

GLADYS VÁSQUEZ FRANCO

LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

EN DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1991

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

	PÁG.
1. Objeto del estudio	1
A) El objeto material. El contrato de concesión de servicio público	1
B) La perspectiva científica. Un estudio de derecho comparado español y colombiano	2
2. Encuadramiento en el derecho administrativo	4
3. Fuentes utilizadas	4
A) Doctrina colombiana, española y de otros países	4
B) De derecho positivo colombiano y español	5
C) La jurisprudencia y otras fuentes auxiliares	5
4. Plan de la exposición	6

CAPÍTULO II

ASPECTOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS DEL SISTEMA CONCESIONAL

1. Origen y planteamiento clásico de la concesión de servicio	9
A) El contexto económico de la aparición de concesiones. Segunda revolución industrial y desarrollo técnico	9
B) Significado de la fórmula concesional	10
2. Implicaciones jurídicas y económicas del hecho concesional	11
A) La concesión como régimen público y la colaboración del concesionario en la prestación del servicio	11
B) La función social de la concesión de servicio público	12
1) La finalidad social de la prestación del servicio	12
2) La contrapartida económica. El problema de la rentabilidad en la prestación del servicio	12
3. La iniciativa económica pública y privada en la prestación de los servicios públicos	15
A) La Administración Pública como empresaria del servicio. Eficiencia o ineficiencia	15

	PÁG.
B) Coexistencia de la actividad pública y privada. La concesión en régimen de concurrencia y en régimen de monopolio	16
C) La iniciativa pública en la prestación del servicio	20
1) La crítica ideológica y económica de la gestión concesional. Remisión a la modificación de la relación contractual	20
2) La asunción de la iniciativa económica por la administración: nacionalización y municipalización de servicios	20
3) Los retrocesos de la iniciativa pública en la prestación de servicios. Privatización de la empresa pública	22

CAPÍTULO III

NOCIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

1. Introducción	25
2. El servicio público como actividad otorgada en concesión	26
A) Qué se entiende por servicio público: de la noción amplia de servicio público a una noción restringida	26
B) Formas de prestación de los servicios públicos	30
C) Servicios públicos susceptibles de otorgarse en concesión	31
D) Criterio de reconocimiento de la existencia de servicios públicos. Publicitación del servicio para asumir la titularidad. La ley como título habilitante	31
3. Noción conceptual de la concesión de servicio público. La concesión como acto administrativo típico	33
A) Características de la concesión como acto de poder	34
1) Retención de la titularidad por la administración concedente	34
2) La ampliación de derechos del concesionario	34
B) La discusión conceptual sobre la creación o traslación de derechos	35
1) Concesión constitutiva y concesión traslativa	35
2) La evolución doctrinal y la configuración definitiva de la concesión como traspaso de derecho	37
C) Distinción de otros actos administrativos afines. Actos típicos habilitantes del ejercicio de derechos	39
1) La autorización administrativa y sus especies	39
2) La admisión	41
3) La inscripción en el registro administrativo	41
4) Coincidencias y diferencias con la concesión administrativa	42

5) Especial interés de la distinción respecto a la autorización de tracto sucesivo	45
4. Clases de concesiones e importancia de la noción conceptual de la concesión	47
A) Vinculación de las nociones de concesión y de servicio público. Indefinición del concepto de servicio público	47
B) Extensión de la noción concesional a otras realidades administrativas	48
1) La concesión de dominio público	48
2) La concesión industrial	50
C) Peculiaridades de la concesión de servicio: ejercicio de actividades de interés colectivo, régimen típico de derecho público	51
5. Depuración conceptual de la concesión de servicio. Concesión de obra y de servicio público	51
A) Planteamiento inicial. La concesión de servicio público con construcción de obra pública	52
B) El proceso de diferenciación. La obra pública como contrato no concesional	54
C) La reaparición de la concesión mixta de obra y servicio público. Las concesiones de peaje	55
6. Naturaleza jurídica de la concesión de servicio	57
A) Distintas conceptualizaciones doctrinales acerca de la concesión de servicio público	57
1) La concesión como acto administrativo unilateral	58
2) La concesión como contrato	58
3) Doctrina del contenido complejo de la concesión	59
B) La adopción legal de la doctrina contractual y sus consecuencias	64
1) Aplicación de la normativa reguladora de los contratos administrativos	65
2) Principios que rigen los contratos administrativos	66

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA DE REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE SERVICIO PÚBLICO

1. El marco normativo de las concesiones de servicio público. El supuesto de los derechos español y colombiano	73
A) Regulación genérica de la concesión o conjunta con otros contratos administrativos. El supuesto a los derechos español y colombiano	73
B) El sistema jurídico positivo. Estudio comparado	76

	PÁG.
2. El sistema jurídico positivo. Estudio comparado	76
A) El derecho español	76
B) El derecho colombiano	77
C) Semejanzas y diferencias entre el derecho español y el colombiano	80

CAPÍTULO V

EL NACIMIENTO EN LA RELACIÓN CONCESIONAL

1. Introducción	83
2. Preparación del contrato y procedimiento de selección de contratistas	84
A) Consideraciones generales sobre la preparación del contrato: su carácter reglado y sumisión al derecho público	84
B) El procedimiento administrativo de preparación del contrato	85
1) El acuerdo inicial de contratación en el derecho español y en el colombiano: iniciativa contractual	85
2) Trámite y condicionamientos de la preparación del contrato concesional	87
3) Los pliegos de condiciones como elemento reglamentario del contrato. Clases de pliegos y su naturaleza jurídica	88
C) Los procedimientos de selección de contratistas	90
1) Clases de procedimientos. Las soluciones del derecho español y del colombiano	90
2) Los principios que rigen la licitación	94
3) Los trámites del procedimiento de la licitación pública o concurso	95
3. La adjudicación del contrato	98
A) Órgano competente para adjudicar	99
1) En el derecho español. Ámbito nacional y local	99
2) El derecho colombiano. Ámbito nacional y local	100
B) Beneficios de la adjudicación. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades	101
C) Naturaleza del acto de adjudicación	103
4. Formalización y perfeccionamiento del contrato de concesión de servicio público	106
A) Formalización	106
B) Perfeccionamiento	107

CAPÍTULO VI

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES, EL CONTENIDO Y LA MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

PÁG.

1. Posición jurídica de la Administración	109
A) La Administración como parte. Posible titularidad de las distintas administraciones públicas	109
B) Poderes y derechos de la Administración	109
C) Obligaciones de la Administración. Remuneración del concesionario y principio de la ecuación financiera	111
2. Posición jurídica del concesionario	113
A) Quiénes pueden ser concesionarios	113
B) Obligaciones del concesionario	113
1) Obligaciones principales: cumplimiento y ejecución del contrato	113
2) Obligaciones accesorias	114
3) Obligación de soportar las modificaciones del contrato ...	115
C) Derechos del concesionario	116
1) El derecho a la remuneración y al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato	116
2) Los derechos accesorios	118
D) Relación del concesionario con el usuario del servicio	119
1) Tesis de la naturaleza jurídico-privada	119
2) Tesis de la naturaleza jurídico-pública	120
3) Tesis mixta	120
3. Modificación de la relación. Hechos y situaciones sobrevinientes a la ejecución del contrato	121
A) Modificación del equilibrio económico financiero del contrato: imprevisión y sus consecuencias	121
B) El “hecho del príncipe”	124
C) La fuerza mayor y sus consecuencias. Diferencias con el caso fortuito	125

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN Y DEL DESTINO DE LOS BIENES AFECTOS A ELLA

1. Formas de extinción y su régimen jurídico. Extinción normal y anormal	129
2. Extinción normal de la concesión de servicio público. La reversión como figura jurídica	129
A) Motivo de la extinción: cumplimiento del término resolutorio	129
B) Efectos jurídicos de la reversión en general y respecto de los bienes de la concesión	130

	PÁG.
3. Extinción o terminación anormal de la concesión	131
A) Rescisión del contrato	131
B) Caducidad de la concesión	132
1) Distintos supuestos de caducidad en el derecho colombiano y en el español	134
2) Competencia para declarar la caducidad. Soluciones en el de- recho colombiano y en el español	136
3) Procedimiento administrativo	137
4) Efectos jurídicos de la caducidad	138
C) El rescate	140
1) El rescate como acto de poder de la Administración	140
2) Naturaleza jurídica del rescate como privación de derechos	141
3) Efectos jurídicos y económicos del rescate	142
4) Diferencia entre la caducidad y el rescate	142
4. Destino de los bienes afectos a la concesión	143
A) Clases de bienes. Retorno en los supuestos de extinción o termina- ción normal de la concesión	143
1) Bienes del concesionario y su régimen jurídico	143
2) Bienes de retorno o revertibles	143
3) Bienes de recuperación o reversión indemnizable	144
B) Régimen de los bienes en los supuestos de extinción anormal	144
1) Supuesto de la caducidad	144
2) Estudio especial del rescate	145

CAPÍTULO VIII

GARANTÍAS DEL CONCESIONARIO Y EL SISTEMA JURISDICCIONAL

1. Control jurisdiccional del contrato de concesión	147
A) Clases de contratos de la Administración y su incidencia en el régimen jurídico aplicable y la jurisdicción contractual	147
B) Jurisdicción contractual. Estudio de las competencias en el control en el derecho colombiano y español. Dualidad de jurisdicciones.	150
1) El control en el derecho colombiano	150
2) El control jurisdiccional en el derecho español	154
C) Acciones contencioso-contractuales	156
1) Los controles de la actividad administrativa en el derecho co- lombiano	156
2) Acciones relativas a contratos en el derecho colombiano. Ge- neralidades	157

3) El recurso contencioso administrativo en el derecho español	159
D) Litigios que pueden suscitarse en el desarrollo del contrato de concesión de servicio público	161
2. El control jurisdiccional de la preparación del contrato. Doctrina de los actos separables del contrato	163
A) Qué se entiende por actos separables	163
B) Naturaleza jurídica de los actos separables	166
C) Mención especial del acto de adjudicación	167
1) Tesis mayoritaria	168
2) Tesis minoritaria u ortodoxa	168
3) Nuevos matices jurisprudenciales	169
D) Competencia contenciosa respecto de los actos separables. Efectos de su anulación en relación con el contrato	170
3. Control del contenido de la relación contractual	173
A) El acto administrativo y el contrato	173
B) Distintas etapas de la operación contractual y sus distintos actos administrativos	176
1) Precontractual	176
2) Contractual	176
3) La liquidación	176
C) Responsabilidad de la administración por el uso de sus potestades exorbitantes	176
4. La revisión del contrato administrativo en aras de la legalidad .	177
A) Objeto de la revisión	177
B) Exigencia para el perfeccionamiento de ciertos contratos	178
C) Naturaleza del acto de revisión de legalidad. Posible control jurisdiccional	179

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES	181
--------------------	-----