

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL, GENERALIDADES, RIESGOS Y GESTIÓN SOCIAL

Una revisión de las disposiciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales que regulan los contratos de concesiones viales en Colombia.

**SAMUEL VÉLEZ RESTREPO
SIMÓN DE ZUBIRÍA ARANGO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO**

2020

**EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL,
GENERALIDADES, RIESGOS Y GESTIÓN SOCIAL**

Una revisión de las disposiciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales que regulan los contratos de concesiones viales en Colombia.

ESTUDIANTES:

SAMUEL VÉLEZ RESTREPO

SIMÓN DE ZUBIRÍA ARANGO

Monografía presentada para optar al título profesional de abogado

Director:

JOSE VICENTE BLANCO RESTREPO

Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Pontificia Bolivariana.

Con estudios en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca.

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
PREGRADO EN DERECHO**

2020

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Medellín, dos (2) de octubre de 2020

A Colombia, país donde crecimos y donde esperamos aportar a partir de nuestra práctica profesional a la construcción de su infraestructura y tejido social.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I	11
1.1 NOCIONES PRELIMINARES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y DEL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL COLOMBIANA.....	12
1.2 EL SISTEMA DE CONCESIÓN, BAJO EL DECRETO 222 DE 1988.....	19
1.3 EL DESARROLLO HISTÓRICO Y NORMATIVO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY 80 DE 1993.....	19
1.3.1 PRIMERA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES.....	19
1.3.2 CONCESIONES VIALES DE SEGUNDA GENERACIÓN.....	25
1.3.3 CONCESIONES VIALES DE TERCERA GENERACIÓN.....	28
1.3.4 CONCESIONES VIALES DE TERCERA Y MEDIA GENERACIÓN.....	37
1.3.5 ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.....	40
1.3.6 CONCESIONES VIALES DE CUARTA GENERACIÓN.....	46
1.3.7 LAS ASOCIACIONES PUBLICO – PRIVADAS: INICIATIVA PRIVADA VS PÚBLICA.....	54
CAPÍTULO II (RIESGOS Y ETAPAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL)	60
2.1 ETAPA PREOPERATIVA.....	62
2.1.1 SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.....	62
2.1.2 SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.....	63
2.1.3 SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO O GARANTÍA BANCARIA.....	64
2.1.4 OTRAS OBLIGACIONES.....	64

2.2 FASE DE PRECONSTRUCCIÓN.....	64
2.2.1 SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTUDIOS Y DISEÑOS GEOMÉTRICOS.....	65
2.2.2 HACER LOS GIROS DE EQUITY Y DEUDA AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL PROYECTO.....	65
2.2.3 ENTREGAR EL PLAN DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS.....	68
2.2.4 CELEBRAR EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE TODAS LAS UNIDADES FUNCIONALES DEL PROYECTO.....	69
2.2.5 GESTIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL.....	72
2.2.6 REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	73
2.2.7 ANOTACIONES FRENTE AL RIESGO PREDIAL, AMBIENTAL Y DE REDES	73
2.2.8 OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.....	74
2.3 FASE DE CONSTRUCCIÓN.....	74
2.4 ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.....	75
2.4.1 DERECHO A LA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA.....	75
2.4.2 OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO.....	78
2.4.3 APORTES DE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE.....	79
2.5 ETAPA DE REVERSIÓN.....	79
CAPÍTULO III (Elementos Esenciales del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial)	81
3.1 ANOTACIONES PRELIMINARES.....	81
3.2 CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA.....	85
3.3 OBLIGACIÓN DE EXPLOTACIÓN Y CONSERVACIÓN.....	86
3.4 DERECHO A LA REMUNERACIÓN.....	87
3.5 INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA.....	88
3.6 CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN.....	89

3.7 TRANSFERENCIA DE RIESGOS.....	90
CAPÍTULO IV (EL RIESGO SOCIAL)	99
4.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.....	100
4.2 LA CONSULTA PREVIA DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL.....	102
4.3 APRECIACIONES FRENTE AL RIESGO SOCIAL.....	111
CONCLUSIONES.....	112
REFERENCIAS.....	118

Resumen

El Contrato de Concesión de Infraestructura Vial, es uno de los vehículos por medio de los cuales se desarrolla la infraestructura vial de transporte nacional. A diferencia del Contrato de Obra Pública tradicional, el Contrato de Concesión busca promover el desarrollo de la prestación de servicios públicos mediante el encargo de obras de infraestructura en cabeza de particulares, con la finalidad de que dichos proyectos sean construidos y financiados por ellos, racionalizando así los recursos del presupuesto general de la nación.

Este estudio busca identificar la estructura actual del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial, a través de un recuento histórico desde la primera generación de concesiones viales se identificarán los riesgos más importantes presentes en la actividad empresarial de concesión, su evolución y su actual distribución en los contratos de concesión de cuarta generación celebrados bajo el esquema de Asociaciones Público-Privadas. A su vez, al final de la obra se hará mención frente a la gestión social que representa uno de los mayores inconvenientes para el desarrollo de la infraestructura pública nacional.

Palabras Claves: Contrato de Concesión de Infraestructura Vial / Riesgos / Asociaciones Público-Privadas / Generaciones de Concesiones Viales / CONPES / Ley 80 de 1993 / Ley 1508 de 2012 / Consulta Previa / Teoría de la Imprevisión.

INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XX en Colombia se estructuró un marco normativo con el fin de dar cabida al desarrollo de la infraestructura de transporte al interior de la nación. Con la expedición del decreto 2171 de 1992, el presidente de la república reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el Ministerio de Transporte (como lo conocemos actualmente), instancia en la cual también se da la reestructuración del Fondo Vial Nacional convirtiéndose en el Instituto Nacional de Vías (Invias). Este fue el comienzo de un plan de desarrollo en infraestructura de transporte que, inclusive hoy, podría afirmarse que se encuentra en ejecución. La Infraestructura de Transporte de Colombia ha venido siendo fortalecida poco a poco en los últimos treinta años, pero todavía hay muchos proyectos sobre la mesa y una serie de retos en materia de infraestructura de transporte que ameritan el estudio riguroso de las formas cómo estos se han llevado a cabo para corregir errores del pasado y de esta forma construir sobre lo construido.

Entendiendo la complejidad técnica y financiera de los proyectos de esta envergadura, se ha optado por la implementación de ciertos tipos contractuales para el desarrollo de la infraestructura vial de transporte diferentes al tradicional contrato de obra pública. La reconfiguración del contrato de concesión de obra pública que se encontraba previsto en las leyes 80 y 105 de 1993 (normas que recogían la visión clásica de este tipo de contrato), y un análisis de las experiencias vividas en otros países con la figura de las Asociaciones Público-Privadas que buscan una mayor participación del sector privado, permiten plantear una principal incógnita, una cuya respuesta permitirá comprender tanto este cambio normativo como las tendencias internacionales. ¿Por qué vincular capital privado al desarrollo de obras públicas? Hay dos razones coyunturales que podrían justificar la participación del sector privado y no como un simple contratista, sino como un agente que va a reemplazar al Estado en la prestación del servicio, un operador de este durante el tiempo que transcurra el plazo del contrato, en palabras más técnicas como un concesionario. Las razones son las siguientes; La primera y más importante es que el Estado no tiene la capacidad económica para solventar todos los proyectos de infraestructura vial de transporte que el país requiere. Las inversiones de capital que estas obras demandan podrían agotar fácilmente el presupuesto anual de la nación y así dejar sin recursos a otros sectores que están contemplados en el Plan Nacional de Desarrollo. La segunda razón está ligada a la eficiencia que podría atraer la vinculación del sector privado en este tipo de obras, porque transferirá la prestación del servicio público de transporte en manos de un concesionario privado.

El desarrollo en construcción de la Infraestructura Vial colombiana comienza en la última década del siglo XX. El cambio de Constitución y la incorporación de un

nuevo estatuto de contratación pública junto con el esfuerzo de los distintos gobiernos que se decidieron en cerrar la brecha en infraestructura vial, fueron los culpables de que hoy se haya mejorado un poco la red de carreteras al interior de la nación.

La evolución del instrumento normativo objeto de estudio de esta monografía tiene su origen en el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, el nacimiento de la primera generación de concesiones viales demostró que la inexperiencia en la actividad empresarial de concesión necesitaba ser mejorada y con el paso de las distintas generaciones se estructuró un marco normativo que será objeto de estudio a lo largo de esta obra. La evolución en la distribución de riesgos y la llegada de las Asociaciones Público-Privadas (APP) serán los grandes protagonistas del primer capítulo. Luego, en el segundo capítulo se van a analizar las diferentes etapas del contrato de concesión de infraestructura vial bajo el esquema de APP. En el tercer capítulo se desarrollará sus elementos esenciales, su actual distribución de riesgos y el tratamiento de la imprevisión en materia de contratación estatal. Finalmente, el cuarto capítulo hace referencia a la gestión social dentro de un proyecto de infraestructura vial, mediante un análisis crítico al marco jurídico actual y a sus deficiencias en materia de seguridad jurídica y de protección a los derechos fundamentales a las comunidades étnicamente diferenciadas al interior de la nación.

Esta obra responde a un riguroso análisis de los distintos hechos históricos que marcaron el desarrollo del contrato de concesión de infraestructura vial, como de las normas que lo regulan y a su vez de las decisiones judiciales y arbitrales más importantes.

Capítulo I

1.1 Nociones Preliminares del Contrato de Concesión y del desarrollo de la infraestructura vial colombiana.

El término Concesión proviene de la expresión en latín *Concessio*, definido de manera genérica como; “acción y efecto de conceder”¹ y a su vez la misma Real Academia de la Lengua Española tiene una definición jurídica propia como “Der. Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.”²

Las primeras manifestaciones de lo que hoy en día podríamos llamar “Contrato de Concesión” las encontramos miles de años atrás con la aparición misma de la figura de “Estado”. Sea cual sea la estructura que detente el poder público, en cualquier civilización o sociedad en la historia, tuvo que recurrir a los ciudadanos- particulares para que llevaran a cabo actividades que le son propias a quien detenta el poder, en beneficio del interés colectivo y en aras de asegurar la vida en sociedad.

Aterrizando un poco en la historia reciente, el Contrato de Concesión en Colombia no es una institución novedosa, esta se ha venido presentando a lo largo de nuestra cotidianidad. En el año 1847, el Gobierno de la Nueva Granada, expedía un decreto donde otorgaba el derecho a cobrar una tarifa (peaje), aquellos particulares que realizaran actividades de construcción, reparación o limpieza de alguna vía provincial (vías públicas). Más adelante la ley 5 de 1876 autorizaba a la administración pública entregar en concesión la construcción de un muelle de madera en Tumaco.³

A finales del siglo XIX y durante el XX Colombia se enfrentó a un auge comercial y económico que, para su efectiva explotación, requería de un método de interconexión y comunicación terrestre. Fue precisamente en esta época y en dicho contexto que se enmarcó el nacimiento del ferrocarril como un medio que permitió no solo la integración de nuestras ciudades y en general el territorio nacional, sino también, la conexión con la comunidad internacional. La primera de estas fue la vía férrea de Panamá construida en 1855, la cual sería una de las primeras de su clase,

¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [Versión Web] definición 1. F Concesión

² *Ibíd.*, definición 3. F Der Negocio jurídico Concesión

³ TORRES VILLALOBOS, Pablo Emilio: La distribución de riesgos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte –sector vial- como consecuencia de la expedición de la ley 1150 de 2007 – años 2009 y 2010, 2013, págs. 13-14.

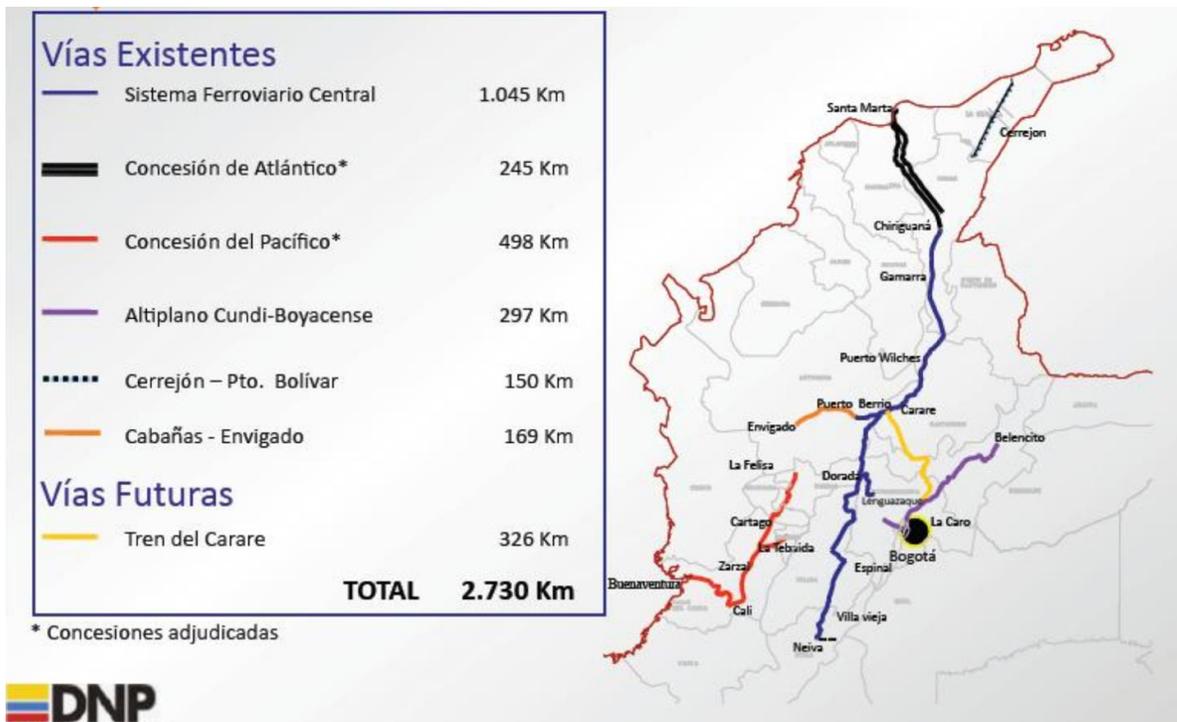
una vía férrea interoceánica, que conectó el Océano Atlántico y el Océano Pacífico con una longitud de 77 kilómetros. Si bien el Estado colombiano se vio obligado a renunciar a esta tras la separación de Panamá en el año 1903, resultó evidente la necesidad que había por crear una infraestructura que permitiera conectar el territorio nacional. Así las cosas, durante los primeros años del siglo XX, se construyeron las respectivas vías férreas de Medellín a Puerto Berrío, de Bogotá a Puerto Salgar y de Cali a Buenaventura, entre otras, todas con el objetivo de optimizar y facilitar el desarrollo comercial del país. Mas tarde en 1954, se creó la compañía de Ferrocarriles de Colombia con el objetivo de que la misma pudiera adquirir y administrar las vías férreas en construcción, así como completar aquellas faltantes, tarea que resultó imposible.

Varios factores se atribuyen a lo que fue el declive de la infraestructura férrea, entre ellos el más notable fue tal vez la deficiente dirección administrativa del Estado. La gran mayoría de estas obras férreas se vieron inmiscuidas por el incumplimiento continuo de contratistas y por la falta de planeación técnica, situación que llevo a generar un ambiente de desconfianza, lo cual se vio reflejado en un aumento en los costos de ejecución y operación, y en el retraso de las mismas obras. Tan notable fue la situación, que mientras que EE. UU. pagaba en promedio 33.000 dólares por kilómetro construido, el estado colombiano pagaba cifras que oscilaban (dependiendo de la obra) entre 100.000 dólares y 200.000 mil dólares por kilómetro.

Sin ahondar en el pesimismo, es evidente la situación cuando se estima que, en el lapso de 180 años, Colombia no logró equiparar ni siquiera el porcentaje de infraestructura férrea que los norteamericanos lograron en tan solo 10 años⁴. Para el año 1973, de los 3.300 kilómetros construidos en vías férreas, solo 2.600 se encontraban en uso, cifra que para el año 2018, ha disminuido a tan solo 396 kilómetros. A continuación, se evidencia la infraestructura ferroviaria existente hoy en día⁵.

⁴ La Otra Opinión: "Historia del Ferrocarril en Colombia, proyectos ferroviarios." (2018).

⁵ *Ibíd.*,



6

Pese al fracaso y posterior declive de lo que fue la compañía de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su infraestructura, quedó claro que el desarrollo comercial y económico del país dependía en gran medida de un sistema vial que permitiera su crecimiento.

Al momento del declive de la industria ferroviaria colombiana, el Gobierno Nacional decide enfocar sus recursos en la construcción de carreteras interdepartamentales e intermunicipales que permitieran conectar, en la mayor medida de lo posible, los diferentes sectores de producción y comercialización colombiana. En los ojos de la Nación, este sistema de vías permitiría conectar al productor con el consumidor, aumentaría la eficacia del mercado, generaría una conexión de los diferentes sectores de la industria (y el exterior), y en general, llevaría a un aumento en el desarrollo urbano, efectos que podemos corroborar hoy en día.

¿Por qué se le dio prevalencia a la construcción de estas vías sobre el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura férrea ya existente? En primer lugar, el incremento del parque automotor que se dio tras la recuperación de la crisis global del 29 generó una creciente demanda por vías nacionales que, a diferencia de las vías férreas, ofrecieran una mayor flexibilidad de transporte, y una mayor facilidad

⁶ Imagen obtenida de: La Otra Opinión, "Historia del Ferrocarril en Colombia, proyectos ferroviarios." (2018).

de cara a la movilización a diferentes zonas y centros de comercio⁷. Esto, añadido a los grandes costos que requería la actualización y modernización de las vías férreas, dio paso a que el Gobierno Nacional tornara su vista hacia esta nueva inversión, tanto para efectos de la movilización poblacional, como para medios de carga comercial.

La historia de la infraestructura vial se remonta al año 1905, en el cual se funda el Ministerio de Obras Públicas con el objetivo de que el mismo desarrollara, entre varias obras, la construcción de vías nacionales. Como bien se sabe, la primera mitad del siglo XX vio crecer la infraestructura férrea de manera predominante y fueron los años sesenta, la época que comenzó a marcar la verdadera expansión de la infraestructura vial en Colombia. Fue precisamente en este marco histórico en el que se introduce el sistema de peajes con la finalidad de financiar futuros proyectos, así como la creación de la Policía de Carreteras con la finalidad de proteger este esencial activo de uso público. Así, durante 1960 y 1974 los kilómetros construidos ascendieron en un 7% de manera anual. Adicional a estos proyectos destinados a fortalecer y conectar las vías existentes, el periodo comprendido entre 1975 y 1990 vio un crecimiento de 5,600 km en la red vial nacional pavimentada, obras que fueron ejecutadas bajo la supervisión y administración del Fondo Vial Nacional.

A continuación, se detallan los sucesos más relevantes a la consolidación de la infraestructura vial desde 1900 hasta 1993, año que, como se verá adelante, fue determinante para darle una nueva dirección a la infraestructura vial colombiana.

SUCESO/AÑO	DESCRIPCIÓN
Creación del Ministerio de Obras Públicas / 1905.	Durante el inicio del siglo XX, el país se encontraba comunicado primordialmente por caminos de herradura, situación que dificultaba la comercialización interna y la comunicación con los diferentes puertos marítimos. Bajo el gobierno de Rafael Reyes Prieto, se crea el MOP (Ministerio de Obras Públicas), con la finalidad de dirigir la creación de nuevas vías nacionales, así como de encargarse de su administración. Con lo anterior, se buscaba darle un impulso a la deficiente red comercial existente. Comienza en esta época una

⁷ PEREZ, Javier Gerson: Documentos de Trabajo: Economía Regional – La infraestructura vial y la movilización de carga en Colombia, Banco de la República, 2016.

serie de planeaciones viales, entre lo cual se realiza una distinción entre carreteras nacionales, departamentales y municipales, resaltando la importancia de generar una conexión desde las redes más pequeñas hacia las de gran escala. Finalizado el gobierno de Reyes, el país contaba con 207 km de carreteras pavimentadas.

Construcción de la Carretera Central Norte/ 1909.

Se inicia la construcción de la primera carretera a nivel interdepartamental, la Carretera Central Norte, la cual conectaría a Bogotá con Santa Rosa de Viterbo en Boyacá, vía que continuaría en construcción tras la finalización del Gobierno de Reyes.

Suscripción de nueve contratos de infraestructura vial/ 1913.

Si bien durante este periodo histórico la infraestructura férrea gozaba de un mayor grado de inversión estatal, poco a poco se hacía evidente su gran costo de construcción y operación, por lo que, paralelo a ello y de manera gradual, se iría armando una serie de vías nacionales esenciales. El año 13' marca el inicio de los primeros grandes compromisos del Estado con la construcción de una red vial nacional. La suscripción de estos contratos resultaría en la construcción de 491 kilómetros (a lo largo del territorio nacional) para el año 1916. A lo que muchos otorgan un carácter de "centralismo", el 90% de dicha infraestructura se concentraba en Cundinamarca y Boyacá.

Estado vial/ 1930.

Durante un periodo de aproximadamente 15 años, el estado colombiano comienza una campaña de construcción vial sin mucha planeación, prescindiendo de aspectos técnicos y creando reformas legales continuas. Antecedentes como este, darían lugar a replantear drásticamente la forma en que se regularía la construcción de la infraestructura vial en el país. Para 1930, el estado colombiano cuenta con 5,700 kilómetros de vías transitables construidas, la cuales en su mayoría eran departamentales y municipales.

Creación del Consejo Nacional de Vías de Comunicación/ 1931.	La llegada de los 30's marca el comienzo del fin de la infraestructura férrea colombiana. La crisis financiera global, los altos costos de actualización, manutención y construcción, el posterior incremento del parque automotor y las dificultades topográficas, cada vez hicieron más evidente la necesidad de trasladar el enfoque estatal de los ferrocarriles, hacia los vehículos automotores. Este Consejo tendría como objetivo consolidar las vías existentes y generar un sistema vial nacional que permitirá una conexión interdepartamental.
Plan “Cambio de Piso” / 1938.	Ligado a la creación del Consejo Nacional de Vías, se desarrolló el plan en cuestión. Se buscaba la construcción de 6.000 nuevos kilómetros en vías divididos en tres troncales principales, todas ellas pavimentadas. Este proyecto sería el primer intento destinado para generar una red de vías que conectara un mayor sector departamental. Hasta este momento, el Gobierno Nacional había aprobado más de 500 leyes destinadas a regular la construcción y nacionalización de carreteras, generando un desorden normativo que posteriormente se evidenciaría. El gobierno de Eduardo Santos Montejó se encargó de iniciar los esfuerzos por pavimentar la totalidad de estas vías. Para 1937, el estado colombiano contaría con 7,400 kilómetros de carreteras.
Nuevo Plan Vial Nacional vía Ley 12/ 1949.	Ley 12 de 1949 denominada como el “Nuevo Plan Nacional” ⁸ , es quizá una de las primeras leyes, junto con la 88 del 31, en esquematizar un sistema vial que diera lugar a un territorio nacional interconectado. Esta ley estableció la distribución presupuestal entre las rutas troncales como la occidental, centro, oriental, y las diferentes transversales, así como la longitud de cada una.

⁸ Así por ejemplo el artículo segundo de la ley 12 de 1949 establece: *“Las vías deben estudiarse teniendo en cuenta sus condiciones topográficas y sus condiciones económicas. Los estudios topográficos serán hechos para las carreteras con las especificaciones que correspondan a la vía definitiva; pero pueden ser construidas con especificaciones menores dentro de las primeras etapas, de acuerdo con los estudios económicos [...]”*

Adicionalmente fue de las primeras leyes en enfatizar un estudio técnico topográfico que determinara la viabilidad del proyecto⁹.

**Implementación de Peajes/
1954**

A causa de la destrucción de un número de vías principales causados por una ola invernal, el Estado colombiano comienza a implementar los peajes como un medio para recuperar su inversión. Este suceso marca la finalización y fracaso del “Nuevo Plan Vial Nacional” introducido por la Ley 12 de 1949. En este punto resulta evidente la falta de planeación técnica a la hora de planear la construcción de las diferentes vías nacionales.

**Intervención y préstamos
del Banco Internacional de
Reconstrucción y
Fomento / 1951 a 1960.**

Como consecuencia del declive en la infraestructura vial colombiana, el Estado decide aceptar una serie de préstamos del BIRF con la finalidad de reconstruir la malla vial nacional, esta vez orientados por agentes internacionales, un nuevo comité de desarrollo y bajo lo que se llegó a conocer como la “Misión Currie”. La finalidad de dicho plan era restaurar y finalizar la construcción de la diferentes troncales y transversales, objetivo que nuevamente se vio perjudicado por cuestiones climáticas y topográficas. Para esta época, había cerca de 14,000 kilómetros de carreteras habilitadas para la circulación vehicular, de los cuales, solo 2.200 km se encontraban completamente pavimentados, situación que aun reflejaba un alto índice de ineficacia en la gestión del Estado para ejecutar las obras de infraestructura que el país necesitaba.

**Creación del Fondo Vial
Nacional/ 1967.**

Creado por medio de la Ley 64 de 1967, el Fondo Vial Nacional tendría como objetivo la administración del impuesto al combustible (entre otros), como fuente de financiación para futuros proyectos viales.

⁹ Ley 12 de 1949.

Eventualmente los préstamos otorgados por el BIRF y las nuevas metodologías de financiación permitieron que para principios de los 90's, el Estado colombiano contara con casi cien mil kilómetros de carreteras, de los cuales trece mil se encontraban pavimentados.

10

1.2 El Sistema de Concesión, bajo el decreto 222 de 1983.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, el Contrato de Concesión de Obra Pública no estaba contemplado como un tipo contractual autónomo en el interior del estatuto de contratación pública anterior al que hoy en día se encuentra vigente, el decreto 222 de 1983. El Contrato de obra pública admitía una modalidad de ejecución y pago particular que era denominada “Sistema de Concesión”. La concesión no se desnaturalizaba en un contrato o tipo contractual diferente al Contrato de Obra Pública, este era el mismo contrato, sometidos a unas condiciones particulares. Así lo definía la norma de aquel entonces:

Artículo 102. De la definición del contrato de concesión de obra pública.

Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.

Esta norma hizo una de las primeras aproximaciones a la definición que hoy en día tenemos del Contrato de Concesión de Obra Pública en materia de Contratación Estatal.

Con la llegada de la ley 80 de 1993, norma que derogó el estatuto de contratación público anterior, se corrigió el error de no haber diferenciado el Contrato de Obra Pública Clásico vigente en nuestra legislación, del Contrato de Concesión. Ambos tipos contractuales tienen elementos en su esencia que los diferencian sustancialmente, deviniendo cada uno en un negocio jurídico autónomo.

¹⁰ Información recopilada de: LONDO, Cipriano: Historia y origen de los pavimentos de concreto en Colombia, 2020.

Mediante el régimen jurídico del decreto 222 de 1983, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (hoy Ministerio de Transporte), era el encargado de celebrar los contratos de obra pública mediante el sistema de concesión en materia de infraestructura vial nacional. Los proyectos de carreteras que fueron contratados mediante este sistema fueron muy limitados, debido al reducido tráfico y el bajo nivel de los peajes.¹¹

Con la llegada de la década de los 90, el país se encontraba una crisis inmensa en materia de Infraestructura Vial. Era menester poner en marcha un plan de expansión de carreteras para asumir los retos que enfrentaba el país en materia económica y social. El atraso que tenía el país en materia de Infraestructura en aquel entonces todavía hoy lo vivimos. Se compara el desarrollo actual de la Infraestructura Vial de Colombia con la de Malí. Aquellos países que presentan una mayor infraestructura vial suelen tener índices mayores de desarrollo humano. Colombia presenta actualmente un índice un poco superior de desarrollo humano al promedio mundial, pero su desarrollo en infraestructura vial es considerablemente inferior al promedio.

En Colombia, existe el Consejo de Política Económica y Social (de ahora en adelante CONPES), creado por la ley 19 de 1958. Es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del gobierno en esta materia.¹² Coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social del país. A través de la expedición de documentos orientados, entre varias materias, a definir la política pública de expansión de infraestructura vial nacional. El plan de desarrollo en infraestructura que comienza en la década de los 90 es desarrollado a través de los lineamientos y directrices de los distintos documentos expedidos por el CONPES.

1.3 El desarrollo histórico y normativo del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial en Colombia a partir de la ley 80 de 1993.

1.3.1 Primera Generación de Concesiones Viales

En el gobierno de Cesar Gaviria Correa, año 1990-1994, en plena apertura económica, se inició el plan de expansión vial de la red nacional de carreteras, que incluso hoy se encuentra en etapa de ejecución. La Constitución Política de 1991

¹¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 2597 del 15 de junio de 1995: Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión.

¹² ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018

estableció el marco normativo para impulsar la participación privada en infraestructura.¹³

La última década del siglo XX sería entonces determinante para estructurar lo que es la infraestructura vial contemporánea. En 1992, el Gobierno Nacional por medio del Decreto 2171 modificó lo que era el Fondo Vial Nacional para crear al Instituto nacional de Vías – INVIAS, cuyo objetivo era la promulgación de políticas y el desarrollo de proyectos ligados a la infraestructura vial colombiana.

Ante la imposibilidad que tenía el Estado colombiano para financiar y desarrollar aquellos proyectos en materia de infraestructura vial que el país requería, se acudió a otros mecanismos alternativos al Contrato de Obra Pública para llevar a cabo estos proyectos. En el año 1992, el Gobierno Nacional, previa recomendación del CONPES y el Departamento Nacional de Planeación, expidieron el documento No. 2597, donde se estructuró lo que serían los proyectos de Primera Generación de Concesiones Viales de Infraestructura en Colombia. Se determinó una serie de trazados que iban a ser contratados mediante el sistema de concesiones, puesto que todavía estaba vigente el decreto 222 de 1983. Aunque en realidad, no se licitó ningún contrato de los que estaban contenidos en el documento mencionado bajo el Estatuto de Contratación Público anterior, puesto que en ese momento se estaba tramitando en el Congreso de la República el proyecto de ley que contendría el nuevo Estatuto de Contratación Público y este facilitaba aún más la contratación de los proyectos contenidos en el mencionado documento CONPES.

Con la llegada de la ley 80 de 1993, se reguló el Contrato de Concesión como un tipo contractual autónomo y con ciertas características que hacían que este fuera más competitivo en materia financiera que el anterior Sistema de Concesión, puesto que, en su versión anterior, solo se admitía como fuente de pago del contrato, los recursos provenientes del recaudo del peaje por el uso de la vía. Luego de la llegada de las leyes 80 y 105 de 1993, se admitió cualquier fuente de pago, incluso los valores resultantes de los cobros del impuesto de valorización debido al proyecto.¹⁴

El artículo 32 No.4 de la ley 80 de 1993, define el contrato de concesión, de manera general, en los siguientes términos:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la

¹³ Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol 2 S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) Laudo Arbitral Bogotá del 06 de agosto de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá (pág. 115)

¹⁴ TORRES VILLALOBOS, Pablo Emilio: La distribución de riesgos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte –sector vial- como consecuencia de la expedición de la ley 1150 de 2007 – años 2009 y 2010. (2013). pag 20.

construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

La norma admite que el objeto del contrato de concesión puede recaer sea en la construcción de una infraestructura para la prestación de un servicio público o sobre una infraestructura ya existente, para que el concesionario ingrese a operarla de inmediato con el cargo de rehabilitarla y mantenerla.

Luego de expedido el Estatuto de Contratación Público, vino la ley 105 de 1993, denominada “ley de Transporte”, por medio de la cual se estableció el régimen jurídico aplicable a los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial, donde se definieron las reglas para la participación privada en este sector.¹⁵ Esta ley reguló varios supuestos importantes que fueron determinantes para lograr la adjudicación más adelante de los proyectos de la Primera Generación de Concesiones de Infraestructura Vial.

En primer lugar, el artículo 30 de la ley 105 de 1995, determinó la naturaleza jurídica de las entidades que estarían facultadas para celebrar contratos de concesión en calidad de Concedentes, el artículo está en los siguientes términos:

Artículo 30. Del contrato de Concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada ó a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

(...)

Por lo visto, al interpretar el contenido literal de este artículo, se puede evidenciar que la calidad de concesionario solo la podrán tener particulares, o sea personas jurídicas o naturales sometidas al derecho privado. Esta apreciación podría llevar al siguiente interrogante ¿una sociedad de economía mixta podría tener la calidad de concesionario? Las sociedades que trata el artículo 416 del Código de Comercio y la ley 489 de 1998, son personas jurídicas que se constituyen con capital público y privado, donde en estos casos el Estado se comporta como un particular para obtener utilidades por medio del desarrollo de una actividad empresarial. Siendo así, es completamente válido, que una sociedad de éstas participe en un contrato

¹⁵ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018

de concesión en calidad de concesionario. Si el capital social está compuesto en más del 90% por aportes estatales, se le dará el tratamiento de las Empresas Comerciales e Industriales del Estado, reguladas por el artículo 85 de la ley 489 de 1998. Tienen el mismo tratamiento, salvo excepciones que consagre la ley, que las sociedades de economía mixta.

El inciso segundo de este mismo artículo establece lo siguiente:

(...)

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

(...)

Este punto es de suma importancia, conforme a las directrices y lineamientos establecidos en el documento CONPES 2597 de 1992, se recomendó que para procurar el desarrollo de los trazados que iban hacer adjudicados mediante las llamadas Concesiones Viales de Primera Generación, podía concurrir capital público al desarrollo de estas, quedando financiado el proyecto en parte por la entidad concedente o cualquier otra entidad perteneciente a la administración pública. Este aporte no podría superar el 30% del valor total del contrato. Por lo tanto, el retorno de la inversión que tendría el concesionario sería sobre los valores que aporte para el financiamiento del proyecto, sobre esa base es que se calcularía el retorno de utilidad. Los aportes pueden ser propios o de deuda, pero el documento establecía una directriz encaminada a que el concesionario debería como mínimo aportar con recursos propios el 20% del valor de las obras. Mas adelante se expondrá con mayor detalle en qué consisten los aportes con recursos propios y de deuda.

Por lo tanto, conforme a la norma citada anteriormente, los mecanismos utilizados por el concesionario para el retorno de su inversión son el cobro de tarifas por el uso de la vía (peajes) y los valores derivados del cobro del impuesto de valorización en razón de la obra, quedando plasmado en cada contrato, en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, la fórmula matemática con base en la cual va a retornar la inversión al concesionario en el contrato.

Otra de las características importantes que tuvo la primera generación de concesiones, es que, al encontrarse en una etapa tan prematura, en el momento de licitarse los proyectos, estos carecían de estudios, diseños de ingeniería y análisis de demanda más precisos generando esto sobre costos imprevistos para el

concesionario, debido a que se generaba la necesidad de realizar mayores inversiones a las previstas inicialmente por mayores cantidades de obra y más tiempo para el retorno de la inversión. Estos estudios fueron denominados, estudios de prefactibilidad fase II, a nivel de anteproyecto sin ninguna planeación ni estructuración¹⁶, llevando esto, a que los contratos contaran con garantías ofrecidas por la entidad concedente en materia de ingreso mínimo esperado y sobrecostos por mayores cantidades de obra. Quiere decir lo anterior, que en caso de que el concesionario no recibiera el ingreso esperado, según los estudios de demanda del proyecto o que tuviera que incurrir en sobrecostos imprevistos en mayores cantidades de obra en la etapa de construcción, estos serían garantizados por la entidad concedente.

Durante la primera generación de concesiones, se licitaron once proyectos que tenían incidencia en la infraestructura vial nacional y dos sobre vías departamentales, estas consistían principalmente en rehabilitación y ampliación de calzadas existentes. Los proyectos de concesión de corredores nacionales estaban en cabeza del Instituto Nacional de Vías (INVIAS). Este es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte, que ha tenido como objetivo ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación. Antes de la creación del extinto INCO (Instituto Nacional de Concesiones) y la ANI (Agencia Nacional de Infraestructura), el INVIAS era la entidad encargada de contratar los proyectos de la red nacional de carreteras concesionadas y no concesionadas. Los contratos de concesión de vías departamentales eran contratados a través de las entidades departamentales por medio de las gobernaciones.

Esta primera experiencia deja un mal sabor de cara a la ejecución de los contratos tanto para la entidad como para los concesionarios privados, puesto que, debido a la poca experiencia que se tenía en este tipo de contratación, resultaron una serie de dificultades que ponían en riesgo el futuro mismo de los proyectos. En primer lugar, la deficiente asignación y gestión de riesgos, debido a la indebida planeación y estructuración que se hizo en los contratos que hicieron parte de la Primera Generación de Concesiones se debió a la carencia de estudios, diseños de ingeniería y análisis de demanda más precisos que conllevaron a los siguientes problemas;

- (i) excesivas garantías de ingreso mínimo para inversionistas,

¹⁶ GOBERNACION DE ANTIOQUIA, Infraestructura Vial en Colombia 1993-2013, Proyecto Análisis de las implicaciones sociales y económicas de las Autopistas para la Prosperidad en el departamento de Antioquia. 2015.

- (ii) demora en la obtención de las licencias ambientales.
- (iii) cambios en los diseños inicialmente establecidos.
- (iv) inversiones no previstas por mayores cantidades de obra.
- (v) cambio en el inventario predial, como consecuencia de la variación de los diseños originales.
- (vi) retrasos en la adquisición y entrega de predios.
- (vii) problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales, generando esto un impacto en el nivel de recaudo.
- (viii) reubicación y levantamiento de casetas de peaje inicialmente pactadas en el contrato.¹⁷

En vista de lo anterior, todos estos problemas conllevaron a que las partes hicieran múltiples modificaciones a los contratos por distintos motivos, sea para adicionar nuevas garantías, aumentar del valor en el aporte de la entidad concedente, contratación de obras adicionales, ampliación de plazo tanto en etapa de diseño y construcción, como en etapa de operación, acuerdos para restablecer el equilibrio económico y financiero, etc. La falta de claridad en las condiciones contractuales generó múltiples retrasos en los contratos, incluso muchos de estos terminaron en pleitos judiciales ante la justicia arbitral.

El Estado al ofrecer garantías por ingreso mínimo y por mayores cantidades de obra, tuvo que soportar el precio de la inexperiencia que se tenía en este tipo de proyectos. Los contratos de concesión vial de primera generación fueron la puerta de entrada en materia de expansión de la malla vial del país. No se podía esperar que la primera generación fuera perfecta, este tipo de convenciones tienen una estructura muy compleja en materia jurídica, puesto que las múltiples prestaciones que se desprenden de este tipo de contratos se encuentran sometidas a una gran cantidad de Riesgos (hechos futuros e inciertos) , que en caso de materializarse, podrían desencadenar consecuencias positivas o negativas de cara alguna de las partes, por lo general se desprenden consecuencias negativas que generan un desequilibrio contractual frente a uno de los contratantes que no está en la obligación legal de soportarlo.

El desafío que tenía el gobierno colombiano en materia de infraestructura vial era recoger las experiencias negativas de la primera generación de concesiones para perfeccionar cada vez más el desarrollo de los futuros proyectos. La planeación

¹⁷ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018

nunca va a prever en su totalidad a lo que se viene en el campo de batalla, pero se tiene que tratar de recoger las experiencias vividas en el pasado, para así mejorar y ser más eficientes.

La gran mayoría de los proyectos ejecutados bajo la Primera Generación se centraban en la rehabilitación y mantenimiento de calzadas ya existentes. Esta primera generación de vías comenzaría su fase de construcción a partir del año 1994, con la llegada a la presidencia de Ernesto Samper Pizano, para las cuales se fijó un costo estimado de 284 millones de dólares¹⁸ que cubrirían la construcción de 230 nuevos kilómetros, y la recuperación y restauración de 1,530 kilómetros adicionales.¹⁹

1.3.2 Concesiones Viales de Segunda Generación

Con la llegada del gobierno de Ernesto Samper Pizano, año 1994-1998, se estructuraba el marco normativo que daría lugar al nacimiento de las esperadas “Concesiones de Infraestructura Vial de Segunda Generación.”

Las Concesiones de Infraestructura Vial de Segunda Generación trajeron consigo un avance importante en materia de asignación de riesgos, aunque su aplicación práctica fue muy limitada, debido a la ineficiencia del gobierno de turno para poner en marcha los proyectos que debían adjudicarse mediante esta nueva generación de concesiones.

El documento CONPES 2765 del 22 de febrero de 1995, aprobó el plan de infraestructura vial para el periodo 1995-1998. “El cual incluyó como acciones prioritarias, el mantenimiento de la red, la rehabilitación de las vías y puentes en mal estado y la implantación de un programa para la prevención y atención de emergencias. Así mismo, incluyó un programa de expansión que permitiría ampliar la cobertura de la red troncal nacional y mejorar sus especificaciones (mediante la construcción de dobles calzadas, variantes, etc.)”²⁰ Siguiendo la misma línea del gobierno anterior, el Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno Samper pretendía atraer la participación del sector privado para el desarrollo de la infraestructura nacional.

¹⁸ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2597 del 15 de junio de 1995: Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión.

¹⁹ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018

²⁰ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2775 del abril 26 de 1995: PARTICIPACION DEL SECTOR PRIVADO EN INFRAESTRUCTURA FISICA

Con la expedición del documento CONPES 2775 de 1995, se estructuraban los lineamientos y las directrices de lo que serían las Concesiones de Infraestructura Vial de Segunda Generación. El objetivo de la política de expansión vial en el año 1995 era procurar por una asignación de riesgos más eficiente para prevenir las malas experiencias que se desencadenaron con las Concesiones de Infraestructura Vial de Primera Generación.

Una deficiente asignación de riesgos o una asignación inequitativa, puede limitar considerablemente el atractivo para la inversión privada. Por lo tanto, dicha asignación debe proceder de forma eficiente, trasladando en cabeza de la parte que este en mayor capacidad de gestionarlos, puesto que será quien cuente con los mecanismos suficientes para mitigarlos y controlarlos. El Estado debe asumir aquellos riesgos que dependan de sus acciones, aquellos que están en su esfera de control y a su vez, de todos aquellos riesgos de carácter imprevisible.²¹

Siguiendo los lineamientos del CONPES 2775 de 1995, las Concesiones de Infraestructura Vial de Segunda Generación conllevaron cambios importantes frente al riesgo comercial y de construcción. Se trasladó en cabeza del concesionario el riesgo de construcción, operación y mantenimiento, siendo necesario contar con los estudios de ingeniería definitivos antes de la suscripción del contrato. Ya no habría garantías por parte del Estado en caso de generarse sobre costos por mayores cantidades de obra, este riesgo lo asumiría el concesionario. En segundo lugar, frente al riesgo comercial por demanda en el servicio, este también fue transferido en cabeza del concesionario privado. Este debía contratar con firmas especializadas, entre estas bancas de inversión, que permitieran la entrega de estudios de demanda con especificaciones acordes con los tráficos proyectados hasta el final de la concesión y para que estructuraran los proyectos de una forma financieramente viable (estudios Fase III)²². De allí, se introduce el concepto de “*plazo variable*”. Este consiste en que la concesión revierte a la nación en el momento en que el concesionario alcanza el “*ingreso esperado*”, solicitado por él en la oferta o propuesta licitatoria. De esta manera, se elimina casi por completo en todos los contratos de esta índole la garantía por demanda en el servicio otorgada por el Estado. Puesto que el plazo del contrato no sería hasta una fecha cierta, si no que este culminaría cuando se cumplan las condiciones que tengan como objeto el retorno de utilidades esperadas por el concesionario.

Otro de los lineamientos que rigieron esta segunda generación de concesiones viales fue que se debían contar con las respectivas licencias ambientales y fichas prediales antes de iniciar la etapa de construcción, aunque no se establece ningún procedimiento en caso de incumplimiento en la obtención de licencias o permisos.

²¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2775 del abril 26 de 1995: PARTICIPACION DEL SECTOR PRIVADO EN INFRAESTRUCTURA FISICA

²² Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol 2 S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral Bogotá del 06 de agosto de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá (pág. 121)

El encargado de conseguir los permisos ambientales era el concesionario, la gestión social la realizaba el INVIAS conjuntamente con el concesionario. El encargado de hacer la debida gestión de compra de los predios necesarios para el desarrollo del proyecto y los riesgos derivados por el sobre costo de estos, era la entidad pública concedente.

Los riesgos derivados por caso fortuito o fuerza mayor asegurables fueron trasladados al concesionario privado, aquellos eventos de causa extraña no asegurables se someterían a las reglas aplicables en materia de la teoría de la imprevisión. Más adelante, en el tercer capítulo se desarrollará un espacio frente a la gestión de los riesgos imprevisibles dentro de los contratos de concesión vial y cuál es su tratamiento según la legislación vigente.

La Corte Constitucional en la sentencia C-711 de 1996, establecía el objeto, en términos generales, del Contrato de Concesión en los siguientes términos:

En términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.

Durante el gobierno Samper, solamente se adjudicaron dos contratos bajo la segunda generación de concesiones viales. Una de las razones por las cuales esto sucedió fue por la resistencia que ejerció el sector financiero, entre estos, bancos y fondos de capital privados para apoyar los proyectos que se habían planeado, como consecuencia de los errores en los diseños que se tuvieron en los trazados que hicieron parte de la primera generación de concesiones.²³

Hasta el año 1998, se habían suscrito quince contratos de concesión para la construcción de 465.6 km de vías nuevas, la rehabilitación de 1492 km de vías y el mantenimiento de 2533.9 km de vías existentes. De estos quince contratos, trece fueron suscritos bajo los lineamientos de las llamadas Concesiones de Infraestructura Vial de Primera Generación. Otro de los grandes problemas que se evidenciaron luego de empezar a ejecutarse los proyectos de la primera generación, es que comienzan a tener impactos importantes sobre las finanzas públicas que devienen en mayores retrasos de cara a las obras. Al verse comprometida la entidad en obligaciones de garantía de ingreso mínimo y sobre costos por mayores

²³ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018.

cantidades de obra, se generan demoras en los desembolsos de estos recursos, puesto que no se contaba con un mecanismo que asegurara su liquidez, por lo tanto, se generaban retardos mientras se surtían los debidos trámites presupuestales al interior de la entidad concedente.²⁴

Las políticas de desarrollo de esta generación dieron continuidad a aquellas instauradas bajo el Gobierno de Cesar Gaviria, partiendo de la necesidad de generar una descentralización en las redes terciarias y secundarias nacionales, y reforzando la figura de concesiones como un método esencial para optimizar los recursos estatales.

Este periodo de concesiones también se vio afectado por el creciente conflicto armado, ante el cual el gobierno propuso los proyectos denominados “Vías para la Paz”, con la finalidad de facilitar el acceso a regiones segregadas y agobiadas por los grupos guerrilleros, tales territorios comprendían el Norte de Santander, Urabá, Caldas, entre otros.

Así, las primeras dos generaciones de concesiones viales, comprendidas entre 1993 y 1999 se encargaron de comenzar a estructurar la infraestructura vial colombiana, y si bien presentaron un numero de deficiencias que se irían corrigiendo progresivamente, si resultó evidente que el camino correcto estaba enmarcado por el relacionamiento público-privado.

1.3.3 Concesiones Viales de Tercera Generación

Una vez finalizado el proceso de Concesiones Viales de Segunda Generación, el nuevo gobierno entrante del presidente Andrés Pastrana Arango, año 1998-2002, evaluaba para ser insertado en su Plan Nacional de Desarrollo, las nuevas condiciones con la que iban a ejecutar en materia de infraestructura vial los nuevos proyectos que el país necesitaba.

Luego de hacer un diagnóstico general sobre el Estado y la evolución de aquellos contratos que se habían concesionado en el país, el gobierno de aquel entonces llegó a las siguientes conclusiones;

- Se debía trabajar aún más en el relacionamiento con las comunidades, frente a lo que tiene que ver con la instalación de nuevas casetas de peaje, antes solamente se tenían en cuenta aspectos financieros para la colación de estas.

²⁴ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3045, del 17 de agosto de 1999: Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones.

- Ciertos problemas de planeación frente a los estudios de demanda, tomando escenarios muy optimistas, resultando de esta manera algunos proyectos sobredimensionados frente al potencial real del tráfico de la vía.
- Se debe entender con mayor contundencia el criterio de “operación”, para de esta manera encuadrar los diseños y estudios según el escenario económico real, optimizando las obras de acuerdo con las condiciones de tráfico reales y realizando las inversiones en los lugares y los tiempos que los niveles de tráfico así lo requieran.
- Por lo tanto, es indispensable fortalecer la estrategia de valoración para poder optimizar el uso de los recursos y lograr acceder a estos por medio de las entidades financieras.
- Enmarcar los nuevos proyectos dentro del criterio de *corredor de transporte*, para así aumentar la competitividad en materia económica y social.²⁵

El documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, enmarcó la política del Gobierno Pastrana en materia de infraestructura vial, les dio vida a las llamadas “Concesiones de Infraestructura Vial de Tercera Generación.”

La prioridad en materia de carreteras era estructurar una estrategia que enmarcara los proyectos que se iban a desarrollar bajo el criterio de “*Corredor de transporte*”, este criterio consistía en integrar los centros de producción y consumo, y estos a su vez con los puertos, buscando fortalecer la economía nacional y las exportaciones. La mayor cantidad de la carga de productos siempre se ha movilizó por carretera y las exportaciones en su inmensa mayoría se despachan por vía marítima. Esta estrategia cobija también el fortalecimiento de los grandes corredores viales que entran y salen a las grandes capitales del país, puesto que estos son los grandes centros de producción y consumo, aunque no son los únicos.

Otro de los criterios importantes que se pretendía mejorar con las Concesiones de Infraestructura Vial de Tercera Generación era la aplicación del criterio de “*Operación Eficiente*”, este consistía en optimizar la operación, buscando maximizar el uso de los recursos para obtener resultados que se reflejen directamente en el valor de la tarifa que pagan los usuarios. Se buscaba identificar las inversiones que produjeran mayores beneficios en la zona de influencia de los proyectos.

En aquel entonces, el país se veía inmerso en una crisis fiscal, por lo tanto, había que priorizar el desarrollo de los proyectos que no requirieran en mayor medida aportes estatales. Aunque en algunos de ellos, según los análisis financieros el

²⁵ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, : Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones.

resultado frente al retorno de utilidades era deficitario, siendo necesario establecer aportes por parte de la entidad concedente para garantizar su viabilidad.

Otro de los puntos importantes que pretendía trabajar el gobierno era el fortalecimiento del relacionamiento con las comunidades dentro del área de influencia. Este ha sido uno de los mayores obstáculos que se ha presentado desde la puesta en marcha de las Concesiones de Infraestructura Vial en Colombia. Se ha dificultado en ciertas ocasiones el establecimiento de las casetas de peaje porque no se llega a las concertaciones necesarias con las comunidades. Esta gestión social en la Segunda y Tercera Generación de Concesiones Viales de Infraestructura se realizaba mancomunadamente entre la entidad y el concesionario. Más adelante se va a desarrollar un capítulo entero analizar este problema, que se toma como un riesgo que está presente en la matriz de riesgo en la minuta de los contratos de concesión de infraestructura vial. El Gobierno Pastrana pretendía conformar un grupo de expertos que aplicaran estrategias favorables, tanto en Colombia como en el exterior, que hayan resultado en el pasado para enfrentar esta problemática.

Para acelerar el desarrollo de los proyectos era necesario fortalecer la estrategia para el cobro del impuesto de valorización y poder tener en menor tiempo la disponibilidad de estos recursos, incluir en los pliegos de condiciones, la factibilidad contractual del recaudo por valorización y la forma en que este se cobrará.²⁶

Por lo tanto, la jurisprudencia arbitral define el contrato de concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación de la siguiente manera:

En tal virtud, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, es esencialmente un negocio financiero que se concreta o materializa a partir del diseño, construcción, mantenimiento y operación de una obra pública en virtud del cual el concesionario, directa o indirectamente, realiza una inversión para financiar el Contrato estatal de concesión, a cambio de una remuneración, que consiste en el mecanismo pactado para el retorno del capital invertido (su utilidad), la cual se mide usualmente, mediante la Tasa Interna de Retorno del flujo del proyecto que se compone del capital invertido por el concesionario y los flujos de caja que se obtienen de restar de los ingresos del proyecto todos los costos y gastos en los que se incurre. El plazo de los contratos de concesión normalmente es superior al plazo de construcción de la obra y en el caso de los contratos de tercera generación, corresponde al plazo necesario para que el concesionario alcance la rentabilidad esperada por su inversión, medida como la TIR del proyecto.²⁷

²⁶ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999: Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones.

²⁷ Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol 2 S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) Laudo Arbitral Bogotá del 06 de agosto de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá (pág. 124)

Se priorizaron ocho proyectos para ser contratados bajo los lineamientos de la Tercera Generación de Concesiones Viales, estos comenzaron a desarrollarse a partir de diciembre del año 2001.

En ese mismo año, se reglamentó “*La Política de Riesgo Contractual del Estado*” adoptada en la ley 448 de 1998. El decreto que reglamentó esta ley fue el 423 de 2001, artículos 15-18. La política consistía básicamente en los siguientes puntos:

- (i) Las entidades sometidas al régimen previsto en el decreto, entre ellas las entidades que pertenecen al sector de infraestructura de transporte, deberán someterse a la Política de Riesgo Contractual del Estado.
- (ii) Esta política estará conformada por las pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional a través de El Consejo de Política Económica y Social (CONPES), este “orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.”²⁸
- (iii) Por lo tanto, una de las funciones del Consejo de Política Económica y Social (CONPES), es la de “Recomendar” las directrices a la hora de contratar proyectos de Concesión Vial con particulares, específicamente en materia de riesgos. Estos lineamientos o recomendaciones se harían dentro de la política del Riesgo Contractual del Estado en materia de Infraestructura a través de los distintos documentos expedidos por el CONPES

¿Estos lineamientos son de carácter imperativo? Las directrices contenidas en los documentos CONPES no constituyen en sí una norma jurídica, puesto que son lineamientos, recomendaciones y directrices que se enmarcan para desarrollar una política en materia de contratación estatal, en este caso, directamente en tema de riesgo contractual del Estado. En principio, apartarse de los lineamientos de un Documento CONPES no conllevaría ningún tipo de consecuencia jurídica que ponga en riesgos la validez o la existencia del contrato como tal. Sin embargo, estos lineamientos y directrices son casi siempre tenidos en cuenta por la entidad concedente para configurar la matriz de riesgos contenida en las cláusulas contractuales de los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial. Podría haber casos excepcionales donde las condiciones de negociación en la etapa de tratativas puedan llevar a las partes a convenir una disposición que vaya en contravía a la Política de Riesgo Contractual del Estado.

²⁸ Diario Oficial 44361 de marzo 19 de 2001, Presidencia de la República, decreto 423 de 2001, artículo 16.

El decreto 423 de 2001 es de marzo, unas semanas más tarde, el Departamento Nacional de Planeación, a través del Consejo de Política Económica y Social, expide el documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, donde se fija “La Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.” En esta política, se propone una distribución eficiente de riesgos de cara a los contratos de Concesión Vial de Infraestructura de Tercera Generación que iban a ser suscritos en aras de continuar con la expansión de la malla vial nacional.

Estas son algunas nociones fundamentales que trae el documento, que se pondrán de manifiesto al lector antes de entrar en la política como tal;

- (i) El Contrato de Concesión Vial de Infraestructura en Colombia es un negocio financiero, que la viabilidad de este depende “sobre la base de una proyección probable de flujos, esto es, de los costos de construcción y operación, así como de los ingresos esperados. Estas proyecciones deben permitir repagar las fuentes de financiación, en las que se incluyen el capital de riesgo del inversionista y los empréstitos.”²⁹ Sin embargo, en caso de que su retorno sea deficitario, el Estado deberá hacer aportes de capital, constituyéndose estos como los denominados “peajes sombra”, salvando así el futuro del proyecto en materia financiera.
- (ii) El objetivo de una asignación adecuada de riesgos es lograr mayor eficiencia a la hora de la gestión de riesgos, porque se minimiza de esta manera el costo de su mitigación. Por lo tanto, hay que identificarlos claramente en el contrato y trasladarlos según las capacidades de cada contratante.
- (iii) El concepto de riesgo que trae el documento es el siguiente; “El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.”³⁰ Esto quiere decir, que la ocurrencia o no de un determinado evento considerado riesgoso en materia contractual, depende de unas aleas, o sea de un hecho que escapa de la voluntad del deudor, siendo así, no está dentro de su esfera de control, por lo tanto, es exterior a este. No queriendo decir lo anterior, que el deudor no pueda tomar las suficientes medidas diligentes para evitar su ocurrencia, so pena de incumplir sus obligaciones contractuales.

²⁹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001: Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.

³⁰ *Ibíd.*,

- (iv) Este tipo de contratos requieren de sujetos muy bien calificados, debido a que van a desarrollar obras de ingeniería muy especializadas, donde el papel del concesionario juega un rol determinante para la consecución de la prestación de un servicio público, en este caso el de transporte terrestre. La tendencia generalizada que se ha evidenciado en el desarrollo del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial es la de trasladar la mayor cantidad de riesgos al concesionario privado, puesto que en la definición del contrato está inmerso que él debe ejecutar las obligaciones “*por su cuenta y riesgo*”, más adelante en el capítulo donde se mencionan los riesgos directamente se analizarán las implicaciones que tiene este concepto que debe ser entendido de manera genérica pero no de forma absoluta.

Conforme al documento CONPES 3107 de 2001, La Política de Riesgo Contractual del Estado para los proyectos de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación se proponía en los siguientes términos:

- a. **Riesgo Comercial:** está referido directamente cuando los volúmenes de tráfico en la vía (demanda) son mayores o menores a los proyectados. Este riesgo es asignado al concesionario, puesto que él, conforme a su estrategia comercial es quien está en mayor capacidad para mitigarlo.
- b. **Riesgo de Construcción:** este riesgo es asignado al concesionario, puesto que por su calidad es quien conoce y tiene la experiencia para determinar anticipadamente el costo de la obra a realizar. Debido a que conoce las distintas variables que pueden influir en las cantidades de obra necesarias, el precio de estas y el tiempo que se va a tomar para entregarla. Por lo tanto, en caso de fallar los supuestos y las proyecciones que tiene él, frente al desarrollo de la obra, deberá asumir aquellos costos imprevistos que escapen a sus estimaciones previas. Se reconoce, que existen algunos proyectos de construcción que presentan cierta complejidad técnica y geológica, que impida contar con información suficiente y contable para cuantificar el riesgo, por lo tanto, se admiten garantías por mayores cantidades de obra de manera excepcional, para estos proyectos, cuando se requiere la construcción de túneles.³¹
- c. **Riesgo de Operación:** la operación del proyecto hace parte del objeto mismo del contrato, el concesionario deberá, está inmerso dentro de sus obligaciones contractuales, mantenerse por encima de los parámetros de desempeño especificados para la etapa de operación. Manteniendo la vía en óptimas condiciones y asegurando la disponibilidad del servicio en todo

³¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001: Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.

momento. Este riesgo está en cabeza del concesionario, puesto que él es quien tiene a su cargo la operación.

- d. **Riesgo Financiero:** este riesgo abarca dos ítems, primero, el riesgo de consecución de financiación y segundo, el riesgo de las condiciones financieras como plazos y tasas. Este riesgo es trasladado al concesionario, en virtud de que este es quien se beneficiara de las utilidades que genere el proyecto, como todo negocio financiero, está sujeto a una cantidad de variables externas que ponen en riesgo la utilidad, el beneficio que alcanzará este al final del ejercicio.
- e. **Riesgo cambiario:** se desdobra del riesgo financiero. “se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas.”³² Este riesgo por lo general lo asume el concesionario privado.
- f. **Riesgo Regulatorio:** los cambios regulatorios, administrativos o legales diferentes a los tarifarios (tarifa del peaje), que incidan directa o indirectamente en los flujos del proyecto, los asumirá el concesionario privado. Esto quiere decir que cualquier cambio normativo que tenga incidencia directa o indirecta en la demanda del proyecto como tal, será asumida por el concesionario. Es un riesgo que está inmerso en la actividad macroeconómica del proyecto, incluyendo los cambios en materia tributaria.
- g. **Riesgos de Fuerza Mayor:** Los riesgos “imprevisibles”, que constituyan una verdadera causa extraña, se le dará el tratamiento conforme a la teoría de la imprevisión. Por lo tanto, no son trasladados al concesionario privado. Aquellos que por su naturaleza son asegurable, si serán trasladados al concesionario privado, puesto que él, en virtud del contrato de seguro los podrá trasladar a un ente asegurador y así librarse de responsabilidad en caso de su ocurrencia.
- h. **Riesgo Predial o de Adquisición de Predios:** este riesgo estaba en cabeza de la entidad concedente. Puesto que es quien tiene la facultad para adquirir el predio y adelantar los procesos de expropiación requeridos. Aunque, en la política se abre la posibilidad de que pueda ser trasladado al concesionario y por ende incurrir en responsabilidad en caso de incumplimiento, conforme al supuesto establecido en el artículo 34 de la ley 105 de 1993.

³² Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, :Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.

- i. **Riesgo Ambiental:** es el riesgo derivado de la obtención de la licencia ambiental y de aquellas obligaciones que se derivan de la consecución de esta, según el Plan de Manejo Ambiental (PMA). Este riesgo está en cabeza del concesionario privado.

Por lo visto, estos fueron los riesgos que se identificaron en la Política en aquel entonces para los Proyectos de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación. En la misma, no se habla acerca del Riesgo Social, la gestión social la realizaban tanto la entidad como el concesionario de manera mancomunada, pero no había claridad si el incumplimiento de aquella generaba responsabilidad para alguna de las dos partes, en el contrato no se establecía regulación expresa frente a esta materia.

Meses más tarde, se expide el documento CONPES 3133 de 2001. Este tiene por objeto hacer una modificación a la Política de Riesgo Contractual del Estado, establecida en el documento CONPES 3107 de 2001. Esta modificación está referida directamente en materia ambiental. Se sustituye el título "*Riesgo Ambiental*" por "*Riesgo por obligaciones ambientales*", con el objetivo de poner de manifiesto aquellas obligaciones derivadas en materia de riesgo de la licencia ambiental. Lo que propone el CONPES es que sea el concesionario privado quien;

- (i) asuma los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la licencia y/o plan de manejo ambiental,
- (ii) en caso de modificación de la licencia, asuma los costos derivados de esta, y
- (iii) en caso de mala gestión o incumplimiento de sus obligaciones ambientales durante la etapa de ejecución, operación y mantenimiento, deberá asumir los costos de esta.

Los proyectos de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, a pesar de haber sido planeados y priorizados en el Gobierno Pastrana, estos se desarrollaron prácticamente todos en el siguiente Gobierno entrante de Álvaro Uribe Velez, año 2002-2010. Durante este gobierno hubo un avance importante en materia de la expansión vial de carreteras, se priorizaron una serie de proyectos que eran necesarios para aumentar la competitividad nacional, entre ellos los trazados que comprendían la denominada "Ruta del Sol".

Con la expedición del decreto 1800 de 2003, el presidente de la república creaba el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), este era un establecimiento público, adscrito al Ministerio de transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera.

El objeto de este era; "El Instituto Nacional de Concesiones, Inco, tendrá por objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura

de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.”³³

Quedó de esta manera en cabeza del INVIAS, la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la Infraestructura Vial de la red vial nacional de carreteras, primaria y terciaria no concesionada, puesto que la red secundaria o departamental estaba en cabeza de las entidades departamentales y esta no se transfirió al INCO, asumiendo de esta manera el Instituto Nacional de Concesiones, la red primaria y terciaria concesionada.

El INCO, sería la entidad que celebraría los contratos de concesión de infraestructura vial a partir de su constitución. Aquellos contratos de concesión de infraestructura vial que había suscrito el INVIAS, y que se encuentren vigentes, serían cedidos a título gratuito al INCO, para que este continuara con la ejecución de los mismo y subrogarse en los mismos derechos que tenía el INVIAS.³⁴

El INCO fue creado con el objetivo de aumentar la competitividad en materia de transporte.

Luego de la creación de esta nueva entidad, encargada de desarrollar la infraestructura vial de carreteras concesionadas, se adicionaron dos nuevos proyectos para ser contratados bajo la tercera generación de concesiones viales, sumando un total de diez proyectos.

En su momento, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el año 2004, entendía el contrato de Concesión de Infraestructura Vial de la siguiente manera:

- a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
- b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
- c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
- d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
- “e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
- f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

³³ Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003, Presidencia de la República, decreto 1800 de 2003, artículo 2.

³⁴ Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003, Presidencia de la República, decreto 1800 de 2003, artículo 18.

g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato.³⁵

1.3.4 Concesiones Viales de Tercera y Media Generación

Más adelante, con la expedición del decreto 4730 de 2005, se determinó que antes de que un proyecto fuera declarado de importancia estratégica para el país, este debería contar con el aval del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS). Por lo tanto, aquellos contratos que fueran hacer adjudicados debían contar primero, con el aval fiscal del gobierno, antes de la declaratoria de importancia estratégica que está en cabeza del CONPES.

El CONFIS es un órgano de asesoría que hace parte de los consejos superiores de la administración pública. Este es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de dirigir la Política Fiscal y coordinar el Sistema Presupuestal.³⁶

Con la llegada del segundo gobierno de Álvaro Uribe Velez, 2006-2010, se daría el nacimiento a las llamadas “Concesiones Viales de Infraestructura de Tercera y Media Generación, también conocidas como “vías para la competitividad.”

Los proyectos que fueron aprobados, previo aval del CONFIS, en el documento CONPES 3413 de 2006, marcarían el paso de las llamadas vías de competitividad del “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014”. O también conocidas como las Concesiones Viales de Infraestructura de Tercera y Media Generación. Se les reconoce como una generación autónoma debido a que fueron declaradas de importancia estratégica para el país mediante un Plan Nacional de Desarrollo distinto a las de Tercera Generación y, por lo tanto, mediante un CONPES posterior que proponía unas directrices nuevas encaminadas a mejorar la competitividad del país en materia de Infraestructura.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

³⁶ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018

En materia de riesgos, los contratos que iban a ser ejecutados según las recomendaciones del documento CONPES 3413 de 2006, se debían ajustar a los lineamientos de la Política de Riesgo Contractual del Estado, enmarcada según el decreto 423 de 2001 y los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001. Este Plan contenía una serie de proyectos que iban a ser concesionados a particulares con el fin de que pusieran en marcha la continuación del plan de expansión vial en materia de infraestructura.

Esta generación de concesiones fue planeada en el marco de los principios de integración económica y comercial, ya que, a través del desarrollo de estos proyectos se buscaba principalmente; integración de los centros de producción y consumo, articulación de las actividades económicas y las cadenas productivas con los países vecinos y de la región, y optimizar las inversiones en materia de infraestructura para aumentar la competitividad del país.³⁷

En el año 2007, se modificó parcialmente la ley 80 de 1993. Esto con el fin de hacer más eficientes y transparentes los procesos de contratación en los que participaba el Estado. El contrato de concesión, al tener una estructura compleja, tanto en materia técnica como jurídica, amerita un tratamiento especial tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual, estas etapas son regidas por distintas normas de orden público expedidas con el fin de salvaguardar los principios que rigen la contratación estatal.

La ley 1150 de 2007 introdujo cambios importantes frente a las modalidades de selección de contratistas, enfocadas principalmente en los tipos de objeto a contratar y no en la cuantía de estos. La licitación pública sigue siendo la regla general, las demás modalidades de selección operan de forma excepcional según los supuestos establecidos en el artículo 2 de la mentada ley. La contratación de los proyectos de concesión de infraestructura vial se debe llevar a cabo mediante el proceso de licitación pública, descrito en la ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 66 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional.

Los principales cambios que trajo esta reforma fueron los siguientes;

- (i) Para facilitar la publicidad, como principio que rige la contratación pública, el Gobierno Nacional desarrollaría en aquel entonces el portal de contratación SECOP, donde estará toda la información referente a los contratos suscritos por las entidades públicas.
- (ii) Las entidades estatales deberán incluir en los pliegos de condiciones la debida identificación y estimación de los riesgos previsibles envueltos en

³⁷ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006: Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014.

la contratación, sin perjuicio de que estos puedan ser revisados y ajustados en la oferta presentada.

- (iii) En el proceso de selección de contratistas, deberá primar lo sustancial, sobre las formas. No se puede desechar una oferta por falta de un requisito formal que podría ser subsanado fácilmente antes de la adjudicación del contrato.
- (iv) En el supuesto de que se declare desierto un proceso de licitación y se haga necesaria la contratación para la entidad, podría dentro de los cuatro meses siguientes adelantar un proceso de selección abreviada, en vez de una nueva licitación pública.
- (v) La adjudicación del contrato que se rija mediante el proceso de licitación pública se hará en audiencia pública.
- (vi) “Para las concesiones viales, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 llenó un vacío en materia de prórrogas que tenía la Ley 80 de 1993, al determinar que no habrá prórrogas automáticas y limitar la adición hasta por el 60% del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, pero siempre atado a estudios técnicos y económicos en cualquiera de los casos. Dicha adición procederá únicamente para obras adicionales al objeto contratado o relativo al mismo corredor vial. Por último, ordena que toda prórroga debe ser autorizada previamente por el CONPES”³⁸

Hasta el año 2008, luego de ser reglamentada la ley 1150 de 2007, la estructura normativa que regía el contrato de concesión de infraestructura vial en Colombia estaba sometida al régimen jurídico aplicable de:

- Constitución Política de 1991
- El estatuto de contratación público (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007)
- Ley 105 de 1993.
- Decretos reglamentarios de estas leyes.
- Demás disposiciones del derecho privado no reguladas en las normas anteriores.
- Disposiciones contractuales que las partes convinieran en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad contractual.

En el año 2011, el CONPES expidió el documento 3714 de 2011, donde modificaba La Política de Riesgo Contractual del Estado, estableciendo en este los lineamientos

³⁸ ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia, 2018.

y directrices de la adopción del “Riesgo Previsible.” Este concepto será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo de los Riesgos contenido en esta obra.

En particular, se resalta de esta Tercera Generación de Concesiones Viales de Infraestructura uno de los proyectos más ambiciosos del país, la denominada Ruta del Sol. Este proyecto de infraestructura cuenta inclusive con un documento CONPES (3571 del 2009), encargado de especificar los antecedentes, objetivos, lineamientos, y aspectos que harán parte de estos proyectos de importancia estratégica. Entre las disposiciones de este, se indica que la Autopista Ruta del sol tiene como objetivos “mejorar la infraestructura vial para incrementar la competitividad”,³⁹ de los centros de abastecimiento al interior de país con los centros de consumo y exportación de la Costa Caribe colombiana.

1.3.5 Asociaciones Público-Privadas

El objetivo del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, era direccionar el país hacia la figura de la construcción de un *Estado Comunitario*, donde se reconocía al sector privado como un actor fundamental en la contribución al desarrollo de las instituciones estatales y de los bienes que son de propiedad de la Nación. Uno de los sectores donde se había visto en mayor medida la atracción de capital privado, es en el sector de infraestructura de transporte. Aunque se había hecho un esfuerzo importante mediante la vinculación de particulares bajo el vehículo del contrato de concesión para impulsar el crecimiento de la infraestructura vial en el país, todavía faltaba mucho por hacer.

El CONPES, en el año 2009, expidió el documento 3615 denominado “Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos”, donde recomendaba al Gobierno Nacional, que este, debido a la poca disponibilidad presupuestal con la que contaba, debía encontrar otros mecanismos de financiación diferentes al presupuesto general de la nación, tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura bajo los esquemas de Asociación Público-Privada.⁴⁰

Lo que proponía en este primer momento el CONPES, es que la administración pública debía implementar y a su vez proponer cambios normativos tendientes a mejorar los vehículos utilizados para la gestión de sus activos a través de la vinculación de capital privado.

En aquel momento, en Colombia no existía una normatividad que recogiera aquellas modalidades o vehículos tradicionales en donde el sector público se asociara con el sector privado para el desarrollo de actividades que le son propias a la

³⁹ LA REPUBLICA. *Nuevas obras en la Ruta del Sol II costarían hasta \$4 billones*. (2019). <https://www.transvicargo.com.co/nuevas-obras-en-la-ruta-del-sol-ii-costarian-hasta-4-billones/>.

⁴⁰ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009: Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos.

administración, como la prestación de servicios públicos a través de su propia infraestructura.

El llamado hecho por el CONPES, es a implementar esquemas de Asociación Público Privada (de ahora en adelante APP), fundamentado en el éxito que éstas habían tenidos en otros países del mundo, como El Reino Unido, Francia, España, etc. No solo en materia de infraestructura vial, sino también en otros sectores como educación, salud, el sistema penitenciario, etc.

¿En qué consisten? Esta es “una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes.”⁴¹ Con la implementación de este esquema o tipología se buscaba mejorar, entre muchos vehículos de vinculación de capital privado a la gestión de activos públicos, el contrato de concesión de infraestructura vial vigente a la luz de la ley 80 de 1993. Con el objetivo de hacer más eficiente su ejecución y lograr atraer mayor cantidad de inversionistas privados al desarrollo de la malla vial del nacional.

Citando definiciones de Asociaciones Público-Privadas en la doctrina internacional, para diferenciarlas sobre una colaboración tradicional entre el sector público y el sector privado, la autora española Tamyko Ysa las define:

A diferencia de la colaboración tradicional, en los PPP se exige un plus de intensidad, que no tiene cualquier tipo de relación entre empresa y sector público. Dos variables clave distinguen a los partenariados: por una parte, han de ser proyectos donde los socios desarrollan conjuntamente productos y servicios compartiendo costes, riesgos y beneficios. Por lo tanto, las dos características que diferencian al partenariado de otras fórmulas basadas en la colaboración son la duración y la transferencia de riesgos.⁴² (entiéndase PPP como su sigla en inglés de Asociaciones Público-Privadas, Public Private Partnership)

Desligando de esta manera cualquier relación jurídica tradicional, como el típico contrato de obra pública o el contrato de prestación de servicios, que se pudiera presentar entre el sector privado y el sector público. Las APP, según la definición ofrecida por el libro Verde de la Comisión de la Unión Europea, son; “Formas de cooperación entre organismos públicos y empresas privadas para el financiamiento,

⁴¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009,; Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos.

⁴² YSA Tamyko, 2009: La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro. In Ramió, C (Eds.) La colaboración público-privada y la creación de valor público (pp. 23-37), 2009, Barcelona: Diputació de Barcelona. ISBN: 9788498033533.

construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de infraestructura o la prestación de un servicio.”

Las APP están encuadradas dentro de la prestación de servicios públicos, donde debido a ciertas limitaciones que presenta la administración, sea por falta de experiencia o por déficit presupuestal, debe acudir a la asociación con el sector privado para garantizar la disponibilidad de los distintos servicios públicos a los que está obligado prestar.

Tanto la doctrina nacional como la internacional reconocen que hay dos tipos o clases de Asociaciones Público-Privadas (APP), las contractuales y las institucionales. La primera es aquella que se desarrolla mediante un vehículo contractual, donde la administración actúa en calidad de entidad contratante y el sector privado como contratista de esta. Los autores José Manuel Vasallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé señalan:

La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés, pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector⁴³

Este es el modelo más común de APP, se desarrolla principalmente alrededor de la figura del Contrato de Concesión. Dependiendo de la naturaleza del servicio público que va a ser trasladado al sector privado para que lo preste, si se requiere o no de la construcción de una infraestructura nueva y el tipo de acuerdo que convengan las partes, el contrato puede adoptar distintas figuras reconocidas y usadas constantemente en el mundo hoy en día. Si el objeto del contrato es que el sector privado diseñe, construya y administre una infraestructura sin la obligación de transferir más adelante el activo al Estado, estaríamos bajo las figuras contractuales tipo; DBFO (Design.Build-Finance-Operate), BOO (Build-Own-Operate). Si el objeto del contrato es adquirir la propiedad o arrendar una infraestructura ya existente, para operarla y obtener utilidades, estaríamos bajo las figuras contractuales tipo; BBO (Buy-Build-Operate), LDO (Lease-develop-operate), WAA (Wraparound addition). Y finalmente, si el objeto del contrato es que el sector privado diseñe, construya, opere, mantenga y finalmente luego de un tiempo determinado revierta el activo a su propietario, en este caso el Estado, estaríamos bajo las figuras contractuales tipo; BOOMT (Build-Own-Operate-Maintain-Transfer), BROT (Build-Rent-Own-Transfer), BLOT (Build-Lease-Operate-Transfer) , etc.⁴⁴

⁴³ IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael; VASSALLO MAGNO, José Manuel; Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Pag 111. 2010..

⁴⁴ SEPULVEDA FIGUEROA, Blanca: Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la ley 1508 de 2012. (2014)

A diferencia de las APP institucionales, las contractuales no suponen la creación de una nueva persona jurídica, sino una relación jurídica contractual entre dos actores, como se pudo dejar en evidencia en los párrafos anteriores, con la finalidad de desarrollar un proyecto en específico.

Las APP institucionales son aquellas donde el sector público y el sector privado conjuntamente hacen aportes para constituir de esta manera una nueva persona jurídica, un vehículo institucional, lo que se conoce como “Sociedades de Economía Mixta”. La creación de una empresa donde el objeto de esta es la prestación de un servicio público determinado a través de una actividad empresarial cualquiera con el objetivo de obtener ganancias para ser trasladadas al Estado al final de cada ejercicio o repartición de utilidades.

Las APP institucionales se desarrollan en un contexto muchísimo más amplio, donde el objeto de éstas trasciende más allá que un proyecto en específico como ocurre con las APP contractuales, estas tienden a tener una mayor duración en el tiempo, porque a través de las mismas se va desarrollar una actividad empresarial con la finalidad de prestar un servicio público.

En Colombia, el 10 de enero de 2012, es sancionada la ley 1508 por medio de la cual se establece el régimen jurídico aplicable a las Asociaciones Público-Privadas al interior del ordenamiento jurídico nacional. A pesar del esfuerzo que tuvo el legislador colombiano en tratar de recoger en esta ley todas aquellas modalidades de APP, dejó por fuera las institucionales. La norma recoge una regulación parcial donde solo se incluyen las APP contractuales y se restringen los mecanismos de asociación contemplados en la ley 489 de 1998, norma que regula en nuestro país las Sociedades de Economía Mixta, las asociaciones y fundaciones, teniendo en común que las tres que sean personas jurídicas constituidas tanto con capital público como privado para la prestación de servicios públicos y caben completamente en la definición genérica de lo que se conoce como APP en la doctrina internacional.⁴⁵

El artículo 3 de la ley 1508 de 2012, define el ámbito de aplicación de las APP, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.
También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. (...)”

⁴⁵SEPULVEDA FIGUEROA, Blanca: Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la ley 1508 de 2012. (2014)

Siendo así, el legislador reconoce como esquemas de APP en Colombia, primero, todas aquellas modalidades del Contrato de Concesión definido en el artículo 32 No.4 de la ley 80 de 1993 y segundo, como lo afirma el abogado colombiano Jose Vicente Blanco Restrepo, cualquier contrato de naturaleza estatal (artículo 32 de la ley 80 de 1993), que provenga del ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, que celebren las entidades públicas con el objeto de encargar a un “inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento” y que involucren “la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” (artículo 3 de la ley 1508 de 2012), cabrá dentro del esquema de las “asociaciones público privadas”⁴⁶

Se hizo toda esta ilustración acerca del desarrollo de las APP para llegar a la conclusión que el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial en Colombia es una modalidad de Asociaciones Público-Privadas conforme a la ley 1508 de 2012. El artículo 2 de la mentada ley reafirma expresamente esta conclusión y señala el tránsito legislativo hacia esta nueva disposición normativa en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2o. CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

Al ser la ley 1508 de 2012 una norma especial, deroga aquellas disposiciones que sean contrarias a esta en normas anteriores. Pero lo tanto, lo que no regule expresamente en materia del contrato de concesión, se seguirá rigiendo por los lineamientos del estatuto de contratación pública, la ley de transporte y demás disposiciones contenidas en el derecho privado.

En materia del contrato de concesión de infraestructura vial, objeto de estudio de esta investigación, donde el Estado encarga a un inversionista privado; el diseño, construcción, operación, rehabilitación y mantenimiento de un proyecto de infraestructura vial, un corredor para el tránsito de vehículos automotores de la red primaria de carreteras, y una vez vencido el plazo el particular deberá revertir el activo a su propietario, el Estado, se adecua al modelo contractual traído del derecho anglosajón tipo BOOMT (Build- Own-Operate-Mantain-Transfer). Este es el vehículo por medio del cual hoy en día se celebran todos los contratos de concesión de infraestructura vial regulados por los esquemas de APP en Colombia, sin perjuicio de que se puedan explorar otras opciones diferentes al modelo tipo BOOMT, acudiendo a contratos de arrendamiento de uso de la vía u otras

⁴⁶BLANCO RESTREPO, José Vicente, 2012 : ¿Existen mecanismos de asociación público-privada por fuera de la ley 1508 de 2012? (2012)

alternativas posibles enmarcadas dentro de las normas que rigen la contratación estatal y la libertad contractual.

La ley 1508 de 2012 trajo cambios importantes en materia del contrato de concesión de infraestructura vial; traemos a colación algunas de ellas;

- (i) Se estableció un marco jurídico efectivo para el desarrollo de la iniciativa privada en proyectos de infraestructura vial.
- (ii) Se excluye la participación como parte en el contrato a las Sociedades de Economía Mixta donde el Estado tenga participación inferior al 50% del capital social.
- (iii) El objeto contractual debe ir direccionado a garantizar los criterios de disponibilidad y calidad del servicio, la retribución está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura.
- (iv) Para que un proyecto sea regulado por medio de la ley de APP, este debe superar los 6.000 S.M.L.M.V.
- (v) Involucra la retención y la transferencia de riesgos entre las partes, es un esquema llamado a compartir conocimientos técnicos, experiencia y recursos.
- (vi) Tiende a que la financiación la lleva a cabo el inversionista privado totalmente, aunque se reconocen casos donde la entidad deberá hacer aportes de capital.
- (vii) La etapa de estructuración y evaluación del proyecto juega un papel protagónico, puesto que con base en la experiencia que se han llevado a cabo en otros proyectos, y los estudios, y diseños previos cada vez se acercan más al resultado final concretado en la práctica, mitigando de esta manera una gran cantidad de riesgos que han generado sobrecostos y retrasos en medio del desarrollo de muchos proyectos en el pasado.
- (viii) Se imponen límites a las adiciones y prorrogas al contrato.
- (iv) Las modalidades de selección del concesionario son las mismas que trae el estatuto de contratación pública, aunque la modalidad aplicable depende de la incorporación o no de recursos públicos, y de la concurrencia o no de varios proponentes en los proyectos de iniciativa privada, conforme a los artículos 17,18,19 y 20 de la ley.
- (ix) se establecen mecanismos de flexibilización en el funcionamiento de las vigencias futuras para financiar los proyectos de APP.

- (x) y se deben identificar a los beneficiarios reales de los proyectos y el origen de los recursos para evitar de esta manera el lavado de activos.⁴⁷

Conforme a lo establecido en la ley 1441 de 2011 y el decreto 4165 de 2013, se cambia la naturaleza jurídica del INCO, de establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal, de naturaleza especial, denominándose esta como “Agencia Nacional de Infraestructura”, hoy conocida como la ANI. Esta tendrá por objeto:

planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar los proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las atrás enunciadas, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.⁴⁸

Cediendo el INCO en su totalidad los contratos de concesión que se encuentran vigentes a la ANI, para seguir está llevando a cabo la ejecución como entidad pública concedente.

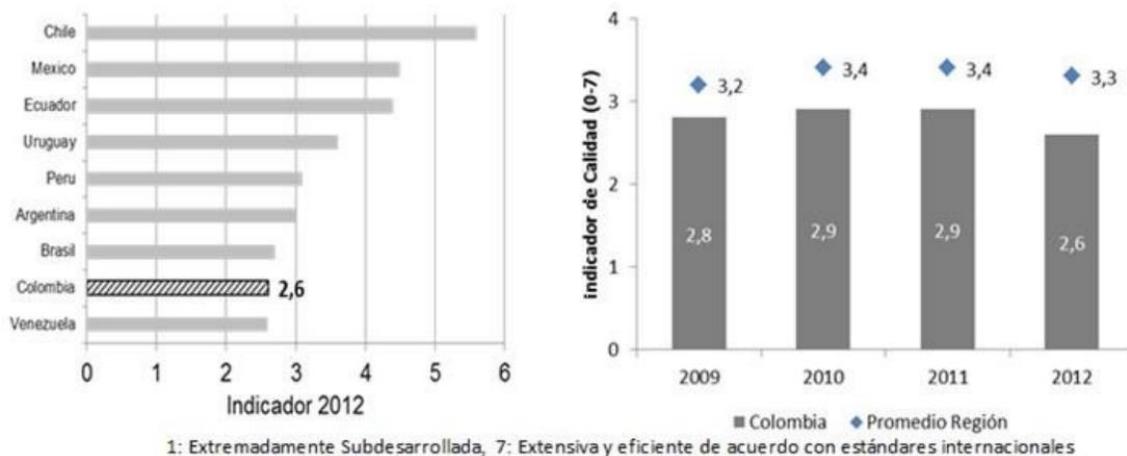
1.3.6 Concesiones Viales de Cuarta Generación

La cuarta generación de concesiones viales es introducida por el Documento CONPES 3760, aún bajo la necesidad de mejorar la capacidad y la calidad de la infraestructura vial existente, todo con la finalidad de generar un mayor grado de interconexión nacional y de brindarle un mayor factor competitivo al país mediante la conexión de los principales centros de producción y consumo, así como el vincular a esta la infraestructura marítima, aérea, y terrestre.

Para el 2012, la infraestructura vial colombiana aún se encontraba a muy por debajo del promedio y de los requerimientos establecidos por el Foro Económico Mundial, por lo cual se tiene la gran necesidad de un importante mejoramiento en dicha área.

⁴⁷ ALVAREZ PATIÑO, Luz Astrid: Las Asociaciones Público-Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. (2016)

⁴⁸ Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol 2 S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Laudo Arbitral Bogotá del 06 de agosto de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá (pág. 139-140)



49

Con la llegada de la ley 1508 de 2012, norma que establece la implementación de los esquemas de APP en Colombia, se presenta un nuevo mecanismo de intervención directa por parte de los particulares en la gestión pública. La iniciativa privada para llevar a cabo proyectos de infraestructura no era una novedad que traía la ley, sin embargo, está preveía un mecanismo efectivo para que los particulares pudieran activar el aparato estatal con la presentación de iniciativas con el fin de desarrollar modalidades de APP en aras a contribuir con el crecimiento del país. Mancipe Gonzalez señala; “Así las cosas, los esquemas APP creados con la Ley 1508 permiten que el sector privado y sus prácticas corporativas, tengan una presencia e incidencia directa en el ámbito de lo público. Lo anterior encuentra explicación en la transformación de un Estado que pasó de ser ejecutor directo, a garante en la prestación de infraestructura y servicios públicos.”⁵⁰

Durante el primer gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón 2010-2014, se dio continuidad a los proyectos de infraestructura vial que habían sido proyectados en el anterior gobierno. Su plan Nacional de desarrollo *Prosperidad para Todos* “promueve la ejecución de proyectos de gran impacto sobre el desarrollo e integración regional como el mejoramiento de la capacidad de la infraestructura vial para fortalecer la competitividad del país mediante la conexión de los principales centros de producción y de consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y pasos de frontera.”⁵¹

⁴⁹ Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3760, 20 de agosto de 2013, “PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”

⁵⁰ MANCIPE GONZÁLEZ, Jéssica Alejandra: “LA GESTIÓN DE LO PÚBLICO POR LOS PARTICULARES EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: ANÁLISIS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS (APP) EN COLOMBIA” (2015)

⁵¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, “PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”

El CONPES en el año 2013, hizo un análisis del estado actual de la red nacional de carreteras en el país, donde se evidenció que de los 16.700 km de estos solamente 1.204 km eran dobles calzadas. En total 5.214 km estaban concesionados, mientras el restante correspondiente a 11.485 km estaba en cabeza del INVIAS. Se había hecho un esfuerzo importante en mejorar la malla vial nacional, aunque todavía faltaba mucho por hacer para disminuir la brecha que el país tenía en materia de infraestructura vial.

Uno de los mayores retos que tenía el país era la construcción de dobles calzadas entre los corredores viales que entraban y salían de las ciudades capitales del país y que las comunicaban con los puertos, para disminuir de esta manera los tiempos de recorrido para la movilización de bienes y servicios.

De acuerdo con un estudio realizado por la OCDE en Colombia, se tomaron 25 contratos de concesión de infraestructura vial de manera aleatoria y se pudo evidenciar que en total este grupo de contratos tuvo alrededor de 430 renegociaciones, un total de 20 por cada uno. ¿A qué se debe esta situación? Conforme al estudio, la primera renegociación en casi todos los contratos se hizo en el primer año de ejecución del proyecto, cuando todavía las partes estando en la fase de pre-construcción, estaban renegociando las condiciones económicas de este por causas debidas a que en la adjudicación de los contratos no se contaba con los estudios de diseño y demanda suficientes, generando problemas como los que veremos a continuación: ⁵²

- Sobre costos ambientales.
- Sobre costos prediales.
- Obras desarrolladas sin el cumplimiento de los requisitos técnicos y legales.
- Desplazamiento del cronograma.
- Desbalance financiero.
- Retrasos contractuales derivados de la gestión predial, ambiental y social.
- Instalación de múltiples tribunales de arbitramento por imposición de multas y demandas.

En aras de dar cumplimiento su Plan Nacional de Desarrollo, el Gobierno Santos, a través del CONPES, expidió en el año 2013 el documento 3760 con el fin de dar nacimiento a las llamadas *Cuarta Generación de Concesiones Viales de Infraestructura*. Esta sería la primera generación de Concesiones Viales en Colombia que se desarrollaría a través de los esquemas de APP establecidos en la ley 1508 de 2012. Uno de los objetivos que se tenía con la implementación de las APP era recoger las experiencias tanto nacionales como internacionales en materia de estructuración de proyectos, para disminuir el número de renegociaciones que

⁵² BITRAN, Eduardo; NIETO, Sebastian; ROBLEDOS, Juan sebastian: Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 317, Abril 2013.

generaban retrasos y sobrecostos a los plazos, y valores pactados inicialmente al momento de suscripción de los contratos.

Otros de los aspectos que se pretendían mejorar conforme a los lineamientos y directrices establecidos en el documento CONPES 3760 de 2013, en materia de los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de Transporte era:

- Mayor estructuración de los diseños en materia de ingeniería, predial, de demanda (financieros), social y jurídicos con el objetivo de optimizar la ejecución misma del contrato.
- Desembolso de retribuciones por parte de la entidad de acuerdo con el cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura del servicio.
- Aplicar la reestructuración del proyecto por unidades funcionales (etapas en las que se divide el trazado), con el objetivo de alcanzar con mayor facilidad la financiación de este, tanto en el mercado financiero como en el de capitales.
- Hacer una redistribución de riesgos y condiciones de terminación del contrato que generen mayor seguridad jurídica tanto a los financiadores del proyecto, como a las partes de contrato, en aras de alcanzar con mayor facilidad mejores condiciones de financiación.
- Promover a través de la iniciativa privada que los particulares, conforme a la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios 1467 y 100 de 2013, presenten proyectos de infraestructura vial de transporte ante la ANI para ser desarrollados dentro de la Cuarta Generación de Concesiones de Infraestructura Vial, conforme a los lineamientos del CONPES 3760 de 2013 y los proyectos declarados de interés nacional por este.
- Promover la creación y expedición de protocolos que regularicen y optimicen el proceso de consulta previa con comunidades étnicas.
- El concesionario privado será quien deberá realizar la gestión predial correspondiente a adquirir los predios que hacen parte de cada una de las unidades funcionales del proyecto en nombre de la ANI a través de un poder especial.
- Contemplar herramientas contractuales para la declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad por la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, derivados de temas ambientales, prediales, traslado de redes, prediales o aquellos que cumplan con los requisitos de una verdadera causa extraña para que sean asumidos por la ANI. Con la

finalidad de no tenerse que trasladar hasta una instancia judicial ante la justicia arbitral para que sea declarado por el tribunal de arbitramento.

En materia de asignación de riesgos, los contratos de Cuarta Generación de Concesiones Viales de Infraestructura debían adecuarse al principio de eficiencia, puesto que “corresponde a las diferentes entidades estatales, en este caso la Agencia Nacional de Infraestructura, asumir los riesgos propios de su carácter público y de las funciones que le corresponden y a los concesionarios, aquellos riesgos en los cuales se encuentran en mejor posición para su correcta administración, con miras al cumplimiento de los objetos de los contratos y del cumplimiento de su actividad”⁵³ A lo largo del paso de las distintas generaciones de concesiones de infraestructura vial de transporte, se ha hecho una redistribución de riesgos conforme a la experiencia que se ha tenido con los proyectos que se han ejecutado. Corresponde al gobierno mejorar cada vez más esa distribución, mediante la identificación de aquellas situaciones adversas que ponen en riesgo el resultado de la operación esperada mediante la ejecución del contrato.

Con el objetivo de adecuar una mejor distribución de riesgos y facilitar de esta manera mejores condiciones de financiación a largo plazo, la matriz de riesgo contenida en cada contrato deberá contar con la siguiente asignación de riesgos:

- 1. El Riesgo Predial:** este riesgo está relacionado con la necesidad de adquisición de los diferentes predios necesarios para la puesta en marcha de cada una de las unidades funcionales del proyecto. La gestión predial correrá por cuenta del concesionario, este deberá adquirir los inmuebles en nombre de la ANI. En la etapa de estructuración el concesionario deberá adelantar el correspondiente inventario predial, en caso de haber sobrecostos por encima del 120% en la compra de estos, habría garantías parciales otorgadas a cargo de la entidad concedente, según las condiciones convenidas en el contrato.
- 2. Riesgo por obligaciones ambientales:** la obtención de la respectiva licencia ambiental y los demás permisos relaciones siguen estando en cabeza del concesionario privado, incluidas las obligaciones derivadas del Plan de Manejo Ambiental. En caso de ser requerida una obra adicional por una autoridad ambiental por causas no imputables al concesionario, no previstas en el proceso de reestructuración, está correrá por cuenta de la ANI.
- 3. Riesgo Social:** este riesgo está relacionado con la imposibilidad de instalación, reubicación y movimiento de nuevas casetas de peaje o de las

⁵³ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013: PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES.

ya existentes para lograr el éxito en materia financiera del contrato, afectando directamente los flujos de ingreso que tendrá el concesionario. Este riesgo lo deberá asumir la ANI, puesto que el Estado es quien se encuentra en mejor posición para llevar a cabo con las comunidades la debida gestión social, deberá trabajar de la mano con las autoridades locales para lograr culminar con éxito dicha gestión.

4. **Riesgo de Redes:** “Se refiere a la obligación de traslado, reubicación de las redes de servicios o de protección de las mismas y con ello evitar la afectación o interferencias con el trazado del proyecto”⁵⁴ Este riesgo lo asume el concesionario, aunque se abre la posibilidad de pactar garantías parciales por parte de la entidad estatal en materia de sobrecostos elevados por este concepto. Deberán establecerse las condiciones en el contrato de manera detallada.
5. **Riesgo por diseño o construcción:** este riesgo corresponde a los cambios que se podrían dar en los estudios de trazado y diseños geométricos por errores en los inicialmente presentados. Corresponde al concesionario llevar a cabo los diseños y por tanto deberá asumir este el riesgo de manera exclusiva, porque es quien está en mejor posición para mitigarlo.
6. **Riesgo Comercial:** en materia de riesgo comercial se da un cambio importante con la llegada de esta nueva generación de concesiones. Este se entenderá como “la desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones de recaudo realizadas por la ANI en la estructuración y adjudicación del proyecto”⁵⁵ Las proyecciones de tráfico de la vía dependen de variables macroeconómicas que están ligadas al desarrollo de la región que esté impulsando la carretera, por lo tanto, de difícil control para el concesionario. Siendo así, este riesgo lo asumirá la ANI, donde se fijará un procedimiento que tendrá como objetivo extender los plazos de la concesión en aras a garantizar el ingreso esperado al concesionario, si es que la diferencia de este resulta negativa conforme a las proyecciones de tráfico de la vía al final del último plazo, se establecerán pagos por parte de la entidad para garantizar la diferencia. Este cambio está pensando con el fin de acceder a una efectiva financiación del proyecto por parte del sistema financiero.
7. **Riesgo financiero:** Corresponde al concesionario lograr conseguir los recursos tanto de equity, como de deuda, para llevar a cabo el proyecto. Por lo tanto, hacer el cierre financiero está contenido dentro del marco de sus

⁵⁴Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, “PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”

⁵⁵Ibid.,

obligaciones para poder comenzar la fase de construcción de las unidades funcionales de la vía.

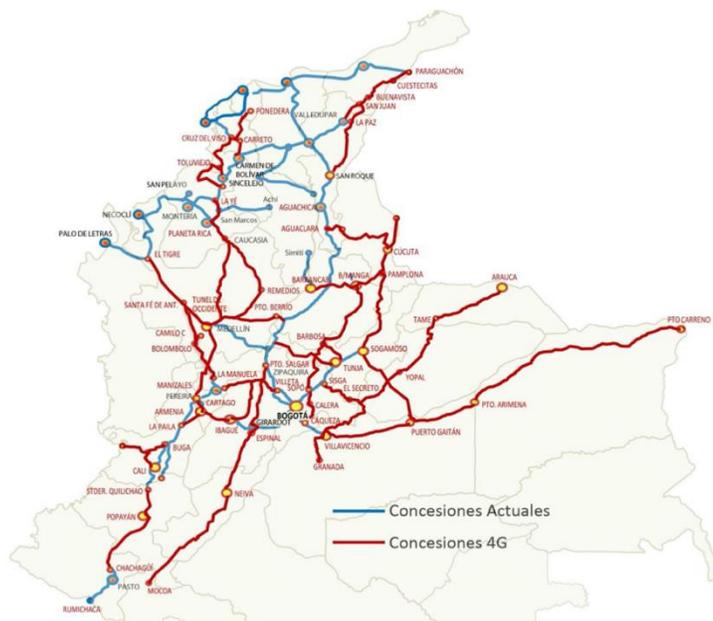
- 8. Riesgo Regulatorio:** Se seguirá rigiendo por el documento CONPES 3107 de 2001. Aquellos actos administrativos que tengan como objeto cambiar el esquema contractual tarifario del peaje y estas conlleven diferencias negativas en los flujos de ingreso que se de en perjuicio del concesionario, serán compensadas con los recursos del Fondo de Contingencias de la ANI. Los cambios regulatorios en materia de especificaciones técnicas en proyectos viales, que den lugar a cambios de producto como consecuencia de modificaciones en manuales técnicos, estará de entera discrecionalidad de la ANI, la aplicación o no de estos cambios y, por lo tanto, correrá este riesgo en cabeza de la entidad pública. La ANI deberá sumir aquellos valores demás que produzcan estos cambios.
- 9. Riesgo por Sobrecosto en Túneles:** está referido a la insuficiencia de los recursos presupuestados para la excavación, pre-soporte y soporte durante la construcción del túnel. En principio este riesgo está en cabeza del concesionario, aunque la ANI podría otorgar ciertas garantías parciales cuando los valores sobrepasen el 110% del presupuesto. Las condiciones serán determinadas de manera clara y precisa en el contrato.

Otra de las anotaciones importante que se debe recalcar, es que conforme al artículo 17 de la ley 1508 de 2012, aquellos proyectos que necesiten aportes estatales mayores al 20% del valor total de este, no podrán ser propuestos mediante la facultad que tienen los particulares para presentar iniciativas de APP para el desarrollo de la infraestructura vial de transporte. Debido a que la norma es clara que en esos casos se deberá llevar acabo la licitación pública como instrumento para escoger al concesionario, por lo tanto, se limita en cierta medida los proyectos que pueden ser propuestos por particulares.

Los proyectos de concesiones viales de infraestructura de cuarta generación estaban estimados para ser puestos en marcha en un periodo de alrededor de ocho años contados a partir de la expedición del documento CONPES 3760 de 2013. La inversión que se estimaba hacer giraba alrededor de 47 billones de pesos constantes del año 2012. La nación hizo un esfuerzo importante en materia presupuestal, ya que el plan de concesiones viales de 4G era muy ambicioso y requería del desembolso de recursos públicos en gran medida para lograr su consecución. Fue necesario acudir a múltiples mecanismos para la obtención de estos recursos, uno de estos fue la privatización de ISAGEN S.A E.S.P. Se enajenaron las acciones que tenía la nación en esta compañía en el año 2016 para destinar parte de estos recursos en el desarrollo de la infraestructura vial de transporte.

En efecto, esta ha sido la generación vial más ambiciosa hasta la fecha, una que lograría dar un paso hacia el futuro, hacia la consolidación de la interconexión nacional y el crecimiento económico buscados. La figura a continuación evidencia el crecimiento vial en comparación con las concesiones viales existentes, mostrando el alto número de proyectos a los cuales se está comprometiendo el gobierno.

Gráfico 3. Concesiones existentes vs. 4G



56

Tras haber hecho un recuento desde la primera generación de concesiones viales hasta la cuarta, no cabe duda alguna de que la economía del país, su desarrollo rural y urbano, inclusive el bienestar social, dependen en gran medida del continuo desarrollo y mantenimiento de las vías nacionales. Queda claro de igual forma, la evolución de los diferentes cuerpos normativo en consonancia a las necesidades fácticas del país; si bien en muchos campos del derecho se ha aludido a la rigidez normativa, este no es uno de estos casos. La necesidad de estar a la par con los desarrollos tecnológicos de infraestructura vial, y en especial, la obligación de mantener el país es una posición de competitividad ante la comunidad internacional, han llevado a que el gobierno nacional, de manera acertada, se encuentre actualizando y analizando los elementos tendientes a brindar una mayor efectividad y agilidad al esquema de concesiones viales. Y si bien dicho sistema se encuentra

⁵⁶ Imagen obtenida: MINISTERIO DE TRANSPORTE – ANI. Documento De Visión. Cambio Climático y Sector Vial en Colombia.

lejos de ser uno perfecto, al menos se tiene de presente la necesidad de continuar evaluándolo y mejorando el mismo.

1.3.7 Las Asociaciones Publico – Privadas: Iniciativa Privada vs Pública.

Anteriormente se hizo un recuento de las APP indicando el contexto de su surgimiento y sus lineamientos normativos, sin embargo, también resulta necesario distinguir las diferencias que se dan en dicha figura a raíz del sujeto que propone el inicio de dicho negocio jurídico, esto es, aquellas que se dan por iniciativa privada vs aquellas que se dan por iniciativa pública.

La ley 1508 del 2012 introduce las APP como una nueva herramienta destinada a fortalecer la capacidad del Estado en el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, y para tal objetivo permite que dichas asociaciones se den ya sea por iniciativa pública o por iniciativa privada, pues de forma activa se busca darle a los particulares facultades para actuar proactivamente en el desarrollo vial del país. El artículo Primero de la ley 1508 define las APP, de manera general, como: “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”, sin embargo, posteriormente el capítulo II y III de dicha ley pasa a determinar las particularidades de las APP que surgen a raíz una u otra iniciativa. Así las cosas, se pasará a exponer ambas modalidades de asociación público-privada.

El segundo capítulo de la ley 1508 de 2012 comienza con la regulación de lo que son las APP por iniciativa pública, indicando el procedimiento de selección del concesionario para cada proyecto, el sistema abierto de precalificación, los requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos y los factores de selección objetiva. De dicha regulación se logra extraer que esta modalidad parte de un proyecto estructurado por el Estado que ha identificado una necesidad, y que a raíz de ello busca la participación del sector privado para suplir dicha necesidad.

El artículo 11 de la ley 1508 de 2012 indica que hay una serie de requisitos que deben cumplirse en aras de cumplir con el deber de planeación de tal manera que el proyecto cuente con los estudios previos requeridos, razón por la cual se exige que previamente al inicio del proceso de selección se cuente con los siguientes documentos y/o estudios:

11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento,

organización o explotación de este, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

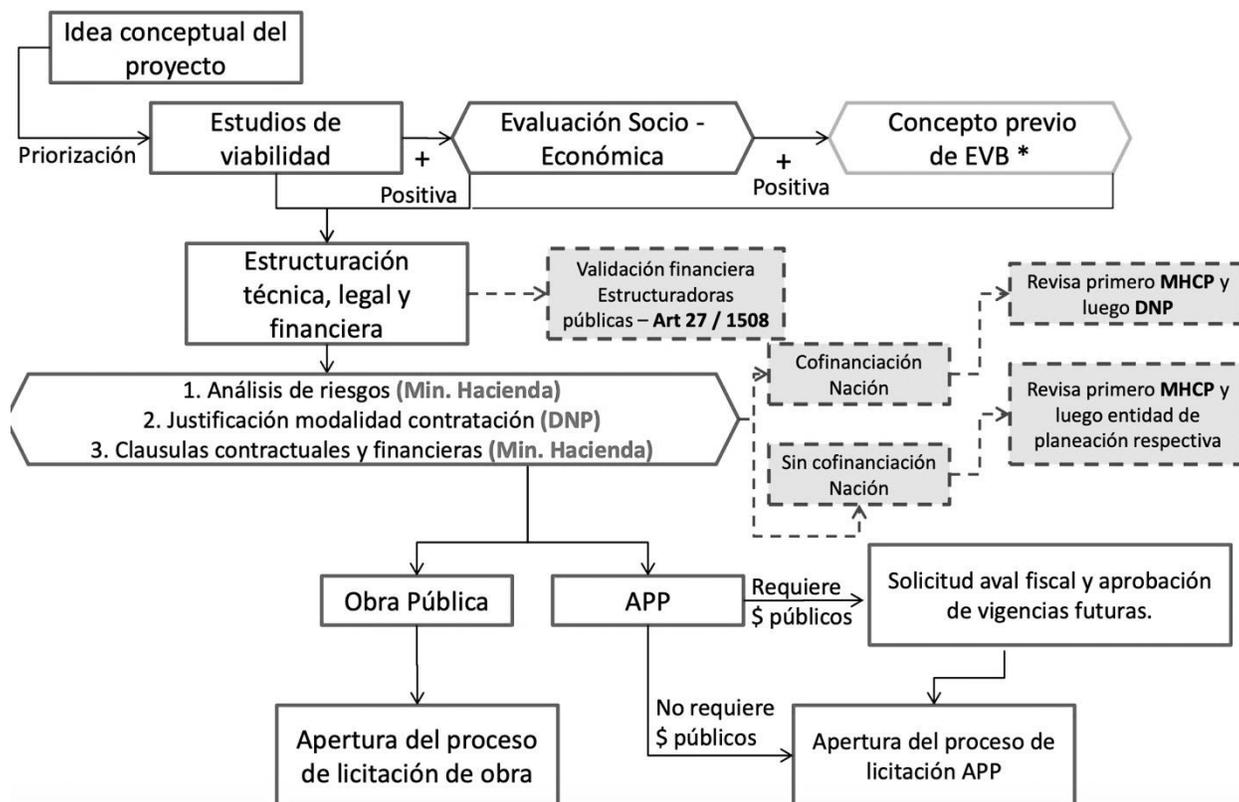
11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Una vez se dé cumplimiento a los mismos, es posible abrir el respectivo proceso de selección de contratistas buscando garantizar la selección objetiva del contratista teniendo en cuenta particulares factores de selección objetiva que están previstos en el artículo 12 de la ley 1508 de 2012. Así entonces habrá lugar el proceso de licitación pública el cual se desarrollará, según lo ordena el artículo 9 de la ley 1508, según lo establecido en el Estatuto General de Contratación Pública, lo que da lugar a la aplicación del artículo 30 de la ley 80 de 1993, pero teniendo en cuenta las particularidades establecidas en la ley 1508. El grafico a continuación permite observar el procedimiento necesario para llegar a este punto:



57

A continuación, se exponen algunas de las características más importantes de esta modalidad de APP:

- a. La idea conceptual del proyecto es planteada inicialmente por el Estado, al identificar una necesidad estatal, posteriormente la misma se complementa por el sector privado.
- b. Al tratarse de una iniciativa pública, por lo general habrá el desembolso de recursos públicos, sin embargo, una APP de estas características podría ser propuesta sin desembolso de recursos del erario.
- c. Salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012, los procesos de selección de contratistas para proyectos de APP de iniciativa pública se llevarán a cabo mediante los procedimientos previstos en el Estatuto General de Contratación Pública, el cual prevé la licitación pública como procedimiento general.⁵⁸

⁵⁷ Imagen obtenida de: Dirección Nacional de Planeación: Asociaciones Público-Privadas Ley 1508/12 y Decreto 1467/12. (2012) .

⁵⁸ ANDI: Régimen De Asociaciones Público Privadas- Iniciativa Privada.

- d. Se utilizará el sistema de precalificación para conformar una lista de hasta 10 precalificados con quienes se llevará un proceso de selección.
- e. La administración de los recursos del proyecto se hace por medio de la conformación de un patrimonio autónomo administrado a través de una sociedad fiduciaria.
- f. Realización de estudios técnicos, socioeconómicos, ambientales, prediales, financieros, jurídicos.
- g. Realización de análisis de costo/beneficio del proyecto, justificación del modelo APP, análisis de amenaza y vulnerabilidad, y la adecuada definición y asignación de los riesgos.
- h. La responsabilidad de la estructuración del proyecto recae en la entidad pública.

Ahora que se ha hecho un análisis de las asociaciones público-privadas que surgen a raíz de la iniciativa pública, se pasara a exponer aquellas que se dan bajo la iniciativa privada, resaltando sus principales características.

La regulación para este tipo de APP se da a partir del título tercero de la ley 1508 del 2012, al comienzo del cual se indica que; “los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”. Esta es una iniciativa que al igual que en las APP de iniciativa pública parte de la identificación de una necesidad social que requiere ser satisfecha, pero es un agente del sector privado quien propone a través del desarrollo de una obra de infraestructura vial satisfacerla.

Una de las grandes diferencias frente a las APP de iniciativa pública, radica en los estudios de prefactibilidad y factibilidad, lo cuales en este caso recaen totalmente en el actor privado, así como la idea conceptual y la propuesta. En la etapa de prefactibilidad se debe exponer al proyecto, indicando especificaciones como los métodos de construcción, operación, mantenimiento, e inclusive la forma de explotación. Los tres grandes elementos que se evalúan en este punto son el interés público, la financiación propuesta, y el nivel de competencia para llevar a cabo dicho proyecto. Posteriormente en la etapa de factibilidad, ya debe incluir elementos plenamente definidos, como lo sería el modelo financiero detallado que, de cuenta del valor del proyecto, una agenda que indique los tiempos para cada fase de construcción del proyecto, un análisis detallado de los riesgos, junto con estudios

ambientales, sociales, técnicos, prediales y financieros que permitan dar un aire de seguridad para la ejecución del proyecto en cuestión.

Una de las grandes diferencias que hay entre las APP de iniciativa pública y privada, es que en las últimas si va a haber desembolso de recursos públicos solo podría ser hasta un 20% del valor del proyecto. En caso de que se necesite un valor mayor por parte del Estado, ese proyecto en particular no lo podría proponer un agente privado. Así entonces dentro de las APP por iniciativa privada hay dos sub-modalidades, aquellas que se dan con un 100% de capital privado y aquellas que tiene un capital público que no puede exceder el 20%, y el estar en una u otro modalidad repercute directamente en el tipo de procesos de selección que deberá hacerse. En este punto vale la pena aclarar que, aunque sea un particular quien proponga el proyecto, el sector público, en aras de hacer valer el criterio de objetividad, debe realizar una licitación pública o un proceso de selección abreviada, el primero cuando exista el desembolso de recursos públicos, limitado hasta el 20% del valor del proyecto y el segundo cuando el proyecto sea financiado en un 100% con recursos privados.

Estas son las características principales de las APP por iniciativa privada:

- a. La implementación de recursos públicos se limita hasta el 20%, del valor del contrato y en estos casos los procesos de selección se dan por licitación pública.
- b. De igual forma los recursos destinados al proyecto pueden ser totalmente privados, en estos casos el proceso de selección será el de selección abreviada.
- c. Las APP por iniciativa privada habilitan al gobierno para dar vía a proyectos que previamente se veían limitados por cuestiones fiscales. Resulta de igual forma beneficioso para el Estado, pues es responsabilidad del actor privado realizar los estudios necesarios para la ejecución de la obra, obligación que correrá por su cuenta y riesgo.
- d. No podrán presentarse iniciativas privadas cuando:
 - Modifiquen contratos o concesiones existentes.
 - El valor de recursos públicos supere el 20% del valor del proyecto.
 - Cuando la entidad estatal haya adelantado la estructuración, cuente con los estudios terminados de prefactibilidad - factibilidad y el contrato se encuentre publicado en el SECOP.

Independientemente de que se esté frente a una APP de iniciativa pública o privada, se debe reconocer el gran avance que dicha figura representa para el desarrollo vial del país. El sector privado es el socio estratégico por excelencia, pues el

presupuesto estatal, por sí mismo, no lograría abarcar la totalidad de las necesidades que en materia de infraestructura vial el país requiere.

Capítulo II

Riesgos y Etapas del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial

El contrato de concesión de obra pública es uno de los vehículos a través del cual se desarrolla la infraestructura vial de transporte en la nación. Este trabajo de monografía busca analizar cuáles son aquellos riesgos y circunstancias que retrasan o incluso en algunos casos imposibilitan el desarrollo de los proyectos que son declarados de importancia estratégica para el país según el CONPES. Para poder entender cómo opera el régimen de la responsabilidad contractual y los eventos eximentes de responsabilidad, primero hay que tener clara la estructura del contrato y sus etapas contractuales.

Luego de hacer un análisis a los antecedentes jurídicos e históricos al Contrato de Concesión de Infraestructura Vial, aterrizamos directamente en los de Cuarta Generación. A pesar de haber hecho ciertas aproximaciones conceptuales en el capítulo anterior, se realizará un análisis jurídico sobre las etapas contractuales y los riesgos más relevantes que se presentan en medio del contrato. Así, se identificarán las consecuencias directas e indirectas que pueden desencadenar la ocurrencia de los distintos riesgos, previsibles o imprevisibles, en medio de la ejecución del contrato.

Este análisis comprende un estudio de las distintas normas que regulan actualmente el tipo contractual objeto de estudio de esta investigación. También se harán alusiones a los contratos suscritos por la Agencia Nacional de Infraestructura luego de la expedición del documento CONPES 3760 de 2013 con los distintos concesionarios que llevan a cabo actualmente el desarrollo de los Proyectos de Infraestructura Vial en el país.

El Contrato de Concesión de Infraestructura Vial es una especie de tipo contractual que está dentro del género de “*Contratos Estatales*”. Es un contrato que debe ceñirse a un amplio catálogo normativo que lo nutre, en aras de proteger el interés general, como uno de los principios que rige el actuar de la administración pública. Partiendo desde la cúspide del ordenamiento jurídico colombiano, La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho en su artículo 1, por lo tanto, el objeto del contrato de concesión de servicios públicos estaría justificado en aras de prevalecer el interés general y los derechos de la colectividad. A su vez, en el artículo 365, el referido texto constitucional autoriza la

prestación de servicios públicos en manos de particulares, entendiéndose estos como inherentes a la finalidad social del Estado.⁵⁹

El Contrato de Concesión de Servicios Públicos, en este caso concreto, el Contrato de Concesión de infraestructura Vial de la red primaria de carreteras en su cuarta generación, debe regirse por los presupuestos normativos que están estipulados en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la ley 1508 de 2012 (estatuto de contratación pública y ley que regula las APP respectivamente) , sus modificatorios, demás leyes complementarias, los decretos reglamentarios de dichas leyes, las disposiciones civiles y comerciales que no hayan sido derogados en virtud de las mencionadas normas especiales, y finalmente por las disposiciones contractuales que incluyan las partes en virtud de la autonomía de la voluntad.

Entiéndase este tipo contractual como un acuerdo de voluntades, entre dos sujetos jurídicos, el primero es una entidad estatal denominada “*Agencia Nacional de Infraestructura*”, también llamada entidad concedente y el segundo es una persona jurídica del derecho privado⁶⁰, llamado concesionario, con el objeto, de que el segundo desarrolle bajo su cuenta y riesgo, pero bajo la vigilancia y control de la primera, un proyecto de infraestructura vial que compone la red primaria de carreteras, consistiendo este en el diseño, construcción, operación, conservación y rehabilitación del proyecto que se trate para luego de haber alcanzado el plazo máximo o la retribución esperada ser revertido, no el dominio, si nos los bienes que tiene en calidad de mero tenedor y aquellos derechos sobre la vía a la entidad pública concedente.

A continuación, se analizarán las etapas contractuales que conforman los Contratos de Infraestructura Vial de Cuarta Generación. En el presente estudio no se hará mención, puesto que no se corresponde en mayor medida al objeto de investigación, al proceso precontractual surtido entre la entidad pública concedente y los oferentes en el proceso licitatorio o de selección abreviada, aunque en el capítulo anterior se hizo una referencia tangencial al tema asimismo se explicó brevemente cuando se aplica uno u otro según haya sido de iniciativa privada o pública.

Antes de comenzar con esta ilustración, se advierte que en todas las etapas contractuales del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Cuarta Generación se desprenden múltiples obligaciones de medios y de resultados para ambas partes, aunque en mayor medida para el concesionario, puesto que este es quien debe desarrollar el proyecto “*bajo su cuenta y riesgo*”. Sin embargo, se han desarrollado múltiples mecanismos contractuales para advertir de manera temprana, según plazos e indicadores de rendimiento y calidad, los múltiples incumplimientos que pudieran ocurrir; a su vez se incorporan plazos para subsanar

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

⁶⁰ 2.Diario Oficial No. 48.308, de 10 de enero de 2012, Congreso de la República, ley 1508, artículo 01.

aquellos incumplimientos parciales y se conviene la imposición de penas pecuniarias para desestimular aquellas conductas ilícitas.

2.1 Etapa Preoperativa

Esta es la primera etapa del contrato de concesión. Una vez se haya suscrito el contrato las partes se encuentran en la etapa inicial de ejecución. Esta etapa está dividida en dos fases, la fase de pre construcción y la fase de construcción. Se podría decir que la mayor carga prestacional se encuentra en esta etapa. El concesionario debe lograr el cierre financiero del proyecto, celebrar los contratos de estudio, diseño y construcción, realizar la gestión predial, social y ambiental, hacer los giros de equity que corresponden según las condiciones pactadas en el instrumento contractual y elevar las garantías exigidas. A su vez, la entidad tiene varias obligaciones a su cargo como lo es celebrar el contrato de interventoría, hacer la entrega de la infraestructura, hacer los aportes que le correspondan, cooperar con el concesionario en materia predial, social, ambiental, traslado de redes y demás que consten en la convención.

Varios contratos coligados se desprenden de la celebración de este. Los principales son; el contrato de diseño, el contrato de obra, el contrato de fiducia mercantil, el contrato de interventoría, el contrato de seguro o de garantía bancaria a primer requerimiento, el contrato de crédito bancario, el underwriting o el instrumento que hayan definido con los prestamistas para conseguir la financiación, etc. En virtud del principio de la relatividad contractual, el concesionario responde ante la ANI por el cumplimiento del contrato principal y no podrá alegar como causal de justificación el incumplimiento de alguno de sus contratistas para eludir sus propias obligaciones en el contrato de concesión de infraestructura vial.

Antes de suscribir el acta de inicio del contrato, que daría inicio a la ejecución de este, las partes tienen a su cargo las siguientes obligaciones:

2.1.1 Suscripción del Contrato de Interventoría

Esta obligación está a cargo de la ANI, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 #2 de la ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la ley 1474 de 2011. El contrato de interventoría es un mecanismo que está diseñado para prevenir actos de corrupción y velar por la moral administrativa. El interventor es un tercero externo que cumple las funciones de supervisor en asuntos técnicos especializados, vigila la transparencia y el cumplimiento del contrato de concesión en materia técnica, financiera, operativa, predial, socioambiental y legal.

Corresponde al interventor la “intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en

la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.”⁶¹Diversas obligaciones que debe cumplir el concesionario durante el transcurso del contrato están supeditadas a la aprobación o visto bueno de la interventoría, velando por el cumplimiento de los distintos indicadores incluidos en los anexos y los apéndices del contrato. El interventor tiene la obligación de “vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.”⁶²

2.1.2 Suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil

El concesionario deberá celebrar con una Fiduciaria un contrato de Fiducia Mercantil en calidad de fideicomitente, para la constitución de un patrimonio autónomo⁶³, donde a través de la fiduciaria se van a administrar todos los recursos de capital del proyecto de infraestructura.

Se abrirán diferentes cuentas y subcuentas según las condiciones definidas en el contrato con el objetivo de administrar los recursos de manera organizada. Los beneficiarios de cada cuenta serán el concesionario o los beneficiarios reales de este, excepto en la cuenta ANI, el único beneficiario de esta cuenta será la entidad pública concedente. Las cuentas del patrimonio autónomo que se constituyen en virtud del contrato de fiducia serán fondeadas con los respectivos aportes que tengan que hacer las partes, tanto recursos de equity, como de deuda. Los recursos que serán aportados por la ANI a lo largo del contrato, tratándose de aportes de capital fijo sujetos a la condición del nivel de disponibilidad de la infraestructura o garantías, serán transferidos a las cuentas correspondientes según lo convenido en el instrumento contractual.

El contrato de concesión se entenderá incorporado al contrato de fiducia mercantil, este no podrá tener una duración menor al primero y no podrá ser terminado de forma unilateral ni por la fiduciaria ni por el mismo concesionario.

2.1.3 Suscripción del Contrato de Seguro o Garantía Bancaria

Conforme a los lineamientos del artículo 7 de la ley 1150 de 2007 y el decreto 734 de 2012, el concesionario deberá contratar con una entidad aseguradora,

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente: 25199.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003.

⁶³ Diario Oficial No. 48.308, de 10 de enero de 2012, Congreso de la República, ley 1508 de 2012, artículo 24.

autorizada por la superintendencia financiera, la garantía única de cumplimiento o con una entidad financiera, una garantía bancaria a primer requerimiento, sin beneficio de excusión. El cumplimiento del contrato se debe garantizar según los valores que convengan las partes para cada fase y etapa del contrato.

La Garantía de Cumplimiento deberá incorporar los amparos de; cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales, calidad y estabilidad de las obras, calidad y estabilidad de las obras de mantenimiento, responsabilidad civil, todo riesgo obra civil (seguro de construcción), y daños (frente a los equipos móviles como automotores, equipos y maquinaria amarilla que estarán en la concesión bajo responsabilidad del concesionario).

2.1.4 Otras obligaciones

La suscripción del acta de inicio está supeditada, además de las mencionadas anteriormente, a las siguientes obligaciones;

- Designación de los miembros del Amigable Compondedor, para resolver las controversias que sean expresamente señaladas en el contrato. La designación del panel se hará conforme a las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el concesionario optará por la figura de manera permanente o transitoria (caso por caso), conforme a los lineamientos del artículo 13 de la ley 1682 de 2013.
- Suscripción del acta de entrega de la Infraestructura al concesionario por parte de la entidad, donde se hará un inventario de los bienes que son entregados y del estado de estos.
- Que el concesionario haya recibido los aportes de capital por parte de sus socios o de los respectivos fondos de capital privado, ajustándose estos a las condiciones de los giros de equity, para ser aportados al proyecto luego de suscribir el acta de inicio.
- Demás obligaciones que hayan sido convenidas en el contrato por las partes.⁶⁴

2.2 Fase de preconstrucción

Una vez sean verificadas la totalidad del cumplimiento de las obligaciones precedentes, las partes suscribirán conjuntamente el acta de inicio, esta dará por iniciada la ejecución del contrato.

⁶⁴ Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP No. 007 de 2014 (Minuta Parte General) entre Agencia Nacional de Infraestructura y Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S.

Esta primera fase de la etapa preoperativa está destinada a que se cumplan múltiples obligaciones de medios y de resultados, estas con el objetivo de alcanzar los requisitos legales y contractuales tendientes a iniciar con las intervenciones contenidas en el objeto del contrato de construcción de obra civil. Principalmente estas son:

2.2.1 Suscripción del Contrato de Estudios y Diseños Geométricos

El concesionario está obligado a celebrar un contrato de estudios de trazados y diseños geométricos para todas las unidades funcionales que componen el proyecto, con un contratista que cumpla con las especificaciones mínimas que se exigen en el contrato. El contratista que sea elegido para llevar a cabo los estudios y diseños del proyecto podrá ser el mismo que lleve a cabo la construcción de la obra, queda a disposición del concesionario como decide orientar su propia contratación.

Estos estudios y diseños “corresponden a los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical, sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados con el diseño geométrico de una vía.”⁶⁵ Estos deberán cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en los pliegos de condiciones y los apéndices técnicos adheridos al contrato de concesión.

Es responsabilidad del concesionario hacer los diseños definitivos. Para la elaboración de estos diseños, el concesionario debe tener en cuenta que estos diseños deben cumplir con las especificaciones técnicas exigidas en el contrato, los apéndices técnicos y sus anexos.

2.2.2 Hacer los Giros de Equity y Deuda al Patrimonio Autónomo del Proyecto

El concesionario debe financiar la ejecución del contrato con recursos de deuda y de patrimonio. Los recursos de patrimonio son aquellos aportes de capital que hacen directamente los accionistas del proyecto o deuda subordinada de estos, pero no a nombre del concesionario. Los recursos de deuda es aquel capital suministrado por los prestamistas al concesionario en virtud de la modalidad de financiación que haya sido elegida por estos.

Una de las obligaciones principales que tiene el concesionario es financiar “bajo su cuenta y riesgo” la totalidad del proyecto.

⁶⁵ Definición de “Estudios de Trazados y Diseños Geométricos, Publicada en la Página de la ANI, disponible en: <https://www.ani.gov.co/glosario/estudios-de-trazado-y-diseno-geometrico>

La totalidad de proyectos de Cuarta Generación que han sido suscritos entre la entidad y los distintos concesionarios adoptan el modelo financiero “*Project Finance*”. Este opera con la constitución de una nueva persona jurídica o SPV (por sus siglas en inglés, special purpose vehicle), donde los accionistas de esta son los beneficiarios reales del proyecto de concesión de infraestructura vial.

La justicia arbitral define este modelo financiero como:

En principio, el Project Finance es un sistema en virtud del cual el sector privado financia el proyecto sin garantía alguna del Estado, partiendo del principio que la cobertura de los costos del proyecto — costos de funcionamiento y servicio de deuda, es decir, devolución de capital y pago de intereses — ha de basarse en el margen bruto de autofinanciación o Cash-flow generado por el propio proyecto, recayendo la garantía sobre los activos del mismo y no sobre los del concesionario, quien por otra parte no gozará de avales o garantías estatales (...) El flujo de caja del propio proyecto tiene que ser suficiente para generar los recursos necesarios para hacer frente a los gastos de inversión y explotación, costos financieros, impuestos, pago de la deuda, permitiendo así mismo que el concesionario obtenga un razonable margen de utilidad, medido en el tiempo por la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto.⁶⁶

Esto quiere decir que la única o principal garantía que tienen los prestamistas recae sobre los flujos de caja del proyecto. Esta modalidad de financiación separa el patrimonio de las sociedades que conforman el capital social del SPV, puesto que, al crear una persona jurídica nueva, la prenda general se escinde y por lo tanto no habría garantía frente al patrimonio de la sociedad matriz y de los accionistas de esta en el proyecto. Sin embargo, en virtud de la autonomía de la voluntad, el concesionario y sus accionistas podrán otorgar garantías adicionales para conseguir los recursos de deuda necesarios para obtener el cierre financiero y cumplir con sus obligaciones en materia de financiación.

El apalancamiento en los proyectos de 4G no podrá ser por la totalidad del valor de este. Como se expuso más arriba los promotores o beneficiarios reales del proyecto (accionistas del SPV), deberán hacer unos aportes de capital propios o deuda subordinada de estos al patrimonio autónomo del proyecto y así cumplir con una de sus prestaciones. ¿Qué sentido encuentra? Para dar respuesta a este interrogante, se trae nuevamente lo dicho por la jurisprudencia arbitral en esta materia:

La obligación de Giros de Equity en el marco de incentivos de un Project Finance: es el compromiso de aportar un monto mínimo de recursos de manera que comprometen a la sociedad promotora como un incentivo y garantía de aplicar sus esfuerzos para el éxito del proyecto. Generalmente este tipo de cláusulas están acompañadas por una prelación de pagos estructurada

⁶⁶ Tribunal de Arbitramento. Concesionaria Vial de los Andes (COVIANDES) vs. INVÍAS. Laudo del 25 de agosto de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá.

contractualmente, y serán los Giros Equity los últimos en pagarse con los rendimientos que arroje el proyecto.⁶⁷

La obligación de financiar el proyecto debe ser acreditada en esta primera fase de ejecución, puesto que, al obtener el cierre financiero, el concesionario está probando su aptitud para financiar la ejecución del proyecto, este obtuvo compromisos con terceros para el desembolso de los recursos de deuda y realizó los aportes de capital (giros de equity) a los que estaba obligado, conforme al plan de pagos.⁶⁸ El concesionario, o sea el SPV, en la fase de preconstrucción debe acreditar el cierre financiero del proyecto antes de iniciar en la fase de construcción las intervenciones de las unidades funcionales. En caso de no hacerlo estaría incumpliendo una de sus obligaciones principales y el retraso pudiere causarle la imposición de multas, incluso la declaratoria de la caducidad por incumplimiento.

Una de las novedades que trajo la cuarta generación de concesiones viales, fue la incorporación del derecho que tienen los prestamistas a tomar posesión del proyecto en caso de que el concesionario incumpla con sus obligaciones financieras contenidas en los instrumentos de crédito celebrados para alcanzar los recursos de deuda del contrato. En la parte general están establecidas las reglas y condiciones para llevar a cabo este supuesto, incluidos los mecanismos de cesión del contrato o de las acciones del concesionario a los terceros prestamistas.

Riesgo Financiero: el riesgo financiero se desprende de la obligación que tiene a su cargo el concesionario de financiar el proyecto.

¿En qué consisten los riesgos de naturaleza financiera en medio de un contrato de concesión de infraestructura vial de cuarta generación? La Jurisprudencia arbitral establece:

- (i) el riesgo de consecución de financiación y
- (ii) el riesgo de las condiciones financieras, dentro del cual se incluyen las modificaciones realizadas respecto a plazos y tasas.

No obstante, este tipo de riesgo puede estar determinado por otras variables como el riesgo cambiario, las tasas de interés y el riesgo de refinanciación. Dicho lo anterior, la regla general será que el riesgo financiero sea asignado en su totalidad al inversionista privado.⁶⁹

⁶⁷ Tribunal Arbitral Concesión Vial los Llanos S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá.

⁶⁸ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLÉS POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

⁶⁹ Tribunal Arbitral Concesión Vial los Llanos S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá.

Como se pudo evidenciar en el párrafo anterior, las gestiones y los actos dispositivos que tiene que desplegar el concesionario para obtener a través de la celebración de contratos de crédito bancario o del instrumento que hayan elegido para conseguir los recursos de deuda necesarios para desarrollar el proyecto, correrán por su cuenta y riesgo. Dentro de este riesgo también estaría comprendido contar con los recursos de capital (equity), obligación de dinero propiamente, en las fechas según los plazos y condiciones previstas para la exigibilidad de estas obligaciones.

2.2.3 Entregar el Plan de Adquisición de Predios

Para llevar a cabo un proyecto de infraestructura vial, que se va a extender en parte del territorio nacional, es necesario adquirir aquellos inmuebles que se van a ver afectados por las intervenciones de cada una de las unidades funcionales.

El concesionario es quien tiene a su cargo la obligación de hacer toda la gestión predial, este deberá en nombre de la ANI, conforme a la autorización legal dispuesta en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, actuar en calidad de mandatario través de poderes especiales otorgados por la entidad para; adquirir aquellos predios mediante contratos de compraventa, actuar en procesos de expropiación por vía judicial o administrativa y llevar a cabo las actuaciones y actividades relacionadas ante las distintas autoridades gubernamentales necesarias en materia predial. Se creará una subcuenta en el patrimonio autónomo que tendrá como finalidad sufragar los gastos relacionados a la adquisición de predios.

¿En qué consiste la gestión predial o la adquisición de predios? La Corte Constitucional establece lo siguiente:

La adquisición de los predios requeridos para la ejecución de un proyecto de infraestructura comprende o refiere a una serie de actividades u obligaciones que de manera concatenada se encaminan a garantizar la disponibilidad oportuna de dichos terrenos. Se trata, de una parte, de las distintas actividades que conciernen a la denominada gestión predial, en el marco de la cual se identifican los predios requeridos, se elaboran las fichas y planos prediales, se realizan los estudios de títulos y los avalúos correspondientes, se adelanta la negociación directa con los propietarios y se presentan las ofertas de compra o se tramitan los distintos procedimientos necesarios para concretar la expropiación por vía administrativa o judicial, entre otras actuaciones no menos importantes, hasta lograr la entrega material del inmueble y su adecuado registro a nombre de la entidad pública contratante.⁷⁰

La adquisición de predios en medio de un contrato de concesión de infraestructura vial es fundamental, ya que es la unidad de materia necesaria para adelantar las intervenciones de todas las unidades funcionales, la jurisprudencia arbitral expone

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2011, M.P Juan Carlos Henao Pérez.

el siguiente argumento “si se tiene en cuenta que la disponibilidad de los terrenos en los que se adelantará la obra es un asunto de primer orden que antecede el desarrollo de las actividades constructivas que habrán de ejecutarse de forma secuencial o sucesiva, de acuerdo con el cronograma o programa de obra correspondiente.” ⁷¹

Dentro del alcance de su obligación de financiar el proyecto, el concesionario deberá financiar la adquisición de los predios, estando obligado a fondear la subcuenta del patrimonio autónomo correspondiente.

Para iniciar las intervenciones correspondientes en la fase de construcción, el concesionario debe acreditar haber adquirido en nombre de la ANI un porcentaje, convenido en el contrato, de los predios necesarios para intervenir la unidad funcional correspondiente, por lo tanto, dentro del plan de adquisición predial deberá acreditar estos porcentajes para cumplir con su obligación en la fase de pre-construcción. Aunque es su responsabilidad, adquirir el 100% de los predios conforme al cronograma de obras.

Riesgo Predial: esta es una de las contingencias que puede llegar a retrasar en cierta medida el desarrollo de un proyecto. Siendo una de las obligaciones esenciales del contrato efectuar la gestión predial, de esta se desprenden dos riesgos que han sido identificado por la jurisprudencia arbitral, puesto que se han llevado a cabo múltiples controversias por asuntos relacionados a las obligaciones en materia predial.

- “Costo adicional o el incremento en el valor de los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto, incluyendo los eventos en que se presenta una mayor afectación predial.
- Acaecimiento de contingencias que alteren los procedimientos, trámites o actividades que atañen a la gestión predial” ⁷²

2.2.4 Celebrar el contrato de construcción de todas las unidades funcionales del proyecto.

El concesionario deberá suscribir en esta etapa el contrato de obra tendiente a construir cada una de las unidades funcionales que van a conformar el proyecto de infraestructura. ¿Qué es una unidad funcional? Es el “conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual

⁷¹ Tribunal Arbitral Autopista Bogotá Girardot S.A vs Instituto Nacional de Concesiones-INCO- hoy Agencia Nacional de Infraestructura, Laudo del 13 enero de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá.

⁷² *Ibíd.*,

cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público-Privada.”⁷³

Cada unidad funcional conforma un porcentaje del total del proyecto, estos porcentajes serán expresados en la parte especial del contrato de concesión.

El contrato de obra celebrado entre el concesionario y el contratista que va a llevar a cabo la construcción de las distintas unidades funcionales será un contrato de obra civil regulado por el código civil y aquellas disposiciones contractuales que en virtud de la autonomía de la voluntad consientan las partes. Este contrato de obra podrá adoptar cualquiera de las modalidades conocidas en la doctrina nacional e internacional para el desarrollo de obras de ingeniería especializadas, como lo son los contratos tipo E.P.C.M por sus siglas en Inglés Engineering, Procurement and Construction Management (Ingeniería, Adquisiciones y gestión de construcción), E.P.C por sus siglas en inglés Engineering, Procurement and Construction (Ingeniería-Diseño, Adquisición y Construcción), también es conocido como contrato de obra en modalidad Llave en Mano, Suma Global Alzada o Turnkey, entre otros. El concesionario debe elegir al contratista conforme a los requisitos mínimos exigidos para este en virtud de lo convenido en el contrato de concesión.

Parte de las obligaciones que se desprenden del contrato de construcción, está en estructurar el plan de obras que luego de ser aprobado por la interventoría, configurará el cronograma para los plazos de entrega de cada una de las unidades funcionales en la fase de construcción.

La definición de plan de obra, traída de la minuta contractual, de la parte general de los contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación es;

Es el documento que entregará el concesionario al interventor que contendrá el cronograma de obras discriminado por unidades funcionales y la forma como se planearán las intervenciones de manera que la construcción de las unidades funcionales finalice a más tardar en las fechas señaladas en la parte especial. El plan de obras deberá contener, además, la información al nivel de detalle exigido por el Apéndice Técnico 9. Una vez no objetado por la interventoría y el supervisor, el plan de obras será de obligatorio cumplimiento para el concesionario, aunque deberá ajustarse, por cuenta y riesgo del concesionario, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones de resultado, en los plazos previstos, contenidos en este contrato.⁷⁴

El concesionario responderá ante la ANI por los posibles incumplimientos contractuales en que incurra el contratista de construcción, no podrá alegar como

⁷³ DECRETO NÚMERO 1082 DE 2015, artículo 2.2.2.1.1.2, Presidencia de la República.

⁷⁴ Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP No. 014 de 2015 (Minuta Parte General) entre Agencia Nacional de Infraestructura y Concesionaria Desarrollo Vía al Mar S.A.S.

causal de justificación el incumplimiento de este, salvo un evento eximente de responsabilidad sobreviniente.

Riesgo de Construcción: este riesgo se desprende de las obligaciones que tiene el concesionario de construir las distintas unidades funcionales que van a hacer parte del proyecto de infraestructura vial. Este corresponde a los cambios que se podrían dar en los estudios de trazado y diseños geométricos por errores en los inicialmente presentados, causando mayores cantidades de obra y sobrecostos al valor del contrato.

Las especificaciones técnicas con las que deben cumplir las distintas intervenciones de las unidades funcionales de un proyecto generan al concesionario obligaciones de resultado para este. Por lo tanto, si se deben hacer cambios en los estudios de trazados y diseños geométricos presentados inicialmente para cumplir con las especificaciones técnicas exigidas en el contrato, serán asumidos enteramente por el concesionario todos los costos que esto conlleve en aras de dar cumplimiento a sus obligaciones.

En materia de construcción de túneles, la ANI ha otorgado garantías por mayores cantidades de obra en actividades de excavación y soporte.

El contrato que celebra el concesionario y el contratista de construcción es un contrato regido al 100% por el derecho privado y aquellas normas especiales que regulen la actividad de construcción de obras civiles. Esto quiere decir que al no estar regulado por las normas que rigen el contrato estatal, como lo es el contrato de concesión, hay mayor libertad de configuración del contenido de este, siendo posible la aplicación de las cláusulas relativas a la responsabilidad contractual y mayor posibilidad de trasladar en cabeza del contratista de construcción aquellos riesgos de tipo imprevisible que no pueden ser trasladados al contratista-concesionario en virtud del contrato de la administración pública.

Hay que advertir de ante mano que aquellos acuerdos entre el concesionario y sus distintos contratistas para desarrollar y ejecutar el proyecto de infraestructura vial, no tendrán ningún tipo de efecto frente a la entidad pública contratante. Estos acuerdos en virtud del principio de relatividad de los contratos, *res inter alios acta*, no afectan a la ANI y ella sigue siendo la titular de la acción de tipo contractual (medio de control de controversias contractuales ante la justicia arbitral) frente al concesionario, en caso de configurarse los supuestos de hecho para activar los distintos remedios que provee la ley y el contrato al acreedor en caso de incumplimiento.

Así el concesionario responda por el cumplimiento del contrato de concesión ante la ANI, esto no quiere decir que no pueda trasladar la responsabilidad a sus contratistas en virtud de los acuerdos que suscriba con ellos. Aquellos riesgos que están en cabeza de este, el concesionario, podría trasladarlos a los contratistas para que ellos sean los responsables finales y por consiguiente, quienes en verdad

asuman las consecuencias económicas desfavorables en virtud del acaecimiento de las contingencias que se prevén en la matriz de riesgos.

2.2.5 Gestión Social y Ambiental

Una de las obligaciones precedentes al inicio de la fase de construcción del contrato es obtener el licenciamiento ambiental del proyecto conforme a los presupuestos legales y contractuales. Esta obligación está en cabeza del concesionario, él debe tramitar todos los permisos, licencias y concesiones de carácter ambiental bajo su cuenta y riesgo. Esta obligación es de resultados, por lo tanto, solo si ocurriese un evento eximente de responsabilidad, (fuerza mayor ambiental), que no fueran imputables a la negligencia de este, se vería justificado su incumplimiento y mientras dure el evento se exoneraría de dar cumplimiento a sus obligaciones de tipo ambiental.

Riesgo ambiental: Todos los costos que conlleva los trámites de licenciamiento y las compensaciones contenidas en el plan de manejo ambiental (PMA), serán asumidas en un 100% por el concesionario. Si el valor estimado llegare a ser insuficiente, las partes han acordado garantías por mayor valor en materia de compensaciones ambientales y gestión social por parte de la entidad pública contratante.

Un riesgo que se desprenden del ambiental es el riesgo social. Para poder obtener la licencia ambiental, se deberá adelantar las respectivas consultas previas cuando así se requiera conforme a la ley. Si hay comunidades indígenas, negras, afrodescendientes, raizales o palenqueras en el área de influencia del proyecto de infraestructura.

Conforme a la legislación actual, el artículo 39 de la ley 1682 de 2013, establece que es un deber de la entidad contratante consultarle a la autoridad competente la existencia o no de comunidades étnicamente diferencias en el área de influencia del proyecto, en caso afirmativo, deberá contar con la debida protocolización de la consulta previa cuando así se requiera, antes de abrir el proceso de selección.

Aunque pareciera sencillo y aparentemente no parecería que hay dudas en cabeza de quien recae la responsabilidad de adelantar las consultas previas, este es un tema que genera muchas controversias e incertidumbre a la hora de desarrollar los proyectos de infraestructura. El riesgo social es una de las contingencias que podría impedir parcial o totalmente el desarrollo de un proyecto, debido a que el agotamiento de la consulta previa o del visto bueno de la autoridad de la no existencia de comunidades no es prueba suficiente para que, a lo largo de la ejecución del contrato, se puedan adelantar nuevos procesos consultivos que pongan en riesgo su operatividad. Por lo tanto, en el próximo capítulo de esta monografía se va a profundizar sobre el riesgo social y sus consecuencias frente a la ejecución de los distintos contratos de concesión.

2.2.6 Redes de servicios Públicos

Antes de iniciar la fase de pre construcción, el concesionario deberá hacer un inventario de las redes, entendiéndose estas; “se refiere a las infraestructuras para el transporte y suministro de servicios públicos, telecomunicaciones, hidrocarburos y, en general, de cualquier fluido o cable. Dentro del concepto de Redes se entienden incluidas las “Redes y activos” definidos por la ley 1682 de 2013.”⁷⁵, con el objetivo de trasladar o proteger las actuales para poder garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios públicos en el área de influencia del proyecto.

Riesgo por Redes: los costos de traslado y protección de las redes serán asumidas en un 100% por el concesionario. Si el valor estimado llegare a ser insuficiente, las partes han acordado garantías por costos adicionales en materia de redes, según los presupuestos del contrato.

2.2.7 Anotaciones frente al riesgo predial, ambiental y de redes

Según la documentación contractual que hay publicada en la página del SECOP, acerca de todos los contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación, se advierte que hay en total veintiocho contratos que actualmente se encuentran en ejecución.

La minuta de la parte general de estos contratos establece garantías parciales por parte de la ANI si los valores estimados para le gestión predial, las compensaciones ambientales y de redes llegare a ser insuficientes. Se establecen compensaciones de la siguiente manera:

- Entre el 100% y el 120% el concesionario deberá asumir la totalidad de los costos adicionales.
- Entre el 120% y el 200% el concesionario asumirá el 30% de la diferencia de los costos adicionales y la ANI el 70% restante de esta.
- Más del 200% será a cargo de la ANI.

Aquellos contratos de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos contemplan las garantías mencionadas anteriormente para estos tres riesgos, pero con la condición de que haya disponibilidad de recursos en la cuenta de excedentes ANI, de lo contrario no podrán acceder al mecanismo de compensación y no tendrán ningún derecho para reclamarle a la ANI por estos conceptos, puesto que en este tipo de contratos no procede bajo ningún supuesto el desembolso de recursos públicos. Hay que advertir que los mecanismos para acceder a recursos para el pago de estas garantías en los contratos que no hay desembolso de recursos

⁷⁵ Definición de “Redes”, Publicada en la Página Web de la ANI.

públicos son aquellas medidas como la ampliación del plazo del contrato, la modificación de tarifas de peaje, modificación del alcance etc.⁷⁶

Los demás contratos de iniciativa pública, el pago de la compensación no estará sujeta a la disponibilidad de recursos en la cuenta de excedentes si no que procederá al cumplimiento de estas obligaciones conforme a las reglas preestablecidas en el contrato.

2.2.8 Operación y Mantenimiento

Una vez el concesionario reciba formalmente la infraestructura objeto del contrato, este deberá, desde la fase de pre-construcción, operarla y mantenerla en los términos señalados en los apéndices técnicos, cumpliendo con el nivel de disponibilidad y de servicio mínimo de la infraestructura. Desde que el concesionario toma posesión del proyecto, el deberá asegurar la prestación del servicio público de transporte para dicho corredor, así no haya empezado formalmente la etapa de operación y mantenimiento, él debe garantizar durante la etapa preoperativa, la prestación ininterrumpida del servicio.

El concesionario al tomar posesión del proyecto, se le cederá el derecho al cobro del peaje, el producto del cobro del peaje será transferido directamente a la cuenta de la ANI, el concesionario no tendrá derecho alguno a la retribución, sino hasta que finalice la entrega de la primera unidad funcional, teniendo derecho a la retribución económica cada vez que finalice cada una de las distintas unidades funcionales.

2.3 Fase de construcción

Para iniciar la fase de construcción, son condiciones precedentes, el cumplimiento de las obligaciones que fueron descritas para la fase de pre-construcción.

En esta fase, es cuando, el concesionario, a través del contratista de construcción, dará inicio al adelantamiento de las intervenciones de las distintas unidades funcionales que van a conformar el proyecto. El plan de obras debe ser ejecutado conforme a los plazos que se incluyeron, so pena de la imposición de multas que podrían causarse en caso de incumplimiento.

Durante esta fase se va a ejecutar el contrato de construcción y es donde el concesionario a través de sus distintos contratistas dará cumplimiento a una de las obligaciones esenciales del contrato de concesión de infraestructura vial.

El concesionario debe atender de forma oportuna y diligente a cualquier requerimiento de la autoridad ambiental o de las entidades estatales y deberá

⁷⁶ BLANCO RESTREPO, Jose Vicente: EL COVID-19 EVIDENCIA LA NECESIDAD DE REFORMAR LA ESTRUCTURA LEGAL DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA. mayo 30, 2020, de Blog de La Contratación Estatal en Colombia Sitio web.

procurar en la mayor medida de lo posible que no se revoquen las licencias y/o permisos otorgados para el desarrollo del proyecto.

La fase de construcción dura hasta que se suscriba el acta final de la última unidad funcional a intervenir. Por lo tanto, cada vez que se finalice la construcción de una unidad funcional y se suscriba su correspondiente acta, a partir de ese momento la etapa de operación y mantenimiento comienza para esa unidad en específico, siendo en ese momento el concesionario acreedor al derecho a la retribución por aquella unidad funcional, salvo que se disponga algo diferente en el contrato. Pero formalmente la etapa de operación y mantenimiento comienza cuando todas las unidades funcionales estén listas y por lo tanto en operación.

2.4 Etapa de operación y mantenimiento

Esta es la segunda etapa de ejecución del contrato de concesión de infraestructura vial. Una vez concluida la construcción de las distintas unidades funcionales del proyecto, formalmente este entra en la etapa de operación y mantenimiento. Es aquí donde el concesionario se va a hacer acreedor de la retribución por la explotación del uso de la vía, conforme a las condiciones económicas convenidas en el instrumento contractual.

Esta es la etapa más larga de todo el contrato, puesto que aquí es donde el concesionario va a alcanzar la retribución económica, a la que tiene derecho por haber financiado directamente las obras objeto del contrato de concesión.

En esta etapa se desprenden múltiples prestaciones principales, generando derechos y obligaciones para ambas partes, en detalle estas son:

2.4.1 Derecho a la Retribución Económica

Uno de los elementos esenciales del contrato de concesión de infraestructura vial es el derecho a la retribución económica que está en cabeza del concesionario. Este al ser un contrato conmutativo, la prestación correlativa a desarrollar un proyecto de infraestructura vial de la red primaria de carreteras es la retribución económica que tiene como fuentes principales;

- (i) los recursos provenientes por el uso de la vía,
- (ii) los aportes que la entidad estatal está obligada a desembolsar durante el transcurso de la etapa de operación y mantenimiento y
- (iii) los recursos por explotación económica. Hay que aclarar que no todos los proyectos de cuarta generación generan obligaciones a la entidad pública contratante de desembolsar recursos públicos.

El concesionario tendrá mensualmente derecho a la retribución, conforme a las fórmulas convenidas con la ANI en el contrato de concesión y sus anexos. La fiduciaria en virtud de ser la administradora de los recursos de capital a través del patrimonio autónomo será la encargada de transferir los recursos directamente de la cuenta destinada al recaudo del peaje y la cuenta de aportes ANI, hacia la cuenta del concesionario en virtud de pagar la retribución la cual el concesionario es acreedor.

Aquellos proyectos de infraestructura que involucren la transferencia de recursos públicos no serán a modo de anticipo o desembolsados en la primera etapa del contrato. Estos serán aportes que se harán exigibles a la ANI en los plazos convenidos en el contrato destinados para el cálculo de la retribución en favor del concesionario.

Una de las condiciones para hacer exigible el derecho a la retribución que se estipula en cada contrato bajo el esquema de Asociaciones Público-Privada, es la disponibilidad de la infraestructura. Esto quiere decir que cada una de las unidades funcionales que hacen parte del proyecto, cumplen con los niveles de servicio y los estándares de calidad convenidos en el contrato. Siendo igualmente esta una de las condiciones precedentes para el desembolso de los distintos aportes que debe realizar la entidad pública contratante.

El decreto 1028 de 2015, norma que reglamenta la ley 1508 de 2012, en su artículo 2.2.2.1.3.1 establece;

Desembolso de recursos públicos. Los desembolsos de recursos públicos a los que hace referencia la Ley 1508 de 2012, se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías.

Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos. Para los efectos previstos en la Ley 1508 de 2012, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.

Los recursos generados por la explotación económica por uso de la infraestructura, previo al cumplimiento de los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad definidos contractualmente, no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación durante la ejecución del contrato. Los rendimientos de estos recursos serán manejados de acuerdo con lo previsto en el contrato de asociación público privado, conforme con el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 y harán parte de la retribución al concesionario.

Riesgo Comercial: del derecho a la retribución que espera obtener el concesionario se desprende el riesgo comercial que consiste en “la desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones de recaudo realizadas por la ANI en la estructuración y adjudicación del proyecto”⁷⁷. Uno de los grandes cambios que trajo la cuarta generación de concesiones de infraestructura vial, como se advirtió en el capítulo anterior, fue trasladar el riesgo comercial en cabeza de la entidad pública contratante. Estableciendo fórmulas para el restablecimiento del ingreso esperado según las proyecciones de demanda y tráfico al momento de la suscripción del contrato.

La estructura que se plantea en los distintos contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación para compensar al concesionario en virtud del acaecimiento del riesgo comercial es diferente en los contratos que prevén el desembolso de recursos estatales a los que no.

Del total de veintiocho contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación, hay alrededor de ocho contratos que no cuentan con el desembolso de recursos públicos, estos son aquellos proyectos de iniciativa privada que actualmente se encuentran en ejecución. Los otros veinte sí cuentan con el desembolso de recursos por parte de la ANI y son de iniciativa pública.⁷⁸

Para el primer grupo de contratos, que prevén como una de las fuentes al derecho a la retribución de la cual es acreedor el concesionario, los aportes de la entidad pública concedente, la estructura o el mecanismo para calcular si hay o no derecho a la compensación es mediante el cálculo del valor presente del mes de referencia del recaudo del peaje durante la ejecución del contrato en distintos años señalados en la convención. Comparando si ese valor presente es menor al valor ofrecido por la ANI al concesionario, para dicho año, según las proyecciones que se tenían, en caso afirmativo, la ANI deberá compensar al concesionario por la diferencia. Como se explicó anteriormente, estos cálculos se llevarán a cabo en distintos momentos de la ejecución de la etapa de operación y mantenimiento, por lo general, será en los años 8, 13, 18 y cuando venza el plazo máximo para la etapa de operación y mantenimiento, haciéndose exigible esta obligación solo después de vencidos estos períodos. Esta es la estructura general contenida en las minutas de la parte general de los contratos de concesión de infraestructura de cuarta generación, las partes en la parte especial podrían pactar en contrario.

Los contratos que no prevén aportes por parte de la entidad pública concedente como fuente al derecho a la retribución de la cual es acreedor el concesionario,

⁷⁷Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, “PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”

⁷⁸ Información obtenida del Portal ANI <https://www.ani.gov.co/carreteras-0> y del SECOP I <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-20-771>

establecen un mecanismo distinto para el cálculo de la compensación. En estos el cálculo de la compensación se puede hacer en cualquier instante de la etapa de operación y mantenimiento. La compensación se hará efectuando el mismo ejercicio de calcular el valor presente del mes de referencia del recaudo del peaje, con el ofrecido por la ANI para dicho periodo. En caso de ser es menor, la diferencia se compensará a través de dos mecanismos, el primero es mirar un posible aumento de las tarifas del peaje, en caso de no ser posible la diferencia se pagará con los recursos que haya en la cuenta de excedentes de la ANI. Si los recursos que hay en la cuenta son insuficientes, el concesionario no tendrá derecho a la compensación y no nacerá ninguna obligación en cabeza de la ANI para el pago de esta diferencia. Este mecanismo, siempre y cuando haya liquidez en la cuenta de excedentes de la ANI, le permite una pronta compensación al concesionario sin esperar a que se lleguen a los periodos preestablecidos en el contrato obteniendo una pronta liquidez.

El abogado colombiano José Vicente Blanco Restrepo se refiere en su más reciente artículo a los mecanismos de compensación de riesgos en los contratos de concesión de iniciativa privada en los siguientes términos:

Esto ha dado lugar a que en los contratos se diseñen una serie de mecanismos que permitan solucionar los desajustes económicos que se presenten en el contrato por razones no imputables al Concesionario, tales como ampliaciones del plazo de duración de la concesión, modificación de tarifas de peaje, recortes del alcance, etc. y, finalmente, dar por terminado el contrato cuando no son viables estas soluciones, pero de ninguna manera se prevé la posibilidad de que la entidad estatal aporte dineros para la solución de los mismos so pretexto de la prohibición de realizar aportes de recursos públicos.⁷⁹

2.4.2 Operación y Mantenimiento del Proyecto

Esta es una de las obligaciones esenciales del contrato de concesión. La razón de ser de cualquier proyecto de infraestructura vial es la prestación del servicio público de transporte. Como se indicó en acápite anteriores, una vez la infraestructura es entregada al concesionario, él deberá garantizar, mediante la operación, el servicio ininterrumpido de transporte terrestre en el corredor objeto del contrato.

La primera etapa del proyecto es denominada “preoperativa”, en virtud de que dentro del alcance del contrato está el perfeccionamiento de un corredor existente, pero no quiere decir que, por denominarse preoperativa, el proyecto no se encuentre en operación. Mientras se construyen las distintas unidades funcionales del

⁷⁹ BLANCO RESTREPO, Jose Vicente: EL COVID-19 EVIDENCIA LA NECESIDAD DE REFORMAR LA ESTRUCTURA LEGAL DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA. mayo 30, 2020, de Blog de La Contratación Estatal en Colombia Sitio web.

proyecto, el concesionario debe cumplir con su obligación de operar y mantener el proyecto en la etapa que se encuentre, cumpliendo con los niveles de servicio y los estándares de calidad convenidos en el contrato. Uno de los apéndices técnicos, adheridos al contrato, contiene los lineamientos técnicos que debe cumplir el Manual de Operaciones y Mantenimiento, que deberá ser entregado al inicio del contrato por parte del concesionario, encargado de regular las obligaciones que están en cabeza del concesionario.

El concesionario puede llevar a cabo directamente la operación del proyecto a través de su nómina y estructura empresarial, sin embargo, le está permitido también contratar a través de un tercero la operación del proyecto.

2.4.3 Aportes de la Entidad Pública Contratante

Como se ha venido advirtiendo a la largo de esta obra, no en todos los contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación, hay desembolsos de recursos públicos. Los contratos de iniciativa privada celebrados hasta ahora no proveen esta obligación a la entidad.

Una de las fuentes principales de la retribución que recibe el concesionario en esta etapa es mediante los aportes que hace la ANI a la cuenta correspondiente del patrimonio autónomo del proyecto.

Esta obligación está sujeta a un plan de pagos escalonado, condicionado a que se cumplan con los niveles de disponibilidad, calidad y servicio. Se rige mediante el régimen de la obligación de dinero y tiene un tratamiento especial en materia de intereses moratorios convenido en el contrato.

2.5 Etapa de Reversión

Esta es la etapa final del contrato de concesión de infraestructura vial. Una vez culminado el plazo de la etapa de operación y mantenimiento o la terminación anticipada del contrato, el concesionario deberá revertir el proyecto a la entidad pública contratante.

¿Qué se entiende por revertir dentro del contrato de concesión? Es el plazo donde el concesionario hará la entrega material de los distintos bienes que actualmente tiene en calidad de mero tenedor, entre estos están;

- (i) los bienes muebles e inmuebles por destinación o adhesión que hacen parte de las estaciones de peaje y pesaje de este,
- (ii) las obras que conforman el proyecto y

- (iii) todas las extensiones de los predios que hacen parte de este.

La ANI o a quien esta designe, tomará control material de estos a lo largo del proceso de reversión. Aquellos bienes muebles destinados a la operación del proyecto, si son de propiedad del concesionario deberán ser transferidos a la ANI, para que ella pueda continuar con la operación del proyecto, incluido los activos intangibles, como softwares y licencias, entre estos no se incluyen maquinarias de construcción. Si hay bienes sometidos a registro, se deberán llevar acabo los distintos actos dispositivos para transferir el dominio a la ANI. Aquellos equipos muebles que el concesionario se sirva para cumplir con sus obligaciones de operación a un título no traslativo de dominio (contratos de arrendamiento, leasing comercial, renting, etc.), deberá el concesionario solicitar la terminación anticipada de estos contratos, adquiriendo la propiedad de estos activos para transferir luego el dominio a la ANI. El concesionario deberá seguir cumpliendo parcialmente con las obligaciones de operación y mantenimiento mientras se hace el empalme con la ANI, tendrá derecho a un porcentaje de la retribución según las condiciones que convengan en el contrato para esta etapa, al final cesará por completo el derecho a la retribución del contrato.

Culminada esta etapa, el contrato, al ser de tracto sucesivo, deberá entrar en etapa de liquidación para tanto el concesionario y la ANI se dejen indemnes mutuamente, y a su vez se terminen o se apliquen las cesiones correspondientes con los terceros que colaboraron en la ejecución del contrato. Una vez se suscriba entre las partes el acta de reversión, el contrato deberá ser liquidado conforme a las reglas que se estipularon en este.

Capítulo III

Elementos Esenciales del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial

3.1 Anotaciones preliminares

Los elementos de la esencia del contrato son “aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.”⁸⁰ Por lo tanto, partiendo del presupuesto básico de que el contrato de concesión de infraestructura vial es un tipo de contrato estatal, regido por la ley 80 de 1993 y las demás normas que se han anunciado directamente en esta obra, se analizará rápidamente los elementos esenciales del contrato de la administración pública y finalmente, se profundizará en las características esenciales que componen el tipo contractual objeto de estudio de esta monografía.

Como se ha venido advirtiendo a lo largo de esta obra, los contratos que celebran las entidades estatales enunciadas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, salvo lo que regule expresamente el estatuto de contratación pública⁸¹ o las demás normas especiales. Siendo así, en Colombia son contratos estatales aquellos que celebran las entidades estatales, señaladas en la norma mencionada anteriormente y los particulares que cumplen función pública.

Elementos esenciales de los Contratos Estatales en General son:

- Consentimiento libre de vicio (arts.1502,1508-1515 del Código Civil.)
- Capacidad de las partes (arts.1502-1507 del Código Civil y 6-12 de ley 80 de 1993.)
- Objeto Lícito (arts.1517-1523 del Código Civil y 44-49 de la ley 80 de 1993.)
- Causa Lícita (art 1524 del Código Civil).
- Formalidades Habilitante, regla general es el contrato escrito (art 39 ley 80 de 1993.)
- Cláusulas Excepcionales al derecho común, solo para algunos casos puntuales. (art.14.2 ley 80 de 1993.)
- Sujeción al principio de planeación.

Estos elementos mencionados anteriormente son inherentes a todos los contratos estatales, excepto la aplicación de cláusulas excepcionales, que como su mismo

⁸⁰ Ley 57 de 1887, Código Civil, artículo 1501.

⁸¹ Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, Congreso de la República, ley 80 de 1993, artículo 13.

nombre lo advierte, son de aplicación excepcional. Para que un contrato estatal exista, sea válido y oponible ante terceros deberá cumplir con estos requisitos esenciales.

Además, resulta pertinente hacer un pequeño énfasis sobre la obligación que surge del mismo. Así las cosas, lo primero que debe ponerse de presente es la diferencia entre lo que es el objeto del contrato versus el objeto de la obligación; mientras que el primero alude al objetivo de regular el respectivo negocio jurídico por medio de la creación de una o varias obligaciones, el segundo, alude a esa prestación, a esa conducta que debe ejecutarse por una u otra parte. Lo anterior permite concluir que el objeto de las obligaciones en el contrato de concesión consiste en todo aquello sobre lo cual recae el consentimiento expresado por las partes y que las mismas consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, creando, modificando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas.⁸²

Evidencia de ello es la aplicación del artículo 1494 del Código Civil al régimen de contratación estatal, el cual dispone lo siguiente:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación e una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (subrayado fuera de texto)

Este artículo permite comprender de manera inequívoca que el contrato de concesión es en sí mismo una fuente de obligaciones, obligaciones que se concretan en la voluntad de las partes intervinientes. Su contenido adquiere entonces un carácter obligatorio para las partes, tal y como sucede en el derecho privado, lo cual se ve reflejado también en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que indica que las “estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.”⁸³

En cuanto a las características de la obligación como tal, tanto el artículo 1517 del Código Civil, como el 1518 y 1519, permiten concluir que el objeto de la obligación debe ser real, determinado y lícito. Sobre este punto es necesario aclarar que el contrato de concesión se encuentra fuertemente vinculado al principio de previsibilidad y planeación (en efecto se trata de un contrato conmutativo), por lo que no solo las condiciones de este deben ser completamente claras, sino también la negociación y posterior planeación, esto en concordancia con las disposiciones

⁸² SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

⁸³ *Ibíd.*,

del Estatuto de Contratación Pública. De igual forma, se resalta la característica de licitud en cuanto a la obligación, consagrada en el artículo 1519 del Código Civil y el artículo 40 de la Ley 80, entendiéndose que “la violación o el desconocimiento de requisitos esenciales del negocio, aquellos derivados de la imperatividad del ordenamiento jurídico, del derecho imperativo del orden público, generan objeto ilícito. El legislador espera que todo negocio que celebre la administración pública se refiera y tenga como fundamentos los propios del ordenamiento jurídico”⁸⁴.

En adición a lo anterior, debe anotarse que frente a las obligaciones que emanan, hay ciertos aspectos condicionantes, principios guías, que surgen precisamente por la doble naturaleza que posee dicho contrato, pues hay una dualidad público-privada. El primero de estos aspectos es el predominio del interés general. Si bien uno de los puntos de partida para la regulación del contrato estatal se encuentra consagrado tanto en el Código Civil y el Código de Comercio, el Estatuto de Contratación Pública y la ley 1508 de 2012. El contrato de concesión no puede ser tratado como una fuente “tradicional” de obligaciones, se trata de un instrumento jurídico regulado por una serie de normas especiales dirigido a satisfacer necesidades sociales, pues el ser un Estado Social de Derecho, implica que su finalidad este encaminada a la satisfacción del interés general mediante la prestación de servicios públicos, en este caso el de transporte terrestre.

Recordemos que se trata de una relación contractual cobijada por las normas del derecho privado y lo que regule expresamente las normas especiales de contratación pública y de esquemas de APP. Sin embargo, si se presenta una posición dominante por parte de la entidad estatal en virtud de su naturaleza, lo que si no es tolerable, bajo ningún entendido es que abuse de su posición para su propio beneficio, resultaría contrario al principio de buena fe contractual y de las disposiciones introducidas por la Ley 80 de 1993. Frente a este tema el legislador ha creado las denominadas “clausulas excepcionales”, las cuales hacen parte de los elementos esenciales del contrato de concesión, por mandato legal, pero que nunca podrán ser aplicadas de forma general, más adelante se explicaran con mayor ilustración como operan dentro de este.

A su vez, el principio de planeación es otro elemento que orienta la ejecución de la obligación dentro del contrato de concesión. Este principio indica que debe haber un alto nivel de estructuración y diseño en cuanto al proyecto que se busca realizar, esto conforme a prioridades que demanda el interés general. Así, entonces no se trata de que el Estado ingrese en relaciones contractuales, o las inicie, sin que previamente se hayan hecho no solo estudios para la estructuración del proyecto, etapas de prefactibilidad y factibilidad, sino también de necesidad. La clave para dar cumplimiento a este principio se encuentra en una finalidad válida, el interés general, y el éxito del contrato como tal, y de igual forma, en la adecuada estructuración y planeación de este. Sobre este tema, es que se ha venido dando

⁸⁴ SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

un gran desarrollo a medida que avanzan las diferentes generaciones de concesiones viales, cada una de estas busca remediar los vacíos que llevan dificultades en las distintas etapas de ejecución, llevando cada vez más a la conformación de un campo contractual sumamente planeado y previsible. Este es un principio de suma importancia, pues ignorarlo no solo pone en riesgo el presupuesto estatal destinado a la ejecución del contrato, sino que transgrede el mismo objetivo de la primacía del interés general. Esto no es más que la obligación de darle buen uso a los recursos públicos, destinarlos de manera organizada y para fines constitucionalmente aceptados.

Frente al deber de planeación en los proyectos de infraestructura de iniciativa privada, le corresponde al originador presentarle a la entidad pública el diseño del proyecto para que este evalúe su posible desarrollo. A continuación, se va citar una jurisprudencia reciente en esa dirección del Consejo de Estado en los siguientes términos;

siendo esto así, las anteriores reglas cabe aplicarlas en los esquemas de APP cuando se trata de Iniciativa Privada, ya que en estos eventos el deber de planeación se radica en el originador quien está llamado a estructurar adecuadamente su propuesta, comprendiendo desde la etapa de pre factibilidad , como ocurre en el modelo tradicional con los estudios previos, todas las exigencias técnicas aplicables al Proyecto, la delimitación presupuestal , la definición de cómo opera el criterio de oportunidad en el inicio, ejecución, precios y pago, las determinantes del mercado en que el debe analizarse el Proyecto, las exigencias jurídicas, los criterios de demanda, los riesgos, entre otros.

[...] en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una Iniciativa Privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo.⁸⁵

En virtud del traslado del deber de planeación al concesionario, le corresponde a él asumir una mayor carga en la planeación y soportar las consecuencias de una deficiente estructuración. Sin embargo, de conformidad con la opinión de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), aunque sea responsabilidad del originador privado planear y diseñar el proyecto, no quiere decir que la entidad pública concedente se desentienda por completo del deber de planeación. La Agencia Nacional de Infraestructura como; “entidad detenta información que afecta al Proyecto. En el marco del principio de la buena fe, la entidad contratante deberá advertir y poner en conocimiento del originador la existencia de información o condiciones que inciden en los resultados del Proyecto. Es contrario al deber de planeación, a y los principios de la función administrativa, no suministrar la

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección c, Sentencia del 29 de enero de 2018, Radicado 57.421, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

información que pueda tener un impacto en la estructuración y finalidad de la iniciativa”⁸⁶.

Finalmente, el principio de la buena fe objetiva corresponde a otro de los condicionantes en el contrato de concesión. El artículo 83 de la Constitución Política, especifica que dicho comportamiento debe ejecutarse tanto por los entes públicos como por los privados, con la finalidad de construir un ambiente de confianza, lealtad y seguridad jurídica entre las partes, tanto en las etapas contractuales como precontractuales. Como en otros aspectos del derecho, este principio es la expresión de un actuar correcto, coherente y leal por parte de los sujetos involucrados, en este caso, en un contrato de concesión, esto con la finalidad de facilitar la consecución de las obligaciones pactadas. Sin embargo, el carácter de “objetiva” que acá se le imparte a la buena fe implica que hay una obligación de acatar la totalidad de las disposiciones legales relativas al contrato de concesión, sin que haya lugar a la ignorancia como excusa para explicar el incumplimiento de estas.

Es entonces esencial diferencia la buena fe subjetiva de la objetiva, siendo la primera el convencimiento personal de estar actuando conforme a la ley, y la segunda, aludiendo no al “pensamiento” sino al efectivo cumplimiento de la ley y sus disposiciones. Se trata entonces de un ejercicio de gran comprensión, pues todo agente que intervengan en el contrato estatal deberá comprender que se encuentra guiado por una serie de parámetros que deben reconocerse y ejecutarse. En pocas palabras la buena fe objetiva definida por el autor colombiano Jaime Orlando Santofimio Gamboa es:

consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte [...] y por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.⁸⁷

A continuación, vamos a analizar los elementos que caracterizan el contrato de concesión de infraestructura vial de cuarta generación.

3.2 Construcción de una obra pública

⁸⁶ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

⁸⁷ SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

Los contratos de infraestructura vial de cuarta generación, celebrados bajo el esquema de APP en Colombia, hasta el momento, han incluido en su objeto contractual la construcción para el mejoramiento de una infraestructura existente, y/o la construcción de trazados complementarios a un corredor existente, y/o la rehabilitación de un tramo existente que hace parte del proyecto, siempre en aras de mejorar la conectividad vial de la red primaria de carreteras. Por lo tanto, la construcción es una de las obligaciones esenciales que tiene a cargo el concesionario para el desarrollo del contrato en esta modalidad. Sin embargo, no pactar la construcción, como una de las obligaciones del concesionario dentro del contrato de concesión, no lo haría devenir en otro tipo de contrato ni lo desnaturaría, sino más bien, lo haría devenir en otra modalidad de concesión, como lo es la concesión para la explotación de una obra pública ya existente.

Aunque debemos aclarar que los objetivos del Estado colombiano están encaminados a aumentar la competitividad en materia de infraestructura, siendo así, el mejoramiento de la red actual de carreteras es una de las causas que justifica la intromisión del sector privado en asuntos que por naturaleza le pertenecen a la administración, como es la prestación de servicios públicos, en este caso concreto el de transporte terrestre.

3.3 Obligación de explotación y conservación

Técnicamente, en el contrato se conocen como obligaciones de operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte vial.

Se entiende que, mediante el contrato de concesión, la entidad pública que representa a la administración, en este caso la ANI, le otorga al concesionario una autorización o un permiso para llevar a cabo las obligaciones que esta debería prestar en virtud de los mandatos legales y constitucionales que regulan la prestación de servicios públicos en cabeza del Estado. Siendo así, según el mandato del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, la administración está legitimada para transferir la prestación de servicios públicos, en este caso el de transporte terrestre, en manos de un particular.

Así el particular, en este caso el concesionario, se encuentre en medio de esta relación jurídica por intereses netamente lucrativos, no quiere decir que no deba estar alineado con los principios que rigen el actuar del Estado, por lo tanto, son obligaciones esenciales del contrato la de operación y mantenimiento de la infraestructura. Como lo hemos venido advirtiendo a la largo de esta obra, la finalidad de cualquier proyecto de infraestructura vial es la prestación del servicio público ininterrumpido de transporte terrestre, demostrando así el carácter esencial de las obligaciones de operación y mantenimiento según ciertos niveles óptimos de calidad y servicio. Con el fin de preservar el interés general y contribuir al cumplimiento de los fines del Estado.

3.4 Derecho a la Remuneración

Desde las primeras colaboraciones entre particulares y el sector público, para la prestación de servicios o actividades que son propias a quien detenta el poder, la remuneración ha sido uno de los elementos esenciales que ha caracterizado este tipo de relaciones. El ánimo de lucro es el motor que impulsa a los particulares para colaborar en este tipo de negocios que tienen como objetivo generalmente la prestación de servicios públicos.

Conforme a la definición que trae el artículo 32.4 de la ley 80 de 1993, respecto a la remuneración en el contrato de concesión dice lo siguiente;

.... a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Se entiende como un elemento de la esencia del contrato de concesión, la remuneración que va a recibir el concesionario, como incentivo o causa que lo induce a contratar con el Estado.

La remuneración en los contratos de concesión de infraestructura vial de cuarta generación consiste en un derecho a una retribución económica por la explotación del uso de la vía. Las fuentes económicas de ese derecho son, principalmente;

- (i) los ingresos por el recaudo del peaje,
- (ii) los aportes de la entidad pública concedente a lo largo de contrato, si los hay, y
- (iii) los ingresos por la explotación económica, como arrendamientos para el establecimiento de locales comerciales a lo largo del proyecto, vallas publicitarias ubicadas en los predios donde está asentada la vía, entre otros.

Se entiende que el derecho a la retribución económica que recibe el concesionario es la prestación correlativa que se mira equivalente a la obligación que tiene él de desarrollar las obras, operar el proyecto y mantenerlo según las condiciones acordadas previamente en el instrumento contractual. El contrato de concesión es un contrato bilateral y conmutativo a la vez, su carácter oneroso lo hace ser conmutativo, por lo tanto, ambas obligaciones recíprocas se entienden equivalentes. Siendo así, el derecho a la retribución económica, para los proyectos de infraestructura vial desarrollados bajo el esquema de APP en su modalidad de concesión, es un elemento esencial.

El valor del contrato se entiende como la sumatoria de todos los costos en que tiene que incurrir el concesionario para el desarrollo del proyecto, el acaecimiento de los distintos riesgos afectará directamente el valor del contrato. Corresponderá a la parte que según sea, asumir ese valor adicional según las condiciones que hayan convenido en la parte general y especial del contrato de concesión.

El plazo para adquirir la retribución económica deberá estar estimado mediante cálculos financieros sobre demanda y flujo vehicular sobre el corredor del proyecto. La ley 1508 de 2012 estima que el plazo para los contratos de concesión bajo el esquema de APP no podrá superar los 30 años, salvo que cuente con el concepto previo favorable del CONPES, si se requiere un plazo mayor al previsto en la norma.⁸⁸

3.5 Inspección, vigilancia y control por parte de la entidad pública.

Otro de los elementos esenciales que caracteriza este tipo de proyectos es el rol que juega La Agencia Nacional de Infraestructura, como encargada legalmente de gestionar la red primaria y terciaria de las vías concesionadas al interior de la nación.

Como entidad pública concedente, ella junto con el interventor, juegan un papel fundamental en el cumplimiento del contrato de concesión, ya que está dentro del alcance de sus obligaciones el de inspeccionar, vigilar y controlar⁸⁹ al concesionario en las distintas etapas del proyecto, previendo anticipadamente escenarios posibles de incumplimiento contractual, que puedan poner en riesgo la prestación del servicio público.

Varios de los mecanismos previstos al interior del contrato para desincentivar conductas ilícitas, es la imposición de multas al concesionario por incumplimientos parciales que se presenten a lo largo de la ejecución del contrato. Este prevé plazos de cura para subsanar aquellos incumplimientos que ocurran a lo largo de la relación contractual, como también prevé plazos máximos para corregir la ilicitud, so pena de declarar la caducidad del contrato de manera unilateral. En caso de la declaratoria de caducidad contractual, será exigible el pago de la cláusula penal como pena adicional a las posibles multas que pueden imponérsele al concesionario por el incumplimiento parcial de sus obligaciones. Tanto la cláusula penal como las multas son penas de tipo sancionatorio, en virtud del artículo 1600 del Código Civil, se podrá acumular las penas con la indemnización de perjuicios que resulte de la declaratoria de caducidad del contrato o de la declaratoria del incumplimiento contractual vía judicial.

⁸⁸ Diario Oficial No. 48.308, de 10 de enero de 2012, Congreso de la República, ley 1508 de 2012, artículo 6.

⁸⁹ Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, Congreso de la República, ley 80 de 1993, artículo 14.1

3.6 Cláusulas Excepcionales al Derecho Común

Los contratos de concesión de servicios públicos, para este caso concreto, el de infraestructura vial, deben incluir la incorporación de las cláusulas excepcionales al derecho común, conforme a los lineamientos del artículo 14.2 de la ley 80 de 1993.

Estas facultades excepcionales son:

- (i) prerrogativas que están en cabeza de la administración pública,
- (ii) son un elemento esencial del contrato de concesión,
- (iii) se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de pacto especial por mandato legal y
- (iv) cualquier disposición en contrario, será nula de pleno de derecho.

Como su nombre lo advierte, estas cláusulas son de aplicación excepcional, puesto que le otorgan facultades unilaterales a la entidad pública concedente para terminar el contrato, declarar su incumplimiento (caducidad), interpretar las cláusulas y modificar el mismo. La aplicación del régimen excepcional procederá cuando se consoliden los supuestos de hecho que formula la ley y las estipulaciones referidas al régimen excepcional en el contrato de concesión.

El régimen de cláusulas excepcionales, antiguamente llamadas exorbitantes, está justificado en cierto tipo de contratos para la consecución de los fines del Estado y la protección del interés general. Dentro de este grupo de contratos está incluido el contrato de concesión, puesto que el objeto de este gira en virtud de la prestación de servicios públicos, el Consejo de Estado ha señalado frente al régimen excepcional lo siguiente;

...En materia de contratación, el legislador ha investido a las entidades estatales de ciertas potestades excepcionales, concebidas como medios de los cuales dispone la Administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual y por ende de los fines buscados con la contratación. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual. La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un

monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra...⁹⁰

El régimen excepcional solo opera por mandato legal frente a los contratos que están expresamente señalados en el artículo 14.2 de la ley 80 de 1993, será discrecional de la entidad incluirlas, en los contratos de suministro y prestación de servicios, por disposición legal del mismo artículo. Para los demás contratos se entiende prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales, en virtud de que la ley no prevé su aplicación.

3.7 Transferencia de Riesgos

Todo negocio jurídico que celebre el Estado está llamado a satisfacer el interés general, esta es la razón de ser de cualquier contratación que celebra. La administración de riesgos al interior de una relación jurídica contractual está dirigida a predecir y anticipar eventos de probable ocurrencia dentro de un determinado contrato con consecuencias nocivas para la ejecución de este, con el objetivo de trasladarlos a la parte que mejor se encuentre para gestionarlos, mitigarlos o soportarlos en caso de que se materialicen. Procurando así, una mayor optimización de los recursos públicos y alcanzado mayores niveles de eficiencia en las contrataciones donde participe la administración.

Uno de los puntos a los que más se ha hecho alusión a lo largo de esta obra es a los riesgos que están inmersos en el contrato de concesión de infraestructura vial, desde la primera generación de concesiones la estructuración de la matriz de riesgos ha jugado un papel determinante en la ejecución de los distintos proyectos que han marcado el desarrollo en construcción de la infraestructura vial de Colombia.

Uno de los esfuerzos más importantes que han hecho las agencias y dependencias del Estado que han tenido que coordinar y ejecutar los distintos contratos de concesión desde su primera generación en la década de los noventa, es la identificación y debida asignación de aquellos riesgos más recurrentes en la actividad empresarial objeto de esta monografía. A lo largo de esta obra se han mencionado los distintos riesgos que son más comunes a este tipo de contrato, incluso en el primer capítulo se expuso la evolución de estos a lo largo de las cuatro primeras generaciones. La experiencia en este tipo de proyectos ha ido puliendo la asignación de los distintos riesgos para procurar por una mayor eficiencia en el desarrollo de los proyectos de concesiones de infraestructura vial.

El Estatuto de Contratación Pública y la ley 1508 de 2012 establecen de manera general la obligación en cabeza de la entidad pública concedente de identificar,

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de diciembre del 2008. m.p. Enrique Gil Botero. Exp.35827.

valorar, estimar y asignar los distintos riesgos que son comunes a esta contratación en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes.⁹¹ Esto con el objetivo de que el particular presente su oferta y posteriormente negocien la distribución definitiva al momento de la suscripción del contrato. En aquellos contratos de iniciativa privada, el originador deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos en su oferta.

La distribución de riesgos es un elemento esencial del contrato de concesión en la medida que determina el alcance de las obligaciones que contraen las partes. Así la gestión de riesgos sea una obligación que está inmersa en cualquier contratación que vayan a desarrollar las entidades estatales, la asignación de estos riesgos está enmarcada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, puesto que en la etapa precontractual serán las partes quienes van a negociar las condiciones de dicha asignación, puesto que, a mayor asignación de riesgos al contratista concesionario, mayor será el valor del contrato. Los riesgos al ser cuantificables entran en la llamada ecuación contractual, que es la que cuantifica el valor de las prestaciones recíprocas que se desprenden de los contratos bilaterales.

¿Cuáles son los riesgos que se asignan en virtud de un contrato de concesión de infraestructura vial y que han sido mencionados a lo largo de esta monografía? Son los llamados riesgos previsibles, los aleas normales u ordinarias que se presentan en virtud de la actividad empresarial de concesión de infraestructura vial. Que siendo probable su ocurrencia, es incierta y que a su vez escapa del control de las partes. Los resultados que pueden ocasionar la materialización de estos denominados *riesgos previsibles* afectan directamente la ecuación del contrato, sin embargo, en virtud de los convenios preestablecidos en el instrumento contractual, aquellas consecuencias pecuniarias que generan el acaecimiento de los distintos riesgos se consideran incorporados dentro de la ecuación contractual, en virtud de los pactos en materia de asignación de riesgos.

En un escenario de normalidad, si un determinado hecho imprevisible, frente a su ocurrencia, e irresistible, ajeno a la parte que lo invoca, ha ocurrido y este genera el rompimiento del equilibrio económico del contrato, deviniendo en una onerosidad excesiva a uno de los contratantes, las partes estarían llamadas a revisar el contrato y hacer los respectivos ajustes en aras de mantener la equivalencia de prestaciones que es propia de los contratos conmutativos. Hablar de riesgos previsibles, es identificar aquellas circunstancias que son de ocurrencia probable pero incierta según el tipo de negocio, en este caso la concesión de infraestructura vial, y que a su vez estos pueden romper el equilibrio económico del contrato, para cuantificarlos y asignarlos a uno de los dos sujetos contractuales para que las consecuencias desfavorables de estos hechos se entiendan incorporadas en la ecuación contractual y por lo tanto dentro del alcance de sus obligaciones.

⁹¹ Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007, Congreso de la República, ley 1150 de 2007, artículo 4.

Como se ha venido mencionando, los riesgos previsible deben ser estimados y cuantificados para establecer los límites de estos y para que así las partes puedan valorar los efectos económicos de estos a la hora de convenir el valor del contrato. En caso de no cuantificarlos el límite de estos será el valor o el precio del contrato.

Antes de adentrarnos en los riesgos de tipo imprevisible, hay que aclarar que aquellos riesgos previsible que son objeto de asignación en la matriz de riesgos de los distintos contratos de concesión de infraestructura vial están enmarcados y tienen límites. En caso de que ocurra un hecho que sobrepase los límites del riesgo asumido, daría lugar a la aplicación de la denominada teoría de la imprevisión para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. “En ocasiones el acontecimiento pudo ser previsible e incluso es posible que se haya asignado a una de las partes la obligación de soportar la contingencia en caso de que ella se concrete, pero sus consecuencias pueden sobrepasar el nivel de riesgo asumido”⁹²

A criterio de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), cualquier asignación de riesgos que se adopte en un contrato de concesión de infraestructura vial regulado bajo la normatividad vigente debe responder al criterio de asignación eficiente, cualquier asignación que no se acomode a este criterio debe ser ineficaz. En virtud de la disposición del artículo 4 de la ley 1508 de 2012 que eleva a la categoría de principio la eficiente asignación de riesgos en los contratos que se celebren bajo el esquema de APP, por lo tanto, es un elemento de su esencia la eficiente asignación de riesgos, se desnaturalizaría el contrato si se llegare a contrariar este principio.⁹³

La asignación de riesgos en medio de un contrato de estas características no puede corresponder a criterios de conveniencia de la entidad o del particular, la eficiente asignación de riesgos responde:

- (i) acontecimientos históricos de experiencias en el pasado con las anteriores generaciones,
- (ii) análisis teórico,
- (iii) prácticas y experiencia relevante en la industria de la construcción de obras civiles y operación de carreteras,
- (iv) prácticas en el derecho comparado,

⁹² Tribunal Arbitral Concesión Vial los Llanos S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá.

⁹³ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

- (v) estudios técnicos e
- (vi) informes emitidos por las autoridades competentes.

Como se advirtió en el primer capítulo de esta obra, los diferentes documentos CONPES rigen las directrices y lineamientos en materia de asignación de riesgos previsibles en los proyectos de infraestructura vial. Aunque como se ha advertido, son recomendaciones que rigen La Política en Materia de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, pero no constituye ningún tipo de norma jurídica vinculante que afecte la validez o la existencia del contrato, sin embargo, conforme a los principios constitucionales que rigen la contratación estatal y las APP conforme a la ley 1508 de 2012, dicha asignación, caso a caso, no debe ir en contra del criterio de asignación eficiente.

El artículo 32 #4 de la ley 80 de 1993 establece como premisa general que el concesionario ejecutará el contrato de concesión “*bajo su cuenta y riesgo*”, esta premisa bajo ningún entendido se puede interpretar al tenor literal de sus palabras. El concesionario atendiendo a sus conocimientos especializados, asumirá aquellos riesgos normales u ordinarios que giren alrededor de la actividad empresarial de concesión y frente aquellos riesgos previsibles que fueron asignados en virtud de la asignación de riesgos en la etapa precontractual. Esta premisa no supone bajo ningún entendido que los riesgos que le fueron trasladados sean ilimitados, abstractos y generales.⁹⁴

A continuación, se procederá analizar los efectos de los riesgos imprevisibles en medio del contrato de concesión.

Los riesgos imprevisibles, ilimitados, extraordinarios o anormales no pueden ser asignados bajo ningún entendido al concesionario, ni puede llegar a pensarse que el mismo concesionario en la etapa precontractual presente su oferta incluyendo la asunción de las contingencias de este tipo.

¿Cuál es el fundamento normativo para no poder trasladar los riesgos de tipo imprevisibles al concesionario? El contrato estatal, es un contrato bilateral y conmutativo. El artículo 27 de la ley 80 de 1993, señala que en medio del contrato del Estado se mantendrán la igualdad o la equivalencia de prestaciones convenidas al momento de contratar. Siendo así, las partes al momento de suscribir el contrato fijan la denominada “Ecuación Contractual”, entendiendo que tanto los derechos y las obligaciones recíprocas que están contrayendo se entienden equivalentes para ambos. Aquellos riesgos imprevisibles escapan de los supuestos contenidos en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, quedando estos por fuera de la ecuación contractual y teniendo que ser restablecidos aquellos derechos que se vean

⁹⁴ Tribunal Arbitral (Ruta Caribe) Autopistas del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 6 de diciembre de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá.

vulnerados en caso de que se generen un desequilibrio contractual a alguna de las partes o que excedan el alcance de los riesgos asumidos por estas. A su vez, el artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece que los pliegos de condiciones o sus equivalentes no podrán establecer una asignación de riesgos ilimitada, so pena de sancionar con ineficacia cualquier disposición que contrarié dicha regla.

¿Cuáles son los eventos que pueden generar el rompimiento del equilibrio económico del contrato? Con base en una sentencia reciente del Consejo de Estado el pasado 20 de noviembre de 2019 (Rdo 41934) el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo expresa:

el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico, que si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes.

A continuación, vamos a nombrar las causas que han sido plenamente identificadas y aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, pero sin entrar analizarlas a fondo, puesto que no son materia de estudio de dicha investigación, salvo la última causa.

- En virtud del ejercicio del ius variandi
- El hecho del príncipe
- La imprevisión

Las dos primeras causas son atribuibles a la administración pública. La primera, si el uso legítimo de las facultades excepcionales de terminación, modificación o interpretación unilateral le genera un sobrecosto importante o la disminución de las prestaciones a ejecutar al concesionario en medio del contrato de concesión, la entidad deberá compensar al particular en aras del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El hecho del príncipe hace alusión a si la entidad misma, o sea la ANI, expide una norma de carácter general y abstracta, de buena fe, o sea no en calidad de entidad pública contratante, si no en calidad de autoridad, que resulte imprevisible al momento de la celebración del contrato y que esta genere una alteración extraordinaria o anormal a la ecuación financiera del contrato.⁹⁵ El acto general y abstracto, debe venir directamente de la ANI, en caso de que venga de otra entidad

⁹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

pertenciente a la estructura orgánica del estado, no estaríamos en el terreno del hecho del príncipe si no de la imprevisión.

¿Qué es la Imprevisión o lo que otro sector de la doctrina llama la Teoría de la Imprevisión? Es la causa que con mayor frecuencia ocasiona el desequilibrio contractual en los contratos de tracto sucesivo. Se refiere a un hecho sobreviniente, extraordinario u anormal, imprevisible e irresistible al control de las partes, y que afecta de manera grave la ecuación contractual. El hecho debe ser exterior a las partes, “en cuanto a este presupuesto, el Tribunal considera que se deben tratar de situaciones exógenas y que no provengan de la negligencia, descuido o temeridad de la parte que lo alega”⁹⁶ En caso de que el hecho provenga de la otra parte, estaríamos en el terreno del incumplimiento contractual, del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe, y no de la imprevisión. Como se ha venido anunciando en líneas anteriores, si hay un desequilibrio contractual a causa de un hecho imprevisible hay derecho para se restablezca a favor de la parte afectada pidiendo la revisión del contrato y en caso de rechazo por parte del otro contratante, la parte afectada podrá pedir al juez, o al Tribunal de Arbitramento si se pactó cláusula compromisoria como ocurre en los contrato de concesión de infraestructura vial celebrados por la ANI, para que restablezcan los derechos que fueron vulnerados a causa de una contingencia de tipo imprevisible que no estaban en la obligación de soportar.

¿Qué se entiende por el restablecimiento de la ecuación contractual? Es llevar a la parte afectada al punto de no pérdida, conforme a las reglas y condiciones que establecieron al momento de contratar. La teoría de la imprevisión no es una oportunidad para que el concesionario o la ANI mejoren un mal negocio, si no para restablecer el equilibrio económico del contrato, en virtud de proteger el interés contractual de ambas partes.

El acaecimiento de los distintos riesgos, sean de tipo previsible o imprevisible, pueden acarrear distintas consecuencias tales como;

- (i) generar una onerosidad excesiva al cumplimiento del objeto del contrato, generando el desequilibrio económico de este.
- (ii) imposibilitar temporalmente el cumplimiento de las distintas obligaciones.
- (iii) imposibilitar definitivamente el cumplimiento del contrato. Para soportar este dicho, la jurisprudencia arbitral expresa lo siguiente; “los riesgos contractuales refieren a contingencias o sucesos inciertos y

⁹⁶ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLAS POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

sobrevinientes que tienen la virtualidad de alterar potencialmente el sinalagma funcional del contrato, haciendo más gravoso o impidiendo definitivamente la obtención del resultado buscado...”⁹⁷

Dentro del lenguaje de los distintos contratos de concesión de infraestructura vial, la minuta de la parte general de estos habla de “Eventos Eximentes de Responsabilidad”, definiéndolos en el acápite de definiciones de la siguiente manera:

Es cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato respecto de las cuales se invoca, después de que la Parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Se entiende incluido dentro del concepto de Evento Eximente de Responsabilidad, cualquier evento de Fuerza Mayor, incluyendo la Fuerza Mayor Predial, la Fuerza Mayor Ambiental y la Fuerza Mayor por Redes.⁹⁸

La anterior definición no es nada distinto a lo que en el ordenamiento jurídico se conoce como “Fuerza Mayor” o en el lenguaje de los civilistas “Causa Extraña.”. La fuerza mayor se entiende como: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁹⁹ Los elementos esenciales que deben constatarse para poder catalogar un determinado hecho como fuerza mayor son:

- (i) La imprevisibilidad, considerándose esta como aquel suceso sorpresivo, súbito, no pudiendo haber anticipado previamente las consecuencias desfavorables del mismo. Contrario a lo imprevisible es lo inimaginable, bien es posible haber podido imaginar por anticipado la ocurrencia del evento, su realización debe ser inesperada o repentina.
- (ii) La irresistibilidad, se refiere al hecho que no fue posible de evitar su acaecimiento o superar sus consecuencias.
- (iii) El evento debe ser exterior, no debe provenir de la parte que lo alega, algún sector de la doctrina alega que este elemento está inmerso en la imprevisibilidad, puesto que si el evento es interior a la parte que lo alega no sería imprevisible.

⁹⁷ Tribunal Arbitral (Ruta Caribe) Autopistas del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 6 de diciembre de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá.

⁹⁸ Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP No. 007 de 2014 (Minuta Parte General) entre Agencia Nacional de Infraestructura y Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S.

⁹⁹ Código Civil artículo 64.

La diligencia y cuidado juegan un papel fundamental tanto en la imprevisibilidad como en la irresistibilidad, puesto que la parte que alega una fuerza mayor debe haber tomado todas las medidas necesarias para prever circunstancias que puedan poner en riesgo la ejecución de sus obligaciones, como aquellas para evitar su acaecimiento.

Por lo tanto, la técnica usada dentro de la minuta de la parte general para definir previamente circunstancias que darían lugar a una Fuerza Mayor es acertada y eficiente en aras de dar mayor celeridad a la ocurrencia de estos hechos en medio de la ejecución del contrato. Sin embargo, esto no limita que se puedan presentar otros eventos diferentes constitutivos de fuerza mayor.

La ocurrencia de una verdadera Fuerza Mayor o Evento Eximente de Responsabilidad, verdadera en el sentido que cumpla con todos los presupuestos para catalogar un determinado evento de esta manera, puede ocasionar, lo que hemos venido advirtiendo en los párrafos anteriores como el desequilibrio contractual o una imposibilidad definitiva o temporal de cumplimiento del contrato. En el primer caso hay posibilidades reales para dar cumplimiento al contrato, pero es excesivamente oneroso y rompe la ecuación financiera del contrato, y en el segundo caso hay imposibilidad jurídica o fáctica de dar cumplimiento a las obligaciones de este, por lo tanto, en virtud del principio de que nadie está obligado a lo imposible, "*Ad impossibilia nemo tenetur*", el incumplimiento contractual estaría justificado por que habría de por medio una fuerza mayor que lo explicaría. Si la fuerza mayor es temporal, las partes se encontrarían en el terreno de la teoría de la imprevisión y por tanto deben procurar por el cumplimiento del contrato, una vez la imposibilidad temporal cese deben revisar y ajustar el contenido de este para garantizar el equilibrio de las prestaciones.

Aquellos riesgos previsibles que fueron asumidos por las partes en virtud del contrato no serán catalogados bajo ningún entendido como fuerza mayor, debido a que se encuentran dentro del alcance de las obligaciones que ellos mismos contrajeron. En caso de que un hecho sobrepase los límites de estos, si podrán ser tenidos en cuenta a la hora de eximirse de responsabilidad o de pedir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Finalmente, el tratamiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en aquellos contratos de APP de iniciativa privada sin desembolsos de recursos públicos es diferente a aquellos que sí se prevé aportes por parte de la entidad pública contratante. En los segundos el tratamiento es según las normas que expusimos a la largo de este capítulo. Cuando se trate del acaecimiento de un riesgo que esté en cabeza de la ANI, esta deberá mediante las reglas que hayan sido estipuladas en el contrato o subsidiariamente bajo los lineamientos de la teoría de la imprevisión hacer las compensaciones respectivas para no vulnerar los derechos del concesionario.

El escenario es completamente distinto en aquellos contratos de concesión bajo el esquema de APP que no hay desembolso de recursos públicos. Esto se debe a que no contemplan que la entidad pública concedente restablezca el equilibrio económico del contrato, cuando se genere una ruptura en la ecuación contractual debido a un hecho imprevisto o al acaecimiento de uno de los hechos que resulte en una medida de compensación al concesionario, puesto que este, se entendería como un aporte de recursos estatales, estando prohibidos en virtud del contrato¹⁰⁰, quedando a merced de él solo los mecanismos contractuales de ampliación de plazo o aumento de la tarifa en los peajes como remedio.

Esta es una situación que ha generado un poco de angustia e incertidumbre en algún sector de la doctrina puesto que se da un tratamiento inequitativo a los contratistas del Estado en los proyectos de esta naturaleza. Frente a esta situación el abogado colombiano Jose Vicente Blanco Restrepo se ha referido en los siguientes términos:

De manera absurda, el efecto práctico de lo anterior es que la entidad no pueda restablecer el equilibrio del contrato para salvar el contrato y garantizar así que se logre el objetivo buscado, pero sí permite que el contrato se termine y durante la liquidación el Estado le reconozca al concesionario los costos en que ha incurrido al igual que las inversiones realizadas, lo que en últimas significa que el Estado, como dueño del proyecto y beneficiario de las obras ejecutadas, terminará en todo caso haciendo un desembolso de dinero para retribuir las obras ejecutadas pero se verá privado de la posibilidad de realizar un desembolso que hubiera podido compensar los efectos económicos del riesgo que se concretó y salvar de esta manera el proyecto.¹⁰¹

Esto no quiere decir que el concesionario esté asumiendo riesgos de tipo anormal o imprevisible, el planteamiento se refiere a que en caso de la ruptura del equilibrio contractual por un hecho extraordinario se activan los mecanismos contractuales para compensar este escenario y en caso de que sean insuficientes el concesionario tendrá que solicitar la terminación anticipada del contrato. Hay posibilidades reales de dar cumplimiento, pero en virtud de una excesiva onerosidad el incumplimiento de sus obligaciones estaría justificado y por tanto, podría terminar el vínculo contractual.

¹⁰⁰ BLANCO RESTREPO, Jose Vicente: EL COVID-19 EVIDENCIA LA NECESIDAD DE REFORMAR LA ESTRUCTURA LEGAL DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA. mayo 30, 2020, de Blog de La Contratación Estatal en Colombia Sitio web.

¹⁰¹ *Ibíd.*,

Capítulo IV

El Riesgo Social

Luego de hacer una aproximación a los elementos jurídicos más importantes que componen el actual contrato de concesión de infraestructura vial bajo el esquema de APP y sus distintos riesgos, esta obra profundizará un poco más acerca del riesgo social y su importante impacto en los proyectos que desarrolla la ANI al interior de la nación.

Se va a abordar el riesgo social puesto que es la contingencia que en mayor medida puede poner en riesgo el desarrollo de un proyecto de infraestructura generando consecuencias devastadoras en materia financiera y logística para las partes del contrato.

Aquellos riesgos que fueron mencionados y analizados a lo largo de esta investigación, como se explicó anteriormente, son contingencias de tipo previsible, son los aleas normales que giran alrededor de la actividad empresarial de concesión. Tanto la entidad concedente como el concesionario son profesionales y expertos que saben en mayor medida como administrar los distintos riesgos que pueden afectar el desarrollo pacífico de la relación jurídica que están abordando. Sin embargo, el riesgo social es aquel que genera mayor incertidumbre frente a su gestión, debido a que el marco normativo en materia de protección de pueblos étnicamente diferenciados es ambiguo, carece de herramientas que a la luz de las normas vigentes generen seguridad jurídica y puede imposibilitar jurídicamente el desarrollo de los distintos proyectos que se lleven a lo largo del territorio nacional.

4.1 Antecedentes Normativos y Jurisprudenciales.

En virtud del pluralismo jurídico que reconoce La Constitución Nacional de 1991, los distintos pueblos indígenas, negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros (NARP) son titulares, además de los distintos derechos fundamentales que se le reconocen a todos los individuos en la Constitución, de ciertos derechos fundamentales colectivos en virtud de su calidad de comunidades étnicamente diferenciadas. A partir de los mandatos establecidos en el artículo 330 de la Constitución Nacional, la ley 21 de 1991, que es la que introduce el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al ordenamiento jurídico colombiano y la ley 70 de 1993, que son los mecanismos jurídicos que reconocen el derecho a la propiedad colectiva y demás prerrogativas que gozan estos sujetos de especial protección constitucional. El convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución Nacional.

Algunos de los derechos fundamentales más importantes que han sido constitucionalmente reconocidos a las comunidades étnicas son; (i) pervivencia

física y cultural, (ii) a la autodeterminación, (iii) autogobierno, (iv) soberanía alimentaria, (v) conocimiento tradicional, (vi) justicia propia, (vii) territorio y libertad religiosa, y (viii) la Consulta Previa.¹⁰²

La consulta previa es un derecho fundamental reconocido por la Corte Constitucional en una de sus sentencias de unificación por medio del cual las diferentes comunidades étnicamente diferenciadas pueden participar de aquellas decisiones que suelen afectar los derechos que el constituyente de 1991 les otorgó. Aquellas medidas legislativas o administrativas que tengan la posibilidad de afectar las comunidades étnicas, los proyectos en materia de explotación de recursos o intervenciones sobre su territorio (caso de proyectos de infraestructura), deben ser consultadas previamente con estas comunidades, con el fin de preservar su integridad física, cultural, económica, étnica y social, conforme a los lineamientos del convenio 169 de la OIT. En palabras de la Corte; “De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.”¹⁰³

Continuando con el análisis a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de protección a comunidades étnicamente diferenciadas, sean indígenas o NARP, en la década de los noventas y a principios del siglo XXI, el concepto de territorialidad estaba arraigado a una corriente muy civilista. La postura jurisprudencial de la Corte estaba direccionada a que solo se les otorgaban los derechos establecidos en el convenio 169 de la OIT a los pueblos que estaban constituidos bajo las figuras admitidas por el legislador. Solo para aquellos pueblos que tuvieran territorio titulado en propiedad colectiva, sea bajo la modalidad de resguardo (cabildos) para los indígenas o título colectivo (consejos comunitarios) para los negros, afro, raizales y palenques (NARF) . Y los derechos que estos tenían solo podían ser ejercidos dentro de la jurisdicción territorial de los títulos que se les habían concedido.

Con la sentencia T-880 de 2006, la Corte comienza a reconocer que la integridad de los pueblos depende de su relación con los territorios y en esa sentencia reconoció el derecho a la consulta previa, frente a un proyecto de explotación energética que se iba a realizar por fuera del territorio de un resguardo indígena. Se reconoció el derecho en virtud de la identidad cultural de los territorios, que aún sin ser parte de un resguardo o título colectivo revisten importancia cultural o espiritual en virtud de la relación de sus miembros con este. Otra sentencia en la misma materia fue la T-547 de 2010, donde se reconoció el derecho a ser consultados para la construcción del Puerto Multipropósito Brisa, aún sin estar dentro de los límites

¹⁰² VIANA GARCES, André: El derecho a la consulta previa. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2016

¹⁰³Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97.

del resguardo de la Sierra Nevada de Santa Marta, se impactaba directamente una zona sagrada de los pueblos indígenas Arahuaco, Kogi y Wiwa dentro del área de influencia del proyecto.¹⁰⁴

Luego vinieron más decisiones direccionadas en la misma línea, también se reconoció que la existencia de una comunidad indígena o NARF, no depende de un acto constitutivo como se planteaba antes. La sentencia T-376 de 2012, indica que la propiedad colectiva deviene de la posesión ancestral del territorio, de los hechos constitutivos de la identidad cultural y el auto reconocimiento del grupo, por lo tanto, su existencia no posee carácter constitutivo. Esto quiere decir que así determinado grupo no haya sido reconocido bajo las formas admitidas por el legislador de propiedad colectiva, su existencia como sujeto étnico no está afectado y puede invocar los derechos que le otorga la constitución en cualquier momento que se vean vulnerados. Otro precedente importante en esta materia es el caso de la doble calzada Buga- Buenaventura, el Ministerio del Interior había emitido un informe certificando que no había presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, después de emitido este documento dos comunidades se constituyeron como consejos comunitarios y exigieron la protección de sus derechos a través de la acción de tutela, la Corte invocó el derecho de estas comunidades a ser consultadas.¹⁰⁵

La Corte Constitucional en la sentencia T-880 de 2006 que fue mencionada anteriormente, aduce que ninguna norma faculta al Ministerio de Interior, sin adelantar la consulta previa respectiva, para certificar la ausencia o presencia de comunidades en determinada zona del territorio nacional. Esa consulta previa está referida a consultar con las comunidades existentes en la región donde se planea adelantar determinado proyecto, si este impactará sus formas de vida o vulneraría los derechos sobre la tierra, entendiéndose este como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, para en caso afirmativo, adelantar la consulta sobre el proyecto. Por lo tanto, para la Corte, todas las certificaciones deben ser fruto de intervenciones en campo, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional está encaminada a que las distintas comunidades conozcan de forma muy temprana aquellos proyectos que van a impactar sus formas de vida, su economía, su cultura o el territorio. Esto con el fin de evitar impactos culturales irreparables, que no se violen sus derechos como sujetos colectivos y así preservar su subsistencia como grupo humano.

La acción de tutela ha sido el medio mediante el cual las distintas comunidades han aclamado por la protección de las prerrogativas que les confiere la Constitución, con el objetivo de invocar la protección de sus derechos fundamentales tales como el

¹⁰⁴ VIANA GARCES, André: El derecho a la consulta previa. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2016

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 693 de 2012.

de igualdad, debido proceso y consulta previa. Esto con el fin de garantizar sus demás derechos colectivos como comunidades étnicamente diferenciadas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha marcado los lineamientos estructurales sobre la Consulta Previa, a través de las distintas decisiones de tutela se ha configurado doctrina probable que son las decisiones protagonistas de la línea jurisprudencia en esta materia, sin perjuicio de las sentencias de unificación en materia de consulta previa que son precedente y configuran una norma jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.

Cuando se trata de proyectos sobre la explotación de recursos naturales o sobre intervenciones sobre su territorio, la acción de tutela está direccionada a suspender temporalmente los efectos de aquellos actos administrativos que se expiden en medio de los distintos contratos que celebran las entidades públicas para llevar a cabo este tipo de proyectos, hasta que no se consulte con las comunidades que tienen intereses protegidos constitucionalmente en las áreas de influencia de los distintos proyectos.

4.2 La Consulta Previa dentro del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial

La Corte Constitucional, a través de sus sentencias de tutela ha advertido que, para los proyectos de infraestructura vial, las consultas previas deben empezar adelantarse desde la fase de factibilidad antes de la apertura del proceso de selección, si es que hay lugar a ellas. Corresponde a la entidad pública concedente, a través del deber de planeación que le atañe frente a la estructuración de los distintos proyectos de infraestructura vial, certificar a través del Ministerio del Interior la existencia o no de comunidades étnicamente diferenciadas en la zona de influencia del proyecto o con intereses sobre este que puedan afectarla en los términos que explicamos en el literal anterior.

La “certificación” no es asunto fácil que pueda resolverse a través de un comunicado que de seguridad jurídica sobre la existencia o no de estos grupos. El marco jurídico existente genera un alto grado de incertidumbre frente a esta contingencia que puede afectar el rumbo de un proyecto en cualquier momento, así se haya expedido la correspondiente licencia ambiental requerida para el desarrollo del contrato y las resoluciones por parte del Ministerio de Transporte para la instalación de nuevas casetas de peaje o para aumentar considerablemente el costo de la tarifa en una caseta existente. “Uno de los principales focos de conflicto en los proyectos de infraestructura tiene que ver con la obligación de consultar a las comunidades étnicas que se vean afectadas por su ejecución.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones

La ley 1682 de 2013, que es la ley de infraestructura de transporte después de la expedición de la 1508 de 2012, que regula las APP, determina en el artículo 40 que el Ministerio del Interior debe liderar y acompañar permanentemente el proceso de consulta previa con las distintas comunidades étnicas. Se entiende que, dentro de la gestión ambiental, está inmersa la gestión social, pues en los casos que hay lugar a la consulta previa, esta debe constar en un acuerdo protocolizado como requisito previo para la obtención de la licencia ambiental.

La norma habla de liderar y acompañar, aunque no hay claridad en quien es el sujeto competente para adelantar la consulta, si el Ministerio del Interior, la ANI o el concesionario. Si se entiende que la gestión social hace parte de la gestión ambiental y está a cargo del concesionario, ¿él debe asumir las consecuencias desfavorables por la no culminación de la consulta previa en los plazos previstos en el contrato? ¿Quién debe adelantar las consultas previas, el concesionario o el Ministerio del Interior? Conforme al marco jurídico vigente, antes de iniciar la apertura del proceso de selección, la entidad debe haber culminado los procesos de consulta previa con su debida protocolización, el artículo 39 de la ley 1682 de 2013 establece lo siguiente:

(...) A partir del tercer año siguiente a la promulgación de la ley, como requisito previo a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, la entidad pública estará obligada a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental competente con base en estudios de prefactibilidad, haber culminado los Estudios de Factibilidad y haber concluido el proceso de consulta previa con la respectiva comunidad hasta su protocolización, si procede la misma. (...)

Por lo tanto, es una obligación en virtud del deber de planeación que tiene la entidad pública contratante de adelantar las consultas previas que haya lugar para la ejecución de un proyecto de infraestructura vial, como requisito previo a la apertura del proceso de selección del concesionario.

En principio pareciera sencillo que, al trasladar la obligación de adelantar las consultas previas a la entidad pública contratante, a través del Ministerio del Interior, se resolviera el problema que atañe frente al caso de las comunidades étnicamente diferenciadas dentro de los contratos de Concesión de Infraestructura Vial.

El análisis que se hizo frente a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de los derechos reconocidos sobre el territorio a los pueblos étnicamente diferenciados deja en evidencia que en cualquier momento una comunidad que no esté legalmente constituida lo haga para reclamar el derecho a ser consultados, así el Ministerio del interior haya certificado que no había presencia de comunidades

Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

étnicas en el área de influencia de un determinado proyecto. El supuesto anterior ha sido un antecedente recurrente en el sector de la infraestructura, como es el caso de la doble calzada Buga-Buenaventura y la Ruta del Sol tramo III. En ambos proyectos luego de la certificación de la no existencia de comunidades étnicamente diferenciadas en el área directa o indirecta del proyecto, se constituyeron comunidades con el único fin de ser consultados en virtud de la prevalencia de sus derechos. Otros proyectos en el sector de la infraestructura que tuvieron problemas con el desarrollo de las consultas previas fueron la Concesión Cesar-Guajira, la Autopista Conexión Norte, la Concesión Pasto- Rumichaca, entre otras. En la primera se declaró la terminación anticipada del contrato por no obtener el consentimiento de las comunidades afectadas y en los otros dos proyectos hubo retrasos en la fase de construcción por problemas al adelantar las consultas previas.

Consultar a las comunidades étnicamente diferenciadas compone el deber de planeación al que está obligada la ANI en la etapa de estructuración del proyecto de infraestructura. Algún sector de la doctrina plantea que la concurrencia de comunidades luego de la certificación de no existencia de estas por parte del Ministerio del Interior a hacer consultadas podría devenir en un incumplimiento contractual de la entidad, en virtud del incumplimiento del deber de planeación en la etapa de estructuración. Haciendo exigible la indemnización de perjuicios en virtud de un proceso judicial bajo el medio de control de controversias contractuales.¹⁰⁷

En aquellos contratos de iniciativa privada, el originador privado deberá conforme al artículo 2.2.2.1.5.5 del decreto 1082 de 2015, presentar en la etapa de factibilidad, si es que el proyecto es declarado de interés público, la identificación de la población afectada y la necesidad de adelantar consultas previas, si es que el Ministerio del Interior certifica la existencia de comunidades étnicas en el área de influencia del futuro proyecto. Esto con el fin de que el originador en esta misma etapa presente su propuesta de asignación de riesgos. Sin embargo, en todos los contratos de iniciativa privada celebrados hasta ahora, el concesionario es quien debe adelantar las consultas previas conforme a lo establecido en el contrato y el apéndice técnico 8 (social), que se adhiere a este.

No culminar las consultas previas, por motivos no imputables al concesionario, cuando la consulta la debe adelantar él, dentro de los plazos convenidos en el contrato para obtener la licencia ambiental deviene en un Evento Eximente de Responsabilidad para el concesionario, en virtud de la configuración de un verdadero evento de fuerza mayor, por ser imprevisible, irresistible y sobreviniente a la suscripción del contrato.

¹⁰⁷ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

A continuación, vamos a explicar en qué supuestos el concesionario debe adelantar las consultas previas y no la entidad, como lo plantea el artículo 39 de la ley 1682 de 2013.

El concesionario debe adelantar la consulta previa directamente en los siguientes casos; (i) aquellos contratos que fueron celebrados antes de la entrada en vigencia del artículo 39 de la ley 1682 de 2013, o sea, antes de noviembre del 2016. Antes de esta fecha no era un requisito para la apertura del proceso de selección culminar con la debida protocolización las distintas consultas previas, “si había lugar a ellas” y por lo tanto, se trasladaba toda la gestión social al concesionario, (ii) las consultas que se adelantan en medio de los contratos de iniciativa privada. Y (iii) aquellas consultas que deben adelantarse por mediar una orden de un juez de tutela que suspenda los actos administrativos que autorizan el desarrollo del contrato, como la licencia ambiental o las resoluciones del Ministerio de Transporte permitiendo la colocación de nuevas casetas de peaje, estas son aquellas consultas que deben adelantarse en los casos que luego de la certificación de no existencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto, se constituyen para exigir su derecho a ser consultadas o comunidades existentes reclaman derechos sobre el territorio en el cual se va a desarrollar el contrato.

La minuta de la parte general de los contratos de concesión de cuarta generación contempla como evento eximente de responsabilidad, un evento constitutivo de fuerza mayor ambiental en los siguientes términos: “Si de acuerdo con la ley aplicable la consulta previa con comunidades fuere necesaria para ejecutar el proyecto y transcurrieren más de trescientos sesenta (360) días contados desde la primera convocatoria-formulada de conformidad con lo previsto en la ley aplicable a la comunidad afectada por el Proyecto, sin que se hubiera logrado culminar el procedimiento de consulta previa.” Queremos poner de manifiesto que, así este evento no haya sido incorporado previamente por los sujetos contractuales en todos los contratos de concesión vial de cuarta generación, igual su acaecimiento constituiría en un verdadero evento de fuerza mayor. No tienen que ser trescientos sesenta (360) días exactamente, si luego de transcurrido un tiempo prudente sin haber logrado culminar las distintas consultas previas que fuesen necesarias para el desarrollo de un proyecto, el cumplimiento de las demás obligaciones en la fase de pre construcción estaría condicionado a la obtención de la licencia ambiental y por lo tanto, el incumplimiento del concesionario estaría justificado en virtud del acaecimiento de un evento que es imprevisible, irresistible y exterior a él.

En Colombia ha sido una práctica recurrente trasladar la obligación de adelantar la gestión social al concesionario. En uno de los apéndices técnicos que se adhieren al contrato está toda la información detallada de las obligaciones que este adquiere en materia social y socioambiental. Dentro de estas obligaciones está la de adelantar las consultas previas cuando la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior certifique la existencia de comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales o palenqueras en el área de influencia del proyecto. Por

lo tanto, la gestión social a cargo del concesionario desprende obligaciones de medios, este no se puede comprometer al resultado de alcanzar todos los acuerdos que sean necesarios en materia social, el contenido de su obligación está en desprender una serie de actos para alcanzar la consecución del resultado, más no el resultado mismo porque este depende de la voluntad de un tercero exclusivamente. La diligencia y cuidado conforman el contenido de esta obligación. Sin embargo ¿es el concesionario la persona más idónea para gestionar este riesgo? Muchas de las obligaciones en materia social, entre ellos el Plan de Compensaciones Socioeconómicas, el Programa de Reasentamiento y el Plan de Gestión Social Contractual, son obligaciones que el concesionario puede desplegar directamente o subcontratándolo con un tercero, puesto que está dentro de la órbita de su actividad empresarial hacer las debidas compensaciones en virtud de la afectación social y real del proyecto. Sin embargo, en materia de procesos consultivos debe ser el Estado quien encabeza el direccionamiento del acercamiento con las comunidades para el desarrollo de un proyecto. El objetivo del contrato estatal es alcanzar los fines a los que está obligado el Estado como lo es la prestación del servicio público de transporte, él a través del privado, en vista de la imposibilidad de ejecutar directamente todos los proyectos que el país necesita en materia de infraestructura acude al concesionario para que mediante el modelo de concesión desarrolle el proyecto y mejore la red primaria de carreteras nacional. Esto no excusa a la administración de responder por aquellas deudas históricas que tiene con las comunidades étnicamente diferenciadas en el país. Por lo tanto, no se encuentra sentido que sea la empresa privada quien responda por las obligaciones del Estado en virtud de su calidad de garante de los derechos de las minorías que está obligado a proteger. Los intereses del concesionario son principalmente lucrativos, él no es el sujeto más idóneo para garantizar un óptimo proceso consultivo, en primer lugar, no conoce su historia y cultura, segundo, no sabe cómo hacer el acercamiento en virtud que no tiene conocimiento de sus formas de vida, su economía, su religión, y además, no es un sujeto que esté alienado con los intereses de estos grupos humanos.

Es responsabilidad del Estado adelantar los procesos consultivos, él puede trasladar en cabeza del contratista-concesionario los costos que implica, pero el acercamiento y la socialización del proyecto la debe hacer el Estado directamente a través de la entidad competente para poder así garantizar uno de los principios que rigen la Consulta Previa que es la buena fe.

Hay un precedente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual se condenó al Estado del Ecuador por no adelantar directamente una consulta previa con la comunidad indígena Kicha de Sarayaku, en palabras de la Corte;

es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que puede eludirse delegándolo en una empresa privada o en

*terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.*¹⁰⁸

Con seguridad que, si el desarrollo consultivo se realiza por medio de una agencia estatal, con la debida capacitación y orientación en materia de comunidades étnicamente diferenciadas podrían alinearse efectivamente con los intereses de estos grupos. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es una dependencia de este Ministerio que no cuenta con un patrimonio propio, su planta es muy reducida y tiene un bajo nivel presupuestal.

El gobierno nacional debe destinar mayores recursos en materia de procesos consultivos. Se debe crear una agencia que sea independiente del Ministerio del Interior para que a través de esta se guíe el direccionamiento de todas las consultas previas que se deben adelantar en el territorio colombiano, para poder así garantizar en mayor medida los derechos de estas comunidades y el desarrollo pacífico de los proyectos que son de interés nacional. Sin embargo, ese traslado de recursos sería ineficiente si no se produce un cambio normativo en esta materia. La Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI) plantea que se debe incorporar una ley estatutaria que regule el procedimiento de consulta previa en los siguientes términos:

La mejor solución para mitigar el impacto de las consultas previas en los proyectos de infraestructura es la expedición de una ley estatutaria que establezca el procedimiento mediante el cual se garantizará el ejercicio de este derecho por parte de las comunidades étnicas, y la elaboración, por parte de la DCP, de un censo detallado y pormenorizado de comunidades étnicamente diferenciadas en el país. La norma estatutaria debe establecer la obligación de adelantar el proceso en cabeza del Estado, sin la posibilidad de que esta sea trasladada a terceros.¹⁰⁹

En línea con la propuesta de la CCI, esta ley debe adicionalmente establecer un mecanismo de publicidad para la divulgación de un proyecto que este en etapa de factibilidad, con el único fin de que se presenten aquellas comunidades de la región hacer consultadas. Este mecanismo de publicidad debe estar muy bien articulado, con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Porqué se debe dejar claro que, una vez transcurrido el término para presentarse y exigir la consulta, estas comunidades perderían la oportunidad de ser consultadas. Esta es una manera posible para garantizar seguridad jurídica en los contratos de infraestructura y todos

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)

¹⁰⁹ QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Compondores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. 2020

los demás que se requieren adelantar consultas previas. El mecanismo tiene que estar muy bien estructurado, debe proveer los medios adecuados para que los sujetos étnicos puedan conocer del proyecto y alzar la mano en caso de que pueda haber una posible afectación a sus intereses. Este planteamiento sería posible si se creara una agencia estatal, con el fin de preservar los intereses de las comunidades étnicas y que sus funciones fueran las siguientes; (i) registrar bajo un censo detallado las comunidades existentes en el territorio nacional, (ii) verificar en campo todos los resguardos y títulos colectivos que hayan, y (iii) que sean los encargados de adelantar las consultas cuando certifiquen la existencia de una comunidad que tenga intereses en el desarrollo del proyecto, una de las etapas del procedimiento de certificación sería mediante la publicidad del proyecto en la región para informar mediante canales idóneos la propuesta de APP o contrato que se pretende implementar, con el fin de que aquellas comunidades que estén fuera del censo, se constituyan e invoquen la protección de sus derechos. Esto haría viable a ojos de la Constitución dicho planteamiento. No es una tarea fácil para el gobierno, pero es necesario desarrollar este marco jurídico estable para poder garantizar los derechos de estas minorías y generar mayor confianza inversionista en los proyectos de construcción de infraestructura pública y explotación de recursos naturales a lo largo de la nación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia reciente respalda el planteamiento anterior en los siguientes términos:

Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.¹¹⁰

Es necesario cerrar la brecha que genera la incertidumbre en materia de consultas previas para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial. La iniciativa privada en los contratos de concesión bajo el esquema de APP sería mayor si no existiera un riesgo tan grande en materia social. El Estado es quien debe asumir las consecuencias de la materialización del riesgo social. Si un proyecto no se puede ejecutar en vista de no alcanzar la protocolización de las consultas previas o de la

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N° 11: PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES", 2018.

suspensión de obras por tardanza en alcanzar los acuerdos, él debe asumir los costos que conlleva la terminación anticipada del contrato o la tardanza que implique culminar el proceso de consulta. Salvo en los contratos de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos, allí se deben explorar los mecanismos de ampliación de plazo o modificación de las tarifas del peaje, si es que el contrato se logra ejecutar, pero con demoras en los plazos, para compensar este riesgo, ya que no se admite bajo ningún motivo el desembolso de recursos por parte de la entidad pública concedente. Si tempranamente se articulan distintos mecanismos legales e institucionales para prevenir este riesgo o mitigarlo en gran parte, se podrían ahorrar recursos públicos y se pudiere consecuentemente desarrollar más proyectos que el país necesita para su desarrollo económico y social.

En este momento se encuentra en trámite en el Congreso de la República el proyecto de ley 134 de 2018, con el objetivo de alcanzar una regulación legal del convenio 169 de la OIT junto con la interpretación de este en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Constitucional colombiana. Hay que resaltar la iniciativa del legislador en querer establecer un marco legal que recoja las interpretaciones de los dos altos tribunales en materia de Consulta Previa. Por medio de este se pretende establecer un proceso para llevar a cabo la consulta previa dividido en dos etapas principalmente, etapa de preconsulta y etapa de consulta. En el primero “se definirán los procedimientos participativos de los pueblos en la consulta previa propiamente dicha. En esta fase, se abre el diálogo con los pueblos afectados de manera directa a través de sus representantes legítimos, como lo señala la jurisprudencia nacional e internacional”¹¹¹ y en la etapa de consulta y protocolización del acuerdo “tiene como propósito desarrollar el cronograma de actividades participativas establecidas en la etapa de preconsulta, con el fin de establecer la voluntad del pueblo afectado. En esta fase la búsqueda del consenso y la concertación son trascendentales, lo que permitirá obtener de una manera legítima el consentimiento del pueblo afectado e impactado y el establecimiento de las contraprestaciones a que haya lugar.”¹¹² Otra de las iniciativas importantes que pretende introducir esta ley estatutaria es la prohibición al Estado de delegar en un tercero o en el contratista llevar a cabo las consultas previas.

Uno de los puntos más importantes que pretende incorporar el proyecto de ley mencionado anteriormente es que aspira facultar a la administración pública, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior o quien haga sus veces de optar por la medida que se pretenda implementar así no se logre culminar el acuerdo con la comunidad, siempre y cuando se realice un test de proporcionalidad que garantice que no se están vulnerando los derechos de la

¹¹¹ Proyecto de ley 134/18S. Disponible en:
<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1276-proyecto-de-ley-134-de-2018>

¹¹² *Ibíd.*,

comunidad consultada y que se está compensado a ella por la afectación a sus derechos en virtud del proyecto o cambio normativo. Luego de esta verificación se pretende que unilateralmente la dirección de consulta previa pueda protocolizar los acuerdos sometidos a consulta. Esto con el único objetivo de que el consenso que se debe alcanzar con las comunidades no constituya una especie de veto para desarrollar las medidas legislativas o los proyectos que el país requiere. El anterior planteamiento se encuentra respaldado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que plantea que el derecho a la Consulta Previa está direccionado en alcanzar un consenso con la comunidad consultada, pero ese derecho no es absoluto y ese es el fin que cumple el test de proporcionalidad, está edificado bajo las bases de ponderar los derechos que están en pugna y verificar si el acuerdo que no ha sido consentido cumple con garantizar los derechos del grupo consultado. La Corte se ha referido a los derechos de las comunidades étnicas en los siguientes términos:

La jurisprudencia constitucional ha aclarado igualmente que el derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, como todos los demás derechos, no ostenta un carácter absoluto, y que encuentra límites constitucionales en principios fundantes del Estado constitucional de Derecho ¹¹³

Esta es una medida que puede contribuir a cerrar la brecha de incertidumbre en materia de riesgo social al interior de un contrato de infraestructura vial, aunque el desarrollo del test de proporcionalidad debe estar muy bien articulado, no vaya a ser que por medio de una tutela se vaya a suspender los efectos de ese acuerdo que pondría a las partes en el mismo escenario de imposibilidad jurídica para desarrollar el contrato.

Este proyecto de ley es ambicioso, pero debería complementarse con el planteamiento realizado en líneas anteriores sobre la oportunidad para exigir el derecho a ser consultadas, aquellas comunidades que no estén legamente constituidas y lo hagan para reclamar sus derechos, dentro del proceso de certificación. Además, se debe crear la agencia en los términos planteados en esta obra.

¹¹³Corte Constitucional, Sentencia T-049-2013

4.3 Apreciaciones frente al riesgo social

- La gestión social, en lo que se refiere a las consultas previas que deben llevarse a cabo para el desarrollo de un proyecto de Concesión de Infraestructura Vial era desarrollado por el concesionario en virtud que antes de la entrada en vigencia del artículo 39 de la ley 1682 de 2013, el 16 de noviembre de 2016, no era deber de la entidad llevar a cabo las consultas previas con la debida protocolización de los acuerdos antes de la apertura del proceso de selección.
- En aquellos contratos de iniciativa privada, el concesionario es quien debe adelantar las consultas previas, cuando haya lugar a estas.
- El agotamiento de la consulta previa antes de la suscripción del contrato no es garantía para el desarrollo pacífico de este. Luego podrían llegar nuevas comunidades, constituirse y exigir su derecho a ser consultas.
- Existe la posibilidad que otras comunidades reclamen derechos sobre el territorio en el área de influencia del proyecto, así este por fuera del territorio que les corresponde según su resguardo o título colectivo.
- Frente a las consultas previas que se deben adelantar en la etapa de estructuración de los proyectos de infraestructura que se vayan a celebrar en este momento, no hay duda de que es la ANI, a través del Ministerio del Interior, la que tiene que adelantarlas hasta su respectiva protocolización, en virtud del artículo 39 de la ley 1682 de 2013.
- En aquellos proyectos que se deben adelantar consultas en medio de la ejecución del contrato, ya sea porque aparecen comunidades nuevas por fuera de la certificación expedida reclamando este derecho o por una modificación sustancial en las condiciones del proyecto, no está esclarecido en la ley quien debe adelantar estas nuevas consultas. ¿Se puede delegar esta obligación al concesionario? En teoría no, aunque la ley no lo prohíbe, sabiendo que en materia contractual rige el principio de la autonomía de la voluntad, trasladar este riesgo al concesionario devendría en una asignación de riesgos ineficiente y por lo tanto, debería ser sancionada con ineficacia.
- En línea con el planteamiento de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), en que es urgente la incorporación de una ley estatutaria que regule el proceso de consulta previa, prohíba delegar el deber de consultar al concesionario o a un tercero y que se adicionen los planteamientos señalados en el desarrollo de este capítulo.

CONCLUSIONES

- (i) A partir de la década de los años noventa, luego de la expedición de las leyes 80 y 105 de 1993, comienza el desarrollo en construcción de la infraestructura de la red primaria de carreteras nacional. El documento CONPES 2597 de 1992 fijó las recomendaciones y directrices que dio el nacimiento de la primera generación de concesiones viales al interior del país.
- (ii) En la primera generación de concesiones de infraestructura vial se otorgaron garantías por ingreso mínimo y sobrecostos por mayores cantidades de obra por parte de la entidad pública concedente.
- (iii) La inexperiencia que tuvo el gobierno y las empresas concesionarias en materia de planeación, asignación y gestión de riesgos en la primera generación de concesiones viales generaron múltiples desequilibrios contractuales que forzaron a las partes a modificar en varias ocasiones sustancialmente los contratos. Esto generó pérdidas tanto para el Estado como para los inversionistas privados, generando un mal precedente en el sector financiero, quien es en últimas quien aporta los recursos de capital para su desarrollo.
- (iv) El documento CONPES 2775 de 1995, fijó los lineamientos de las llamadas concesiones viales de infraestructura de segunda generación. Esta segunda experiencia trajo consigo muchísimos avances en materia de asignación de riesgos y planeación de los proyectos. Se asignaron al Estado aquellos riesgos que dependían de sus acciones y de aquellas circunstancias de tipo anormal o imprevisibles.
- (v) En los contratos de segunda generación, el Estado no otorgó garantías comerciales y por mayores cantidades de obra, estos riesgos fueron trasladados al concesionario. Antes de la suscripción del contrato era necesario contar con estudios de ingeniería definitivos y de demanda, facilitando así una mejor planeación de los proyectos para el desarrollo pacífico de los contratos.
- (vi) Solo fueron celebrados dos contratos bajo el modelo de concesiones viales de segunda generación, en vista a la resistencia ejercida por el sector financiero para desembolsar los recursos necesarios para llevar a cabo los proyectos que habían sido declarados de importancia estratégica para el país, como consecuencia de los errores en los diseños que se tuvieron en la primera generación.

- (vii) El costo de la inexperiencia lo tuvieron que asumir los distintos actores del mercado del sector de la construcción de obras públicas, incluido el Estado, sin embargo, él era consciente en que había que fortalecer esa relación público-privada para poder alcanzar los objetivos en materia de infraestructura vial en el largo plazo.
- (viii) En el Gobierno Pastrana, se identificaron los mayores problemas en materia de planeación y operación, para poder estructurarlos dentro del criterio de *Corredor de Transporte*, este criterio consistía en integrar los centros de producción y consumo, y estos a su vez con los puertos, buscando fortalecer la economía nacional y las exportaciones.
- (ix) El documento CONPES 3045 de 1999, enmarcó la política del Gobierno Pastrana en materia de infraestructura vial, le dio vida a las llamadas *Concesiones de Infraestructura Vial de Tercera Generación*. La prioridad en materia de carreteras era estructurar una estrategia que enmarcara los proyectos que se iban a desarrollar bajo el criterio de “*Corredor de transporte*”.
- (x) En este gobierno se reglamentó la “*La Política de Riesgo Contractual del Estado*” adoptada por el documento CONPES 3107 de 2001. Esta enmarcaría los lineamientos y directrices que orientarían la gestión de riesgos en los proyectos de infraestructura vial.
- (xi) Las directrices contenidas en los documentos CONPES no constituyen en si una norma jurídica, puesto que son lineamientos, recomendaciones y directrices que se enmarcan para desarrollar una política en materia de contratación estatal.
- (xii) El objetivo de una asignación adecuada de riesgos es lograr mayor eficiencia a la hora de la gestión de riesgos, porque se minimiza de esta manera el costo de su mitigación y se trasladan a la parte que está en mejor capacidad para soportarlo en caso de ocurrencia.
- (xiii) Los proyectos de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, a pesar de haber sido planeados y priorizados en el Gobierno Pastrana, estos se desarrollaron prácticamente todos en el siguiente Gobierno entrante de Álvaro Uribe Velez, año 2002-2010.
- (xiv) En el año 2003 se creaba el *Instituto Nacional de Concesiones (INCO)*, con el fin de gestionar la red primaria y terciaria de vías concesionadas al interior de la nación. Quedando en cabeza del INVIAS la red primaria y terciaria no concesionadas. Las entidades departamentales tienen a su cargo la red secundaria de vías concesionadas y no concesionadas.

- (xv) En el segundo periodo del Gobierno de Uribe, marcarían el paso de las llamadas vías de competitividad del “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014. Estas son también conocidas como las Concesiones de Tercera y Media Generación de Infraestructura Vial. Esta generación de concesiones fue planeada en el marco de los principios de integración económica y comercial.
- (xvi) El CONPES en el 2009, hacía un llamado a que la administración pública debía implementar y a su vez proponer cambios normativos tendientes a mejorar los vehículos utilizados para la gestión de sus activos a través de la vinculación de capital privado. Este fue el primer llamado con el fin de adoptar el esquema de APP implementado con éxito en varios países del mundo.
- (xvii) Las APP están encuadradas dentro de la prestación de servicios públicos, donde debido a ciertas limitaciones que presenta la administración, sea por falta de experiencia o por déficit presupuestal, debe acudir a la asociación con el sector privado para garantizar la disponibilidad de estos.
- (xviii) Las APP recogen aquellas modalidades de vinculación de capital privado para la distinta prestación de servicios públicos, sea a través de un vehículo institucional o contractual. Estas dos clases de APP son aceptadas por la doctrina internacional.
- (xix) En Colombia se introduce el esquema de APP contractuales a través de la ley 1508 de 2012. El legislador incluyó una regulación parcial dejando por fuera las APP institucionales.
- (xx) Se entiende que el contrato de concesión de infraestructura vial es una modalidad de APP, por lo tanto, regulado por la ley 1508 de 2012 y demás normas especiales y generales que rigen los contratos estatales. Uno de los grandes cambios que trajo fue el establecimiento de un marco jurídico efectivo para el desarrollo de la iniciativa privada en proyectos de infraestructura vial.
- (xxi) En el 2013 cambia la naturaleza jurídica del INCO, de establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal, de naturaleza especial, denominándose esta como “*Agencia Nacional de Infraestructura*”, hoy conocida como la ANI.
- (xxii) Luego de la expedición de la norma que introdujo las APP , a través del documento CONPES 3760 de 2013 se dio el nacimiento de las llamadas *Concesiones Viales de Cuarta Generación*.

- (xxiii) Uno de los grandes cambios que tuvo la cuarta generación fue la redistribución de riesgos en medio del contrato de concesión. Puesto que se elevó a categoría de principio la eficiente asignación de riesgos. Se contemplaron garantías parciales en materia de compensaciones económicas y plazos mayores frente al riesgo comercial por demanda en el servicio de transporte.
- (xxiv) Se asignaron los riesgos; predial, ambiental y por redes al concesionario, aunque en algunos contratos se otorgaron garantías parciales en cabeza de la entidad pública concedente.
- (xxv) El riesgo de diseño y construcción siguió en cabeza del concesionario, aunque se otorgaron garantías parciales en la construcción de túneles en cabeza de la ANI. El riesgo financiero sigue estando en cabeza del privado.
- (xxvi) Aquellos contratos celebrados por iniciativa privada hasta el día de hoy no tuvieron el desembolso de recursos públicos, por lo tanto, los mecanismos para la compensación de riesgos en favor del concesionario se limitaron solamente el aumento de las tarifas en el peaje y la ampliación de plazos en el contrato.
- (xxvii) El contrato de concesión de infraestructura vial está dividido en tres etapas; La etapa preoperativa, etapa operativa y finalmente en la etapa de reversión, esta última incluye la liquidación del contrato.
- (xxviii) La etapa preoperativa está dividida en dos fases, pre-construcción y construcción. En esta etapa es donde se presenta una mayor carga prestacional en cabeza del concesionario. Él tiene que desplegar múltiples obligaciones que están direccionadas a la construcción de todas las unidades funcionales que componen el proyecto.
- (xxix) La etapa operativa es la más larga de todo el contrato. Es en esta donde el concesionario será el encargado de la prestación del servicio público de transporte a lo largo del trazado que compone el proyecto de infraestructura. En esta etapa él va a ser acreedor del derecho a la retribución económica como contraprestación a desarrollar el proyecto.
- (xxx) La etapa de reversión es la última que compone el contrato de concesión. Allí es donde el concesionario entregará la tenencia de los bienes que tiene bajo su mando, dejará indemne a la ANI, liquidarán el contrato y cesará el derecho a la retribución económica.
- (xxxi) El contrato de concesión de infraestructura pública además de ser regido por los principios de igualdad, buena fe objetiva y planeación está

compuesto por aquellos elementos esenciales que son comunes a todos los contratos estatales, incluyendo las cláusulas excepcionales al derecho común.

- (xxxii) Sin embargo, los elementos que caracterizan el contrato de concesión de infraestructura vial son; la construcción de una obra pública, la obligación de explotación y conservación, la remuneración, inspección y vigilancia por parte de la entidad pública concedente y la transferencia de riesgos.
- (xxxiii) Los riesgos previsibles son aquellos que en virtud de la autonomía de la voluntad son distribuidos a través del contrato a las partes y que fueron mencionados a lo largo de esta obra, estos son eventos de probable ocurrencia, pero a la vez inciertos y que su acaecimiento es ajeno al control y/o la voluntad de las partes.
- (xxxiv) Los riesgos previsibles son identificados, cuantificados y asignados entre las partes, por lo tanto, componen el alcance de las obligaciones de los contratantes y se entienden incorporados en la ecuación contractual.
- (xxxv) Los riesgos imprevisibles son los que constituyen una verdadera fuerza mayor o como los denominada el contrato de concesión bajo el esquema de APP *Eventos Eximentes de Responsabilidad*. El acaecimiento de estos hechos siempre dará lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
- (xxxvi) La ocurrencia de un riesgo imprevisible justifica el incumplimiento de aquellas obligaciones que estén condicionadas al no acaecimiento de este hecho, podría suspender temporalmente el desarrollo del contrato e incluso en determinadas circunstancias proceder a la terminación anticipada de este.
- (xxxvii) La gestión social desprende una serie de riesgos que pueden generar consecuencias devastadoras al interior del desarrollo del contrato de concesión de infraestructura vial.
- (xxxviii) El derecho fundamental a la consulta previa es uno de los mecanismos que tienen las comunidades étnicamente diferenciadas en el país por medio del cual estos grupos pueden participar de aquellas decisiones trascendentales sobre su territorio y demás derechos establecidos en la Constitución.
- (xxxix) El seguimiento detallado a la línea jurisprudencial de la Corte constitucional deja en evidencia que no hay un marco normativo estable que pueda generar algún tipo de seguridad jurídica frente al desarrollo de

proyectos de explotación de recursos naturales como de intervenciones en infraestructura pública.

- (xl) Es urgentemente necesario la incorporación de una ley estatutaria que regule el proceso de consulta previa y a su vez que brinde herramientas para dirimir aquellas decisiones que no puedan ser consentidas con las comunidades, siempre y cuando se garantice la prevalencia de sus derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Bibliografía

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [Versión web]

TORRES VILLALOBOS, Pablo Emilio: La distribución de riesgos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte –sector vial- como consecuencia de la expedición de la ley 1150 de 2007 – años 2009 y 2010. (2013)

VELEZ, Felipe: Infraestructura Vial vs. Desarrollo Humano. (2020)
<https://www.infraestructuravisible.org/blog/post/infraestructura-vial-vs-desarrollo-humano> [Versión Web]

ACOSTA, Olga Lucía; ROZAS, Patricio; SILVA, Alejandro: Desarrollo Vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. (2018)

GOBERNACION DE ANTIOQUIA: Infraestructura Vial en Colombia 1993-2013, Proyecto Análisis de las implicaciones sociales y económicas de las Autopistas para la Prosperidad en el departamento de Antioquia. (2015)

INVIAS [Sitio Web]

YSA, Tamyko, : La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro. In Ramió, C (Eds.) La colaboración público-privada y la creación de valor público, 2009, Barcelona: Diputació de Barcelona. ISBN: 9788498033533. (2009)

IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael; VASSALLO MAGNO, José Manuel; Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. (2010)

SEPULVEDA FIGUEROA, Blanca: Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la ley 1508 de 2012. (2014)

BLANCO RESTREPO. Jose Vicente: ¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la ley 1508 de 2012? (2012) Consultado en: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2012/05/existen-mecanismos-de-asociacion.html>

MANCIPE GONZÁLEZ, Jéssica Alejandra: LA GESTIÓN DE LO PÚBLICO POR LOS PARTICULARES EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: ANÁLISIS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS (APP) EN COLOMBIA. (2015)

ALVAREZ PATIÑO, Luz Astrid: Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. (2016)

BITRAN, Eduardo; NIETO, Sebastian; ROBLEDO, Juan sebastian: Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 317, Abril 2013. (2013)

ANDI [Sitio Web]

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA [Sitio Web]

Ley 1508/12 y Decreto 1467/12. (2012) disponible en: <https://www.asofiduciaras.org.co/wp-content/uploads/2017/10/luis-eduardo-nino-asofiduciaras-1.pdf>

DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACIÓN [Sitio Web]

La Otra Opinión, “Historia del Ferrocarril en Colombia, proyectos ferroviarios.” (2018). Disponible en: <http://laotraopinion.net/medios-de-transporte/ferrocarriles-en-colombia>

PEREZ, Javier Gerson: Documentos de Trabajo: Economía Regional – La infraestructura vial y la movilización de carga en Colombia, Banco de la República, 2016.

LONDO, Cipriano: Historia y origen de los pavimentos de concreto en Colombia, 2020, Disponible en: <https://www.360enconcreto.com/blog/detalle/historia-de-pavimentos-de-concreto-en-colombia>.

QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlo: Contratos de Asociación Público- Privada e Infraestructura de Transporte. Legis Editores & CCI. (2020)

SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando: Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. (2017).

QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos; ORDOÑEZ ARCHILA, Efrén; CHOLES POVEA, Ornella; ZAMBRANO INFANTE, Laura; GARZÓN OTÁLORA, Diego: Infraestructura y Derecho, Decisiones Arbitrales y de Amigables Componedores en el programa 4G, Colombia: Legis Editores & CCI. (2020)

PÉREZ BUITRAGO, Santiago; CARMONA ALVAREZ, Laura: Decisiones arbitrales en INFRAESTRUCTURA de transporte. Legis Editores & CCI. (2018)

VIANA GARCES, Andrée: El derecho a la consulta previa. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. (2016)

BLANCO RESTREPO, Jose Vicente: EL COVID-19 EVIDENCIA LA NECESIDAD DE REFORMAR LA ESTRUCTURA LEGAL DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA. mayo 30, 2020, de Blog de La Contratación Estatal en Colombia Sitio web. <http://contratacionestatal.blogspot.com/2020/05/el-covid-19-evidencia-la-necesidad-de.html>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 2597 del 15 de junio de 1992: Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2775 del 26 abril de 1995: PARTICIPACION DEL SECTOR PRIVADO EN INFRAESTRUCTURA FISICA.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3045, 17 de agosto de 1999: Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3107, 3 de abril de 2001: Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3413, 6 de marzo de 2006: Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3615, 28 de septiembre de 2009: Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos.

Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3760, 20 de agosto de 2013: PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES.

Proyecto de ley 134/18S. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1276-proyecto-de-ley-134-de-2018>

CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA CCI [Sitio Web]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N° 11: PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES” , 2018.

Legislación y Jurisprudencia

Constitución Política de Colombia

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Ley 80 de 1993.

Ley 1150 de 2007.

Ley 105 de 1993.

Ley 1508 de 2012.

Ley 57 de 1887. (Código Civil)

Ley 12 de 1949.

Ley 19 de 1958.

Ley 489 de 1998.

Ley 1441 de 2011.

Ley 1474 de 2011.

Ley 1682 de 2013.

Ley 21 de 1991.

Ley 70 de 1993.

Decreto 423 de 2001.

Decreto 1800 de 2003.

Decreto 1082 de 2015.

Decreto 2171 de 1992.

Decreto 222 de 1983.

Decreto 423 de 2001.

Decreto 4730 de 2005.

Decreto 4165 de 2013.

Decreto 734 de 2012.

Decreto 1028 de 2015.

Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol 2 S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) , Laudo Arbitral Bogotá del 06 de agosto de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal de Arbitramento. Concesionaria Vial de los Andes (COVIANDES) vs. INVÍAS. Laudo del 25 de agosto de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal Arbitral Concesión Vial los Llanos S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal Arbitral Autopista Bogotá Girardot S.A vs Instituto Nacional de Concesiones-INCO- hoy Agencia Nacional de Infraestructura, Laudo del 13 enero de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal Arbitral (Ruta Caribe) Autopistas del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Laudo Arbitral del 6 de diciembre de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente: 25199.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2011, M.P Juan Carlos Henao Pérez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de diciembre del 2008. m.p. Enrique Gil Botero. Exp.35827.

Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97.

Corte Constitucional, Sentencia T- 693 de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.:
Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-
23-26-000-2002-1216-01(27921).