequívocas.

Decir, como dice la norma transcrita, que a la Nación le corresponde la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes *de su propiedad*, en el sector transporte es, en mi sentir, una simple invitación a la Nación para que adquiera propiedad en la infraestructura del transporte, y para que la mantenga. Pero ello no implica, a mi juicio, en forma alguna, decir que nadie más puede tener propiedad en esa infraestructura, y que los particulares sólo pueden vincularse a ella a manera de colaboradores del Estado. La Ley 105 de 1993 señala responsabilidades a la Nación y a las entidades públicas, respecto de la infraestructura "de su propiedad". No se refieren a la infraestructura que pueda llegar a ser propiedad de otras personas.

Dejando aparte estas consideraciones legales, desde el punto de vista económico, si partimos del supuesto que a nadie resultará difícil de aceptar, que los recursos del Estado son escasos, no se ve por qué deba predicarse que a él le corresponda en forma exclusiva la facultad de construir infraestructura de transporte. El Estado debe construir lo que los hacendistas denominan "bienes públicos", a saber, aquellos cuyas externalidades positivas, los beneficios a la comunidad, son tan altos que justifican el gasto, aún si éste, visto desde la perspectiva de un particular, no se compensa con los rendimientos de los que en particular podría apropiarse. Pero si excepcionalmente, hay proyectos de infraestructura de transporte que pueden resultar rentables para los empresarios privados y si esos proyectos pueden realizarse sin deterioro de otros intereses sociales, ¿por qué impedir que se adelanten sin pasar por la aduanilla estatal? Si, por ejemplo, a un exportador de carbón le conviene construir una carretera o un tren para sacar hasta el puerto su producto, y si desea asumir los costos y obtener las licencias del caso, ¿qué razón económica puede haber para que el Estado se oponga a que lo haga?

Creo, pues, que hay razones constitucionales y legales que permiten en este aspecto preciso, interpretar el artículo 19 de la Ley 105 de 1993, en el sentido de que no existe una facultad exclusiva para el Estado de acometer proyectos de infraestructura en el sector del transporte. Esa interpretación coincidiría con una visión económica que atribuye al Estado, ante todo, la provisión de "bienes públicos".

III. El reparto de riesgos

El Código Civil, obra maestra de sentido práctico, estableció en el artículo 1616 la posibilidad de que las partes de un contrato se repartieran a voluntad, los riesgos derivados de la "fuerza mayor" y el "caso fortuito", y de la impredecibilidad de los perjuicios.

La regla del Código Civil tiene la ventaja de que permite aplicar ciertos criterios sobre economía de los contratos, que pueden expresarse así: debe asumir los riesgos aquella parte en el contrato que está mejor preparada para conocerlos y para asumirlos en caso que se conviertan en siniestros.

Parece muy difícil que pueda afirmarse que hay ciertos repartos de riesgos capaces de convertir un "contrato conmutativo" en un "contrato aleatorio": en efecto, en éstos últimos el riesgo es el objeto mismo del contrato. La diferencia entre ambos tipos de contratos no consiste, nunca, en la cantidad de riesgos que se asuma, sino en el objeto que se contrata.

En la medida en que el legislador introduce rigideces en la asignación de riesgos contractuales, atenta contra la eficiencia del contrato; por lo tanto, el legislador y los intérpretes no deberían favorecer soluciones que refuercen la rigidez en la asignación de riesgos contractuales.

La Ley 80, y en ello estoy de acuerdo con la doctora Montes, tiene el mérito de insistir, de múltiples maneras, en la necesidad de que el proceso de contratación estatal se caracterice por el esfuerzo de identificar los riesgos probables durante la ejecución del contrato, y de prever mecanismos para hacerles frente.

En mi opinión, la Ley 80 de 1993, por lo general, permite a las partes negociar la distribución de los riesgos a los que da lugar el contrato estatal; y la distribución que ellas hagan contribuye a definir en cada caso el "equilibrio económico y financiero del contrato".

La idea del "equilibrio económico" del contrato se asocia, naturalmente, como dice la doctora Montes, con el concepto de "contrato conmutativo" que aparece en el artículo 1498 del Código Civil. Pero esa asociación debe aplicarse con cuidado, sin mecanicismos; el Código Civil no afirma que las prestaciones de las partes en el contrato conmutativo "sean" equivalentes; dice que "se miran" como equivalentes, esto es, admite que hay lugar a apreciación, y siempre en las apreciaciones hay una dosis de subjetivismo. Nunca se insistirá bastante en esto; a menudo, cuando se habla de contratos conmutativos y de equilibrio económico, se hacen referencias a la "ecuación" contractual, con lo que se introduce un elemento ajeno al lenguaje del Código Civil, y que puede resultar engañoso en este contexto. En efecto, la "ecuación" supone, una igualdad matemática que resulta de sus términos mismos, y no de la apreciación o de la forma como se los mire.

No debería entonces, entenderse que la ocurrencia de un siniestro, de un hecho anormal y dañino, rompe siempre el equilibrio económico del contrato estatal: el deber de asumir ciertos riesgos es parte, *ab initio*, de ese equilibrio.

Una de las excepciones que contiene la Ley 80, en cuanto a la libertad de pactar libremente el reparto de los riesgos, es la relativa a la inflación: la ley atribuye a la entidad estatal casi inexorablemente, el riesgo respectivo.

Otra excepción se encuentra en las reglas sobre el contrato de concesión: la ley dice que éste es “por cuenta y riesgo del contratista”. A tal expresión no se le da a menudo, efecto alguno de importancia. Y aunque ella no significa como es obvio, que el contratista asuma todos los riesgos del contrato, sí implica, por lo menos, que el enunciado del “equilibrio económico y financiero” del contrato debe aplicarse con más cuidado al tratarse de este contrato que en otros.

La tesis expuesta en algunas sentencias del Consejo de Estado, que cita la doctora Montes, según la cual no puede admitirse que en una relación contractual de derecho público el contratista pueda correr el riesgo de perder los beneficios, utilidades o provechos contractualmente presupuestados¹ salvo cuando esa pérdida le sea imputable, tiende a colocar al contratista estatal en una situación tan ventajosa que puede decirse que de ella no goza, ni ha gozado, contratista alguno en el mundo de los negocios privados. Habría querido que la doctora Montes estableciera frente a esa tesis mayores distancias. Naturalmente, las utilidades previstas son parte de los motivos que el contratista tiene en cuenta al contratar, pero no se ve por qué deban resultar protegidas si los riesgos por cuya asunción se lo remunera se convierten en siniestros.

Desde un punto de vista económico, tal interpretación sería razonable si pudiera sostenerse que el Estado requiere garantizar siempre al contratista el nivel de utilidades previsto para poder conseguir colaboradores buenos. Pero no parece que ello pueda sostenerse: la experiencia de cada día nos muestra que los particulares, al contratar, arriesgan no sólo sus utilidades, sino su patrimonio, y que ello no impide que el tráfico comercial crezca. Obligar al Estado a asegurar ganancias recarga, sin razón, el costo fiscal de la contratación estatal y, lo que es más grave, crea un *moral hazard* contra la administración pública.

Para concluir: aunque es cierto que la Ley 80 de 1993 introduce algunas rigideces en la facultad que las partes tienen de repartirse riesgos en la contratación estatal, el principio jurídico del “equilibrio económico” de los contratos no parece opuesto, necesariamente, a la idea de negociación de riesgos entre las partes, ni puede llevarse al extremo de garantizar utilidades al contratista del Estado. Desde un punto de vista económico lo más eficiente es el principio de libre negociabilidad de los riesgos entre las partes.

.....

1. Consejo de Estado, ponente Juan de Dios Montes, “sentencia del 9 de mayo de 1996”, expediente 10.151.

Quiero para concluir, agradecer de nuevo a la doctora Montes todo lo que ha hecho por el desarrollo del derecho administrativo en Colombia, y en particular por su artículo sobre “La inadecuada distribución de los riesgos, como eventual causa de crisis en los contratos de concesiones viales”, que es un inteligente, riguroso e ilustrativo aporte para el estudio de este tema fascinante y de tanto influjo en el progreso del país. □

