

Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE¹

JULIÁN PIMIENTO²

La transposición de la Directiva 2014/23/UE del 26 de febrero de 2014, relativa a la atribución de contratos de concesión, se realizó en derecho francés por medio de la ordenanza del 29 de enero y el decreto del 1.º de febrero de 2016. Es de cara a esta nueva normativa que la Corte administrativa de apelaciones (CAA) de Marsella decidió, el pasado mes de junio³, que, en el caso de una concesión de servicios públicos⁴, si los bienes necesarios a la prestación del servicio pertenecen desde el comienzo al ente territorial concedente, estos regresan al finalizar el contrato de manera gratuita al sujeto de derecho público. Este principio no aplica sin embargo en los casos en los que el delegatario del servicio es propietario de los bienes necesarios para su prestación, antes de la celebración del contrato, y cuando únicamente los ha puesto a disposición para la ejecución del mismo.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

2 Doctor en Derecho Público por la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, París, Francia. Magíster en Derecho Público Interno y titular de un DSU en Derecho Administrativo de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II. Docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: pimiento.julian@gmail.com Para citar el artículo: Zárate, A., Pimiento, J. "Actualidad extranjera", *Revista digital de Derecho administrativo*, n.º 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 13-17. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n17.03>.

3 CAA Marseille, 9 de junio de 2016, n.º 15MA04083 y n.º 15MA04084, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Communauté de Communes de la Vallée de l'Ubaye et Communes Enchastrayes*.

4 Conforme a las nuevas disposiciones, los contratos de concesión son aquellos celebrados por escrito y por los cuales una o varias autoridades concedentes confían la ejecución de trabajos o la Op'gestión de un servicio a uno o varios operadores económicos a quienes transfieren un riesgo ligado a la explotación de la obra o del servicio, en contraprestación sea del derecho a explotar la obra o el servicio que es objeto del contrato, sea de ese derecho mediante un precio (art. 5 de la ordenanza del 29 de enero de 2016). Se retoma así la definición desarrollada por la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; Rec. CJCE 2005, I, p. 8585; CJUE, 10 mar. 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*; Rec. CJUE 2011, I, p. 6657; CJUE, 10 nov. 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA et Dekom SIA*).

El caso en cuestión trata de la concesión del servicio público⁵ de remontes mecánicos y del régimen jurídico aplicable a los teleféricos y demás bienes necesarios para el transporte en montaña en zona de esquí; contrato que en derecho francés presenta dificultades recurrentes, como alcanzar un equilibrio económico en su ejecución, y en función del lugar importante que tradicionalmente han ocupado actores privados en la prestación de los servicios asociados con esta actividad.

El tema, exótico de alguna manera para el lector colombiano, había sido objeto de un concepto del Consejo de Estado francés, en el que el alto tribunal consideró que el conjunto de bienes necesarios para el funcionamiento de ese servicio, instalados tanto en propiedad pública como privada, en razón de la servidumbre prevista en los artículos L. 342-20 y siguientes del Código de Turismo, pertenecen desde su origen a la persona pública, de manera que estos revierten de manera gratuita al término de la concesión⁶. Asimismo, en varios pronunciamientos jurisprudenciales se fue estableciendo un régimen jurídico para los bienes asociados al servicio público de transporte en zonas montañosas y áreas de esquí⁷, según el cual el conjunto de bienes, muebles o inmuebles, necesarios para la prestación del servicio público pertenecen, en caso de silencio en las cláusulas contractuales, desde su realización o adquisición a la persona pública⁸. Esto, en razón de las reglas propias aplicables a las concesiones de remontes mecánicos, contenidas en la Ley n.º 85-30 del 9 de enero de 1985, relativa al desarrollo y protección de la montaña⁹.

5 Las concesiones de servicios son definidas como los contratos que tienen por objeto la gestión de un servicio. Como lo señala Gylain Clamour, estos contratos pueden consistir en la delegación de un servicio público, de aquellos pertenecientes a la noción de delegación de servicio público que se ha desarrollado en el derecho francés desde 1993 y que se mantiene en los nuevos textos normativos. "En efecto, el Código general de colectividades territoriales, luego de enunciar las reglas generales aplicables a los contratos de concesión (CGCT, art. L. 1410-1 s.), dispone que una delegación de servicio público es un contrato de concesión en el sentido de la ordenanza del 29 de enero de 2016, relativa a los contratos de concesiones. Se trata de un contrato por escrito entre una autoridad delegante local que confiere la gestión de un servicio público a uno o varios operadores económicos, a quienes transfiere el riesgo asociado a la explotación del servicio, en contraprestación sea del derecho de explotar el servicio objeto del contrato, sea del derecho derivado de un precio" (CGCT, art. L. 1411-1). GYLAIN CLAMOUR, «Le nouveau droit des concessions», *Droit administratif*, n.º 3, 2015, *étude* 5.

6 CE, *sect. des travaux publics*, avis, 19 avr. 2005, n.º 371234.

7 Se estimó, por ejemplo, que el telesquí puede ser calificado como un bien objeto de re-toma, toda vez que al momento de celebrar el contrato de concesión de la delegación de un servicio público era de propiedad privada de la empresa contratista. CCA Lyon, 16 de febrero de 2012, n.º 10LY02315, *Sté Télèpente des Gets*.

8 CE, ass. 21 déc. 2012, n.º 342788, *Commune Douai*.

9 Codificada en los artículos L. 342-1 ss. del Código francés de Turismo. "Le service des remontées mécaniques, le cas échéant étendu aux installations nécessaires à l'exploitation des pistes de ski, est organisé par les communes sur le territoire desquelles elles sont situées".

La decisión de la Corte administrativa de apelaciones de Marsella, al confirmar la solución de los jueces de primera instancia¹⁰, consideró que nada impide a una colectividad territorial volverse propietaria de los remontes existentes, con anterioridad a la celebración de una delegación de servicio público. Ahora bien, la novedad de la decisión de la CAA consiste en aportar matices a las reglas decantadas por la jurisprudencia de años anteriores, al señalar que, si bien las reglas que gobiernan las concesiones de servicio público imponen que los bienes necesarios al funcionamiento del servicio pertenecen a la colectividad concedente desde el comienzo, este principio no encuentra necesariamente aplicación en todas las concesiones para la explotación de una infraestructura, como ocurre en aquellos casos en los que el delegatario es su propietario con anterioridad a la celebración del contrato y los ha colocado únicamente para la ejecución del mismo¹¹. De todas maneras, concluye la Corte que, en caso de que los bienes sean necesarios para la explotación del servicio, la colectividad puede reservarse la facultad de adquisición de los mismos en el contrato, con el fin de garantizar su continuidad¹².

La excepción formulada en este caso por el juez de segunda instancia se inscribe por lo demás en una línea jurisprudencial que había sido iniciada con la decisión adoptada en 2012 por la Corte administrativa de apelaciones de Lyon¹³, sentencia que excluye de los bienes que deben ser restituidos al finalizar la concesión aquellos que, a pesar de ser necesarios para la buena ejecución del servicio público, son de propiedad del contratista antes de la celebración de la concesión y, por consiguiente, le quedan al finalizar la misma; excepto en el caso de que sean adquiridos por parte de la colectividad territorial. Esta solución consagra el respeto del derecho de propiedad y la libertad contractual que ocupa entonces un lugar importante en el régimen de los bienes en materia de concesiones¹⁴.

10 Tribunal administrativo de Marsella, 18 de agosto de 2015, n.º 1407888, *Préfet des Alpes-Maritimes*.

11 Considerando 8.

12 Considerando 8. Para el juez administrativo, las disposiciones precitadas del Código de Turismo, relativas al desarrollo y a la protección de la montaña, confían a las comunas la organización y la ejecución del servicio público de remontes mecánicos. En este contexto, si las reglas que gobiernan las concesiones de servicios públicos imponen que los bienes necesarios para el funcionamiento del servicio pertenecen a la colectividad concedente desde el comienzo, este principio no se aplica necesariamente a toda convención de explotación de una infraestructura, "*lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il l'a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci*". Por lo que si los bienes son necesarios para la prestación del servicio, debe la colectividad reservarse la facultad de adquirirlos con prelación.

13 CAA Lyon, 16 de febrero de 2012, n.º 10LY02315, *Sté Télé pente des Gets*, precitada.

14 Al respecto, en derecho francés, vid. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 4.ª ed., LGDJ, 2004, pp. 560 s.

Por último, es preciso indicar cómo la Corte administrativa de apelaciones de Marsella aporta dos precisiones complementarias. La primera guarda relación con el hecho de que la indemnización a cancelar en caso de bienes no amortizados al finalizar el contrato no puede, como sucede con los bienes que se reintegran, ser calculada sobre la base del valor neto contable, sino que debe ser determinada en función del valor de venta de los bienes¹⁵. Cabe recordar que, en la especie, los bienes necesarios para asegurar la prestación del servicio público fueron adquiridos por la comuna al antiguo concesionario por un monto de 3.7 millones de euros, luego de que el procedimiento de adjudicación de una nueva delegación de servicio público fracasara. Este valor correspondía en el caso concreto al valor de venta. Para la CAA, "en los bienes que no se encuentran sometidos al régimen aplicable a los bienes de reintegro la indemnización debe ser igual al valor de venta de esos bienes y no al valor neto contable"¹⁶. La segunda precisión es aquella relativa al reconocimiento hecho a las comunas que forman parte de una comunidad de comunas para contribuir con los costos asociados a la adquisición de estos bienes, pero únicamente en el marco de la constitución de un fondo común en el que estas concurren, de acuerdo a lo establecido en el artículo L. 5214-6 del Código general de colectividades territoriales¹⁷.

Estos asuntos resultan de particular relevancia para el derecho colombiano, en el que la experiencia en materia de reversión no ha sido la más sencilla. A la luz de una positivización confusa en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993¹⁸, en la que resultaba imposible distinguir los diversos tipos de bienes que pueden

15 «... dès lors, le moyen tiré de ce que le protocole d'accord litigieux aurait, en retenant une indemnité fondée sur la valeur vénale, méconnu par refus d'application les règles juridiques applicables aux biens dits de retour et les dispositions précitées de l'article L. 342-3 du Code du tourisme doit être écarté», considerando 11.

16 Considerando 11. Esta solución modifica aquella que había sido adoptada con anterioridad (Tribunal administrativo de Grenoble, 27 de marzo de 2011 n° 1104951 et n.° 1200150, *SIVU Domaine skiable Les Houches Saint-Gervais et Préfet de la Haute-Savoie*). Por su parte, el artículo 34 de la ordenanza del 29 de enero de 2016 dispone que la duración de los contratos es modulada en función de la naturaleza y de la importancia de las inversiones acordadas entre las partes. «Lorsque la durée résiduelle d'un contrat portant sur le service des remontées mécaniques défini à l'article L. 342-9 est insuffisante pour permettre l'amortissement normal d'investissements supplémentaires demandés par la personne publique délégante pour moderniser les infrastructures existantes, les parties peuvent convenir, par voie d'avenant, des conditions d'indemnisation du délégataire pour lesdits investissements qui ne seraient pas amortis au terme du contrat». Considerando 10. La persona pública puede en este caso hacerse reembolsar todo o parte del monto de la indemnización por el nuevo concesionario encargado de seguir explotando el servicio.

17 "... 2. Actions de développement économique intéressant l'ensemble de la communauté. [...] V.- Afin de financer la réalisation ou le fonctionnement d'un équipement, des fonds de concours peuvent être versés entre la communauté de communes et les communes membres après accords concordants exprimés à la majorité simple du conseil communautaire et des conseils municipaux concernés. Le montant total des fonds de concours ne peut excéder la part du financement assurée, hors subventions, par le bénéficiaire du fonds de concours...".

18 A cuyo tenor: "Artículo 19.- De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los

entrar en cualquier modalidad de concesión, surgieron voces que propugnaban por una visión más formal, contable, de la institución¹⁹; sin embargo, otros han buscado identificarla con un elemento natural²⁰, asociado a la ejecución de este tipo de contratos, en los que se involucran bienes de distinta naturaleza, públicos y privados, pero que se destinan al mismo fin.

Comoquiera que sea, la cuestión ha estado en el ojo del huracán desde hace cierto tiempo, en particular desde la declaratoria de exequibilidad condicionada que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013, respecto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, que buscaba modificar las concesiones de espectro electromagnético, para que solo revirtieran las frecuencias adjudicadas y no los bienes asociados a su utilización. De la misma manera, desde el punto de vista del derecho positivo, aunque sigue siendo una respuesta parcial y sectorial, se puede destacar lo contenido en el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012 que ordena que en los proyectos de asociaciones público-privadas "se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán".

En nuestro criterio, se trata de uno de los grandes vacíos de la legislación colombiana, cuyas consecuencias todavía no se han hecho notar dado el momento de ejecución en que se encuentran los contratos de concesión, pero que no tardarán en sentirse. Un vistazo a la respuesta judicial de países que han tenido una influencia en la formación del derecho administrativo nacional resulta positivo para encontrar, desde ya, elementos de análisis que puedan ayudar en su interpretación.

elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna".

- 19 JORGE E. SANTOS, "La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa", en JOSÉ LUIS BENADIVES y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO (dir.), *X Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- 20 Así lo afirma JUAN CARLOS EXPÓSITO, *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 234 a 237. Cfr., también, JULIÁN PIMIENTO, *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá, 2015, pp. 695 s.