

# El régimen de concesiones públicas

SALVADOR LEAL W.\*

## INTRODUCCIÓN

LA CONCESIÓN EXPERIMENTA en Venezuela a partir de 1982 una resurrección. Durante los años 60 y 70 la gestión directa por empresas estatales e institutos autónomos casi hacen desaparecer la figura de los libros de derecho administrativo. El inevitable fracaso de la gestión directa, que se tradujo en corrupción, ineficiencia, alta deuda pública, crecimiento excesivo del gasto público, hicieron necesaria una opción distinta, pero mientras en otros países se avanza hacia la privatización y la desregulación, en Venezuela se prefirió volver a una figura que sólo significa cambiar monopolios públicos por monopolios privados como es la concesión. Así, en 1982 se dicta una ley de concesiones con una *vacatio legis* que se extendía hasta iniciarse el nuevo período presidencial, una vez iniciado este nuevo gobierno se prefirió seguir con el modelo de gestión directa y el siguiente gobierno se decantó por la privatización. Los últimos gobiernos buscan de nuevo rescatar la figura y se producen dos reformas, la última de ellas en 1999 que es aquí el objeto de estudio.

## I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La concesión es el acto por el cual se transfieren el ejercicio de potestades administrativas a un particular, si bien no es extraño en Venezuela que el concesionario sea una empresa estatal, a cambio de una remuneración.

La concesión se da por tiempo limitado (Artículo 114, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, C.N. en adelante). Con la conse-

\* La Universidad del Zulia (LUZ), Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Agregado (Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo). [slealw@hotmail.com](mailto:slealw@hotmail.com)

cuenta reversión.<sup>1</sup> Cada vez que estas características se reúnan estaremos en presencia de concesiones sin importar el nombre que la ley les dé, así en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos se llama «licencias y permisos» a verdaderas concesiones (LOHG, artículo 24).

Una cuestión a dilucidar y no por mero interés academicista, es si se trata de actos administrativos o contratos, pues de ello dependerá el procedimiento aplicable en vía contencioso administrativa y, sobre todo, el lapso de caducidad del recurso o acción.

La doctrina extranjera en general la considera un acto administrativo.<sup>2</sup> La venezolana en cambio se pronuncia casi unánimemente, por su naturaleza contractual, no por la relación bilateral que surge, pues un acto administrativo puede hacer surgir relaciones bilaterales, sino porque surge de «Una oferta al público que formula la administración, y una simétrica propuesta de los particulares, estructura bilateral y, además, sinalagmática, que una vez perfeccionada sustantiva y formalmente, crea un complejo entramado de derechos subjetivos y obligaciones recíprocas».<sup>3</sup>

Y así lo ha admitido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de diciembre de 2000.<sup>4</sup> Efectivamente los particulares no se hallan como en el caso de un acto administrativo en sujeción a la potestad antes de la concesión, sino que voluntariamente intentan cumplir con los términos de la oferta y tienen una relativamente amplia libertad para configurar su propuesta (artículo 27, Ley Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, L.C.). E incluso puede tomar la iniciativa para fijar los términos. (artículo 17 y ss. L.C.).

Siendo un contrato administrativo el procedimiento para resolver los conflictos es el establecido en el artículo 103 y ss. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), en caso de fallar los métodos alternativos o no estar disponibles, pues se trata de una acción contra la República. Debe descartarse la absurda idea de que el procedimiento de acciones contra la República es sólo para acciones por responsabilidad ya que no hay fundamento jurídico alguno para esa postura.

<sup>1</sup> GARCÍA-TREVIJANO, José. *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, p. 244.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Tribunal Supremo (España) en SOSA, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid. Civitas, 1997, pp. 117-118.

<sup>4</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Vol. 12. Caracas, Pierre Tapia, 2000, p. 152.

### 1.1. Objeto

En la L.C. se regulan la concesión de obra pública y la de servicio público. Pudiendo incluir la construcción de la obra y su gestión o bien, sólo la gestión del servicio (artículo 2).

En la concesión de obra pública el concesionario se compromete a construir una obra pública pudiendo la remuneración venir de la gestión de la obra o de su participación en las ganancias de su gestión o de la gestión de una obra o servicio distinto de la ejecutada (artículo 3 L.C.). En el mismo artículo se contempla que la concesión de una obra provea los recursos para una obra futura. En tal caso, la obra en concesión deberá producir las ganancias del concesionario y, además, el capital para la construcción de la segunda. Capital que se forma por el ahorro forzoso de los usuarios de la primera obra. Si las tarifas son muy bajas, no habrá fondos disponibles para la nueva obra. Por otra parte, el mecanismo no cumple con el objetivo de la ley: incentivar la inversión de riesgo, pues el capital que se invierte en la segunda obra, lo aportan los usuarios, no el concesionario.

En materia de concesión de obras se incluyen en la L.C. obras que podrían ser objeto del contrato de obras: «aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un inmueble... por cuenta de la Administración (artículo 120, Ley de Contratos de la Administración Pública; nota autor: España) a cambio de un precio».<sup>5</sup>

Pero no en principio de la concesión ya que la retribución no podría provenir de las ganancias de la explotación, tendrían que provenir de las ganancias de otra obra (artículo 3, literal c, L.C.). Sólo este último mecanismo podría reconducir al contrato de concesión la construcción de infraestructura escolar y de salud, tomando en cuenta que son servicios públicos gratuitos (C.N. artículos 103 y 84). Y los edificios gubernamentales obviamente, no pueden ser objeto de gestión privada ya que se destinan al funcionamiento de los entes públicos y el acceso debe ser gratuito. Son sí objeto posible de concesión de obras públicas, la infraestructura hidráulica, desarrollos industriales y turísticos, viviendas de interés social y obras de saneamiento ambiental (artículo 15 L.C.).

La segunda concesión regulada en la L.C. es la de servicios públicos, por la cual se autoriza al concesionario para organizar, mejorar o gestionar un servicio público por su cuenta y riesgo. Entendiéndose aquí por servi-

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid. Civitas, 1995, p. 694.

cio público toda actividad destinada a satisfacer necesidades colectivas divisibles, individualizables y que «tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares».<sup>6</sup>

Básicamente los industriales y comerciales, pero también los administrativos.<sup>7</sup> La remuneración se hará por los mecanismos arriba citados. Sin embargo, la concesión de servicios industriales y comerciales está prácticamente fuera del ámbito de la L.C. Los principales servicios de tales características están sujetos a otras leyes y en distintos grados desregulados y abiertos a la competencia. La electricidad se rige por la Ley de Servicio Eléctrico. Las telecomunicaciones a excepción de aquellas que requieren del dominio público, del espacio radioeléctrico, están abiertos a la libre competencia en un ambiente relativamente desregulado, y en todo caso sujetos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. El servicio de gas está sujeto a la LOHG que regula «los permisos y licencias» que tienen características de concesiones. El servicio de agua es competencia municipal (artículo 178 C.N.). Por demás no se plantea ninguna duda de la prevalencia de esas leyes espaciales sobre la L.C. , pues el artículo 4 de esta última la convierte en una norma supletoria de otras normas que regulan concesiones.

Sólo los servicios administrativos, carreteras, autopistas, aeropuertos, etc., quedarían como objeto de concesiones de servicio. La competencia para conservar y administrar autopistas, puentes y carreteras, es estatal (artículo 164, numeral 10 C.N.), pero su construcción sigue siendo competencia nacional y su administración debe hacerse en coordinación con el Ejecutivo Nacional, en cuyo caso sería aplicable el artículo 6 L.C. que permitiría operar a través de una mancomunidad, dado que la competencia de otorgar los contratos, corresponde a más de una entidad político territorial, República y Estado o Estados, construir al primero y administrar al segundo.<sup>8</sup>

## 2. FORMACIÓN DEL CONTRATO

El procedimiento se inicia de oficio o a instancia de parte (artículo 17 L.C.). Cuando es de oficio, la regla por demás puede tratarse de cualquier

<sup>6</sup> MORELL, Luis. «La organización y forma de gestión de los servicios en los últimos 50 años». En *Revista de Administración Pública*, 1950, septiembre-diciembre. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 399.

<sup>7</sup> BON, Pierre. «El régimen de las concesiones administrativas» en A.A.V.V. *II Jornadas Brewer Carías*. Caracas, FUNEDA, 1996, p. 245.

<sup>8</sup> En contra ROMERO, Alfredo «Guía de lectura» en A.A.V.V. *Régimen legal de las concesiones públicas*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 213.

órgano o ente de la Administración Pública Nacional (artículo 4 L.C.). Es potestativo de los Estados y Municipios aplicar la L.C., artículo 5 ejusdem. Ya que forma parte de la autonomía de éstos la gestión de las materias de su competencia (artículos 164 y 168 C.N.). Si bien para la gestión de vías interestadales son de obligatoria formación (artículo 11, ordinal 3° Ley Orgánica de Delimitación, Descentralización y Transferencia de Competencias), la L.C. autoriza la creación de mancomunidades para otros servicios (artículo 6).

Un aspecto novedoso que tiene un antecedente remoto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española de 1995, reformada después de promulgada la L.C., que permite al particular introducir mejoras o soluciones técnicas en el proyecto e incluso estableciendo un objeto determinable,<sup>9</sup> es la iniciativa particular en las concesiones que adquieren casi definitivamente carácter contractual.

Cualquier empresa interesada, hábil, de acuerdo a las condiciones de los artículos 20 y 21 de la L.C. podrá presentar propuestas para construir y gestionar o bien gestionar «obras, sistemas o instalaciones de infraestructura» (artículo 17 L.C.). No se habla de servicios, sólo obras. Deberá acompañar una memoria descriptiva, estudio de prefactibilidad y evaluación del impacto ambiental (artículo 17 L.C.). Debe demostrarse que los beneficios sociales excederán los costos sociales o bien permitirán reponer al estado previo el medio. Sólo si los beneficios del desarrollo económico y social son superiores se justifica la lesión al derecho a un medio sano (artículo 129 C.N.).

Pasados seis meses deberá darse una respuesta motivada, positiva o negativa. En caso de silencio debe aplicarse la norma del artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) o silencio rechazo, a falta de norma expresa en la L.C. Una vez aprobada la propuesta se abre un lapso de dos años para presentar el proyecto definitivo y seis meses después se abrirá a licitación la obra. En aquélla el proponente goza de un handicap favorable de 10% en el puntaje. Una vez aprobada la propuesta se hace irrevocable y el Estado estará obligado a indemnizar si quisiera hacerlo. En definitiva, la promesa precontractual tiene los mismos efectos del acto creador de derechos en la LOPA o del contrato definitivo. Se han criticado estas disposiciones por dejar de lado la Ley de Licitaciones.<sup>10</sup> Sería altamente improbable que alguna empresa esté dispuesta a realizar la inversión que exige elaborar un proyecto, un estudio

<sup>9</sup> SOSA, Francisco. Opus Cit., p. 118.

<sup>10</sup> RACHADELL, Manuel. «Aspectos Financieros de las Concesiones» en A.A.V.V. *Régimen...*, cit., p. 75.

de prefactibilidad y uno de impacto ambiental, si no tiene una garantía cierta de su éxito al licitar. En caso de no obtener la buena pro habría hecho una inversión superior a la de la empresa que la obtenga. Por eso L.C. establece el pago de esos gastos en caso de que un ente público o un tercero realicen la obra, a título de enriquecimiento sin causa.

## 2.1. La licitación

Cualquier empresa, nacional o extranjera solvente económica técnica y profesionalmente, podrá participar en la licitación. Se establecen ciertas inhabilidades que buscan asegurar «transparencia y respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia».<sup>11</sup>

Si bien estas están en general justificadas, el artículo 21 L.C. se corresponde con el 20 LCAP española, tiene algunas imprecisiones y errores. Los literales a, c y f excluyen a toda persona jurídica cuyos accionistas estén ligados al Presidente de la República, Ministros o directivos del ente concedente, hayan sido condenados, de manera firme, en juicio de resolución o cumplimiento de contratos, o bien sean directivos de partidos políticos. Pero no se establece un porcentaje de acciones que cause la incapacidad. Si la empresa cotiza en Bolsa, caso hipotético en Venezuela, son centenares los accionistas. Y, por otra parte, el alguna vez haber sido condenado un accionista por incumplir un contrato no puede inhabilitar a perpetuidad a una persona jurídica. Ser directivo de un partido político sin representación en cargos públicos o en la oposición no es una causa lógica para descalificar una empresa. Por demás tales inhabilidades perpetuas violan el artículo 47 numeral 3 C.N. y tampoco responden a la lógica del capitalismo moderno, algunas empresas que cotizan en Wall Street en especial en el NASDAQ estuvieron alguna vez en quiebra.<sup>12</sup> Distinto es el caso de los administradores que tienen verdadero poder de decisión en cuyo caso inhabilitan a la persona jurídica cuando hubiesen sido condenados por delitos contra la propiedad (hurto, robo, extorsión, apropiación indebida), fe pública (quiebra culpable o fraudulenta, falsificación) el fisco (defraudación tributaria) o de salvaguarda (corrupción, peculado), artículo 17 literal e L.C. Pero de nuevo, no se justifica la perpetuidad.

La persona jurídica es inhábil si ella misma ha incumplido un contrato de concesión o bien ha sido declarada en quiebra.

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, opus cit, p. 611.

<sup>12</sup> FRIEDMAN, Thomas. *The Lexus And The Olive Tree*. New York Anchor Books, 2000, pp. 379 y ss.

En todos los casos se debería plantear, si trata de una persona jurídica extranjera, si hay un equivalente al delito, o la definición de quiebra en el país de origen, por ejemplo en Estados Unidos, el atraso venezolano es llamado quiebra, se corresponde con la venezolana. ¿Bastará una copia legalizada de la sentencia? o ¿se requerirá el exequátur previo a la impugnación?

Es posible realizar una precalificación para determinar la capacidad técnica, económica y profesional de los posibles licitantes, lo que exige «un examen individualizado... de cada contratista o empresa...»<sup>13</sup> esta norma se inspira en la LCAP española, artículo 20.

La convocatoria se hará de conocimiento público, no sólo local, sino nacional e internacionalmente y deberá publicarse al menos en dos diarios de circulación nacional. Será el reglamento el que determine el lapso entre una y otra publicación. Por supuesto, hoy en día una forma indispensable de difusión es la página web del respectivo organismo o bien el website especial para concesiones que se cree, con versiones al menos en español e inglés. El artículo 14 Ley de Licitaciones, permite que las ofertas se hagan en otro idioma. El uso de español es obligatorio pero no excluyente.

## 2.2. El pliego de condiciones

Este no es sino el proyecto del contrato de concesión en el cual se recogen «los derechos y obligaciones de las partes» (Artículo 24 L.C.) y deberá incluir cláusulas que abarcan los aspectos jurídicos como derechos de los usuarios, plazos para consultas, formalidades de las ofertas, plazos para la firma y causales de extinción y suspensión. Aspectos económicos como garantías y aportes estatales y todo lo relativo al régimen tarifario. Y técnicos: condiciones y estándares de construcción y criterios para la evaluación técnica de las ofertas. Una vez publicada la convocatoria el pliego de condiciones no podrá ser modificado, salvo que se revoque la convocatoria. Podría preguntarse si tal como sucede en la oferta pública del Código Civil (C.C.), en caso de revocatoria deben reembolsarse los gastos hechos previamente (C.C. artículos 1.137 a 1.139). La L.C. excluye expresamente la exención de responsabilidad si se descartan todas las propuestas, pero no si se revoca a los solos efectos de modificar el pliego de condiciones. No se olvide que si bien la Administración tiene el poder de modificar unilateralmente el contrato, de hacerlo debe indemnizar si causa gastos o aumentan los costos.

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Opus cit*, p. 682.

Una vez que se otorga el contrato el pliego de condiciones forma parte de él. Se trata de cláusulas que dicta una sola de las partes por lo cual se trata de un contrato de adhesión.<sup>14</sup> La doctrina extranjera está conteste en que el pliego tiene naturaleza contractual y es ley entre las partes por su inclusión en el contrato.<sup>15</sup>

### 2.3. Selección del contratista

A diferencia de la Ley de Licitaciones que utiliza el sistema del concurso (artículo 110), la concesión se otorga por el método de subasta. En el sistema de concurso no se adjudica al mejor precio sino a la mejor oferta. En la subasta se adjudica al mayor o menor precio.<sup>16</sup> En el artículo 27 L.C. se establece como criterio el valor económico de la oferta. Si bien es un precio único, o en alza, si se trata de elementos valorables económicamente y que pueden considerarse todos, incluyendo la duración, un precio. El mecanismo de subasta tiene un problema: la facilidad para la colusión definida en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, como el acuerdo para «1º Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio».

En definitiva es el medio ideal para que las empresas acuerden precios máximos a pagar por obtener la concesión, dado que, la sanción, informal obviamente, es fácil pues la vigilancia del acuerdo tiene un costo cero, dado que la oferta ganadora será publicada como contrato final en la Gaceta Oficial, así será posible saber si alguien violó el acuerdo previo.<sup>17</sup>

Una opción mejor es la subasta de segundo mejor precio, en la cual cada ofertante presenta un precio. Se adjudica al mayor o mejor precio, según corresponda pero no se paga ese precio sino el segundo precio. Así desaparece todo el incentivo para mantener los precios bajos, pues si se ofrece un precio muy alto, se obtiene la buena pro, pero se paga un precio menor. Este precio menor es el socialmente óptimo ya que corresponde a la verdadera valoración.<sup>18</sup> VICKREY, creador de este método obtuvo el premio Nobel.

La licitación puede ser declarada desierta sin derecho a indemnización. Ese acto administrativo deberá ser motivado y siendo un acto discrecio-

<sup>14</sup> SOSA, Francisco. Opus cit, p. 121.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Opus cit, p. 680.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 685.

<sup>17</sup> BECKER, Gary. *Teoría económica*. México. FCE, 1987, p. 133.

<sup>18</sup> BINMORE, Ken. *Teoría de juegos*. Madrid. McGraw Hill, 1993, p. 506.

nal está sujeto a los requisitos de racionalidad y fin del artículo 12 L.O.P.A. y está sujeto a revisión judicial de conformidad con el artículo 259 C.N.

Posterior a la adjudicación se perfecciona el contrato con la firma. Después deberá publicarse en la Gaceta Oficial (artículo 28 L.C.).

#### 2.4. Garantías

El proceso de convocatoria y licitación exige que la Administración realice gastos: de personal dedicado a la labor. De publicaciones nacionales e internacionales. Más los costos de oportunidad que derive de la afectación de los recursos a una obra. Por otra parte, hay posibilidad de daños derivados de un hipotético incumplimiento. Para responder por esos gastos todos los participantes en la oferta deben constituir una garantía que asegure que la oferta es «seria», es decir, que será mantenida en caso de adjudicarse un contrato. De no formalizarse, la garantía es inmediatamente ejecutable. De acuerdo con sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en un caso afín, no sería necesario ningún procedimiento.<sup>19</sup>

Deberán obligatoriamente constituirse fianzas «de fiel cumplimiento», para garantizar la ejecución y para garantizar la explotación de la obra o servicio (artículo 30 L.C.).

Otro tipo de garantías deberá ser contemplado en el pliego de condiciones. Entre ese tipo de garantía debería preverse las fianzas de obligaciones laborales. Según el artículo 94 C.N. el Estado respondería en caso de incumplimiento del concesionario como contratista que es. Las fianzas a prestar por entidades bancarias o aseguradoras se rigen por el derecho mercantil por lo tanto son solidarias y sin beneficio de excusión.

### 3. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

La primera obligación después de formar el contrato es de constituir una sociedad anónima de nacionalidad venezolana. Esto último podría convertir en inútil una adjudicación a un oferente extranjero. La decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones, define como empresa a aquella con más del 80% del capital nacional y que se refleje en la dirección técnica financiera de la empresa.<sup>20</sup> Entonces, ¿para qué se realizó una licitación internacional en la cual se precalificó a los ofertantes por su capacidad

<sup>19</sup> Tribunal Supremo de Justicia. PIERRE TAPIA, Cit., Vol. 12, Año 2000, p. 173.

<sup>20</sup> Comunidad Andina de Naciones. Decisión 291 en <http://www.comunidadandina.org/english/Dec/d291e.htm> febrero 2001.

técnica, si esta no se podía reflejar en la nueva empresa? Debería decir: domiciliada en Venezuela.

El hecho mismo de crear una nueva sociedad haría ocioso exigir capacidad técnica que posee la empresa matriz, la ganadora, no la filial creada *ad hoc*; sin embargo, es una práctica empresarial común que permite disminuir el riesgo para la matriz, al limitar su responsabilidad al capital aportado a la sociedad que desarrolla la construcción o la gestión. El capital de la nueva sociedad aportado por la matriz, o bien por el Estado (artículo 27 L.C.) está destinada exclusivamente a la concesión y protegido de cualquier vicisitud que afecte la matriz, sin olvidar que en definitiva revertirá al Estado.<sup>21</sup>

Ese capital debe ser preservado en buen estado para el momento de la reversión, por lo cual no deberían ser gravados sin autorización de la Administración.<sup>22</sup> Pero la L.C. deja la materia al pliego de condiciones. Previendo expresamente sólo la posibilidad de que la concesión, no los bienes, sea pignorada (artículos 34 y 35). Sin embargo, dado que se requieren las mismas condiciones que para ser acreedor pignoraticio que para ser ofertante es poco probable que se obtenga financiamiento ajustado a la ley. En cuanto a los bienes de la concesión no podrían ser pignorados o hipotecados aquellos que estén sujetos a reversión dado que forman parte del dominio público y, por lo tanto, serían inejecutables (artículo 48 L.C.). Aquellos sujetos a reversión sólo podrían ser ejecutados previa autorización de la Procuraduría General de la República o pasados 60 días de la solicitud a falta de la respuesta (artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, LOPGR).

Una segunda obligación del concesionario es la prestación del servicio de manera continua, la convenida, en palabras de la ley. De forma normal, es decir, sin molestias, incomodidades o peligros para los usuarios, salvo razones de seguridad o de urgente reparación. De manera interrumpida salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre la fuerza mayor el caso polémico es el de la huelga: si ésta no fue causada por el patrono, y el Ministerio del Trabajo la hubiese declarado ilegal no podrá el concedente considerarla imputable al concesionario y no daría lugar a la intervención (artículo 52 L.C.).<sup>23</sup>

Tercero, la responsabilidad por los daños causados por el concesionario deben ser indemnizados por éste, salvo que su origen este en una orden

<sup>21</sup> MORELL, Luis. Opus cit, pp. 398 y 399.

<sup>22</sup> SOSA, Francisco. Opus cit, p. 131.

<sup>23</sup> Ídem.

de la Administración. El régimen de la responsabilidad será entonces el del Código Civil respecto del hecho ilícito propio (artículo 1.185), del guardián de la cosa (artículo 1.193), el principal (artículo 1.190) o bien el propietario del edificio (artículo 1.194). Con sus correspondientes causales de exoneración. Problema a resolver es el de los tribunales competentes pues la referencia del artículo 259 C.N. a los servicios públicos podría llevar el caso al contencioso administrativo. En principio debería estar sujeto a la competencia de los Tribunales civiles salvo que la empresa que realiza la prestación tenga participación decisiva del Estado, hipótesis posibilitada por el artículo 3 L.C. en cuyo caso sería competencia de los tribunales contencioso administrativos (artículos 42, 182 y 185 LOCSJ).

Finalmente deberá prestar el servicio acatando las directrices de la administración.

#### 4. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE

El concesionario si bien entra en una relación contractual con la Administración, en razón del contrato queda en situación de sujeción especial, y la administración goza en la relación de prerrogativas, las cláusulas exorbitantes. Estas tienen por finalidad hacer prevalecer el interés público, permitiendo el ajuste del contrato a la variante realidad, o a la discrecionalidad del funcionario de turno que puede determinar condiciones desiguales o discriminaciones abusivas.<sup>24</sup>

Estos poderes son:

- a. El poder de dirección y control. El contrato queda sujeto a lo establecido en la L.C., su reglamento, el pliego de condiciones, las leyes que regulan los servicios públicos y las órdenes del concedente. Asimismo, lo obligan a permitir inspecciones y auditorías en un intento inútil por tratar de controlar el desempeño y eficiencia del concesionario. La asimetría de información entre concedente y concesionario no puede ser modificada por auditores e inspectores, sean públicos o contratados en el sector privado, dado que el interés y la ganancia del «agente», el concesionario, es grande en conservar secreta la información sobre sus costos y su cumplimiento. El funcionario público o la empresa contratada para auditar no tiene incentivos para obtener la información adecuada y se conformará con y aceptará la información que el concesionario le permita conocer.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, Cit., Vol. 12, Año 2000, p. 164.

<sup>25</sup> LAFFONT y TIROLE, *Competition in telecommunications*. Massachusetts, MIT, 2000, pp 93 y 94.

- b. La Administración tiene la potestad de interpretar unilateralmente el contrato en caso de discrepancia entre las partes, mediante acto administrativo que deberá producirse oyendo a la contraparte, decisión provisional que permite la continuidad de la obra o servicio.<sup>26</sup> Siendo posible el recurso al contencioso administrativo sin efectos suspensivos o bien recurrir al arbitraje si el contrato lo estipuló. (artículos 38 y 61 L.C)
- c. El poder de modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público compensando al concesionario si las variaciones causan daños. Poder éste que se considera ilimitado en extensión e intensidad.<sup>27</sup> Si bien el contratista podrá pedir la rescisión si las modificaciones excediesen del 20% del valor del contrato. ¿Puede la Administración imponer la continuación de la obra? En España —de donde se copia la disposición— la norma es forzosa para la administración, pero la L.C. omitió esa parte.
- d. El poder de rescisión unilateral. «Ya para 1944 la Corte Federal y de Casación había reconocido el derecho que tiene toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública destinada a un servicio público, puede desistir de ella, en cualquier tiempo en que haya sido empezada...».<sup>28</sup> La rescisión puede ser una sanción del incumplimiento o puede deberse sólo a la insubsistencia del interés público en la continuación de la obra, sea que no sea necesaria, bien que no haya recursos disponibles.

En este último caso, el de la falta de necesidad, la rescisión es la solución óptima desde el punto de vista económico, pues su continuación significaría un desperdicio de recursos.<sup>29</sup> El concesionario tendrá derecho al reembolso de los gastos efectuados, a la ganancia dejada de obtener tomando en cuenta el tiempo restante y las posibilidades de obtener un nuevo contrato.

Como ya se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia obviando el artículo 49 C.N. considera innecesario un procedimiento previo a la rescisión.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Opus cit*, p. 704.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 704.

<sup>28</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 170.

<sup>29</sup> POSNER, Richard. *Economics Analysis of the Law*. Boston, Little Brown, 1992, p. 250.

<sup>30</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 173.

## 5. DERECHOS DEL CONCESIONARIO

El derecho básico del concesionario es el derecho a ejecutar el contrato de acuerdo con lo estipulado sujeto a las modificaciones que el concedente le imponga en ejercicio de sus prerrogativas, so pena de que la Administración deba indemnizar en ausencia de falta del concesionario. El concedente deberá permitir y proveer lo necesario para el ejercicio de este derecho.<sup>31</sup>

En segundo lugar, dado que la concesión se asume por el particular con evidente ánimo de lucro, a éste se le otorga el derecho de recuperar los costos y gastos y obtener una tasa de retorno razonable, a través de tarifas, precios, peaje, alquileres, etc. El concesionario, eso sí, lo hace «a su riesgo y ventura» en ningún caso se le garantiza una ganancia. Sólo el equilibrio financiero, que no habrá cargas impuestas por la Administración que no sean compensadas, sean éstas modificaciones de la obra, sean controles de precios.<sup>32</sup> Si por decreto se aumentan los salarios o por ley los impuestos, debe seguir un aumento de tarifas. Si por su mala gerencia aumentan los costos e incurre en pérdidas no las debería enjugar el Estado.

La fijación de las tarifas, peajes, etc, es el punto álgido de los contratos de concesión. Para los usuarios siempre son muy altas, para el concesionario siempre muy bajas, y la Administración siempre retrasa la revisión a la que tiene derecho el concesionario (artículo 33 L.C.).

La L.C. permite que en el pliego de condiciones se establezca el método de fijación de las tarifas. El favorito de la opinión pública venezolana, es el peor método de todos: costos más una tasa razonable de beneficios. Nunca dos empresas utilizarían este sistema entre ellas en un contrato privado. Ilustremos el punto: si de acuerdo con la estructura de costos estos son iguales a bolívares 100 y la tarifa es igual a costos más 10%, aquélla será igual a bolívares 110. Si la estructura de costos es igual a bolívares 1.000, la tarifa será igual a 1.100. En definitiva, mientras más dilapide recursos, mientras más ineficiente sea la empresa mayores serán sus ingresos.<sup>33</sup> Se contestará que las auditorías permitirían saber sobre los verdaderos costos. Ya se dijo lo que es la asimetría de la información. Así podemos ver en los medios de comunicación costosas campañas de publicidad de empresas de servicios públicos que son monopolios y no necesitan publicidad, pero la Administración lo considera un costo razonable. Los altos sueldos, el no cobro de los servicios de los trabajadores, el

<sup>31</sup> SOSA, Francisco. *Opus cit*, p. 140.

<sup>32</sup> MORELL, Luis. *Opus cit*, p. 400.

<sup>33</sup> LAFFONT y TIROLE. *Opus cit*, pp. 60 y ss.

no cobro de los servicios hurtados, son costos que aumentan la base de cálculo de los servicios. Eso justifica el «retraso regulatorio», al no realizar de inmediato los ajustes de tarifas éstas se acercan de nuevo a lo razonable e incentivan la reducción de los costos.<sup>34</sup> Claro en Venezuela la respuesta suele ser la amenaza de «pérdida de calidad del servicio», y nuevas campañas de publicidad.

Entre las alternativas está una especie de *benchmarking*, si hay varios concesionarios se puede establecer una tasa de retorno real, después de inflación, sobre el promedio de los costos, aquellos que más reduzcan sus costos obtendrán mayores ganancias, los que estén por debajo incurrirán en pérdidas.<sup>35</sup>

Otro problema con la estructura tarifaria es su carácter regresivo. En los peajes, los pagos hechos por conductores particulares, personas de clase media, son irrisorios. Y muchas veces son personas que conducen en solitario. Esos bajos costos de peaje estimulan el sobreuso de las vías y de los vehículos. En cambio los camiones que transportan mercancías, entre aquéllas alimentos, pagan altísimos peajes. Esto aumenta los precios de los alimentos. El porcentaje del ingreso de una persona pobre que se consume en alimentos es mayor que el de una persona de clase media o alta. En definitiva son los pobres los que pagan los altos peajes en beneficio de la clase media que conduce automóviles. El mismo razonamiento es válido con respecto a los servicios públicos industriales y comerciales, y las estructuras tarifarias que penalizan al comercio e industrias. Producir para estos últimos tiene un menor costo, por economía de escala, pero las tarifas son mayores. Esto se refleja en los costos de los productos y en definitiva los clientes residenciales pagan una tarifa menor directamente, pero también pagan la mayor que es trasladada por los industriales y comerciantes a los precios de las mercancías. Siendo mayor el pago no para quien más consume el servicio sino para quien más consume mercancías.

En caso de no pago de las tarifas correspondientes, el concesionario puede suspender el servicio a los usuarios en aplicación de la *exceptio non adimpletis contractus*. El T.S.J. ha considerado que esto sólo es posible si las tarifas son razonables y no arbitrarias, aprobadas por la Administración.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>35</sup> POSNER, Richard. *Opus cit*, p. 344.

<sup>36</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 159.

También podrá ser beneficiario de las expropiaciones, no expropiar por sí mismo. La potestad de expropiar es exclusiva del Estado.<sup>37</sup> Pudiendo en todo caso el concesionario negociar libremente la adquisición de los bienes.

## 6. DERECHOS DE USUARIOS Y TERCEROS

La L.C. considera obligación del concesionario y derechos de terceros, el de permitir la utilización del servicio en las condiciones del «reglamento del servicio» que forma parte del pliego de condiciones (artículo 24, literal l) o de las leyes reguladoras del servicio, obviamente en orden inverso. Aquellos que utilizan el servicio son los usuarios. Los afectados por el servicio sin utilizarlos son los terceros y tienen derecho a ser indemnizados por los daños sufridos (artículo 36).

Una vez establecido un servicio el usuario se convierte en un titular de derecho subjetivo, ya que «la situación jurídica del eventual usuario se consolida adquiriendo el derecho a la prestación de acuerdo con las normas propias de prestación del mismo y siempre respetando la igualdad en el tratamiento».<sup>38</sup>

En cambio frente al régimen de las tarifas y de la calidad del servicio se encuentra como titular de un interés difuso que se caracteriza por «el hecho de ser común a una pluralidad a menudo del todo diferenciada de individuos».<sup>39</sup> [Traducción del autor] O en palabras del T.S.J. surgen:

Cuando los derechos y garantía constitucionales, que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de vida, condiciones básicas de existencia, se ven afectadas, la calidad de vida en toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad, y que tal desmejora no suceda y si ya sucedió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos) ...».<sup>40</sup> (39)

Y a diferencia de los intereses colectivos no pertenece a un grupo definido de individuos.

<sup>37</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA; Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid, Civitas, 1989, p. 46.

<sup>38</sup> SOSA, Francisco. *Opus cit*, p. 155.

<sup>39</sup> CRESTI, Marco. *Contributo allo Studio della Tutela Degli Interessi Diffusi*. Milano, Giuffrè, 1992, p. 5.

<sup>40</sup> Tribunal Supremo de Justicia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scom/Junio/656-3000600-001728%20.htm> Julio 2000

En la Constitución Bolivariana se crea la Defensoría del Pueblo y se le faculta para la defensa y promoción de los intereses colectivos y difusos (artículo 280 C.N.) y se le da competencia para:

2° Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos de intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, y desviaciones de poder y errores cometidos en aplicación de los mismos (...).

6° Solicitar ante la autoridad competente la aplicación de los correctivos a la que haya lugar por la violación de los derechos del público consumidor y del usuario de conformidad con la ley...

Una segunda vía es la legitimación de grupos que representan los intereses difusos. No se trata de intereses colectivos pues trascienden al grupo. Así cuando se construye una carretera los vecinos son afectados pero también los que transitan tienen interés. Pero no es el interés general, pues los transportistas que transitan se benefician con su apertura, pero los vecinos en las adyacencias pueden ser perjudicados o beneficiados

Y el T.S.J. ha dicho que

...quien demanda por derechos e intereses difusos lo debe hacer a nombre de la sociedad... ¿Quién es el legitimado para actuar?

...deberían ser las organizaciones sociales cuyo objeto por mandato legal sea el ejercicio de estas acciones, ya que se han creados a esos fines (unas podrían ser las Asociaciones de Vecinos, previstas para ello, por ejemplo, en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o en el artículo 170 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, prevenidas en el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.<sup>41</sup>

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, legitima expresamente a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas (artículos 9, 10 y 11) para actuar cuando se trata de intereses difusos y colectivos (artículo 151), legitimación que puede originar conflictos entre Asociaciones que compitan por defender los intereses difusos incluso por motivos contrarios a los intereses públicos o convertirse en acción popular.

Todos éstos podrán utilizar los recursos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o bien dirigirse al ente concedente para que tome las medidas necesarias (artículo 7, literal n L.C.).

Igualmente los usuarios afectados individualmente por el concesionario podrán recurrir ante el ente concedente. Contra esa decisión se recurrirá

<sup>41</sup> Ídem.

en Recurso de Reconsideración o en Contencioso Administrativo, optativamente. ALBI, comentando la norma idéntica del Reglamento de Servicios Locales Español, ha dicho que convierte la concesión en una forma de gestión directa.<sup>42</sup>

## 7. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN EN LA CONCESIÓN

7.1. En caso de guerra, conmoción interna, casos como terremotos, huracanes, etc. O bien por destrucción parcial de la obra, la concesión se suspenderá temporalmente, previa constatación que siempre será posible, de no serlo la Administración estaría actuando sobre intuiciones o caprichos (artículo 45 L.C.). En tal caso no procede la indemnización por parte de la Administración, pues la fuerza mayor excluye la indemnización (artículo 1.272 C.C.). La guerra o conmoción interna si bien podrían considerarse indirectamente imputables a la Administración, por su carácter catastrófico deben asimilarse a la fuerza mayor. Si la destrucción de las obras fuese imputable a la Administración, ésta debería indemnizar.

El pliego de condiciones podrá establecer otras causas, que si se quiere incentivar las inversiones deberán ser graves y previo procedimiento. En tales casos habrá o no indemnización según sea o no imputable a la Administración.<sup>43</sup>

### 7.2. Extinción de la concesión

La causal lógica de extinción, dada su temporalidad de rango constitucional (artículo 114 C.N.), es el cumplimiento del plazo. El plazo legal es de 50 años (artículo 16 L.C.), renovable por igual lapso. La L.C. permite, no obliga, a una consulta a los usuarios, obviamente, a través de las Asociaciones de Consumidores o de las comunidades organizadas, léase Asociaciones de Vecinos. La temporalidad busca resolver el mayor defecto de la concesión, se crea un monopolio privado, que por supuesto dado que la competencia en principio es legalmente imposible, buscará maximizar su ganancia y descuidará la calidad.<sup>44</sup> Pero la certeza del fin del contrato desestimula la inversión en la concesión. Especialmente en los últimos años en los cuales el poco tiempo y los controles de tarifas

<sup>42</sup> En SOSA, Francisco. Opus cit, p. 155.

<sup>43</sup> BARRERO, María. «La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública». En *Revista de Administración Pública*. N° 142, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril 1997, pp. 114 y ss.

<sup>44</sup> BON, Pierre. Opus cit, p. 257.

impiden la amortización plena de la inversión salvo que se obtenga plena indemnización de la fracción no amortizada (artículo 48 L.C.).

Por mutuo acuerdo de las partes, también concluye la concesión, de aquél se ha dicho en el derecho comparado que «sólo puede utilizarse cuando razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesarias o inconvenientes la permanencia del contrato».<sup>45</sup>

Y así lo repite la L.C. (artículo 49) la razón es evitar posibilidad de fraudes por concierto entre Administración y concesionarios.

La rescisión del contrato por incumplimiento grave del contrato

A pesar de lo dicho por el T.S.J. en la sentencia y varias veces citada<sup>46</sup> debería declararse sólo después de un procedimiento con audiencia del particular que asegure el derecho a la defensa.

Las causales de suspensión son sólo las establecidas en el artículo 51 de la L.C. o bien en el pliego de condiciones. Salvo en la causal e del artículo 51 la caducidad, la declaratoria de extinción, conllevará a la ejecución de las correspondientes garantías.

Para resguardar el interés público el cumplimiento de quien ha demostrado ser incapaz de hacerlo se procedería a designar un interventor (artículo 52 L.C.).

La ley dice «podrá», pero ¿puede considerarse discrecional la decisión ante las causales de los literales *a*, *b* o *e* y que afectan directamente la prestación del servicio? La respuesta debe ser negativa.

Rescate anticipado, si razones de interés público lo justifican y con pago de daños y perjuicios y de la reposición de lo invertido en la obra (artículo 53 L.C.). Mientras en caso de incumplimiento la ley obliga a licitar de nuevo, en caso de rescate anticipado, deja abierta las opciones de la gestión subsiguiente.

La quiebra de la sociedad concesionaria también extingue la concesión (artículo 54 L.C.) pero se obvian la declaratoria de atraso y la referencia a cuál sociedad, ¿la creada para gestionar la concesión o la que obtuvo el contrato? Las garantías no entran en la masa del deudor por ser créditos privilegiados (artículo 54 L.C.)

<sup>45</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Opus cit, p. 736.

<sup>46</sup> Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA. Opus cit, Vol. 12, año 2000, p. 173.

### 7.3. La reversión

Esta no es sino el cese del derecho del uso y goce de los bienes del dominio público y privado que estaban destinados a la ejecución de la concesión. Desde el mismo momento que se adquiere el bien para la concesión queda afectado el dominio público (artículo 60 L.C.). Una vez extinguida la concesión, revertirán al concedente sin indemnización excepto que no hayan sido amortizados.

También en el contrato podrá establecerse que otros bienes no afectos a reversión «revertirán» previo pago, debería decirse serán expropiados. Ya se ha dicho que el concesionario no tendrá interés alguno en conservar las instalaciones si no considera probable o no es posible la renovación. Por eso la ley deja al concedente la libertad para adoptar las medidas necesarias para asegurar que no se revierta chatarra en lugar de una concesión en plena operación.

## CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años se ha tratado de rescatar la figura de la concesión para evitar una abierta privatización. La concesión no es otra cosa que un monopolio y, por tanto, el gestor no tiene ningún incentivo para prestar un servicio adecuado. La asimetría de información, el interés que tiene el concesionario en aprovechar su situación y la falta de interés, pues no cambiaría en nada su situación, del burócrata que habría de vigilar hacen que la figura no cumpla jamás con las expectativas.

En muchos casos la norma se ha hecho inaplicable por una supuesta desregulación y se ve reducida al sector de las obras públicas en las cuales es especialmente difícil arbitrar fórmulas de autofinanciamiento.

Así se suma una más de las leyes copiadas de otros países, sólo que esta vez es una fórmula fallida en su lugar de origen y en el receptor.