

GILBERTO ESTUPIÑÁN PARRA

Abogado
Socio Director
Abogados PED

Tel: 3156701087

gestupinan@abogadosped.com



CUIDADO CON LA REVERSIÓN.

La práctica de la Contratación Estatal y la ejecución de los contratos de concesión en los últimos años ha evidenciado una problemática respecto de la cláusula de reversión. En algunas ocasiones, el debate de ésta entre particulares y entidades ha trascendido a los tribunales. La forma en la que la reversión se encuentra prevista en la Ley 80 de 1993, su incorrecta redacción y la ausencia de claridad en los conceptos que desarrolla permite diferentes interpretaciones que requieren ser aclaradas. La Ley 80 de 1993, prevé la reversión de la siguiente manera en el numeral 2 de su artículo 14 y en su artículo 19:

“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”

“Artículo 19o.- 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 elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”

Partiendo de las normas transcritas, se presenta el siguiente análisis para contribuir al debate jurídico alrededor de la cláusula de reversión.

1.¿Qué es la reversión?

En estricto sentido, la RAE ha definido la reversión como la acción de revertir. A esta última, por su parte, como aquella con la que se pretende que determinada cosa vuelva a la propiedad que tuvo antes, o pase a un nuevo dueño.

Partiendo de esa definición, la Corte Constitucional que la cláusula de reversión es aquella *“en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o período que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto, intereses de capital empleado y demás gastos financieros y operativos-, sin compensación alguna.”* (Sentencia C-250/96).

2.¿La reversión es una cláusula excepcional?

La reversión prevista en los artículos 14 y 19 de la ley 80 de 1993 opera como cláusula excepcional de los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado.

Es de aclarar, que esta potestad excepcional sólo se le atribuye al Estado para el caso de los contratos de explotación y concesión de bienes que le son propios. Lo anterior quiere decir que en los contratos de concesión de servicios públicos y en los contratos de concesión de obra pública la reversión no opera como cláusula excepcional.

Así mismo, por esta calidad excepcional, la cláusula de reversión podrá entenderse por pactada en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado en los que la misma no se encuentre incluida.

3. ¿Cómo opera la reversión en las Concesiones de servicios públicos y de obra pública?

Para estos casos, es necesario identificar si existe un régimen especial que obligue el pacto de la reversión, en ese sentido, la naturaleza de la cláusula de reversión será la que le sea atribuida por la ley especial.

Ahora bien, para aquellos contratos de concesión de obra pública y los contratos de concesión de servicio público que no cuentan con una legislación especial en la que se prevea la obligatoria inclusión de la cláusula de reversión o la misma se entienda por pactada, las entidades y los contratistas podrán llegar a pactarla por el principio de autonomía de la voluntad que se encuentra previsto en el artículo 40 de la ley 80 de 1993.

4. ¿Cuáles son los bienes que deben revertirse?

En el caso de las concesiones de bienes del estado y en aquellas en las que se haya pactado que se deben revertir los bienes directamente afectos a la prestación del servicio, se debe tener en cuenta los siguiente:

El principal elemento a tener en cuenta para la determinación de los bienes que deben revertirse es la continuidad en la prestación del servicio una vez finalizado el contrato de concesión.

A la luz de este principio y con base en un estudio previo detallado, la entidad deberá prever en los pliegos de condiciones y en el contrato de concesión los bienes que serán objeto de reversión, teniendo que a partir de los mismos se podrá continuar garantizándoles a los ciudadanos la prestación del servicio en la forma en la que la ley y el contrato (que revierte) lo prevean. Dado que este es el propósito principal de la reversión, las entidades no podrán alegarlo como fundamento para que haya lugar a la misma cuando no la hubieren pactado en el contrato y no existiera ley que la entendiera por pactada.

El segundo criterio se refiere a la relación directa de los bienes con la prestación del servicio. Esta relación se determina mediante un análisis técnico e individual de los bienes, donde se identifica si la inclusión de un determinado elemento o bien es necesaria y suficiente para lograr la capacidad requerida de prestación del servicio, de acuerdo con los requisitos contractuales y legales asumidos por el concesionario durante la duración de la concesión.

En este orden de ideas, la entidad, podrá determinar los elementos y bienes directamente afectos a la concesión mediante un análisis individual de los mismos en relación con la totalidad de todos aquellos que fueren necesarios para lograr la capacidad de la prestación del servicio prevista en la ley y el contrato.

Para la aplicación de estos criterios resulta fundamental que el contratista haya amortizado los bienes a revertir durante la ejecución del contrato.

5.Recomendaciones sobre la reversión.

Teniendo en cuenta lo problemático que ha resultado el entendimiento de la reversión y las diferencias contractuales que ha generado entre el Estado y los particulares, a continuación, se presentan algunas recomendaciones a tener en cuenta al momento de pactarla y ejecutarla:

- Previo a la elaboración de los pliegos de condiciones se deben identificar claramente el objeto de su contrato y la naturaleza de la cláusula de reversión, en razón de ello se deben determinar los bienes afectos a la prestación del servicio que serán objeto de reversión recordando lo establecido en el punto 4 de este documento.
- Prever en los pliegos de condiciones y en el contrato un inventario de los bienes objeto de reversión, el estado en que los mismos deberán revertirse y la obligación del concesionario de amortizarlos durante el plazo de ejecución.
- Incluir en el pliego de condiciones y en el contrato la posibilidad de revisar el inventario de bienes a revertir periódicamente.
- Establecer que, para la reversión de bienes, el concesionario deberá terminar anticipadamente cualquier contrato de leasing, arrendamiento o título no traslativo de dominio asumiendo el costo que ello implique.